

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

99

*ENERO
DICIEMBRE
2012*

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

ISSN: 0034-9399

Ministerio de Defensa



REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

DIRECTOR

Carlos Eymar Alonso, general auditor.

CONSEJO EDITORIAL

Francisco Blay Villasante, general consejero togado. Ángel Calderón Cerezo, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. José Carlos Girgado Doce, general auditor. José Jiménez Villarejo, ex-presidente de las Salas Segunda y Quinta del Tribunal Supremo. Antonio Gutiérrez de la Peña, general consejero togado, auditor presidente del Tribunal Militar Central. José Luis Poyato Ariza, asesor jurídico general del Ministerio de Defensa. Ángel Menéndez Rexach, catedrático Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Irene Domínguez-Alcahud Martín Peña, subsecretaria de Defensa. David Javier Santos Sánchez, secretario general técnico.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Rafael Alcalá Pérez Flores, magistrado. Luis Bernardo Álvarez Roldán, general auditor. Javier Aparicio Gallego, exmagistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Jesús Bello Gil, general consejero togado, fiscal de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. José Luis Bermúdez de la Fuente, exmagistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Estanislao Cantero Núñez, general auditor. Concepción Escobar Hernández, catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Federico Fernández de Buján Fernández, catedrático Derecho Romano de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, coronel auditor. Francisco Fernández Segado, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Juan Manuel García Labajo, general auditor. Leandro Martínez-Cardós Ruiz, letrado mayor del Consejo de Estado. Francisco Menchén Herreros, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Antonio Millán Garrido, catedrático de la Universidad de Cádiz. Eduardo Montull Lavilla, general consejero togado. Antonio Mozo Seoane, general consejero togado. Carlos Pérez del Valle, rector de la Universidad «Abad Oliva» de Barcelona. Manuel Pérez González, catedrático emérito de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Fernando Pignatelli y Meca, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, general consejero togado. Luis Rueda García, fiscal

SECRETARIO

Jerónimo Domínguez Bascoy, coronel auditor

SECRETARIOS ADJUNTOS

María del Valle López Alfranca, comandante auditor. Carlos Balmisa García-Serrano, capitán auditor. Eva Bru Peral, magistrada. Juan Carlos González Barral, magistrado. David Suárez Leoz, magistrado

REDACCIÓN

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

Teléf.: 91 364 73 93

Fax: 91 364 73 99

**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

99

**ENERO
DICIEMBRE
2012**

MADRID

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Edita:



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

© Autor y editor, 2013

NIPO: 083-13-257-X (edición papel)
NIPO: 083-13-258-5 (impresión bajo demanda)
NIPO: 083-13-259-0 (edición en línea)
ISSN: 0034-9399
Depósito Legal: M-523-1958
Fecha de edición: diciembre 2013
Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

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

En esta edición se ha utilizado papel 100% reciclado libre de cloro.



ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 99 ENERO-DICIEMBRE 2012

— Presentación del número 99 de la Revista. Por Carlos Eymar ..	9
DOCTRINA	
— Resumen de contenidos. Table of contents	15
NECROLÓGICAS	
— Del general consejero togado don José Luis Fernández Flores y de Funes.	27
— Del general consejero togado don Manuel Areal Álvarez.	30
— Del general consejero togado don Jesús Valenciano Almoyna .	32
ESTUDIOS	
— Rodrigo Lorenzo Ponce de León. Las Reglas de enfrentamiento (ROE) como paradigma del Estado de derecho en operaciones militares.	37
— Abraham Martínez Alcañiz. Crímenes de guerra y justicia universal.	221
— Daniel Marín Mohíno. La necesidad de una regulación adecuada de la figura de la empresa militar y de seguridad privada.	271
NOTAS. COMENTARIOS	
— Rafael Martínez Martínez. La percepción de militares de nueve países sobre cómo funcionan y cómo mejorar las <i>Rules of Engagement</i>	295
— Francisco Jiménez Rojas. El personal laboral adscrito a los establecimientos militares: evolución de la «aplicabilidad» normativa.	321
— Jesús López Medel. El Ejército como institución: análisis del artículo 8 de la Constitución Española.	373

— Tomás Prieto Álvarez. El patronazgo religioso de las armas y cuerpos militares de un Estado aconfesional.....	393
— José Antonio Rodríguez Santisteban. Pasaporte anual reglamentario del personal militar y civil de los destinados en Canarias en el ámbito del Ministerio de Defensa.....	411

TEXTOS

LEGISLACIÓN

— Por María del Valle López Alfranca.....	431
-------------------------------------------	-----

JURISPRUDENCIA

— Constitucional. Por Luis Bernardo Álvarez Roldán.....	465
— Contencioso–Administrativa. Por Eva María Bru Peral.....	493

DOCUMENTACIÓN

— Doctrina legal del Consejo de Estado. Por José–Leandro Martínez–Cardós Ruiz.....	553
— Estados parte en los convenios de Derecho internacional humanitario.....	561

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN DE LIBROS

— Por Carlos Eymar. <i>The International Law of occupation</i> . Oxford University Press. Oxford, 2012, 383 págs.	575
— Por Jerónimo Domínguez Bascoy. <i>International Law and the Classification of Conflicts</i> . Oxford University Press, 2012, 531 págs.....	581
— Por Jerónimo Domínguez Bascoy. <i>La solución al conflicto yugoslavo y el advenimiento de un nuevo país. Un análisis retrospectivo del Proceso de Paz en los Balcanes dieciséis años después de los Acuerdos de Dayton</i> . Editorial Académica Española, 2012, 459 págs.	585

NOTICIAS DE REVISTAS

- Por José Leandro Martínez–Cardós Ruiz 591
- Por Marina de Luengo Zarzoso. 593

INFORMACIÓN

- Javier Aparicio Gallego. Jornadas sobre derecho aeronáutico y del Espacio, y de la aviación comercial..... 599

PRESENTACIÓN DEL NÚMERO 99 DE LA REVISTA

El presente número 99 de la Revista Española de Derecho Militar contiene, como parte fundamental integrante del mismo, un extenso estudio del capitán auditor don Rodrigo Lorenzo y Ponce de León, sobre las reglas de enfrentamiento, al cual le fue concedido el premio Querol 2012. La Orden DEF 2647/2011 de 22 de septiembre (*BOE* n.º 240 de 5 de octubre de 2011) por la que se convocaron los premios defensa 2012, establecía, tal y como se había venido haciendo desde la creación del premio Querol, en diciembre de 2003, que «la obra galardonada en la Modalidad Premio Querol y Lombardero, será publicada en la Revista Española de Derecho Militar». No obstante, en la citada convocatoria no se establecía una extensión máxima de los trabajos, de ahí que buena parte de los presentados excedieran con mucho el número de páginas de los habituales estudios. Pese al esfuerzo de reducción que, conforme a los criterios establecidos en el consejo de redacción de la Revista, se exigió al autor galardonado, el estudio, en su formulación definitiva, sigue manteniendo unas dimensiones bastante superiores a lo normal. La excepcionalidad de la publicación en la REDEM de un trabajo tan extenso queda justificada no solo por las circunstancias expresadas, sino por no romper la tradicional vinculación del premio Querol a su publicación en la Revista. También dicha excepcionalidad viene fundamentada en el indudable interés del tema desarrollado.

Las Reglas de enfrentamiento constituyen un tema que, en las dos últimas décadas, ha venido suscitando un creciente interés tanto por parte de juristas como de militares profesionales confrontados con los nuevos

contextos operativos. Las Reglas de enfrentamiento son, por ello, una de las piezas fundamentales de ese ámbito del Derecho militar que es el Derecho militar operativo, cuya difusión y enseñanza ya ha comenzado a abrirse paso en la enseñanza militar, en especial a través de los cursos impartidos por la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Sin embargo, pese a su interés, las Reglas de enfrentamiento, a veces protegidas por su carácter de confidencialidad, no han sido objeto de estudios sistemáticos. En este sentido, el artículo del capitán Lorenzo representa un intento sistematizador que toma en cuenta el Derecho comparado, sin olvidar en su análisis la perspectiva interdisciplinar que exige el estudio de estas ROE. Es de esperar que este estudio pueda servir de base y estímulo para futuras investigaciones.

Por los mismos motivos hay que destacar el artículo del profesor Rafael Martínez Martínez, que aborda el tema de las Reglas de enfrentamiento desde una perspectiva sociológica y que puede ser considerado como un necesario complemento de un enfoque esencialmente jurídico. El análisis del funcionamiento real, sobre el terreno, de las Reglas de enfrentamiento, así como el estudio de la percepción de su utilidad por quienes están encargados de aplicarlas, representa una ayuda inestimable para mejorar su efectividad y profundizar teóricamente en su verdadera naturaleza.

La perspectiva internacional jurídico militar dominante en las Reglas de enfrentamiento se completa con dos interesantes estudios. Uno, sobre crímenes de guerra y justicia universal, a cargo del capitán auditor don Abraham Martínez Alcañiz. El otro, redactado por don Daniel Marín Mohíno, que aborda el tema acuciante de la regulación jurídica de las empresas militares y de seguridad privada cuya creciente presencia en operaciones militares y conflictos armados resulta cada vez más evidente.

Por último, el número se cierra con una miscelánea de artículos jurídico militares. De ellos, dos conciernen al Derecho constitucional. El primero es el del profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Burgos, don Tomás Prieto Álvarez, relativo a la constitucionalidad de los patronazgos religiosos de determinadas armas, cuerpos o unidades de las Fuerzas Armadas. El otro viene firmado por el general consejero togado don Luis López Medel, en el que trata de reabrir un viejo debate en torno al artículo 8 de la Constitución y la naturaleza institucional de las Fuerzas Armadas. Un problema más práctico y de ámbito más reducido es el que trata de resolver el capitán auditor don José Antonio Rodríguez Santisteban en su artículo sobre los pasaportes militares en Canarias. Finalmente, hay que

hacer mención del artículo remitido por el doctor en Derecho don Francisco Jiménez Rojas, en el que se ofrece una panorámica de la problemática y normativa aplicable al personal laboral adscrito a los establecimientos militares. Con él se hace presente un aspecto de indudable interés, como es el del Derecho laboral militar que, pese a su repercusión social, no ha sido objeto de la atención teórica que merece.

Carlos Eymar
Director de la REDEM

DOCTRINA

RESÚMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 99 (ENERO-DICIEMBRE 2012)

LAS REGLAS DE ENFRENTAMIENTO (ROE) COMO PARADIGMA DEL ESTADO DE DERECHO EN OPERACIONES MILITARES. RODRIGO LORENZO PONCE DE LEÓN.

Resumen: Clausewitz solía decir que la guerra no es sino la continuación de la política por otros medios. Parafraseándole, nosotros nos atrevemos a añadir a su dicho: sí, por otros medios pero siempre que estos sean lícitos, legítimos y dentro de la ley. Tal vez el ilustre pensador olvidó mencionar el elemento legal inherente en las operaciones militares; tal vez esto resultaba algo obvio para él. Lo que sí sabemos, y nosotros mantenemos con rotundidad, es que si existe una institución contemporánea que mejor simboliza la fusión de la política, el derecho y las armas esa es, o son, sin duda, las comúnmente denominadas Reglas de enfrentamiento (ROE). ¿Directriz política, norma jurídica u orden militar? He ahí el dilema. Raras veces aquellos que de un modo u otro participan en la planificación, desarrollo, ejecución o seguimiento informativo de las operaciones militares, o en el conocimiento y enjuiciamiento de hechos sucedidos con ocasión de estas, han dejado alguna vez de escuchar la expresión: ¡Porque lo permiten las ROE...! El presente artículo de investigación jurídica tiene por objeto ofrecer una respuesta a los interrogantes que pudieran plantearse ante estos actores, especialmente los juristas militares, y viene a paliar, sin ánimo de resultar nada pretenciosos, una laguna de la que hasta ahora viene adoleciendo el estudio de las Reglas de enfrentamiento (ROE) en nuestra patria.

Palabras clave: ROE, Derecho militar operativo, Derecho comparado, legítima defensa, reglas de comportamiento.

THE RULES OF ENGAGEMENT (ROE) AS A PARADIGM OF THE RULE OF LAW IN MILITARY OPERATIONS.

RODRIGO LORENZO PONCE DE LEÓN.

Abstract: Clausewitz used to say that war is not but the continuation of policy (politics) by other means. Paraphrasing him, we dare to add to his dictum: yes, by other means but only as they are licit, legitimate, and within the law. Maybe the illustrious thinker forgot to mention the legal component inherent in military operations; maybe the subject was obvious to him. What we do know, and maintain emphatically, is that if there's ever a contemporary institution that best reflects the fusion between Policy, Law, and Arms that is, or are, without doubt, the commonly called Rules of Engagement (ROE). ¿Political directive, legal norm, or military order? That is the dilemma. Seldom those who one way or another have taken part in the planning, conduct, execution, or media coverage of military operations, or in the investigation and trial of events occurred on occasion of those, have not heard: Because ROE,s allow to do so...! The present legal research article is aimed at giving an answer to the questions that may arise before all of these actors, military lawyers in particular, and it comes to fill, not to sound too pretentious, a certain lacuna that up to present has characterized the study of the Rules of Engagement (ROE) in our homeland.

Key words: ROE, Operational Law, Comparative Law, Self-Defense, Rules of behavior.

CRÍMENES DE GUERRA Y JUSTICIA UNIVERSAL.

ABRAHAM MARTÍNEZ ALCAÑIZ.

Resumen: Los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 supusieron un avance histórico en la regulación de los conflictos armados internacionales, así como el reconocimiento de los conflictos armados internos. Entre los aspectos a destacar de los referidos instrumentos internacionales, encontramos la instauración del sistema de eficacia del Derecho internacional humanitario, principalmente, mediante la incorporación del principio de justicia universal. El presente artículo tiene por finalidad analizar el conjunto de infracciones previstas en los Convenios de Ginebra de 1949, ya sean consideradas infracciones graves, violaciones graves o meras contravenciones de dichos convenios. Igualmente, se analiza la figura del título jurisdiccional universal, contenida en los citados instrumentos internacionales, como medio para cumplir las obligaciones derivadas de los mismos.

Palabras clave: Crímenes de guerra, infracciones graves del Derecho internacional humanitario, violaciones graves del Derecho internacional humanitario, contravenciones del Derecho internacional humanitario y justicia universal

Abstract: The Geneva Conventions of August 12 of 1949, marked a historic breakthrough in the regulation of international armed conflict, as well as the recognition of internal armed conflict. Among the notable aspects of those instruments, we find the establishment of effective system of international humanitarian law, mainly through the incorporation of the principle of universal jurisdiction. This article aims to analyze the set of violations under the Geneva Conventions, considered grave breaches, serious breaches or mere breaches of the Geneva Conventions of 1949. It also discusses the universal jurisdiction headline figure contained in these international instruments as a means to fulfill the obligations arising there from.

Key words: War crimes, grave breaches of international humanitarian law, serious violations of international humanitarian law, breaches of international humanitarian law and universal jurisdiction.

LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ADECUADA DE LA FIGURA DE LA EMPRESA MILITAR Y DE SEGURIDAD PRIVADA. DANIEL MARÍN MOHÍNO.

Resumen: El fin de la Guerra Fría y el colapso del sistema bipolar propiciaron la proliferación de una nueva forma de proveedores privados de seguridad, las empresas militares y de seguridad privada. La creciente necesidad de estabilización de amplias zonas del planeta junto con la decreciente voluntad política de las naciones occidentales para implicar sus tropas, la denominada «revolución de los asuntos militares», la ola privatizadora vigente y la existencia de presupuestos de Defensa cada vez más reducidos, han favorecido la expansión de estas empresas.

Su uso supone para los estados una alternativa atractiva al despliegue de tropas, debido a sus costes presuntamente más bajos, menor responsabilidad y la posibilidad de camuflar el número real de bajas. Pero hay inconvenientes derivados de la falta de legislación tanto nacional como internacional aplicable a estas empresas. Los esfuerzos legales internacionales se han centrado en la eliminación de los mercenarios, pero al tratarse de una figura diferente, dicha legislación es, en la práctica, inaplicable. Por otra parte, las legislaciones nacionales aplicables, cuando existen, adolecen de muchas lagunas, provocadas, bien por su remisión íntegra al Derecho internacional, o bien por la falta de voluntad política de los estados.

Palabras clave: Mercenario, empresas militares y de seguridad privadas, conflicto, Derecho internacional humanitario, privatización.

Abstract: The end of the Cold War and the collapse of the bipolar system boosted the proliferation of a new form of private security providers, the Private Military Corporations. The need for the stabilization of wide areas of the planet jointly with the lack of political will of the western nations to use their troops, the so-called Revolution on Military affairs, the privatization wave and the existence of more and more restrained Defence budgets, have favoured the expansion of these companies.

Their use gives to the States an alternative to the deploy of troops due to presumed lower costs, lower responsibility and the chance to camouflage the real number of casualties. But there are caveats due to the fact of the lack of international or national regulation applicable to these enterprises. The international legal efforts have been focused on the elimination of mercenaries, but being a different actor, that regulation is, in practice, unapplicable. By other hand, the applicable national regulations, when they exist, have some gaps caused either by their remisión to the International Law either by the lack of State political will.

Key words: Mercenary, private military and security corporations, conflict, International Humanitarian Law, privatization.

REGLAS DE ENFRENTAMIENTO: LA PERCEPCIÓN DE SU UTILIDAD POR LOS ENCARGADOS DE APLICARLAS. RAFAEL MARTÍNEZ MARTÍNEZ.

Resumen: Para la OTAN, las ROE introducen la dirección política en la conducción de las operaciones militares. El propósito de las ROE es asegurar que la aplicación de la fuerza esté controlada mediante restricciones en la libertad de conducción de una misión asignada. Sin embargo, se ha informado ampliamente en la literatura científica sobre el obstáculo que pueden ser las ROE en el despliegue y progreso de las fuerzas. Esto es comprensible, ya que estas normas son preestablecidas y los protocolos tienen por objeto salvaguardar los objetivos de la misión, incluso en detrimento de la operatividad militar. A fin de conocer la opinión de los usuarios, se entrevistó a más de quinientos militares de nueve países. Se pretendía comprobar el grado en que las ROE son seguidas por los militares y las irregularidades que ve el Ejército en su praxis. La mayoría valoró como inadecuadas las ROE. Entre las causas de inadecuación figuran: a) ser restrictivas, c) no ser específicas, d) generar indefensión y e) existir falta de formación previa.

Palabras clave: ROE: aplicabilidad, adecuación, efectividad, formación.

Abstract: To NATO, ROE provides political direction for the conduct of military operations. The ROE purpose is to ensure that the application of force is controlled by directing the degree of constraint or freedom permitted when conducting an assigned mission. However, it has been widely reported in the scientific literature on ROE's hindrance to the forces deployment and progress. This is understandable given that these rules are pre-established and the protocols aim to safeguard the objectives of the mission often transcends lessons learned outside of operational mission scenarios. In order to know the opinion of users, we interviewed more than 500 military from nine countries. It intends to check the extent to which ROE are followed by the military and what irregularities the military sees in their practice. The majority valued as inadequate the ROE. Among the causes of inadequate valuation can include a) unexplained, b) restrictive, c) nonspecific, d) helplessness and e) lack training.

Key words: ROE: applicability, appropriateness, effectiveness, training.

EL PERSONAL LABORAL ADSCRITO A LOS ESTABLECIMIENTOS MILITARES: EVOLUCIÓN DE LA «APLICABILIDAD» NORMATIVA. FRANCISCO JIMÉNEZ ROJAS.

Resumen: El Real Decreto 2205/1980 de 13 de junio, nacido con vocación de dar continuidad a la regulación de los servicios que presta el personal civil no funcionario en los establecimientos militares, peculiarísima relación en algunos de sus aspectos –si bien no formalmente calificada como de carácter especial (art. 2 ET)–, se ha visto desbordado en buena medida en su virtualidad jurídica y aplicación práctica, como consecuencia no solo del mero transcurso del tiempo (un tercio de siglo), y con él de la evolución del contexto y la realidad social a los que han de aplicarse la norma, sino también, y sobre todo, a causa de los pronunciamientos jurisprudenciales de orden constitucional acerca del alcance que deba darse a los fundamentales derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva. Este último derecho se ha desarrollado ampliamente en sintonía con la legislación laboral, o administrativo-laboral.

Sin dejar de observar el principio de neutralidad política que rige en las Fuerzas Armadas, los convenios colectivos, del personal laboral del Ministerio de Defensa primero y el denominado «Convenio Único» (en sus distintas versiones) después, han desplazado la aplicabilidad normativa

del referenciado real decreto, cuyo esencial elemento vertebrador, la salvaguarda del interés superior de la defensa nacional, no justifica, a juicio de los intérpretes del texto regulador, una hermenéutica rigorista y extemporánea que permita extender el concepto a toda actividad que se desarrolle en el interior de los recintos militares.

Palabras clave: Establecimientos militares, Derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva.

Abstract: The Royal Decree 2205/1980, dated on 13th June 1980, was aimed to give continuity to the regulation of the services provided by the civilian staff in military establishments. Although the working relationship subject to regulation in the Royal Decree 2205/1980 has not been formally declared as one of the working relationships of a special character (see art 2 Estatuto de los Trabajadores), its juridical potential and practical implementation has been overwhelmed to a great extent. This has been the consequence not only of the simple fact of the course of the time (a third of a century) along with the changing context and the social situation in which the regulation has to be implemented to but also, and above all, due to the constitutional case law pronouncements about the due range to be given to the basic rights of unionization, strike and collective bargaining. The latter has been widely developed in tune with Labour or the Administrative-Labour Laws.

Always considering the political neutrality principles in force at the Spanish Armed Forces, the collective bargaining agreements of the Ministry of Defense for no-civil servant personnel, on the one hand, and the so-called «Convenio Unico» (in its different versions) on the other, have taken over the implementation of the rules of the real Decreto 2205, whose main feature is the defence of that superior interest which is the National Defence, what does not justify, in the opinion of the interpreters of the Real Decreto, the use of severe and untimely hermeneutics extending that conception is been developed to every activity inside the military complexes.

Key words: Military establishments, trade union rights, rights to strike and collective bargaining.

EL EJÉRCITO COMO INSTITUCIÓN: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 8 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. JESÚS LÓPEZ MEDEL.

Resumen: Se reafirma el carácter institucional de las Fuerzas Armadas a partir de un análisis filosófico jurídico del artículo 8 de la Constitución española. La ubicación del citado artículo 8 de la Constitución, dentro de su Título preliminar, permite extraer la conclusión de que en las Fuerzas Armadas se contienen todas las ideas fuerza y la grandeza de los valores y principios

básicos de la Constitución, de los cuales, además, se constituyen en garantes. Las Fuerzas Armadas, en cuanto idea o empresa que garantiza la continuidad histórica de determinados valores y virtudes como, entre otros, la disciplina, el valor, la lealtad, el honor o el amor a la Patria, ya reconocidos desde las primitivas Ordenanzas de Carlos III, representan un paradigma de institución conforme a lo definido por Hauriou y otros teóricos. Subrayar el carácter institucional de las Fuerzas Armadas, implica declarar la superioridad de este modelo sobre los modelos ocupacionales, funcionales, administrativo-burocráticos o ideologizados, sin que ello implique renunciar a la búsqueda de un necesario equilibrio con las exigencias operativas.

Palabras clave: Constitución española, Título preliminar, valores, continuidad histórica, Ordenanzas de Carlos III.

THE ARMY AS AN INSTITUTION: ANALYSIS OF ARTICLE 8 OF THE SPANISH CONSTITUTION. JESÚS LÓPEZ MEDEL.

Abstract: The institutional character of the Armed Forces is reaffirmed from a philosophical-legal analysis of Article 8 of the Spanish Constitution. The position of this Article 8, within the Preliminary Title of the Constitution, allows to concluding that the Armed Forces contain the leading forces and the greatness of the basic values and principles of the Constitution, which they also guarantee. The military, as an idea or endeavor that ensures the historical continuity of certain values and virtues, like the discipline, the courage, the loyalty, the honor or the patriotism, among others, already recognized in the ancient Ordinances of Carlos III, epitomize the institutional paradigm as it was defined by Hauriou and other theorists. Underlining this institutional character of the Armed Forces involves declaring the superiority of this model over the occupational, functional, administrative-bureaucratic or ideologically polarized models, without giving up the pursuit of a necessary balance with operational requirements.

Keywords: Spanish Constitution, Preliminary Title, values, historical continuity, Ordinances of Carlos III.

EL PATRONAZGO RELIGIOSO DE LAS ARMAS Y CUERPOS MILITARES DE UN ESTADO ACONFESIONAL. TOMAS PRIETO ÁLVAREZ.

Resumen: El presente artículo trata de establecer la plena compatibilidad del patronazgo religioso de distintos cuerpos, armas y unidades de las

Fuerzas Armadas con la aconfesionalidad del Estado español. El principal fundamento jurídico de aquel patronazgo consiste en afirmar, tal y como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, que una tradición religiosa integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no significa la adhesión o respaldo de los poderes públicos a dichos postulados religiosos.

Palabras clave: Aconfesionalidad del Estado, libertad religiosa, honores militares, peso de la historia.

PATRON SAINTS OF MILITARY CORPS IN A NON CONFESSIONAL STATE. TOMÁS PRIETO ÁLVAREZ.

Abstract: This article seeks to establish that the designation of patron saints for the different military corps and units is fully compatible with the state non-confessional character set in the Spanish Constitution. The main legal basis for the existence of patron saints in the military is, as the Spanish Constitutional Court has said, that maintaining a religious tradition integrated into the whole social fabric of a particular group does not mean that any kind of adherence or support from the part of the public authorities exists to such religious tenets.

Key words: Establishment clause, freedom of religion, military honors, weight of history.

PASAPORTE ANUAL REGLAMENTARIO DEL PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LOS DESTINADOS EN CANARIAS EN EL AMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA.

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ SANTISTEBAN

Resumen: Las vacaciones son un derecho reconocido en la propia Constitución Española de 1978. El período vacacional del personal del Ministerio de Defensa se reconoce y regula en las propias disposiciones normativas de Defensa, ya que este derecho se adapta a sus peculiaridades y especialidades. Esas peculiaridades y especialidades son las que justifican el permiso especial en Canarias debido a la circunstancia de insularidad y de lejanía de este territorio con la península Ibérica, y es en estas circunstancias donde nace el pasaporte anual reglamentario para los destinados en Canarias. La aplicación de la norma que regula esta peculiaridad, en ocasiones, da lugar a situaciones jurídicas problemáticas, alguna de las cuales se resuelven en este ensayo.

Palabras clave: Administración militar, Canarias, destino, vacaciones, pasaporte, permiso, funcionario, militar.

**THE SPECIAL TRAVEL ORDER ANNUALLY ISSUED
TO CIVILIAN AND MILITARY PERSONNEL OF THE
SPANISH MINISTRY OF DEFENSE STATIONED IN THE
CANARY ISLANDS. JOSE ANTONIO RODRÍGUEZ SANTISTEBAN**

Abstract: Vacation is a right recognized in the Spanish Constitution of 1978. Personnel working for the Defense Ministry has it recognized, being regulated by the actual provisions of Defense normatives, as this right is adapted to its peculiarities and uniqueness. These peculiarities and singularities justify an special vacation period issued to Personnel working in the Canary Islands because of its ultraperiferic condition with the mainland, and it is in these circumstances that an special Travel order for local residents is issued on a yearly basis. The application of the rule governing this peculiarity, sometimes leads to problematic legal situations, some of which are resolved in this essay.

Key words: Military Administration, Canary Islands, assignment, vacation, travel order, official vacion periot, civil servant, military.

NECROLÓGICAS

**GENERAL CONSEJERO TOGADO, DEL CUERPO JURÍDICO MILITAR, DON JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ FLORES Y DE FUNES
(IN MEMORIAM)**



Fernández Flores y de Funes, José Luis.

Tarancón (Cuenca), 1924; Madrid, 2012.

En la tradición veterotestamentaria, Yavé recompensa ya en esta vida la fidelidad de los justos con una existencia larga, fecunda en obras y felicidad. Esta reflexión me invade al pergeñar el presente *In memoriam*.

Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado, general consejero togado y magistrado del Tribunal Supremo. Pocas personas han alcanzado esta tríada de tanta relevancia. En cada una deja una impronta indeleble.

Con veinte años termina la Licenciatura en Derecho y con veintiuno ingresa en el Cuerpo Jurídico Militar. Su primer destino es Sevilla, en donde se introduce en círculos literarios y realiza colaboraciones de ensayo y poesía en distintos periódicos y revistas. Después de pasar por la Capitanía General de Burgos, es destinado a la Auditoría de Madrid. En la capital cursa el Doctorado en la entonces Universidad Central y comienza su docencia como adjunto de la Cátedra de Derecho Internacional. Es en esa década de los sesenta cuando publica sus primeros artículos científicos y en 1967 ve la luz su trabajo de tesis doctoral *El divorcio en Derecho internacional privado: su alcance jurisdiccional en Hispanoamérica*. Comienza, así, un

periplo que mantendrá, casi de por vida, como congresista y conferenciante por el continente iberoamericano.

En Defensa, entre otros destinos, es profesor del CESEDEN, asesor de la Junta de Jefes de Estado Mayor Española-Americana, *Combined Staff* y, sobre todo, por ser el destino por más querido y disfrutado, director de la Escuela de Estudios Jurídicos de la Defensa, primero como general auditor y después, incluso, como general consejero togado en los primeros momentos de su ascenso. Por su iniciativa creadora, dedicación entusiasta y empeño constante logra mejoras trascendentales en docencia e investigación. Relanza la Revista Española de Derecho Militar, de la que es director más de diez años. Su último destino militar es en el Consejo Supremo de Justicia Militar y, posteriormente, es nombrado Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

Alcanza *auctoritas* indiscutible en Derecho de la guerra. Así, *ad exemplum*, es fundador del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, dependiente de Cruz Roja Española, y participa con asiduidad en reuniones científicas y publicaciones del Comité Internacional de la Cruz Roja, al tiempo que alcanza la Presidencia de la Comisión de Instrucción Militar en el Institute of Humanitarian Law de San Remo. Es vicerrector de la Sociedad de Estudios Internacionales, miembro de la International Law Association, del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico. Conferenciante regular en el Pentágono, de los EEUU, y en la Escuela de Estudios Jurídicos norteamericana, en Charlottesville, Virginia. Aprovecha su estancia americana para ejercer docencia en la Universidad de Columbia, Nueva York. Su manual *Del Derecho de la guerra*, primero de esta nueva parcela jurídica publicado en España, y su tratado *El Derecho de los conflictos armados* se han convertido en referentes clásicos e inexcusables en cualquier estudio sobre esta materia.

En la Universidad sienta Cátedra en Barcelona, Murcia, Zaragoza, la UNED y Alcalá de Henares. Termina su docencia universitaria como profesor responsable de Derecho Internacional en el Centro Luis Vives, dependiente de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU.

Lo reseñado es mucho, pero deviene poco para plasmar su personalidad. Intelectual de vastísimas lecturas. Domina inglés y francés y lee italiano y alemán. Añade un notable conocimiento del latín, prueba irrefutable de responder a ese biotipo, otrora paradigmático, de maestro de nuestra alma mater, al cual nada humano le es ajeno.

En 1977 contrae matrimonio con una guapa y jovencísima licenciada en Filosofía, Araceli Cansans y de Arteaga, hija de los condes de Ampudia

y nieta de los duques del Infantado, que más tarde se doctora. Con ella, pintora y escritora, su feliz matrimonio es una larga conversación que siempre parece corta.

A su inveterada suscripción a *ABC* añade asiduamente el *New York Times*, *Le Monde* y *L'Osservatore Romano*. Edita un delicadísimo libro de cuentos de su madre, a los que suma algunos propios, bajo el título *Algunos cuentecillos de mi madre y otros muchos cuentecillos*, y publica una novela, *Memoria de un miliciano*, y se entusiasma al dar a la luz un precioso inédito de su mujer, «Siete cuentos». Su espíritu abierto e inquieto le lleva a descubrir en el último año la potencialidad del iPhone. Su biblioteca posee diez mil volúmenes. Sus libros están subrayados y contienen elocuentes glosas marginales.

Aprende de sus padres el valor de la justicia y el ejercicio de la caridad, y desde su jubilación realiza labores sociales y ayuda económicamente con gran generosidad. Como los miembros de la *nobilitas* romana, después de ocupar tan altos cargos, es feliz al cuidado de la heredad agrícola paterna.

En los últimos años se interesa solo por filosofía y teología. Cuando es elegido el Pontífice, hoy emérito, Benedicto XVI, compra todos sus libros. Al leer el Evangelio comprueba con gozo cómo el Señor disfruta de todas las cosas humanas. También él da gracias por la naturaleza, por este libro, aquel amigo o ese whisky que paladea conversando. Tiene narrados los milagros que le han sucedido en su vida y deja escrito un ensayo espiritual, inédito de 555 páginas, titulado: «Biografía de Dios-Hombre. Él y este pobrecillo que soy yo».

Muere, como del rayo, un viernes a las tres de la tarde y recibe sepultura en Balazote (Albacete) en un sereno atardecer manchego, en esa víspera mariana que anuncia la Resurrección. Recordando ese dramático momento, recogido ante su tumba, hoy quiero evocar su memoria, para mí indeleble, con esta plegaria: «Oh Dios, retorne a Ti el alma de José Luis Fernández Flores, que nos has permitido compartir. Gracias porque nos ha hecho tan felices, porque nos ha querido y porque tantos lo hemos querido tanto.»

Federico Fernández de Buján

GENERAL CONSEJERO TOGADO, DEL CUERPO JURÍDICO MILITAR, DON MANUEL AREAL ÁLVAREZ (*IN MEMORIAM*)



El general consejero togado don Manuel Areal Álvarez falleció en Ferrol en el otoño del año 2012. Quienes lo conocimos, desde nuestro común ingreso en el Cuerpo Jurídico de la Armada, podemos testimoniar que hemos perdido uno de los compañeros más queridos, por sus cualidades humanas, siempre desbordando cordialidad, amistad y caballerosidad.

Manuel Areal era hijo de un distinguido jurídico de la Armada y notario, fallecido trágicamente en Málaga durante la Guerra Civil, por lo que cursó sus primeros estudios en el Colegio de Huérfanos de la Armada en Madrid,

época que siempre evocaba con nostalgia y en la que ya nació un destacado espíritu de compañerismo e integración en la Armada, a la que pertenecía por tradición familiar.

Durante su relevante carrera como jurídico militar desempeñó, desde 1962, reconocidos servicios en la entonces Zona Marítima del Cantábrico (Ferrol), en particular como eficiente secretario de Justicia, mereciendo la confianza de los diversos capitanes generales que supieron apreciar su lealtad y destacadas cualidades profesionales. Era la época en la que su gran amigo, el teniente general auditor (h) José Francisco de Querol y Lombardero –cruelmente asesinado–, ejercía su magisterio en la Auditoría de Ferrol.

Ascendido a coronel desempeñó el destino de auditor de la Zona Marítima del Cantábrico y, al reformarse la Justicia militar, en 1988, fue nombrado auditor presidente del Tribunal Militar Territorial de la Coruña, cargo que ocupó brevemente al ser ascendido a general auditor.

Durante tres años (desde 1992 a 1995), ya como general consejero togado, fue asesor jurídico del Cuartel General de la Armada hasta su pase a la reserva, cargo en el que de nuevo se pusieron de relieve sus grandes cualidades humanas y profesionales. Sus subordinados pueden dar fe de su exquisito trato y de lo grato que siempre resultó trabajar a sus órdenes.

A lo largo de su carrera, fue infatigable promotor de actividades jurídico-navales y culturales, desde su innata condición para las relaciones públicas, habiendo sido presidente de la Asamblea Amistoso-Literaria y miembro, entre otras, de la Asociación de Amigos de los Museos Militares y de la Orden de Peregrinos del Camino de Santiago.

En el ámbito internacional, es reseñable su contribución en los congresos de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre, en particular el celebrado en Viena durante la primavera de 1994.

Ya en la segunda reserva desempeñó el cargo de magistrado suplente en la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo.

Estaba casado con María Rosario Fernández Núñez, perteneciente a una conocida familia ferrolana vinculada muy intensamente a la Armada, a quien desde estas líneas reiteramos el sentimiento de los compañeros del Cuerpo Jurídico Militar.

Pocos meses antes de su fallecimiento me encontré con el general Areal en la plaza de Amboage de su querido Ferrol, a donde había trasladado su residencia, y en aquella breve y entrañable charla pude constatar que conservaba intacta su vitalidad, sentido de la amistad, cordialidad, compañerismo y devoción por el Cuerpo Jurídico Militar. Es el último y emocionado recuerdo que quiero testimoniar como homenaje a una persona excepcional.

Descanse en paz.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
General consejero togado (r)

**GENERAL CONSEJERO TOGADO, DEL CUERPO JURÍDICO
MILITAR, DON JESÚS VALENCIANO ALMOYNA
(IN MEMORIAM)**



Escribo estas líneas a vuelapluma, guiado más por el afecto hacia la figura de Jesús Valenciano que por la pretensión de ofrecer datos históricos precisos avalados por una exacta documentación. La única fecha exacta que puedo ofrecer es la de su fallecimiento, acaecido el 9 de diciembre de 2012. No obstante, mi relación con él se remonta a los años cincuenta del pasado siglo. Fue una relación de amistad y mutua confianza como lo demuestra el hecho de que me escogiera como padrino de Juan, uno de sus siete hijos. Durante años esta re-

lación estrecha entre familias se mantuvo y así, por ejemplo, alguno de nuestros hijos llegó a compartir el mismo profesor particular. Con motivo de la enfermedad terminal de Asunción, su primera mujer, mi ahijado Juan, que no llegaba a los diez años, estuvo viviendo con nosotros durante casi un par de años. A Asunción, en el último año de su vida, la íbamos a visitar casi a diario en su casa de la calle Segre, en Madrid. Esta relación continuó cuando, después de enviudar, Jesús contrajo nuevas nupcias con Socorro Mármol. Ambos vinieron a visitarnos a nuestra casa de Saldaña y con ella he seguido manteniendo una buena relación. Bien es cierto que, en un momento dado, tras la gran despedida que se le dio en la Gran Peña con motivo de su pase a la situación de reserva y que yo contribuí a organizar, se distanció un poco de mí y, en general, del Cuerpo Jurídico. Se dedicó a la empresa privada y se afincó en Málaga.

Desde el punto de vista profesional, Jesús Valenciano fue indudablemente un buen jurista, con una gran vocación jurídico militar. Su actividad se centró fundamentalmente en el cumplimiento de los deberes propios de su destino, sin, por ello, abandonar sus inquietudes docentes o teóricas. Fue profesor de Derecho Penal Militar en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, en la calle Tambre, donde realizó una gran labor formativa sobre muchas promociones del Cuerpo Jurídico Militar de Tierra. También

publicó algunos libros como *La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/80* o su célebre artículo publicado en la Revista Española de Derecho Militar, al que luego dio la forma de opúsculo: «Las normas de gracia en la Transición (julio 1976-mayo 1977)». El Derecho penal militar fue, por tanto, el que le ocupó la mayor parte de sus esfuerzos en una primera etapa en la Auditoría de Guerra de la Primera Región Militar, en la calle del Reloj, y luego en el Consejo Supremo de Justicia Militar. Fue este último destino el que le llevó a ejercer el cargo de secretario relator en el juicio del 23 F, bajo la dirección del Juez instructor, el general García Escudero. Él se ofreció voluntariamente para ejercer este cargo porque era un hombre entusiasta, a veces impaciente, que buscaba los puestos de mayor riesgo y fatiga. Sin duda la instrucción de ese histórico proceso le marcó.

Pero además de su labor centrada en la jurisdicción militar, Jesús Valenciano realizó una importante labor asesora. Fue en este contexto donde tuve ocasión de apreciar su verdadera valía, cuando yo ejercía como asesor del Cuartel General del Ejército de Tierra y él estaba de segundo. Fue un fiel colaborador, un jurista competente y documentado en cuya opinión, independientemente de la amistad que a él me unía, podía confiar plenamente. Por eso, cuando él me sucedió en el cargo, al pasar a desempeñar la Asesoría Jurídica del Cuartel General de Tierra, no me extrañaron los elogios que se le prodigaron. Ese fue su último destino, el colofón de una carrera llena de reconocimientos y condecoraciones que sería tedioso enumerar y que le hacen merecedor de un lugar no solo en la intrahistoria del Cuerpo Jurídico Militar, sino en la de la Transición española.

Juan Cortés Álvarez de Miranda
General consejero togado

ESTUDIOS

LAS REGLAS DE ENFRENTAMIENTO (ROE) COMO PARADIGMA DEL ESTADO DE DERECHO EN OPERACIONES MILITARES*

Rodrigo Lorenzo Ponce de León
Capitán auditor

* Este artículo ha sido galardonado con el premio Querol 2012

SUMARIO

I. *Introducción.*—1. Metodología aplicada a la presente investigación. 2. Las ROE explicadas sucintamente para el no iniciado. 3. Del significado y uso que se hace de las palabras. 4. Sobre el pretendido origen histórico de las ROE.

II. *Las ROE y el Derecho militar operativo.*—1. El Derecho militar operativo. 2. Hacia un concepto de Derecho militar operativo. 3. La institución central del Derecho militar operativo. *a.* La naturaleza de la operación como punto de partida. *b.* Las ROE a nivel estratégico: el mandato de la operación. *c.* Las ROE a nivel operacional: el «OPLAN» y el «abogado operacional». *d.* Las ROE a nivel táctico: la «tarjeta del soldado» y el «cabo estratégico». *e.* Recapitulación. 4. El concepto de ROE. 5. Tipología de las ROE. *a.* Las ROE en el tiempo: ROE de paz y ROE de guerra. *b.* Las ROE en el espacio: ROE domésticas y ROE de ultramar. *c.* Las ROE según las limitaciones y prohibiciones. *d.* Las ROE de conducta y las ROE de estado. *e.* Las ROE tácticas, las ROE operacionales y las ROE estratégicas. *f.* Las ROE durmientes y las ROE efectivas. *g.* Las ROE de paz, las ROE de guerra y las ROE de ejercicios. *h.* Las ROE restrictivas, las permisivas, las preferenciales, las definitorias y las «ROE3». *i.* Las ROE normativas y las ROE instructivas.

III. *Las ROE y el derecho nacional.*—1. A propósito de su naturaleza jurídica. 2. ¿Directriz política, norma jurídica u orden militar? 3. Las ROE y la cuestión de los ordenamientos internos. *a.* España y otros países europeos. *b.* Los Estados Unidos de América. *c.* Canadá. *d.* Países de Hispanoamérica. *e.* Japón. *f.* China. *g.* Australia y Nueva Zelanda. *h.* India. *i.* Países musulmanes. *j.* Israel. *k.* África del Sur y países africanos. *l.* Federación Rusa.

IV. *Las ROE y la ética militar.*—1. ¿Reglas de enfrentamiento o reglas de comportamiento?

V. *Las ROE y el Derecho internacional.*—1. Las ROE y el Derecho internacional en general. 2. El Derecho de la guerra y la «guerra del Derecho». 3. Las ROE y el Derecho de la guerra. a. Entre la guerra y la paz: las ROE y el prestigio implícito en el respeto a los derechos humanos. b. ¿Combatiente o delincuente? Las ROE y la lucha contra el terrorismo internacional. c. Las ROE y la «guerra del Derecho».

VI. *Epílogo.*

I. INTRODUCCIÓN

Enigmáticas y a la vez paradigmáticas, las Reglas de enfrentamiento (ROE) han acabado por convertirse en una herramienta fundamental para el desarrollo de las operaciones militares contemporáneas. No estamos ante un simple documento técnico de los que se manejan de forma rutinaria en los estados mayores y tampoco estamos, pese a que su nombre parezca inducir a eso, ante normas complejas de las que solo entienden personas versadas en Derecho. Habría incluso que descartar de antemano que estas sean uno de esos programas o memorandos de los que solo conocen y entienden quienes se dedican al ejercicio de tareas políticas o diplomáticas. No, antes, al contrario, estamos precisamente ante la institución que mejor simboliza la fusión de la política, del Derecho y de las armas. Su origen resulta algo enigmático, las siguientes páginas resultan lo suficientemente ilustrativas como para certificar dicho aserto. Al propio tiempo, las Reglas de enfrentamiento son el paradigma del uso de la fuerza ejemplar y acorde con el interés político nacional, con el ordenamiento jurídico y —por emplear una expresión ya algo en desuso— según lo que dispone la ordenanza.

Ni esta es la primera investigación que se realiza en torno a las Reglas de enfrentamiento ni, por supuesto, será la última, pero, desde luego, sí que la consideramos original, porque viene a paliar determinados aspectos que juzgábamos insuficientemente tratados en otras anteriores.

Ahora bien: ¿Por qué un trabajo de investigación sobre las Reglas de enfrentamiento? La pregunta y su contestación las consideramos obligadas como punto de partida. En primer lugar, el Derecho militar como rama del saber jurídico científico¹ ha recibido tradicionalmente en España escasa atención.

¹ No vamos a entrar en polémica en torno a si existe verdaderamente un derecho militar o en torno a su pretendida autonomía. Bastan las siguientes palabras aparecidas hace ahora medio siglo en el medio de difusión por excelencia del Derecho militar, la (precisamente) denominada *Revista Española de Derecho Militar*: «En la expresión ‘Derecho militar’ hay siempre un sentido un poco equívoco. Acaso cuando se emplea se piensa más que en nada en Derecho ‘penal militar’, expresión, por cierto, también bastante imprecisa, que engloba casi siempre al ‘procesal militar’. Pero las cosas no ocurren caprichosamente, y si en el Derecho militar se produce este desbarajuste entre el nombre y su concepto, alguna razón

La crítica no es nuestra y mucho menos nueva, podría decirse que ni siquiera exclusiva del solar patrio. Antes al contrario, parece ser su sino universal y viene avalada por autores tanto nacionales como extranjeros. En palabras de Millán Garrido estamos ante «una materia jurídica poco tratada y, en general, mal conocida»². Rodríguez-Villasante llega a referirse con gran sarcasmo, no exento de poderosa razón, al Derecho penal militar como «ciencia oculta»³. Autores como el penalista Rodríguez Devesa elevan sus críticas incluso a los debates parlamentarios que tuvieron lugar con motivo de las primeras reformas de la justicia militar durante la Transición política española hace ya algunas décadas⁴. Otros, en fin, como Fernández-Flores aluden a la situación precaria en la que se encuentra el estudio del Derecho de la guerra, especialidad jurídica tradicional del Derecho militar, del que «se escribe tan poco que –virtualmente– es un tema abandonado»⁵. En otras latitudes, autores tan dispares como el estadounidense Fidell se refieren a la justicia castrense como un campo tradicionalmente «oscuro y pasado por alto»⁶. Otros como el jurista de origen indio Mangala critican el carácter «enigmático» que en su país tienen los asuntos militares en general y el Derecho militar en particular.⁷ El

tiene que haber para ello. Para mí, esta razón se halla en que el actual contenido del Derecho militar es el residuo, por violenta extirpación, de una rama en otro tiempo espléndida del Derecho. Su mutilación la hace funcionar defectuosamente y ofrecer, ante los ojos del vulgo o del jurista no encariñado con ella, extrañas e inexactas perspectivas». ESTEBAN RAMOS, S. (1961). «Hacia un nuevo sentido del Derecho militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 11, pp. 89-99, p. 89.

² MILLÁN GARRIDO, A. (2002). «Derecho militar mexicano», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 79, pp. 317-321, p. 318. En alusión a lo que ocurre con el Derecho militar en la mayoría de los países y con ocasión de la recensión que hace a la obra titulada *Derecho militar mexicano*, cuyo autor es el eminente jurista mexicano Alejandro CARLOS ESPINOSA.

³ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (1988). «Introducción al Derecho penal militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 51, pp. 448-451, p. 451. En alusión al Derecho penal militar con motivo de la recensión que hace de la obra denominada *Introducción al Derecho penal militar*, escrita por el que fuera presidente de honor de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra y general consejero togado del extinto Cuerpo Jurídico del Ejército de Tierra don Francisco JIMÉNEZ JIMÉNEZ.

⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. (1980). *Derecho penal español. Parte especial*. Gráficas Adonais. Madrid, p. 1243. Al referirse a los debates parlamentarios relativos a la reforma del Código de Justicia Militar de 1945 llega a señalar: «... toda la materia estuvo presidida por la tradicional ignorancia del Derecho militar.»

⁵ FERNÁNDEZ-FLORES, J. L. (1978). «El actual Derecho de la guerra», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 35, pp. 17-38, p. 17.

⁶ FIDELL, E. R. (2000). «A Worldwide Perspective on Change in Military Justice», *The Air Force Law Review*, vol. 48, pp. 195-209, p. 196.

⁷ MANGALA, A. C. (1992). *Commentary on Military Law in India*. Eastern Law House. Calcutta, p. 1: «It has been my experience that ‘Matters Military’ in general and ‘Military Law’ in particular are an anathema as well as a considerable enigma to legal Puritans and the common intelligentsia as well».

colombiano Ariza Arango hace suyas las críticas que antaño formulase otro compatriota suyo, auditor de guerra, afirmando que «poco o ningún interés ha despertado en nuestros juristas el estudio de la justicia castrense en Colombia, y se puede afirmar casi un desconocimiento absoluto de esta rama del Derecho y mirada con gran indiferencia y antipatía...»⁸. En segundo lugar, el estudio de las Reglas de enfrentamiento suele ubicarse por los distintos manuales oficiales⁹ y en las obras¹⁰ o artículos doctrinales¹¹, dentro siempre del más amplio contexto del Derecho militar operativo, concepto este último un tanto confuso e impreciso,¹² por lo que al lector no le resultará difícil predecir que si el Derecho militar, normalmente, es esa materia jurídica tan «poco tratada y, en general, mal conocida» –en palabras de Millán Garrido–, el desconocimiento alcanza ya su punto álgido cuando se trata de aquel como parcela particular dedicada al marco jurídico aplicable a las operaciones militares. En efecto, el presente trabajo de investigación ha tenido que buscar su principal apoyo no en

⁸ ARIZA ARANGO, O. D. Justicia penal militar y sus inconstitucionalidades. Se puede consultar en: <<http://www.monografias.com/trabajos11/teslibro/teslibro.shtml>>. (Consultado el 13 de enero de 2011, 18:46 h.). La cita la atribuye a su vez a RIBON RUIZ, L. (1952). «Justicia Penal Militar», *Revista de la Universidad de Cartagena*, núm. 7, p. 53.

⁹ Por ejemplo, en el manual *Operational Law Handbook* de las Fuerzas Armadas de los EE. UU., manual detallado de esta rama del Derecho militar editado por el Departamento de Derecho Internacional y Operaciones Militares de la Escuela del Judge Advocate Corps (Center for Law and Military Operations, The Judge Advocate General's Legal Center and School, US Army) –centro de formación y doctrina equivalente a nuestra Escuela Militar de Estudios Jurídicos– las Reglas de enfrentamiento ocupan todo un capítulo («Chapter 5» pp. 73-97) y sin perjuicio de las referencias puntuales que se hacen a las mismas en sede de otros capítulos. Véase esto en: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/operational-law-handbook_2010.pdf>. (Consultado el 31 de enero de 2011, 10:03 h.).

¹⁰ ZARRANZ DOMENECH, G. (2001). «Los parámetros del uso de la fuerza. Las ROE», *Lecciones de Derecho Operativo* (AA. VV.). Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. Madrid, pp. 145-161. Si bien se trata no de un estudio monográfico individual, sino de una obra colectiva donde se abordan distintos aspectos del denominado Derecho militar operativo.

¹¹ ALÍA PLANA, M. (2009). «Las Reglas de Enfrentamiento (ROE)», *Cuaderno práctico núm. 1*, mayo-agosto. Centro de Investigación y Doctrina Jurídica de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Madrid, pp. 28-38.

¹² A lo largo del presente trabajo intentaremos ofrecer una definición concisa sobre esta especialidad jurídica. En España, la primera y única aportación oficial en forma de manual hasta la fecha es una recopilación de conferencias del Curso de Derecho Operativo que tuvo lugar en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos durante el mes de febrero del año 2000, editado por el Ministerio de Defensa. En esta obra se echa en falta una definición expresa y taxativa del concepto, si bien esta se infiere de su propio contenido y, al menos, de cuanto se expone en el prólogo: «En este escenario de renacimiento del Derecho internacional se alumbra el Derecho internacional operativo (denominación esta desarrollada en los Centros Académicos Militares de los EE. UU.) que pretende analizar en su conjunto y de manera independiente las normas jurídicas aplicables en las operaciones militares...» AA. VV. (2001). *Lecciones de Derecho Operativo*. Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, p. 18.

fuentes de factura nacional, que existen y de acreditada solvencia por cierto,¹³ sino, debido a su escasez, en obras y artículos de autores e instituciones extranjeras, sobre todo, norteamericanas. No deja de resultar evidente nuestra anterior afirmación con una simple ojeada a los índices de la Revista Española de Derecho Militar, a la de todos sus números editados desde 1956, donde no existe un solo estudio monográfico dedicado en exclusiva a las Reglas de enfrentamiento y donde, lo cual no deja de resultar llamativo, tan solo existe uno, y muy reciente además, centrado en el Derecho militar operativo, si bien existen sucintas referencias en toda una serie de artículos aislados centrados exclusivamente en el Derecho de la guerra. Sin embargo, sí que queremos dejar constancia aquí, en estas líneas, al primero que en dicha revista parece manejar y definir el término, se trata de Rodríguez-Villasante, aunque lo hace de manera muy sucinta con ocasión de comentar las discusiones suscitadas en torno a la Mesa Internacional de Expertos sobre el Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados en el Mar celebrada en Madrid en 1988, autor que podría ser considerado el primero en manejar este concepto, al menos en la Revista Española de Derecho Militar, al que denomina «reglas de compromiso»¹⁴. También queremos dejar constancia, desde luego, del primero que nos ofrece una definición algo más apurada que el anterior, se trata de Doménech Omedas, coronel artillero y diplomado de Estado Mayor que, probablemente sin saberlo, dejaba ya de por siempre sentada la primera definición de la que se tiene constancia en los anales de la citada revista, al menos en el contexto de un artículo específicamente dedicado a las operaciones de paz.¹⁵ En fin, tan pocos artículos en tan dilatado tiempo de existencia de la Revista

¹³ En España son escasos los autores dedicados a la difusión pública del Derecho operativo militar, pueden citarse aquí las aportaciones de EYMAR ALONSO (*REDM*, núm. 93, *infra* nota 28) o la obra colectiva *Lecciones de Derecho Operativo* (*op. cit.*, *supra* nota 12) o el obligado manual oficial de referencia denominado *La función de asesoramiento jurídico militar internacional y otros temas jurídico militares*, obra colectiva editada por la Secretaría General del Ministerio de Defensa. Madrid, 2002.

¹⁴ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (1988). «Mesa Redonda Internacional de Expertos sobre el Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados en el Mar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 52, pp. 529-544, p. 535. Reproducimos la referencia por su gran valor de cara a señalar el primer autor que parece manejar el concepto en nuestra patria, al menos con notoriedad pública (la cursiva es nuestra): «A continuación, se examinan los ‘límites de la prohibición sobre el uso de la fuerza’ definición de agresión, casos en los que es admisible el uso de la fuerza, bases legales de la autodefensa y reglas de compromiso para el mando naval relativas a la reacción adecuada y proporcionada ante intenciones hostiles o un primer ataque.»

¹⁵ DOMÉNECH OMEDAS, J. L. (1995). «Las operaciones de paz de las Fuerzas Armadas Españolas», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 65, pp. 431-456, p. 442. Esta es la definición que aporta: «Las Reglas de enfrentamiento contienen pautas de conducta que implican el uso de la fuerza como último recurso, ante situaciones previstas, determinadas y claramente definidas.»

que merece la pena citar aquellos que, al menos, contienen sucintas referencias o remisiones a las Reglas de enfrentamiento. Nos referimos a las aportaciones de Rodríguez-Villasante y Prieto¹⁶; Pignatelli y Meca¹⁷; Aparicio Gallego¹⁸; García Labajo, que ofrece, de nuevo, una de las escasas definiciones¹⁹; Alía Plana²⁰, autor prolífico donde los haya y a quien debemos, a nuestro juicio, una de las aportaciones españolas pioneras en la materia²¹; de nuevo Rodríguez-Villasante y Prieto²²; Costas Trascasas²³; Iglesias Velasco²⁴; Olásolo Alonso²⁵;

¹⁶ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (1993). «Medios y métodos de combate naval y Derecho de los conflictos armados en la mar (1.ª parte), *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 61, pp. 15-66, p. 16.

¹⁷ Este autor reproduce numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y es en esos textos donde se encuentra la referencia a las «Reglas de enfrentamiento». En concreto, en la Resolución 816 (1993) aprobada por el C. S. de las NN. UU. en su 3191.ª Sesión, celebrada el 31 de marzo de 1993. PIGNATELLI Y MECA, F. (1993). «Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas al conflicto de la antigua Yugoslavia», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 62, pp. 441-485, p. 474.

¹⁸ APARICIO GALLEGO, J. (1995). «Implicaciones del Convenio de Chicago en la defensa aérea», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 65, pp. 203-226 (en nota a pie de página núm. 23), pp. 222-3.

¹⁹ GARCIA LABAJO, J. M. (1997). «La Prohibición del uso de la fuerza. La intervención y la injerencia humanitaria», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 70, pp. 145-162, p. 155.

²⁰ ALÍA PLANA, M. (1997). «Las operaciones de paz», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 70, pp. 85-144, pp. 123 & 128.

²¹ ALÍAPLANA, M. (2009). Las Reglas de enfrentamiento (ROE). Véase esto en el sitio: <<http://noticias.juridicas.com/articulos/70-Derecho%20Militar/200907-78965324897521.html>>. (Consultado el 13 de enero de 2011, 12:46 h.); y también ALÍA PLANA, M. (2009). «Las Reglas de enfrentamiento (ROE). Véase esto en el sitio: <<http://monografias.com/trabajos71/reglas-enfrentamiento-roe/reglas-enfrentamiento-roe2.shtml>>. (Consultado el 13 de enero de 2011, 12:53 h.).

²² Este autor firma la crónica de cuanto aconteció en el *XV Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra*, celebrado en Lillehammer (Noruega) en junio de 2000. En algún momento se llega a utilizar la expresión «reglas de intervención» en referencia a las Reglas de enfrentamiento (ROE). Compruébese en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (2000), «XV Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 76, pp. 329-345, pp. 336, 340 & 342.

²³ COSTAS TRASCASAS, M. (2003). (recensión de la obra colectiva) «Derecho humanitario internacional», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 81, pp. 303-310, p. 305.

²⁴ IGLESIAS VELASCO, A. J. (2005). «El empleo defensivo de la fuerza armada por las operaciones de mantenimiento de la paz», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 85, pp. 213-242, pp. 217-8. Este autor toma prestada su referencia de G. J. F. VON HEGELSOM «The Law of Armed Conflict and UN Peace-keeping and Peace-enforcing Operations», en *Hague Yearbook of International Law*, 1993, vol. 6, p. 54.

²⁵ OLÁSULO ALONSO, H. (2006). «Reflexiones sobre los ataques desproporcionados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 88, pp. 91-158, pp. 93, 98 & 119.

Gamarra²⁶; Corrales Elizondo²⁷; la de Eymar Alonso, por tratarse, entre otros, del único artículo que se conozca, al menos hasta la fecha y en la citada revista, con abundantes referencias al Derecho militar operativo²⁸, el cual aborda con ocasión de comentar su participación en el proceso de creación de nuestras actuales Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, y, por último, la reciente aportación a cargo de Reyes Fernández²⁹. Además de esto, existen dos números de la Revista, el 87 y el 90, donde en nota informativa que aparece anónima se informa de cuanto aconteció tanto en el *XVII Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra*, celebrado en Scheveningen (Países Bajos) en mayo de 2006³⁰ como en el *XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Defensa Social*, celebrado en Toledo en septiembre de 2007.³¹ También deben destacarse aquí las aportaciones de De las Rivas Aramburu; Fernández-Tresguerres, y Serrano Barberán dentro de una obra colectiva editada por el Ministerio de Defensa en materia, entre otros, de asesoramiento jurídico de carácter internacional o en unidades multinacionales.³²

La tercera razón que nos mueve a un trabajo de investigación de esta naturaleza, no por ello de menos importancia y recurriendo a las palabras

²⁶ GAMARRA, Y. (2007). «El estatus de las misiones de paz en el territorio del estado de acogida desde la práctica de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad de Afganistán», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 90, pp. 191-210, pp. 195-6 (en nota a pie de página núm. 17).

²⁷ CORRALES ELIZONDO, A. (2009). «La ocupación bélica», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 93, pp. 37-62, pp. 46 & 61.

²⁸ EYMAR ALONSO, C. (2009). «El título IV de las Reales Ordenanzas a la luz del Derecho militar operativo», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 93, pp. 287-320, pp. 292, 293, 301, 302, 303, 305, 310 y 311. Un artículo así estimamos que venía siendo largamente esperado en España por las aportaciones que hace en torno a la gestación del concepto y denominación del Derecho militar operativo. Por cierto, en este artículo se reconoce cuanto tenemos afirmado (*supra* nota 12) sobre la ausencia de una definición doctrinal expresa del concepto de Derecho militar operativo en sede de las ponencias contenidas en el aludido manual *Lecciones de Derecho Operativo*, ya que EYMAR ALONSO afirma –en referencia expresa a dicho manual– lo siguiente (p. 289): «Ya en su prólogo, el entonces subsecretario de Defensa, don Víctor Torre de Silva, realizaba una primera aproximación al concepto».

²⁹ REYES FERNÁNDEZ, M. (2009). «El papel de España en las misiones internacionales de paz», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 94, pp. 181-193, p. 191.

³⁰ *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 87, pp. 387-392, pp. 388-9.

³¹ Uno de cuyos participantes, precisamente en materia de Reglas de enfrentamiento, fue nuestro compatriota el general auditor don José Antonio Fernández-Tresguerres Hernández. Véase la relación sintetizada de las ponencias en *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 90, pp. 341-358, pp. 342, 344, 345 y 357.

³² AA. VV. (2002). *La función de asesoramiento jurídico militar internacional y otros temas jurídico militares*. Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. Madrid, pp. 66, 90 y 141.

de Serrano Barberán, es porque la labor del asesor en materia de Reglas de enfrentamiento o, en términos mucho más generales, en materia de Derecho militar operativo, convierte a este en testigo privilegiado del planeamiento y desarrollo de ejercicios, así como de eventuales operaciones reales, prestando sus servicios profesionales en «dos ámbitos principales: Derecho de los conflictos armados (poniendo especial atención a la aplicación e interpretación de las Reglas de enfrentamiento, que existen también aunque se trate de misiones de combate –alta intensidad–) y aplicación e interpretación de los acuerdos sobre el estatuto de las tropas»³³. Se rescata de esta manera, en palabras de De las Rivas Aramburu, «la figura del auditor, que parecía haberse difuminado, de nuestro paisaje, al compás de la renovación de la legislación militar, en la nueva etapa constitucional»³⁴. Por este motivo, España cumple así en tan delicado ámbito, como resulta ser el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares no solo con una obligación internacional³⁵, sino, lo que no es menos importante, dota así también a sus cuadros de mando y a sus tropas de la asistencia profesional adecuada en aras a garantizar que en la ejecución de las mismas no incurren en responsabilidades de otro orden.

En cuarto lugar, no nos resulta ajena tampoco la importancia particular que para nosotros tiene un trabajo de investigación como este, pues, por su propio valor intrínseco, las Reglas de enfrentamiento, como nos tiene dicho Alía Plana, «constituyen una de las más importantes herramientas de control civil sobre el poder militar en una democracia: adquieren su máximo sentido en el marco de un estado de derecho, en el cual el poder militar está sujeto al civil mediante el sometimiento a la ley, de tal manera que solamente corresponde a los militares desplegados en campaña cumplir las órdenes que les dicta su gobierno, respecto a la situación concreta, pero no tomar decisiones políticas por sí mismos»³⁶. A mayor abundamiento, frente al mosaico de trabajos que sobre las Reglas de enfrentamiento han sido

³³ SERRANO BARBERÁN, A. *Op. Cit.*, *supra* nota 32, pp. 127-145, p. 142.

³⁴ DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. *Op. cit.*, *supra* nota 32, pp. 57-71, pp. 59 y 66.

³⁵ «Artículo 82. Asesores jurídicos en las fuerzas armadas.

Las altas partes contratantes en todo tiempo, y las partes en conflicto en tiempo de conflicto armado, cuidarán de que, cuando proceda, se disponga de asesores jurídicos que asesoren a los comandantes militares, al nivel apropiado, acerca de la aplicación de los convenios y del presente protocolo y de la enseñanza que deba darse al respecto a las Fuerzas Armadas». Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados.

³⁶ ALÍA PLANA. *Op. cit.*, *supra* nota 21, quien a su vez toma la idea adaptándola al castellano de BERKOWITZ, B. D. (1994). «Rules of Engagement for U. N. Peacekeeping Forces in Bosnia», *Orbis*, (Fall), en: <http://findarticles.com/p/articles/mi_m0365/is_n4_v38/ai_16443484>. (Consultado el 14 de enero de 2011, 11:53 h.).

publicados en nuestra patria hasta la fecha, la nota original de nuestra aportación reside precisamente en ofrecer por vez primera y en texto único un estudio internacionalista y pluridisciplinar cuyo enfoque pone de relieve tanto cuestiones de Derecho nacional e internacional como de Derecho extranjero y ello sin perder de vista la simultánea dimensión política y militar de las ROE. De hecho, incluso –y decimos esto sin ánimo de resultar nada pretenciosos–, pocos trabajos de los publicados en el extranjero encontrarán el estudioso e investigador donde se reúnan en un solo texto aspectos jurídicos, políticos y militares en torno a esta institución como el que nosotros ahora presentamos.

La quinta y última razón es más de orden personal. Preparar y presentar un trabajo como este en el contexto del Premio José Francisco de Querol y Lombardero constituye un honor para cualquier jurista dedicado al Derecho militar, más si cabe a quienes tuvimos la suerte de conocer en persona a tan ilustre jefe, compañero y hombre de bien. Con este trabajo rendimos tributo así a su memoria a la par que contribuimos –ojalá que esto así sea– a desvelar un poco más qué hay detrás de una de las instituciones probablemente más enigmáticas del Derecho militar.

I.1. METODOLOGÍA APLICADA A LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

Hablar de Reglas de enfrentamiento es hablar a un tiempo de ordenamiento jurídico, del ejercicio de la alta política nacional y de la conducción de las operaciones militares o lo que es igual, pocas instituciones aparentan tener más implicaciones tanto en el campo del Derecho aplicado, como en el de la definición y ejecución de la política de seguridad y defensa de un país, como en el del empleo de los medios militares necesarios para la consecución de dichos fines, que las Reglas de enfrentamiento. A mayor abundamiento, estas reglas son el resultado precisamente de la interacción de esos tres factores, por lo que exigen e imponen en su redacción y aplicación la estrecha colaboración entre las autoridades políticas, los asesores jurídicos y los comandantes militares. Empero, la riqueza conceptual de esta institución no acaba ahí. Lo que pueda ser válido para un norteamericano en materia de Reglas de enfrentamiento puede no serlo, a la vez, para un europeo o para un asiático. Estas razones son las que nos han llevado a plantear el presente trabajo de investigación desde una perspectiva decididamente internacionalista –estamos ante una investigación propia del Diploma de Especialización en Derecho Internacional Militar, a fin de cuentas– y también pluridisciplinar, que sea reflejo así de todos esos matices y

circunstancias. Internacionalista en sus contenidos porque no solo incluye a España sino también a otros países o zonas geográficas y porque hemos procurado tener en cuenta doctrina o normativa tanto nacional como extranjera. Pluridisciplinar porque no hay otra opción, las ROE son reflejo de la política, del Derecho y de las armas, y estudiar las ROE es estudiar aspectos de todas estas disciplinas. Estrategia, táctica, intereses nacionales en materia de seguridad y defensa, naturaleza jurídica de las ROE, etc., sería imposible abrir un debate o discusión sobre las ROE y que no salieran todos estos conceptos a colación. En cuanto al método concreto de trabajo hemos de señalar que en primer lugar repasamos aspectos básicos y elementales de las Reglas de enfrentamiento como el significado de su denominación o su origen histórico, áreas oscuras y desde luego enigmáticas. En segundo lugar, abordamos su relación con otras ramas e instituciones del Derecho, como su inclusión en el contexto sistemático del Derecho militar operativo y la trascendental función que en estos campos el jurista militar está llamado a desempeñar, en particular en materia de Reglas de enfrentamiento. En tercer lugar, estudiamos su significado de acuerdo con el Derecho nacional, con los derechos nacionales para ser exactos. En cuarto lugar, su vinculación e impacto con la ética militar. En último lugar, abordamos las ROE desde la perspectiva del Derecho internacional y su relación con fenómenos como la lucha contra el terrorismo internacional o la llamada «guerra del Derecho». Simultaneamos todas estas parcelas con observaciones en torno a la participación del jurista militar y del profesional de las armas en el proceso ROE. Estas observaciones probablemente interesen desde un punto de vista práctico tanto al jurista militar como a los cuadros de mando de los cuerpos Generales de nuestras Fuerzas Armadas, llamados ambos a actuar con la máxima sincronía —y con la sintonía deseable— en este ámbito propio de las funciones de lo que, en la jerga castrense se conoce como función de «combate, mando y control»³⁷. Naturalmente, no hemos dejado a un lado cuestiones como la naturaleza, pretendida o no, jurídica de las Reglas de enfrentamiento. Es aquí donde la falta de un criterio transnacional uniforme pone de manifiesto las dificultades inherentes a la interoperabilidad de las fuerzas internacionales. Cierran, por último, la presente investigación una serie de conclusiones y observaciones que esperamos sirvan —al menos esa es nuestra intención— como punto de partida

³⁷ En la Publicación Militar del Ejército de Tierra (PMET) (2003) *DOI-001. Doctrina. Empleo de la Fuerza Terrestre* (3.^a edición). Mando de Adiestramiento y Doctrina. Madrid, p. 7-7 (efectivo desde el 1 de marzo de 2004) se define esta función como: «... el conjunto de actividades mediante las cuales se planea, dirige, coordina y controla el empleo de las fuerzas y los medios en operaciones militares».

para futuros trabajos centrados en esta institución o como fuente adicional que ayude a una mejor comprensión de los ya existentes, lo cual enlaza a su vez con la correspondiente sección bibliográfica puesta a disposición de estudiosos e investigadores.

I.2. LAS ROE EXPLICADAS SUCINTAMENTE PARA EL NO INICIADO

Si nos concedieran escasos diez minutos ante un auditorio repleto para definir así, a grandes rasgos, qué se entiende y esconde tras la denominación de Reglas de enfrentamiento (ROE) podríamos decir sin temor a equivocarnos que estas reglas, aparte de haber servido para dar nombre a una película,³⁸ son un recurso esencial utilizado desde las altas esferas políticas de una nación y dirigido a sus mandos militares en forma de directivas o instrucciones en las que se definen las circunstancias, las condiciones, el grado y los procedimientos a seguir para el empleo de la fuerza, incluida la letal, en el curso de las operaciones militares. Añádase a lo dicho, desde luego, que «fuerza» en este caso no ha de entenderse como sinónimo exclusivo de violencia, ya que estas reglas pueden ocuparse también en ocasiones de conductas que no entrañan necesariamente el uso de esta última, tales como el ataque o la defensa de redes informáticas o el trato a los detenidos. Añádase también que estas reglas no son un sustituto ni excluyen las órdenes particulares de carácter táctico impartidas por el mando. Estas directivas o instrucciones establecen directrices sobre el uso legítimo, gradual y proporcionado de la fuerza para cada operación en la que participan unidades militares o, por decirlo de otro modo, se definen los medios que se pueden emplear y las formas que se pueden seguir cuando deban intervenir en cumplimiento de la misión encomendada. Nótese que en ambos casos decimos «que se pueden» y no «que se deben», ya que esto último pertenece más al ámbito de las órdenes tácticas, mientras que las Reglas de enfrentamiento pertenecen más al ámbito de las instrucciones o directivas. La anterior afirmación viene avalada por la propia doctrina jurídica oficial de la OTAN –«NATO Legal Deskbook, 2010»– donde en la definición de lo que son las ROE se recurre al verbo *may be* («puede ser») y no *must be* («debe ser»). Pese a todas las connotaciones jurídicas que pudieran derivar del uso del tér-

³⁸ DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. (2007). «Las ROE salen del armario», revista *Ejército*, núm. 794, pp. 85-91, p. 85. En alusión a la película *Rules of Engagement* (2000) Paramount Pictures.

mino «reglas» en su denominación usual, las Reglas de enfrentamiento no son parte ni del Derecho humanitario bélico en general ni del Derecho de los conflictos armados en particular. De hecho, ni siquiera aparecen mencionadas expresamente en las Convenciones de La Haya, ni en las de Ginebra, ni en sus Protocolos Adicionales y tampoco han sido objeto de un tratado internacional en cuanto a su formulación y aplicación por parte de los estados. Empero, lo anterior no ha sido obstáculo para que ciertos organismos internacionales como la ONU, la OTAN o la Unión Europea hayan promulgado modelos-tipo estandarizados a emplear en el curso de las operaciones. Del mismo modo, pese a todas las connotaciones operativas u operacionales que pudieran derivar del uso del término «enfrentamiento» en su denominación, estas no se agotan en las altas cúspides del mando militar. Antes al contrario, de una forma más o menos detallada, las ROE suelen, y deben, diseminarse a todos los escalones operativos y tácticos con objeto precisamente de que aquellas situaciones en las que deba recurrirse al empleo de la fuerza queden amparadas no solo por el Derecho, sea nacional o internacional, sino dentro del margen de las instrucciones impartidas por las altas jerarquías militares de conformidad con las directrices acordadas en los centros de poder político e incluso, ya a nivel del combatiente individual, de los propios principios y dictados de la conciencia y de la ética militar. Las Reglas de enfrentamiento (ROE) trascienden así el marco estrictamente jurídico –de hecho, como se verá, no es un concepto surgido en el seno de la ciencia del Derecho– para convertirse en una institución pluridisciplinar con implicaciones también tanto en el ejercicio de la política como en el del mando militar. Son como si se tratase, en expresión gráfica empleada por el norteamericano Solís, de una «correa» mediante la cual las autoridades políticas y militares controlan el uso de la fuerza por parte de todos y cada uno de los actores que participan en una operación.³⁹ A su vez, esta correa está fundamentada, en palabras de Grunawalt, en tres pilares indivisibles el uno del otro: «la política nacional, las exigencias operacionales y el Derecho»⁴⁰. En la esfera estrictamente militar, las Reglas de enfrentamiento (ROE) no son, por consiguiente, asunto exclusivo de los cuadros encargados de la planificación y desarrollo de las operaciones, sino que –en palabras de este último– su redacción, actualización y puesta en práctica exceden de la parcela estrictamente operativa en la medida

³⁹ SOLÍS, G. D. (2010). *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*. Cambridge University Press. New York, p. 495.

⁴⁰ GRUNAWALT, R.J. (1997). «The JSC Standing Rules of Engagement: A Judge Advocate's Primer», *The Air Force Law Review*, vol. 42, pp. 245-258, p. 246.

que requieren el concurso del asesor jurídico, del oficial de Inteligencia, del oficial de Planes y del oficial encargado de Logística⁴¹.

Dependiendo del nivel en que cada uno está llamado a desenvolverse, estas reglas reciben unas veces la denominación de Reglas de enfrentamiento (ROE) o reglas de combate, generalmente en los altos niveles decisivos, y la de Reglas para el uso de la fuerza⁴² (RUF, o también a veces ROF)⁴³ a nivel de los portadores de armas de fuego, las cuales no dejan de ser una versión extractada de aquellas y normalmente expedidas, ora en forma verbal⁴⁴, ora en forma de tarjeta o *ROE card*⁴⁵. Esta misma diferenciación entre ROE y RUF, como señala Alía Plana⁴⁶, también la emplea la doctrina estadounidense en alusión a las reglas aplicables, bien más allá del territorio nacional de los Estados Unidos de América, de sus aguas territoriales o de su espacio aéreo suprayacente, para las primeras, y la segunda denominación para referirse a las operaciones llevadas a cabo en territorio nacional, ya sea en actuaciones en apoyo de las autoridades civiles como en operaciones de defensa territorial⁴⁷.

Otro de los elementos que aparecen íntimamente ligados al concepto de ROE es la denominada fórmula «RAMP» o por decirlo de otro modo, la regla nemotécnica empleada en la instrucción del combatiente para que actúe siempre de acuerdo con cuatro principios esenciales que en situaciones

⁴¹ *Id.*, p. 247.

⁴² WARREN, M. L. (1996). «Operational Law: A Concept Matures», *Military Law Review*, vol. 152, pp. 33-73, p. 55.

⁴³ SCOTT, R. L. (2007). «Conflict Without Casualties: Non-lethal Casualties in Irregular Warfare (Thesis)», Naval Postgraduate School. Monterrey (USA), pp. X y 2. Véase en el sitio: <http://edocs.nps.edu/npspubs/scholarly/theses/2007/Sep/07Sep_Scott.pdf>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 09:17 h.).

⁴⁴ MARTINS, M. S. (1994). «Rules of Engagement for Land Forces: A Matter of Training, not Lawyering», *Military Law Review*, vol. 143, pp. 3-143, p. 22.

⁴⁵ United States Court of Military Appeals (2010). *United States vs. Rogelio M. Maulet*, no. 09-0073/AR, pp. 4, 8 & 9. Véase esto en: <<http://www.armfor.uscourts.gov/opinions/2009SepTerm/09-0073.pdf>>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 09:44 h.).

⁴⁶ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

⁴⁷ THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL (2010). *Operational Law Handbook*. International and Operational Law Department. Charlottesville (USA), p. 74. Véase esto en: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/operational-law-handbook_2010.pdf>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 10:09 h.); lo cual, no deja de resultar contradictorio con otro documento oficial que hemos consultado, nada más y nada menos que de aplicación precisamente fuera del «territorio nacional» de los Estados Unidos de América –y que tanta polémica internacional de carácter jurisdiccional suscitó en su momento precisamente por eso, por no considerarse territorio nacional– que es el *Camp Delta Standard Operating Procedure* (SOP) expedido en 2003 por la Autoridad militar para las fuerzas destacadas en la Base de Guantánamo (Cuba) y donde se alude simultáneamente tanto a las ROE como a las RUF. Véase esto en: <<http://www.comw.org/warreport/fulltext/gitmo-sop.pdf>>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 11:12 h.).

de riesgo o de abierta hostilidad le lleven a comportarse dentro del margen que imponen las propias Reglas de enfrentamiento o de combate. Estas siglas obedecen a las frases en inglés: *Return fire with aimed fire* («Repele actos hostiles con la fuerza»); *Anticipate attack* («Se el primero en usar la fuerza si percibes indicios manifiestos de ir a ser víctima de un ataque»); *Measure the amount of force* («Haz un uso proporcionado de la fuerza»); *Protect with deadly force only human life* («Utiliza la fuerza letal solo para proteger vidas humanas»)⁴⁸. Lo cual nos lleva, a su vez, a tener en cuenta que las ROE incorporan lo que no son sino algunas de las reglas esenciales del Derecho de los conflictos armados como el derecho a la legítima defensa o los principios de necesidad militar, humanidad, proporcionalidad y de discriminación entre objetivos militares y objetos civiles. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el valor intrínseco de las Reglas de enfrentamiento reside precisamente no en una situación de guerra o de ruptura generalizada de hostilidades, donde de por sí su contenido coincidirá con las normas propias del Derecho de la guerra al existir un mayor grado de permisividad sobre el uso de la fuerza⁴⁹, sino en situaciones de paz o de crisis o, por decirlo en el argot castrense, en «operaciones no bélicas»⁵⁰, donde el uso de la fuerza y el riesgo de causar bajas entre la población civil aumenta de manera considerable. No resulta baladí afirmar, por consiguiente, que así como en las operaciones bélicas el uso de la fuerza se presume, en las operaciones no bélicas, por el contrario, requiere autorización expresa prevista, entre otros, en forma de Reglas de enfrentamiento.

En la medida que sirven al triple propósito jurídico, político y militar de controlar el uso de la fuerza, las Reglas de enfrentamiento (ROE) también aparecen relacionadas frecuentemente con los conceptos de «TOA» y «EOF». El primero, acrónimo derivado del inglés *Transfer of Authority* («Transferencia de autoridad»), se refiere a todas las limitaciones que para el mando y control operativo o táctico de una unidad nacional se imponen por las autoridades del país cedente a las autoridades internacionales (por ejemplo, la ONU), multinacionales (por ejemplo, la OTAN) o nacionales del país líder de la coalición formada a los efectos. En este caso, el mando al que se le ha transferido la autoridad sobre la unidad puede ordenar determinadas misiones, pero siempre dentro de los márgenes establecidos

⁴⁸ MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 86.

⁴⁹ FINDLAY, T. (2002). *The Use of Force in UN Peace Operations*, Oxford University Press. Oxford (U. K.), p. 369.

⁵⁰ DOI-001. *Doctrina. Empleo de la Fuerza Terrestre* (3.ª edición). *Op. cit.*, *supra* nota 37, p. 10-5.

por el acuerdo TOA,⁵¹ lo que a su vez repercutirá en la formulación de las ROE que resulten de aplicación. El segundo, acrónimo derivado del inglés *Escalation of Force* («escalada de la fuerza» o también a veces «espectro de la batalla» o «continuo de la fuerza») es una herramienta utilizada para calibrar en todo momento los medios a emplear y la intensidad de la fuerza permitida para repeler los actos hostiles o los intentos de acto hostil a que pueda tener que enfrentarse el combatiente en función a su gravedad⁵², lo cual motivará a su vez, cuando exista un incremento del riesgo o peligro –conocido en los centros de mando operacional a través del flujo sistematizado de información o *Battle Rythm*–, a reconsiderar las ROE que resulte necesario poner en práctica. Esto nos lleva también a manejar los conceptos de «disparo de advertencia», de «acto hostil» o de «intento de acto hostil» cuando hablamos de Reglas de enfrentamiento tanto en cuanto sirven para una mejor identificación de las amenazas o de los actos de fuerza o agresión (aspecto militar de la ROE) y la correspondiente respuesta que deba ofrecerse a fin de evitar un incremento en la «escalada de la fuerza» (aspecto político de la ROE) y dentro siempre de los márgenes impuestos por el Derecho (aspecto jurídico de la ROE)⁵³. Esto que decimos obedece más a los dictados de la razón que a cualquier otro argumento científico, puesto que en una situación de guerra o ruptura generalizada de hostilidades las Reglas de enfrentamiento tenderán a una mayor permisividad en cuanto al uso de la fuerza con objeto de conjurar los distintos riesgos y amenazas, mientras que en una situación no bélica resulta mucho más controvertido calcular los peligros y autorizar los medios para evitarlos o minimizarlos y de ahí que estas tengan un carácter mucho más restrictivo⁵⁴. He aquí el principal dilema que se plantea a nivel político y que, desde luego, afectará a las necesidades militares de la operación, ya que si en una situación bélica pudiera discernirse entre combatientes y no combatientes, en una no bélica el único criterio que podría seguirse serían los conceptos de «acto hostil» o de «intento de acto hostil» previstos y definidos comúnmente en

⁵¹ FELIÚ ORTEGA, L. (2009). «Las limitaciones al uso de la fuerza: la transferencia de autoridad (TOA) y las Reglas de enfrentamiento» (ROE). Véase esto en: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/defensa+y+seguridad/ari30-2009>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 11:30 h.).

⁵² DOI-001. *Doctrina. Empleo de la Fuerza Terrestre* (3.ª edición). *Op. cit., supra* nota 37, p. 3-1.

⁵³ STTAFORD, W. A. (2000). «How to Keep Military Personnel from Going to Jail for Doing the Right Thing: Jurisdiction, ROE & the Rules of Deadly Force», *The Army Lawyer*, vol. nov., pp.1-22, p. 20.

⁵⁴ MARTINS, M. S. (2001). «Deadly Force is Authorized, but also Trained», *The Army Lawyer*, vol. sept./oct., pp. 1-16, p. 6.

las ROE⁵⁵. Pero las Reglas de enfrentamiento o de combate no se agotan solo en sus elementos jurídicos, políticos y militares: van mucho más allá. Hablar de las ROE es hablar también de todos los factores que inciden de un modo u otro en la definición y ejecución de la política de seguridad y defensa de una nación, entre otros, el «Factor CNN» como expresión de hasta qué punto el uso de la fuerza está condicionado por la presión de los medios de comunicación en una sociedad democrática y el lógico temor de la clase política a tener que enfrentarse a una opinión pública adversa. Algunos atribuyen a John Shattuck, ex alto cargo de la Administración estadounidense, haber dicho, hace de esto ya algunos años: «Los medios de comunicación nos metieron en Somalia y luego nos volvieron a sacar»⁵⁶.

Llegamos ya, por último, a lo que las Reglas de enfrentamiento no son y es que, por muy detalladas que estas sean, en ningún caso sustituyen la capacidad de juicio y sentido común que, tal y como insisten autores como Grunawalt⁵⁷, PhillipS⁵⁸ o Hoege⁵⁹, debe tener siempre el mando militar que interviene en el proceso de la toma de decisiones a nivel operacional. Del mismo modo, las ROE tampoco pueden sustituir la capacidad de discernimiento de los mandos inferiores a nivel táctico, ya que estas «ni asignan cometidos ni dan instrucciones tácticas»⁶⁰.

I.3. DEL SIGNIFICADO Y USO QUE SE HACE DE LAS PALABRAS

Por paradójico que pueda resultar no es ninguna extravagancia afirmar que la denominación «reglas de entrada en combate», como también se las conoce a veces, es única y, sin embargo, no es la única. En efecto, una ojeada a la terminología utilizada en las distintas obras, publicaciones, artículos doctrinales e, incluso, haciendo un repaso de la legislación española –a juzgar por el lenguaje empleado por nuestro legislador– nos lleva a esta conclusión. Así, junto a la utilización de la que parece ser la denominación

⁵⁵ SOLÍS, G. D. *Op. cit.*, *supra* nota 39, p. 507.

⁵⁶ AL-ALLAF, M. (2001). «US Wars and the CNN Facto». National War College. Washington D. C., p. 9. Véase esto en: <<http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ndu/cnnfactor.pdf>>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 11:54 h.).

⁵⁷ GRUNAWALT, R. J. *Op. cit.*, *supra* nota 40, p. 250.

⁵⁸ PHILLIPS, G. R. (1993). «Rules of Engagement: A Primer», *The Army Lawyer*, vol. jul., pp. 4-27, p. 9.

⁵⁹ HOEGE, H. H. (2002). «ROE... also a Matter of Doctrine», *The Army Lawyer*, vol. jun., pp. 1-12, p. 6.

⁶⁰ EJÉRCITO DE TIERRA (2003). Mando de Adiestramiento y Doctrina, *RE7-013. Glosario de términos militares*. Madrid, p. 181.

más generalizada en nuestra patria, bien la de Reglas de enfrentamiento o bien recurriendo simultáneamente, a modo de neologismo, a su abreviatura en lengua inglesa ROE (del equivalente término *Rules of Engagement*), tal y como ocurre en las ya citadas aportaciones de Doménech Omedas⁶¹; Aparicio Gallego⁶²; García Labajo⁶³; Alía Plana⁶⁴; Iglesias Velasco⁶⁵; Gamarra⁶⁶; Corrales Elizondo⁶⁷; Eymar Alonso⁶⁸; Reyes Fernández⁶⁹; De las Rivas Aramburu⁷⁰; Serrano Barberán⁷¹; Fernández-Tresguerres⁷², o Zarranz Doménech⁷³, nos encontramos con otros autores que emplean denominaciones un tanto dispares, como Rodríguez-Villasante, el cual llega a emplear simultáneamente tanto la de «reglas de compromiso»⁷⁴ como la de «reglas de intervención»⁷⁵; Costas Trascasas, la de «reglas de conducta»⁷⁶, o la, incluso más gráfica, de «reglas de combate» de la que hace uso Olásolo Alonso⁷⁷. En alguno de sus trabajos doctrinales Perruca Albadalejo sigue la denominación convencional de «reglas de enfrentamiento»⁷⁸, si

⁶¹ DOMÉNECH OMEDAS, J. L. *Op. cit.*, *supra* nota 15, p. 442.

⁶² APARICIO GALLEGO, J. *Op. cit.*, *supra* nota 18, pp. 222-3.

⁶³ GARCÍA LABAJO, J. M. *Op. cit.*, *supra* nota 19, p. 155.

⁶⁴ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 11, p. 28.

⁶⁵ IGLESIAS VELASCO, A. J. *Op. cit.*, *supra* nota 24, p. 217.

⁶⁶ GAMARRA, Y. *Op. cit.*, *supra* nota 26, pp. 195-6. En este artículo emplea la denominación Reglas de enfrentamiento seguida del acrónimo «ROA» y no «ROE», pero entendemos que se trata de un error de imprenta.

⁶⁷ CORRALES ELIZONDO, A. *Op. cit.*, *supra* nota 27, pp. 46 y 61.

⁶⁸ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit.*, *supra* nota 28, pp. 292 y ss.

⁶⁹ REYES FERNÁNDEZ, M. *Op. cit.*, *supra* nota 29, p. 191.

⁷⁰ DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. *Op. cit.*, *supra* nota 32, pp. 57-71, p. 59; y en *op. cit.*, *supra* nota 38, pp. 85 y ss.; También en DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. (2008), «Reglas de enfrentamiento (ROE)». Véase esto en el sitio: <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/militar/reglas-de-enfrentamiento-roe>>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 12:23 h.).

⁷¹ SERRANO BARBERÁN, A. *Op. cit.*, *supra* nota 32, pp. 127-145, p. 142.

⁷² FERNÁNDEZ-TRESGUERRES HERNÁNDEZ, J. A. *Op. cit. supra* nota 32, pp. 73-90, pp. 77, 80, 82 y 90; y, de igual modo, en su conferencia «Reglas de enfrentamiento (ROE)» pronunciada en el *XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Defensa Social* (pp. 217-224), a cuyo texto se puede acceder en el sitio: <<http://www.defensasociale.org/xvcongreso/ponencias/JoseAntonioFernandezTresguerres.pdf>>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 13:04 h.).

⁷³ ZARRANZ DOMENECH, G. *Op. cit.*, *supra* nota 10, pp. 145 y ss.

⁷⁴ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *Op. cit.*, *supra* nota 14, p. 535.

⁷⁵ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *Op. cit.*, *supra* nota 22, p. 342.

⁷⁶ COSTAS TRASCASAS, M. *Op. cit.*, *supra* nota 23, p. 305; si bien el texto de donde extraemos esta denominación lo atribuye la autora mediante entrecomillado a RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO.

⁷⁷ OLÁSULO ALONSO, H. *Op. cit.*, *supra* nota 25, pp. 93, 98 & 119.

⁷⁸ PERRUCA ALBADALEJO, V. (2009). «Derechos humanos y Derecho internacional humanitario (II y III): régimen de los prisioneros, la retención y la detención».

bien maneja también la de «reglas de empeñamiento» como denominación seguida, según afirma y a nosotros nos consta, en algunos países de Hispanoamérica⁷⁹. A nivel de publicaciones oficiales del Ministerio de Defensa la opción parece ser, sin lugar a dudas, utilizar la denominación más generalizada de Reglas de enfrentamiento o recurrir, en su lugar, al neologismo ROE. Así consta tanto en el *Glosario de términos militares*, de uso reglamentario en el Ejército de Tierra⁸⁰, como en el *Manual de Derecho marítimo para comandantes de buques y estados mayores de la Armada*⁸¹. A mayor abundamiento, el legislador español recurre a la denominación «reglas de comportamiento del militar» en el texto de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, con la cual rubrica el artículo 4, y ello sin perjuicio de utilizar la de «reglas de enfrentamiento» en la regla sexta de dicho precepto⁸², lo cual induce a pensar a su vez que pudiera tratarse de conceptos distintos cuando en realidad, a juicio de Eymar Alonso, no lo son, ya que uno lleva incorporado el otro en su seno⁸³. Igual sucede con esta denominación en el texto de las actuales Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, donde el Ejecutivo ha empleado la denominación «reglas de enfrentamiento» en sede de los artículos 42 («Manejo y uso de las armas»), 84 («Uso legítimo de la fuerza») y 94 («Respuesta ante situaciones cambiantes»). En fin, por encontrar hemos encontrado incluso la de «Normas para entablar combate» seguida, según parece, en algunos países de la América hispa-

Artículo disponible en: <<http://noticias.juridicas.com/articulos/70-Derecho%20Militar/200904-02345897013045.html>>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 16:01 h.).

⁷⁹ PERRUCA ALBADALEJO, V. (2009). «Régimen Jurídico General de ‘la ocupación’ militar en respeto de la soberanía y los derechos humanos»; *Id.* (2010), «La regulación del espacio aéreo. Su incidencia terrestre en helicópteros». Véanse sendos artículos en: <<http://noticias.juridicas.com/articulos/70-Derecho%20Militar/200911-6566728101872734.html>> y <<http://noticias.juridicas.com/articulos/70-Derecho%20Militar/201012-383605272934.html>>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 16:13 h.).

⁸⁰ EJÉRCITO DE TIERRA (2003). *Op. cit.*, *supra* nota 60, p. 181.

⁸¹ ESTADO MAYOR DE LA ARMADA (2005). *D-CP-07. Manual de Derecho marítimo para comandantes de buques y estados mayores*. Madrid, p. 5-11.

⁸² La cursiva es nuestra: «Sexta. En el empleo legítimo de la fuerza, hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las *Reglas de enfrentamiento* establecidas para las operaciones en las que participe.»

⁸³ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit.*, *supra* nota 28, p. 301. Cuando el autor comenta el artículo 84 de las vigentes Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas afirma lo siguiente: «Se trata de una copia literal de la regla de comportamiento recogida en el número 6 del artículo 4 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar. Por primera vez en un texto legal se aludía al concepto de regla de enfrentamiento, ampliamente utilizado en el ámbito operativo militar de los últimos años. Al incorporarse a las Reales Ordenanzas, este concepto, normalmente confinado al ámbito de las Instrucciones militares operativas, pasa a consolidarse y a adquirir un mayor rango teórico».

nohablante⁸⁴. Todo este mosaico de denominaciones nos lleva de suyo a concluir que la denominación «reglas de entrada en combate», a la que aludíamos al principio, no es la única pero, desde luego, sí que aparenta ser única por cuanto que solo es utilizada por el italiano Verri en su monumental *Diccionario de Derecho internacional de los conflictos armados*⁸⁵ y respecto de la cual el único que aquí en España parece haberse percatado, al menos de forma pública y notoria, es Alía Plana⁸⁶.

Como quiera que sea, de añadimos a la denominación más usual, esto es, la de Reglas de enfrentamiento o a su sustituto el neologismo ROE (denominaciones que en aras a resultar concisos emplearemos a lo largo del presente trabajo), estamos ante una denominación trasladada al castellano del término inglés *Rules of Engagement*, de factura aparentemente estadounidense por ser en aquel país donde en principio habría comenzado a ser utilizada si no como concepto propio de la doctrina militar clásica –polémica que abordamos más adelante–⁸⁷ sí, al menos, como denominación para referirse a una institución estrechamente relacionada con las operaciones militares⁸⁸.

Sin embargo, nuestro interés en la cuestión semántica no acaba aquí, ya que juzgamos que es precisamente en ese ámbito donde pudiera encontrarse la explicación a muchos de los enigmas que rodean tradicionalmente esta institución. Veamos el significado que la palabra *engagement* pueda tener en su propio contexto lingüístico y veamos si, por consiguiente, todas las denominaciones citadas anteriormente se ajustan a las normas semánticas del español o si existe, incluso, alguna alternativa posible que se ajuste mejor. Nos dice el diccionario de inglés *Merriam-Webster* que el término *engagement* tiene varios significados, de los cuales, en lo que aquí interesa,

⁸⁴ CIER SAENZ, C. F. (2006). *Rol de las Fuerzas Armadas de los países de la Comunidad Andina frente al terrorismo y al narcotráfico*. Colegio Interamericano de Defensa, Washington D. C., p. 43. Véase esto en: < <http://library.jid.org/en/thesis/Cier.pdf>>. (Consultado el 16 de enero de 2011, 8:08 h.).

⁸⁵ VERRI, P. (2008). *Diccionario de Derecho internacional de los conflictos armados*. Comité Internacional de la Cruz Roja. Buenos Aires, pp. 94-5. Disponible en: <[http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0453/\\$File/ICRC_003_0453.PDF](http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0453/$File/ICRC_003_0453.PDF)>. (Consultado el 16 de enero de 2011, 11:43 h.).

⁸⁶ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

⁸⁷ No son pocos los autores estadounidenses que, guiados por un entusiasmo patriótico que juzgamos comprensible, parecen situar el nacimiento del concepto de Reglas de enfrentamiento en el contexto de la batalla de Bunker Hill (17 de junio de 1775) durante la guerra de Independencia de los Estados Unidos. En este trabajo de investigación demostramos que eso no es del todo cierto.

⁸⁸ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES HERNÁNDEZ, J. A. *Op. cit.* (XV Congreso..., p. 217), *supra* nota 72: «Pero las ROE se utilizan por primera vez con ese nombre durante la guerra del Vietnam, en los años sesenta.»

destacamos el de «compromiso» (*commitment*) en el sentido de empeñar la palabra ante algo o alguien, así como el de «encuentro hostil» (*hostile encounter*) entre fuerzas militares, es decir, el genuino de «enfrentamiento»⁸⁹. En iguales términos sucede si consultamos el diccionario *The Scribner-Bantam English* donde el verbo *engage* –palabra de la cual se dice derivar del francés *engager*– se equipara también a «comprometerse mediante juramento o contrato» (*to bind by oath or contract*) y a «entrar en conflicto» (*to enter into conflict*)⁹⁰; o en el *Oxford New Essential Dictionary* donde se define a un tiempo como «dar empleo a alguien» (*hire*), «comprometerse mediante promesa» (*to bind by a promise*) y «entrar en batalla» (*come into battle*)⁹¹ o, por último, en el *New Roget's Thesaurus* donde se define tanto como «compromiso» (*commitment*) como «combate» (*combat*)⁹². Esto por lo que se refiere al inglés contemporáneo o de uso cotidiano. Si acudimos a los diccionarios de mayor abolengo histórico comprobamos también cómo esta palabra ni ha perdido su significado original ni ha caído en desuso en esa lengua. En efecto, en el *Webster's Etymological Dictionary* de 1869 se define *en-gage* –de la que también se dice derivar del francés *engager*– tanto como verbo que significa «encontrar» (*to encounter*), en el sentido de «toparse» con algo, como en su forma nominal de «promesa» (*promise*) y, a su vez, *en-gagement* como sinónimo de «batalla» (*battle*), «obligación» (*obligation*) o «promesa» (*promise*)⁹³. Así también en el vetusto *An Universal English Dictionary* de 1763 donde se definía ya por entonces el verbo *engage* como «persuadir» (*perfuade* en inglés arcaico o *persuade* en el uso moderno), como «comprometer la palabra» (*to prefs one's word to* en inglés arcaico o *to press one's word to* en el moderno) y como «encontrar» o «pelear» (*to encounter or fight*) y, a su vez, el sustantivo *engagement* como «obligación» (*obligation*) y como «pelea» (*fight*)⁹⁴. Cabe concluir, por consiguiente, que la lengua inglesa habría adoptado esta palabra de su equivalente francesa *engagement*, la cual sería el resultado de conjugar el prefijo latín *en-* –indica iniciar o emprender una acción– con la palabra de

⁸⁹ Véase esto en: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/engagement>>. (Consultado el 17 de enero de 2011, 13:26 h.).

⁹⁰ AA. VV. (1979). *The Scribner-Bantam English Dictionary*, Bantam Books, New York, p. 299.

⁹¹ AA. VV. (2008). *The Oxford New Essential Dictionary*. Penguin Books. London, p. 189.

⁹² AA. VV. (1978). *The New Roget's Thesaurus in Dictionary Form.*, Berkley Books. New York, p. 137.

⁹³ MACPHERSON, C. E. (1869). *Webster's Etymological Dictionary*. London, p. 74.

⁹⁴ BAILEY, N. (1742). *An Universal Etymological English Dictionary*. T. Osborne et al. London, p. 303.

origen franco-germánico *gwage* o *waddi* –de ahí se explica la terminación –*gage*–. A mayor abundamiento, en el *Analytical Dictionary of the English Language* de 1835 se nos dice que palabras inglesas como *wed* («contraer matrimonio») o *wedding* («boda») derivan del sajón *wad*, que significa «promesa» (su origen remoto sería *waddi* luego transformado en *gwage* y de ahí habría surgido el actual *pledge* para referirse a una promesa). Estas palabras, según refiere dicho diccionario, habrían dado origen a la palabra *gage* como «señal» o algo que se ofrece «en prenda» y *engagement* serviría para referirse al acuerdo o contrato en sí. Así, durante la Edad Media *gage* se habría hecho extensivo además a otras situaciones como el reto o promesa entre los caballeros a sostener un duelo o combate en el que, según el rito habitual, el acusador arrojaba en desafío un guante al suelo –esto es, la prenda o *gage*– y el acusado lo recogía en prueba de aceptación, transcurrido lo cual el vencido debía cumplir la pena o sanción acordada. De ahí también el origen de la expresión inglesa *to wage war* («hacer la guerra») que tendría su origen en la promesa –*wage* o *gage* según se adopte la «w» germánica sustituida luego por la «g» francesa– de tomar parte en el botín que se les hacía a quienes voluntariamente participaban en la batalla⁹⁵.

En lengua francesa, donde, por cierto, las Reglas de enfrentamiento se denominan usualmente también *règles d'engagement*⁹⁶, ocurre otro tanto de lo mismo. Según el *Dictionnaire de l'Académie Française*, la palabra *engagement* sirve para designar, entre otros, tanto el alistamiento voluntario de un soldado y la suma que recibe por hacerlo (*enrôlement volontaire d'un soldat; et même de l'argent qu'il reçoit en s'enrôlant*) como un combate entre dos bandos o ejércitos (*un combat qui a lieu entre des corps détachés*)⁹⁷. Por seguir citando países de nuestro mismo entorno cultural, podemos traer a colación el caso de Italia, donde las Reglas de enfrentamiento son las «*Regole di Ingaggio-(R.O.E.)*»⁹⁸ y donde, al igual que sucede con los diccionarios de lengua inglesa o francesa, también se le atribuye a la palabra *ingaggiare* origen francés y es utilizada como sinó-

⁹⁵ BOOTH, D. (1835). *An Analytical Dictionary of the English Language*. James Cochran & Co. London, p. 12.

⁹⁶ MARTINEAU, F. (2004). «Les règles d'engagement en 10 questions, Doctrine, *Revue Militaire Générale*, n.º 4, sept., 2004, París, pp. 18-20, p. 18. Existe una versión electrónica también en la página oficial del Centre de Doctrine d'Emploi des Forces: <http://www.cdef.terre.defense.gouv.fr/publications/doctrine/doctrine04/version_fr/doctrine/art6.pdf>. (Consultado el 18 de enero de 2011, 09:13 h.).

⁹⁷ INSTITUTE DE FRANCE (1835). *Dictionnaire de l'Académie Française*, vol. 1. Firmin Didot Frères, París, p. 643.

⁹⁸ Puede comprobarse esto en el sitio: <http://www.difesa.it/operazioni+militari/operazioni-internazionali_conclude/sudan-unmis-opsnilo/comandocontrollorecoleingaggio.htm>. (Consultado el 18 de enero de 2011, 12:04 h.).

nimo de asumir una obligación (*assumere l'obbligo*), persuadir a alguien para que se haga soldado a cambio de un precio o recompensa (*impegnare alcuno con prezzo a farsi soldato*) o entablar combate o batalla (*ingaggiar la guerra o bataglia*)⁹⁹. En Portugal la denominación utilizada es la de *regras de empenhamento*¹⁰⁰, la cual deriva a su vez del verbo *empenhar*, que en lengua vernácula significa «comprometer». A su vez, si hacemos una lectura comparada, los términos portugueses *empenhar* o *empenhamento* quedan definidos en lengua inglesa como sinónimos de los ya consabidos *engage* o *engagement*¹⁰¹.

Llegamos así a las pautas de la semántica castellana. Si acudimos a la palabra que más se asemeja fonéticamente al inglés *engage* (cuya correcta pronunciación sería algo así como «en-gueich»), esto es, a nuestra palabra homónima *enganche* o *enganchar* comprobamos, en efecto, que el *Diccionario de la Real Academia Española* define el verbo «enganchar» como, entre otros, «prender algo con un gancho o colgarlo de él»; «contratar trabajadores»; «atrapar algo o a alguien que se mueve, huye u opone resistencia» o «atraer a alguien a que siente plaza de soldado, ofreciéndole dinero». En cuanto a la palabra «enganchamiento», esta se recoge expresamente en dicho diccionario, es decir, sí que está en uso, pero su definición es deferida a la de la palabra «enganche» y esta, a su vez, queda definida como acción o efecto de «enganchar» y se relaciona o vincula igualmente con la expresión «banderín de enganche», la cual se define como «oficina destinada a la inscripción de voluntarios para el servicio militar»¹⁰². En resumen, las palabras «enganche» o «enganchamiento» tienen en castellano una acepción semejante a como la tienen en lengua inglesa, francesa, italiana o portuguesa y, por lo tanto, la denominación «Reglas de enfrentamiento» podría ser sustituida válidamente por la de «reglas de enganchamiento» pues entendemos que es la que más se ajusta a la riqueza lexicográfica de nuestra lengua. Si lo anterior no resulta lo suficientemente esclarecedor, basta corroborar esto, a su vez, acudiendo al *Sobrino aumentad, o Nuevo diccionario de las lenguas española, francesa y latina*, de 1769, donde se define «enganchamiento» como la acción por la cual «uno

⁹⁹ Puede comprobarse esto en el sitio: <<http://www.etimo.it/?cmd=id&id=8995&md=427bdd6af0946fbc41984d6b1c6e58fe>>. (Consultado el 18 de enero de 2011, 12:20 h.).

¹⁰⁰ Véase en el sitio oficial de la *Revista Militar* portuguesa: <<http://www.revistamilitar.pt/modules/articles/article.php?id=135>>. (Consultado el 20 de enero de 2011, 12:07 h.).

¹⁰¹ VIEYRA, A. (1813). *Dictionary of the Portuguese and English Languages*. Bryer H. Print. Londres, vol. 1, p. 262.

¹⁰² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Puede consultarse la actual edición en el sitio: <http://buscon.rae.es/drae1/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=enganchamiento>. (Consultado el 20 de enero de 2011, 16:24 h.).

contrata a alguien para servir con las tropas» y «enganchador» como aquel que «compromete a otros a servir con las tropas»¹⁰³, o al *Dictionary of the Spanish and English Languages*, de 1854, donde se define «enganchador» como «aquel que se sirve de artimañas para hacer que otro se comprometa a prestar servicio militar» y «enganchamiento» o «enganche» como el acto de «embaucar o servirse de artimañas para que otro se comprometa a servir en filas»¹⁰⁴.

Por todo lo que llevamos expuesto, podemos concluir que el castellano no solo no desconoce las palabras «enganche» o «enganchamiento», sino que, además, tienen su sitio en el lenguaje militar español al entroncar con nuestra mejor tradición castrense en el sentido de hacer referencia tanto al «compromiso»¹⁰⁵ o acuerdo del militar con las Fuerzas Armadas —o lo que es igual, a su «enganche», según el vocabulario castrense tradicional¹⁰⁶— como en el sentido de la expresión «engancharse» en una pelea, enfrentamiento o combate¹⁰⁷. A mayor abundamiento, en los países de la América hispánica sendas acepciones parecen tener plena vigencia, como es el caso, por citar solo algunos ejemplos, del Uruguay o de México¹⁰⁸, si bien es

¹⁰³ CORMON, F. (1769). *Sobrino aumentado, o nuevo diccionario de las lenguas española, francesa y latina*, vol. I. Imp. Hnos. Tournes. Amberes, p. 521.

¹⁰⁴ SEOANE, M. (1854). *Dictionary of the Spanish and English Languages*, vol. I. Clowes & Sons. Londres, p. 363.

¹⁰⁵ De hecho, no es ajeno a cuanto decimos que en la legislación española se denomine «compromiso» al contrato que fundamenta la relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas de la tropa y marinería, de los militares de complemento y de los reservistas voluntarios por disposición de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, y de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

¹⁰⁶ ANDÚJAR CASTILLO, F. (2003). «La privatización del reclutamiento en el siglo XVIII: el sistema de asientos», *Stvdia Historica. Historia Moderna*. Ediciones de la Universidad de Salamanca, núm. 25, pp. 123-147, pp. 124, 137, 138 y 139. El término «enganche» como sinónimo del vínculo entre las tropas y su caudillo o jefe tendría su razón de ser en los «provechos y honras» que este les prometía a cambio de servir con él. Véase esto en MARCHENA FERNÁNDEZ, J. y ROMERO CABOT, R. (1984), «El origen de la hueste y de la institución militar indiana en la guerra de Granada», obra disponible en: <<http://dspace.unia.es/bitstream/10334/303/1/04JIITI.pdf>>. (Consultado el 19 de enero de 2010, 10:03 h.).

¹⁰⁷ Consúltese en prueba de esto el interesante documento «Ejercicio específico planeamiento Balboa» obrante en el sitio: <http://images.indymedia.org/imc/canarias/pdf/Operacion_Balboa.pdf>, donde se emplea el término «reglas de enganche». (Consultado el 19 de enero de 2011, 12:46 h.).

¹⁰⁸ Véase esto, a título de ejemplo, en el documento «Terminología conjunta» obrante en el sitio oficial de la Armada Nacional del Uruguay: <<http://www.armada.mil.uy/Diper/ESGUE/ModuloConjuntoEM/pdf/Semana1/Documentos%20de%20Doctrina%20Conjunta/02%20-%20Diccionario%20Conjunto/D>> (pp. 2 & 20) (consultado el 20 de enero de 2011, 18:34 h.) o en la Ordenanza General de la Armada de México, obrante en el sitio: <http://docs.mexico.justia.com/federales/ordenanza/ordenanza_general_de_la_armada.pdf> (pp. 12 y 13). (Consultado el 20 de enero de 2011, 18:45 h.).

cierto que en Colombia la denominación oficial de estas reglas parece ser también la de «reglas de encuentro»¹⁰⁹ y en Argentina o Chile la de «reglas de empeñamiento»¹¹⁰.

Por consiguiente, la denominación «reglas de enganchamiento» que proponemos, una más de entre todas las posibles, desde luego, no solo se encuentra fundamentada en la tradición castrense española, sino que incluye, además, esa doble y paradójica acepción que el término inglés *engagement* tiene en el sentido de compromiso como sinónimo de acuerdo profesional y en el sentido de combate o enfrentamiento como actividad hostil, curiosa polisemia de la que también se percata Alía Plana¹¹¹. Empero, a fin de no introducir una denominación alternativa que no haría sino provocar todavía más confusión de la que ya existe, respetaremos el criterio ya consolidado de utilizar la convencional de Reglas de enfrentamiento o el neologismo ROE.

I.4. SOBRE EL PRETENDIDO ORIGEN HISTÓRICO DE LAS ROE

Suele ser comúnmente aceptado por la doctrina –sobre todo por la estadounidense– recurrir a la batalla de Bunker Hill de 1775, librada durante el curso de la guerra de Independencia de los Estados Unidos de América, como referente para situar un posible origen histórico de esta institución. En concreto, los distintos autores se refieren a la orden impartida por el general rebelde W. Prescott a sus tropas sobre el momento en que debían abrir fuego contra las británicas: «Que ninguno de ustedes dispare hasta que vean el blanco de sus ojos»¹¹². Esta afirmación en torno a las ROE podría haber comenzado a barajarse en 1993 a través del canadiense Phillips¹¹³ en un artículo suyo sobre las ROE escrito para la revista *The Army Lawyer* –gaceta de doctrina jurídica del Ejército de los Estados Unidos–. Sin embargo, como él mismo se encarga de matizar a continuación en escueta nota a pie

¹⁰⁹ Véase esto en el sitio oficial del Ejército Nacional de Colombia: <<http://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=211740>>. (Consultado el 20 de enero de 2011, 19:04 h.).

¹¹⁰ Véase esto en el sitio: <<http://www.centronaval.org.ar/boletin/bcn/BCN817/817fortini.pdf>>. (Consultado el 20 de enero de 2011, 19:32 h.).

¹¹¹ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

¹¹² «Don't shoot until you see the whites of their eyes...!». Si bien algunos atribuyen haberla dicho también al general Israel Putnam en idéntica ocasión histórica. Véase en la nota 114 la aclaración de lo que, probablemente, fue una simple repetición a sus soldados por parte del general W. Prescott de la orden recibida por su superior el general Israel Putnam y no precisamente por razones tácticas, sino logísticas.

¹¹³ PHILLIPS, G. R. (1993). *Op. cit.*, *supra* nota 58, p. 5.

de página¹¹⁴, existen dudas incluso en torno a si fue el general Prescott o su compatriota el general Israel Putnam quien la impartió en aquella ocasión histórica. A mayor abundamiento, el autor citado parece atribuir también una orden semejante tanto al príncipe Carlos de Prusia en 1745, con ocasión de enfrentarse a las tropas austriacas en Jägendorf (actual Krnov, en territorio de la República Checa) y, de nuevo, a Federico el Grande en Praga en 1757. Otros autores, seguidos quizás por cuanto recoge este artículo a partir de la leyenda histórica, parecen remitir a esa orden, impartida en el curso de la batalla de Bunker Hill, como fenómeno primigenio de ROE, tal es el caso de Martins¹¹⁵ en su extenso y detallado artículo, pero lo hace sin abundar y remitiéndose a lo ya dicho por Phillips. Igual hacen Corn y Jensen¹¹⁶, los cuales la citan incluso como ejemplo de ROE utilizada para aprovechar al máximo la potencia de fuego contra el enemigo. La frase parece haber hecho tradición y, como todo hecho de armas memorable, suele aparecer citada en aquel país como ejemplo de valor y disciplina en el combate. Así ocurre, por poner un ejemplo, con el manual de instrucción básica distribuido entre las clases de tropa del Ejército, el denominado *The Soldier's Guide*, donde se recurre a esta frase célebre acompañada de una atractiva ilustración¹¹⁷. Sin embargo, no todo es pacífico en la doctrina estadounidense. Autores como Solís ni siquiera consideran que la alocución de Bunker Hill merezca recibir tal calificación¹¹⁸ y, en su lugar, cita como precedentes válidos las ROE que desde la guerra de Corea venían obser-

¹¹⁴ El autor remite a un diccionario de frases y citas célebres como toda fuente histórica. Una breve ojeada a la vida y obra del general Israel «Old Put» Putnam revela que fue él y no el general Prescott quien acuñó esa frase y que, además, lo hizo con el propósito de ahorrar pólvora, ya que esta parecía escasear en las filas rebeldes. Véase cuanto afirmamos en CANNING HILL, G. (1903), *The Life of Israel Putnam*, A. L. Burt Co., Nueva York, p. 145: «Putnam told the men, as he passed hastily along the lines, dusty and perspiring, not to waste their fire, for powder was very scarce. 'Wait', said he, 'till you see the whites of their eyes, and then take aim at their waistbands!' Fire low, and pick off the commanders, with the handsome coats.»

¹¹⁵ MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 34.

¹¹⁶ CORN, G. S. & JENSEN, E. T. (2008). «Untying the Gordian knot: A Proposal for Determining Applicability of the Laws of War to the War on Terror», *Temple Law Review*, vol. 81, no. 3, pp. 787-830, p. 804.

¹¹⁷ US ARMY (2003). *Field Manual 7-21.13, The Soldier's Guide*. Department of the Army. Washington D. C., p. 2-4. Por cierto, el manual guarda silencio sobre la autoría de la frase. La cita parece haber saltado al país vecino, el manual oficial de instrucción de las Fuerzas Armadas canadienses denominado *Code of Conduct for the Canadian Forces Personnel* (editado por el departamento del Judge Advocate General) también recurre en esa misma cita como ejemplo histórico de ROE «simple pero efectiva». Véase esto en el siguiente enlace (p. 1-3): <<http://www.forces.gc.ca/jag/publications/Training-formation/CFCC-CCFC-eng.pdf>>. (Consultado el 21 de enero de 2011, 09:56 h.).

¹¹⁸ SOLÍS, G. D. *Op. cit.*, *supra* nota 39, p. 490.

vándose por las fuerzas aéreas o con posterioridad por las fuerzas terrestres en la guerra del Vietnam. Pero en lo que este autor resulta concluyente es en citar como precedente de lo que en la actualidad entendemos como tal, las «reglas» (*rules*) –así las denomina él– impartidas por el almirante Thomas B. Hayward en 1981 sobre las directrices a seguir por los comandantes navales ante el «primer golpe» o *first-strike* que pudiese proceder de los buques de la Armada soviética. Otros autores como su compatriota Hayes¹¹⁹ abordan la cuestión desde lo que precisamente –en nuestra opinión y así queda expuesto más adelante– es la perspectiva correcta, a saber: desde lo que realmente son las ROE *per se* más allá de su significación jurídica, política o militar, esto es, desde la científica (pero de esto hablamos más adelante). Para Hayes, los precedentes históricos, al menos por lo que se refiere a la Armada estadounidense, habría que buscarlos en las ya citadas «reglas» del almirante Thomas B. Hayward establecidas en 1981 y que en 1986 fueron adoptadas con carácter uniforme para todas las fuerzas armadas de los Estados Unidos¹²⁰ por el órgano Joint Chiefs of Staff o lo que es igual, por la Junta de Jefes de Estado Mayor de aquel país.

Nos inclinamos a pensar que Solís y Hayes están en lo cierto y que situar el origen histórico de las ROE en el testimonio anecdótico de lo que no deja de ser una orden táctica impartida en el curso de un combate es tanto como confundir uno de los aspectos esenciales de estas, el de constituir de hecho una orden para el militar que la recibe, con lo que resultan ser *per se* desde la perspectiva científica, esto es, un sistema formalizado de impartir instrucciones políticas sobre el uso de la fuerza a la cadena de mando militar. A mayor abundamiento de cuanto decimos basta señalar que el tratadista estadounidense Winthrop, mentado por la Corte Suprema de los Estados Unidos como el «Blackstone» del Derecho militar en aquel país¹²¹, ni siquiera menciona institución semejante a las ROE en su monumental obra *Military Law and Precedents*, aparecida en 1896¹²², si bien sí llega a mencionar las «órdenes generales» (*General Orders*) como una de las fuentes del Derecho militar. Un ejemplo de estas sería la *General Order 100*, por la que en 1863 se aprobó el *Código Lieber* relativo a la

¹¹⁹ HAYES, B. C. (1989). *Naval Rules of Engagement: Management Tools for Crisis*. The Rand Corporation. Santa Mónica (USA).

¹²⁰ *Id.*, p. 4.

¹²¹ En referencia al célebre tratadista inglés del siglo XVIII, tal y como consta en UNITED STATES SUPREME COURT (2006), *Hamdan vs. Rumsfeld*. La alusión en: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>>. (Consultado el 21 de enero de 2011, 22:34 h.).

¹²² WINTHROP, W. (1896). *Military Law and Precedents* (edición en facsimil de 2000). Beard Books. Washington D. C.

conducta que debía observarse por las tropas estadounidenses en campaña. Sin embargo, esto en nada cambia nuestra anterior afirmación, puesto que estaríamos ante una orden de carácter permanente por la que se instituía un primigenio Derecho de la guerra codificado, es decir, limitativo en cuanto al uso de la fuerza en combate por razones humanitarias, pero no ante limitaciones o autorizaciones basadas en el interés estratégico de la autoridad política, cual es el caso de las ROE. Tampoco el estadounidense Kastenberg, hagiógrafo de Winthrop, alude a este como autor que se haya ocupado de las ROE en su calidad de institución jurídica o, al menos, en su faceta jurídico-castrense¹²³. Esto es así —añadimos nosotros— porque dicha institución tal y como la conocemos hoy en día era desconocida para el Derecho militar de la época. Ello sin perjuicio de que, como refiere el mismo Hayes: «[tradicionalmente] desde que los marinos de guerra se han hecho a la mar han recibido instrucciones de sus superiores políticos. Les ha sido dicho dónde ir, cuándo ir y qué hacer una vez llegaran allí. Antes que las comunicaciones inalámbricas fuesen una realidad, los líderes políticos que concedían amplios poderes a los comandantes navales estaban jugándose a los dados»¹²⁴.

Por lo que se refiere a la doctrina española, los escasos autores que han dedicado atención a este aspecto histórico de las ROE no parecen coincidir. Alía Plana, en otro de sus documentados trabajos¹²⁵, se remonta también a la batalla de Bunker Hill y a los ya citados ejemplos de Carlos de Prusia y de Federico el Grande; juzgamos que, a su vez, por haber acudido a fuentes norteamericanas —en concreto al trabajo de Phillips—, si bien añade otros ejemplos históricos anteriores y posteriores a la célebre batalla mediante remisiones en forma de nota a pie de página. De hecho, este autor llega a afirmar que «podemos remontarnos en las citas sobre instrucciones relativas al combate tanto como queramos»¹²⁶. De las Rivas Aramburu, en una de sus aportaciones ya mencionadas¹²⁷, maneja varias hipótesis pero todas ellas relativamente recientes, como la guerra de Corea o las instrucciones impartidas a la Armada estadounidense en tiempos de la Guerra Fría. Fernández-Tresguerres apunta también como posible precedente a la

¹²³ KASTENBERG, J.E. (2009). *The Blackstone of Military Law: Colonel William Winthrop*. The Scarecrow Press. Lanham (USA).

¹²⁴ HAYES, B.C. *Op. cit., supra* nota 119, p. 1.

¹²⁵ ALÍA PLANA, M. *Op. cit., supra* nota 21. Por ejemplo, en: <<http://www.monografias.com/trabajos71/reglas-enfrentamiento-roe/reglas-enfrentamiento-roe2.shtml>>. (Consultado el 22 de enero de 2011, 09:46 h.).

¹²⁶ *Id.* (En el apartado: «1.2 De Bunker Hill al primer código-ROE del almirante Thomas Hayward»).

¹²⁷ DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. *Op. cit., supra* nota 38, pp. 86-7.

guerra de Corea y, en concreto, añade a esto que «... las ROE se utilizan por primera vez con ese nombre durante la guerra del Vietnam, en los años sesenta»¹²⁸.

En el resto de Europa, autores como el italiano Pierini se refieren también como precedente histórico de las ROE a las instrucciones impartidas a los comandantes navales en tiempos de la Guerra Fría, si bien remite al norteamericano Phillips y al precedente que, a su vez, aparece en el trabajo de este relativo a las instrucciones impartidas a los comandantes de la Armada británica que se encontraban operando en el mar Báltico en tiempos de la Primera Guerra Mundial¹²⁹.

Nosotros no vamos a entrar en polémica, pero sí vamos a aportar algunos datos que consideramos de interés en aras a situar las ROE tanto en su contexto histórico como científico-sistemático. En primer lugar, ya hemos dicho con anterioridad que las ROE encierran en su interior un aspecto esencialmente militar, es decir, constituyen órdenes cuyo contenido consiste en restricciones o autorizaciones relativas al eventual uso de la fuerza, emanadas de la autoridad política y dirigidas a cuantos deban hacer uso de esta en cumplimiento de la misión encomendada. Lo anterior desmonta la validez del precedente de Bunker Hill, ya que nos permite argumentar, en aras a hallar un posible origen histórico de esta institución, que si para un estadounidense pudiera ser un referente válido –lo cual es lógico para un país relativamente joven y pujante–, para un español podría serlo, en su lugar, la orden impartida por el rey Alfonso XI a su hueste en 1340 con ocasión de la batalla del Salado para que ninguno se parase «al despojo, mas que friesen en los moros hasta que lo echasen del campo»¹³⁰. También podría un español traer aquí a colación las capitulaciones que otorgaba la Corona a quienes partían hacia la conquista de América, donde de ordinario se incluían unas instrucciones dictadas por el Consejo de Indias sobre «los pormenores referentes a la navegación, al comportamiento de los conquistadores y, lo más importante, regulaban las atribuciones de mando del jefe de la expedición.», las cuales, además, «representaban, en los casos de

¹²⁸ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES HERNÁNDEZ, J. A. *Op. cit.* (*XV Congreso...*, p. 217), *supra* nota 72.

¹²⁹ PIERINI, J. P. (2007). «Rules of Engagement, Status of Forces agreements and Criminal Law: different approaches as to the legal base of the use of force in military operations and conflicts of jurisdiction in respect of foreign friendly fire», pp. 123-161, p. 127. Ponencia defendida en el *XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Defensa Social*, a cuyo texto se puede acceder en: <<http://www.defensasociale.org/xvcongreso/ponencias/JeanPaulPierini.pdf>>. (Consultado el 24 de enero, 19:32 h.).

¹³⁰ SEGURA GONZÁLEZ, W. (2009). *La Batalla del Salado (año 1340)*. Al Qantir, Monografías y Documentos sobre la Historia de Tarifa, pp. 1-32, p. 22.

anomalía, un documento de gran valor para legalizarlas o para desautorizar las expediciones»¹³¹. Ahora bien: ¿Nos aclaran estos datos históricos el origen de las ROE? Juzgamos que no; de creer lo contrario, seguiríamos incurriendo en el mismo error de confundir lo que es una orden o instrucción como elemento fundamental de la organización militar con lo que son las ROE como sistema o procedimiento empleado para controlar el uso de la fuerza en situaciones de crisis, procedimiento que presenta una simbiosis entre el Derecho, la estrategia política y los aspectos operacionales y tácticos de la ciencia militar pero que, dejando a salvo siempre esa triple expresión jurídica, política y militar de las ROE, no deja de ser más que eso, a saber: una forma sistematizada de controlar el uso de la fuerza ante una situación de crisis o de combate. Volvemos así al autor que creemos mejor enlaza el hecho histórico con la realidad científico-sistemática de la institución, es decir, al estadounidense Hayes y su artículo «Naval Rules of Engagement: Management Tools for Crisis»¹³². Este autor, de entrada ya en el título de su trabajo, nos ofrece una clave que juzgamos interesante: *Management Tools for Crisis* o lo que es lo mismo, «herramientas para la gestión de crisis». Esto nos alerta de que no estamos en realidad ante una institución de creación jurídica, sino ante, por así decirlo y si se nos permite la expresión, una «hidra con tres cabezas» pero que en el fondo no deja de ser más que eso, una «hidra» o una «correa» que diría su compatriota Solís, una herramienta en definitiva. En efecto, ya en el preámbulo de su obra Hayes hace una afirmación que juzgamos fundamental: «A pesar que las reglas de enfrentamiento han estado presentes, de una u otra forma, desde que los gobernantes enviaban hombres a la batalla, solo hasta tiempos muy recientes han recibido la atención que merecen.» Hayes afirma, de hecho, que la implantación del primer «sistema» estándar de reglas navales de enfrentamiento tuvo lugar en su país en 1981, a raíz de una propuesta formulada por el jefe de operaciones navales de la Armada estadounidense en 1979¹³³. Al parecer, según Moran¹³⁴ y el ya citado Phillips¹³⁵, el uso de este tipo de reglas o protocolos venía siguiéndose por la Armada británica con ocasión del despliegue en 1918 de una flotilla en el mar Báltico, com-

¹³¹ Ambas afirmaciones en REDONDO DÍAZ, F. (1985). «La organización de la ‘compañía’ indiana de Hernán Cortés», revista *Quinto Centenario*, vol. 9, pp. 87-105, p. 103.

¹³² HAYES, B. C. *Op. cit.*, *supra* nota 119.

¹³³ HAYES, B. C. *Op. cit.*, *supra* nota 119, p. 4.

¹³⁴ MORAN, D. (2009). «The Baltic Patrol: From Counter-Revolution to National Liberation», *Baltic Security & Defence Review*, vol. 11, issue 2, pp. 81-91, p. 84.

¹³⁵ PHILLIPS, G. R. *Op. cit.*, *supra* nota 58, p. 5; pero esta afirmación la fundamenta el autor remitiendo en nota a pie de página a la obra de O’CONNEL, D. P. (1975), *The Influence of Law on Sea Power*. Naval Institute Press. Annapolis (USA).

prendiendo estas reglas las instrucciones relativas a la conducta que debían observar los comandantes en presencia de buques de la Armada bolchevique. Sin embargo, es en tiempos de la Guerra Fría cuando adquieren su verdadero valor como sistema para controlar y gestionar el uso de la fuerza. Ello fue debido al temor de las autoridades de los Estados Unidos a que un incidente entre sus buques de guerra y los de la antigua Unión Soviética pudiese acabar en conflagración nuclear. La prueba de cuanto acabamos de decir nos la aporta Hayes al establecer que las ROE permiten, de un lado, deslindar la acción militar propiamente dicha de los objetivos políticos a los que está subordinada y, de otro, sirven también para deslindar los distintos grados de mando (dentro de la organización militar) mediante la concesión de autorizaciones específicas sobre el uso de la fuerza a nivel de la cadena de mando, aliviando así las tensiones que puedan producirse entre los líderes políticos y los líderes militares o entre estos últimos¹³⁶. Lo anterior nos lleva a concluir, por consiguiente, que el origen histórico de las ROE no ha de buscarse ni en el campo del Derecho histórico, ni en las crónicas de la ciencia política, ni en los libros de historia militar, sino que este pudiera hallarse en un campo de la ciencia, relativamente moderno, llamado «investigación operativa» («*Operational Research*» para los británicos; «*Operations Research*» para los estadounidenses; «*Pesquisa Operacional*» para los portugueses; «*Recherche Opérationnel*» para los franceses o «*Ricerca Operativa*» para los italianos). En efecto, hoy en día existen en España numerosas facultades universitarias dedicadas al campo de la Estadística y de la Investigación Operativa, disciplinas que a menudo aparecen hermanadas y cuyo contenido académico, por el mero hecho de formar parte de los planes de estudio de la Universidad española, asumimos como un hecho. Si se estudia en nuestras universidades –sería nuestro razonamiento– es porque tiene un contenido y una sustancia propia. Sin embargo, apenas nos detenemos a indagar en torno a ese contenido, quizás esto sea por nuestra formación humanista y no científica. De hecho, la investigación operativa está presente entre nosotros mucho más de lo que nos imaginamos, está en nuestra vida diaria, en la gestión y organización no solo de las Fuerzas Armadas y de las operaciones militares, sino en otros ámbitos mucho más exóticos, como la gestión empresarial, la logística y distribución comercial, los estudios de *marketing* o de sociología, la medicina o, incluso, las ciencias visuales. Existe dentro de nuestro Ministerio de Defensa un organismo –el Centro de Investigación Operativa de la Defensa, dependiente de la Secretaría General Técnica– en el que uno de

¹³⁶ HAYES, B. C. *Op. cit.*, *supra* nota 119, «Summary», p. V.

sus cometidos es precisamente servir como órgano de trabajo en la planificación y dirección de las actuaciones en materia de estadística e investigación operativa de interés para la defensa¹³⁷. Existe también un reglamento propio del Servicio de Investigación Operativa del Ministerio de Defensa y un diploma específico en Investigación Operativa¹³⁸. Sin embargo, a simple vista se nos escapa un detalle que juzgamos interesante: la investigación operativa u *Operational Research* es una ciencia nacida al albur de la II Guerra Mundial y de la mano de científicos civiles empleados por el War Office del Reino Unido. Su objeto no era otro que contribuir al éxito del esfuerzo bélico mediante el análisis sistemático de las operaciones militares. La finalidad no era otra que encontrar, entre otros, los métodos y los sistemas idóneos para la organización de los ejércitos, la planificación de las operaciones o el apoyo administrativo y logístico mediante la racionalización de los procesos de toma de decisión. Probablemente fuera cualquiera de estos equipos de investigación el que idease una forma escrita y sistematizada de impartir órdenes y directrices en el ámbito de la función de mando y control, lo que conocemos como sistema ROE; probablemente esto ocurrió en tiempos de la Guerra Fría. En cualquier caso, toda discusión adicional ha de resultar superflua tanto porque las ROE han acabado por convertirse en patrimonio común de la mayoría de los operadores militares contemporáneos como porque abordar esa cuestión en detalle nos alejaría demasiado del curso principal de nuestra investigación.

II. LAS ROE Y EL DERECHO MILITAR OPERATIVO

II.1. EL DERECHO MILITAR OPERATIVO

Si existe una parcela del Derecho que constituye, por así decirlo, la sede natural de los aspectos jurídicos inherentes a toda operación militar y, por consiguiente, de las ROE como una de las instituciones que mayor incidencia tiene en ese ámbito esa es, sin lugar a dudas, el Derecho militar operativo. En torno al concepto de esta novedosa y –en apariencia– rama del Derecho ya hemos hablado con anterioridad. Aquí, en España, hay va-

¹³⁷ Art. 8.2.d del Real Decreto 1287/2010, de 15 de octubre, «por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa» (BOE núm. 257, 11 de diciembre de 2010).

¹³⁸ Orden DEF/3399/2009, de 10 de diciembre, «por la que se aprueba el Reglamento del Servicio de Investigación Operativa del Ministerio de Defensa» (BOE núm. 304, 18 de diciembre de 2009).

rios autores que ya se han ocupado de abordar su estudio desde diversas perspectivas. Aportaciones como las de De las Rivas Aramburu¹³⁹, Serrano Barberán¹⁴⁰ o Eymar Alonso¹⁴¹, por citar solo unos pocos, constituyen obligado punto de partida para todos aquellos que por una u otra razón entren en contacto con esta disciplina jurídica. También hemos dicho ya que la primera aproximación al concepto aparece recogida a título de palabras preliminares en el manual *Lecciones de Derecho Operativo*, editado por el Ministerio de Defensa en 2001¹⁴². Ahora bien, un trabajo de investigación como el presente, cuyo objeto precisamente son las ROE, quedaría incompleto si no formulásemos algunas reflexiones en torno a lo que ya entre nosotros se conoce consolidadamente como Derecho militar operativo y su relación con estas.

El primer interrogante que desde luego a simple vista cabe formular es el siguiente: ¿Por qué Derecho operativo y no Derecho operacional? La pregunta no es desde luego ociosa por cuanto que juzgamos que detrás de un nombre se esconden frecuentemente las claves necesarias para entender su sentido conceptual. Si la cuestión lingüística, tal y como vimos, afecta de hecho al vocablo ROE, otro tanto podríamos señalar de la denominación «derecho militar operativo». De entrada, estamos con Eymar Alonso en que debemos aceptar esta denominación por la extensión de su uso cotidiano¹⁴³. Tal y como decíamos que sucede con el concepto de Investigación Militar Operativa, el cual por el hecho de figurar como disciplina científica en los planes de estudio de la Universidad española solemos dar como algo asumido; otro tanto ocurre aquí con la denominación «derecho militar operativo», la cual por haberse hecho ya tan usual damos como por supuesta. Ello no obstante, veamos por qué sería admisible, siquiera sea en términos estrictamente dialécticos, mantener que el uso de la denominación «derecho operacional militar» es la que mejor se ajusta a las normas de la lingüística española y a la práctica comparada. En efecto, tal y como señala Eymar Alonso, en el *Diccionario de la Real Academia Española* el término «operacional» se define como «relativo a las operaciones matemáticas, militares o comerciales» y en una segunda acepción como «las operaciones militares que están en condiciones de operar». Por el contrario, «operativo» se entiende en un sentido más amplio como «lo que obra o

¹³⁹ DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. *Op. cit. supra* nota 32, pp. 57-71.

¹⁴⁰ SERRANO BARBERÁN, A. *Op. cit. supra* nota 32, pp. 127-145.

¹⁴¹ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit., supra* nota 28, pp. 287-320.

¹⁴² AA. VV. *Op. cit., supra* nota 12.

¹⁴³ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit., supra* nota 28, p. 290.

hace efecto». Ocurre, sí, que en los textos legislativos o reglamentarios españoles se emplea la expresión «estructura operativa» y no «estructura operacional». Podríamos citar, como ejemplo de este uso, la Ley Orgánica 5/2005, de 27 de noviembre, de la Defensa Nacional o el Real Decreto 787/2007, de 15 de junio, «por el que se regula la estructura operativa de las Fuerzas Armadas», reglamento que no hace sino repetir la misma denominación que ya quedó establecida con anterioridad en el Real Decreto 912/2002, de 6 de septiembre, cuyo antecedente probablemente fuese, a su vez, el Real Decreto 1250/1997, de 24 de julio. También podríamos citar como ejemplo la expresión «materia operativa militar» utilizada tanto en la Orden Ministerial 105/2002, de 22 de mayo, «por la que se regula la producción normativa en el ámbito del Ministerio de Defensa» como en la Instrucción 116/2002, de 31 de mayo, «por la que se aprueban las Normas para la Producción Normativa en el Ambito del Ministerio de Defensa», donde se emplea –si bien su ámbito concreto no se llega a definir expresamente– para hacer alusión precisamente a todo aquello que no tenga que ver con las estructuras orgánico-administrativas, métodos de trabajo, procedimientos administrativos y régimen de personal. Dicho esto y descartado, desde luego, el término «operatorio» por aparecer definido en el *Diccionario de la Real Academia Española* como algo «perteneiente o relativo a las operaciones quirúrgicas» quedan, por consiguiente, solo las opciones de «operativo», que es la usual, y «operacional», que es la que, siguiendo también a Eymar Alonso, resultaría más acorde con su sentido gramatical.

La práctica comparada también nos ofrece claves interesantes en abundamiento de esta tesis. En los Estados Unidos de América, país donde tiene su origen esta disciplina a principios de la década de los 80, la denominación utilizada habitualmente es la de *Operational Law* (o también sus siglas en inglés OPLAW). Sea citado aquí como botón de muestra el voluminoso manual oficial *Operational Law Handbook* editado por el Departamento de Derecho Internacional y Operaciones Militares de la Escuela del Judge Advocate Corps (Center for Law and Military Operations, The Judge Advocate General's Legal Center and School, US Army)¹⁴⁴. Decimos esto precisamente por la coincidencia semántica que los términos *operational* y *operative* tienen en inglés y en español. En efecto, el diccionario *Merriam-Webster* define *operational* como todo aquello que guarda relación con «la

¹⁴⁴ THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL. *Op. cit.*, *supra* nota 9.

ejecución de operaciones militares o navales en campaña o en una batalla» y *operative* como aquello que tiene la virtud o cualidad de «producir un efecto»¹⁴⁵. Otro tanto de lo mismo sucede con el uso coloquial que el término *operational* tiene en el resto de los países de habla inglesa como, por ejemplo, el Reino Unido¹⁴⁶, Australia¹⁴⁷ o Canadá¹⁴⁸. A mayor abundamiento, si acudimos a los países de nuestro entorno vemos que sucede igual. En Francia¹⁴⁹ o entre la población francófona de Bélgica¹⁵⁰, Suiza¹⁵¹ o a su vez entre la población francófona de Canadá¹⁵², donde se conoce de común como *Droit Opérationnel*. En Italia tiene acogida la denominación mucho más expresiva de *Diritto delle Operazioni Militari*¹⁵³. En los países de ha-

¹⁴⁵ Véase esto en: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/engagement>>. (Consultado el 6 de febrero de 2011, 11:06 h.).

¹⁴⁶ UK MINISTRY OF DEFENCE (2009). *Manual of Service Law*, vol. 1 y 2. Véase esto en: <<http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/4E67FD01-64B5-476D-8AD5-12D977C1AE1/0/vol1and2mslver1.pdf>>. (Consultado el 6 de febrero de 2011, 11:32 h.).

¹⁴⁷ ROGERS, F. & WARE, G. T. (1997). «Lawyers on Warships: Oxygen Thieves or Weapons Systems?», *Australian Defence Force Journal*, issue 126, sept./oct., pp. 5-8.

¹⁴⁸ PITZUL, J. F. T. (2001). «Operational Law and the Legal Profession: A Canadian Perspective», *The Air Force Law Review*, vol. 51, pp. 311-321.

¹⁴⁹ MASSONI, L. (2000). «Pour une Doctrine du Droit Opérationnel», *Objectif Doctrine*, noviembre, pp. 31-36; RÉPUBLIQUE FRANCAISE (2009), *Bulletin Officiel des Armées*, Etat-Major des Armées, Division Organisation et Ressources Humaines, p. 14 (referencia al «Droit Opérationnel» en nota a pie 4). Uso generalizado del término *opérationnel* en: MINISTÈRE DE LA DÉFENSE (2006), *Doctrine Interarmées sur l'Usage de la Force en Opération Militaire se Déroulant à l'Extérieur du Territoire National, Les Regles d'Engagement & les Regles de Comportement*. Etat-Major des Armées, Division Emploi. Paris.

¹⁵⁰ CHAMBRE DES REPRESENTANTS DE BELGIQUE (2009). *Question de Mme Brigitte Wiaux au Ministre de la Défense sur «la rédaction d'un manuel de droit opérationnel pour les forces armées»* (n.º 11315). Commission de la Défense Nationale, Publications Officielles éditées par la Chambre des Représentants. Bruselas, p. 27-8.

¹⁵¹ ZEN-RUFFINEN, P. (2004). «L'Officier Conventions et Droit: Un Aide de Commandement Indispensable», *Revue Militaire Suisse*. Parution juin. Véase esto en:<<http://www.revuemilitairesuisse.ch/node/119>>. (Consultado el 7 de febrero de 2011, 08:26 h.).

¹⁵² MINISTÈRE DE LA DÉFENSE NATIONALE DU CANADA (2011). «Droit Opérationnel, Cabinet du Juge-Avocat Général des Forces Canadiennes». Véase esto en el sitio oficial del Ministerio de Defensa de Canadá: <<http://www.forces.gc.ca/jag/oplaw-loiop/index-fra.asp>>. (Consultado el 6 de febrero de 2011, 12:01 h.); esto también en WAR-MAN, R. (2010), «Ex Maple Shore: Un Cas Vécu de FCEI, Salut Militaire», *Bulletin de la Section Nationale du Droit Militaire*, Mars, pp. 21-3.

¹⁵³ En la denominación utilizada por el Ministerio de Defensa: <<http://www.difesa.it/NR/rdonlyres/.../schemiareedisciplinelcorso1.ppt>>. En la denominación del distintivo de uso sobre el uniforme para el personal experto: <<http://digilander.libero.it/alby.net/Esercito/Distintivi%202.htm>> y en los distintos planes de estudio en general: <<http://www.unucilaquila.it/duichieti.htm>>. (Consultado el 6 de febrero de 2011, 13:07 h.).

bla hispana tiene aceptación la más ajustada gramaticalmente de «derecho operacional», tal sería el caso de Colombia¹⁵⁴, Honduras¹⁵⁵ o Chile¹⁵⁶.

II.2. HACIA UN CONCEPTO DE DERECHO MILITAR OPERATIVO

Por lo que se refiere a la definición del concepto de Derecho militar operativo podemos afirmar, en palabras del gallo Massoni, que: «a simple vista, la asociación de los vocablos ‘derecho’ y ‘operacional’ [u ‘operativo’] puede llevar a creer en una influencia restrictiva, incluso negativa, del primero sobre el segundo. Sin embargo, ocurre precisamente a la inversa: esta rama del Derecho no debe ser considerada por los ‘operacionales’ como un obstáculo sino como un apoyo»¹⁵⁷. En efecto, la verdadera importancia de esta parcela del Derecho reside precisamente, tal y como se desprende de la aportación que ya dijimos de Serrano Barberán, en el hecho de que la labor del asesor jurídico en materia de Derecho militar operativo convierte a este en testigo privilegiado del planeamiento y desarrollo de ejercicios, así como de eventuales operaciones reales, prestando sus servicios profesionales en «dos ámbitos principales: Derecho de los conflictos armados (poniendo especial atención a la aplicación e interpretación de las Reglas de enfrentamiento, que existen también aunque se trate de misiones de combate –alta intensidad–) y aplicación e interpretación de los acuerdos sobre el estatuto de las tropas»¹⁵⁸. En otras palabras, la significación de este derecho reside «en su filosofía, en su finalidad y, en última instancia, en la integración del análisis jurídico en el más amplio contexto del proceso

¹⁵⁴ COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS ARMADAS (2009). *Manual de Derecho operacional FFMM 3-41 Público*, República de Colombia. Véase esto en: <<http://es.scribd.com/doc/37883816/PRESENTACION-MANUAL-DER-OPRNAL>>, y en MINISTERIO DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2010), «Avances del cumplimiento de las 15 medidas adoptadas por el Ministerio de Defensa Nacional», p. 11. Véase esto también en el sitio: <http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Asuntos_de_Interes/Derechos_Humanos/docs_nweb/Avances_Caso_Soacha.pdf>. (Consultado el 6 de febrero de 2011, 15:38 h.).

¹⁵⁵ FUERZA AÉREA HONDUREÑA (2010). *Seminario de Derecho Operacional Militar*. Véase esto en el sitio: <<http://204.249.98.218/index.php/noticias/fuerza-aerea/1256-seminario-de-derecho-operacional-militar.html>>. (Consultado el 7 de febrero de 2011, 07:42 h.).

¹⁵⁶ CEA CIENFUEGOS, S., y CORONADO DONOSO, R. (2010). «¿Qué Perspectiva de Futuro tiene el Derecho militar Chileno?», *Ars Boni et Aequi*, año 7, núm. 1, pp. 63-82, pp. 69, 72, 79 y 80.

¹⁵⁷ MASSONI, L. *Op. cit.*, *supra* nota 228, p. 32.

¹⁵⁸ SERRANO BARBERÁN, A. *Op. cit. supra* nota 32, p. 142.

operacional»¹⁵⁹. Se trata de un concepto con origen en la práctica jurídico militar de los Estados Unidos de América durante la pasada década de los 80. El estadounidense Barnes, precursor del planteamiento doctrinal de este concepto, al menos en las revistas especializadas¹⁶⁰, definía ya en 1984 el Derecho militar operativo como aquel conjunto de leyes, reglamentos y políticas que afectan a las operaciones militares¹⁶¹. Quizás no fuera ajeno a esto la aparición por entonces del primer manual oficial sobre Derecho militar operativo –el *Operational Law Handbook*– allí mismo, en los Estados Unidos de América, y al que hemos hecho referencia en otro lugar¹⁶². Al contrario de lo que pudiera parecer a simple vista, la práctica de involucrar a los asesores jurídicos en el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares tendría su origen mismo en la práctica seguida desde mucho antes en el ámbito de la empresa privada, donde los altos ejecutivos contaban siempre con un asesor en asuntos legales como parte de su equipo más cercano de ayudantes y asesores¹⁶³. Como afirma lacónicamente el autor citado, el asesoramiento en aspectos operacionales puede llegar a ser en un momento dado la diferencia entre «beneficios y pérdidas, entre la vida y la muerte.» A juzgar por este mismo autor, donde cobra especial importancia el Derecho militar operativo no es tanto en las operaciones o conflictos a gran escala, donde desde luego lo es, sino en el caso concreto de las operaciones especiales¹⁶⁴ ya que estas tienen generalmente mayores implicaciones legales y políticas que aquellas. Según el citado autor, este tipo de operaciones, cuando son llevadas a cabo en el exterior principalmente, son el mejor ejemplo de operaciones contemporáneas en las que los objetivos políticos tienen mayor peso que los militares y donde, por consiguiente, cobra especial importancia la atención dedicada a los aspectos legales¹⁶⁵.

¹⁵⁹ MASSONI, L. *Op. cit.*, *supra* nota 228, p. 32.

¹⁶⁰ BARNES, R.C. (1984). «Operational Law, Special Operations, and Reserve Components», *The Army Lawyer*; December, pp. 1-10. Este artículo incluye un epígrafe introductorio titulado precisamente «Operational Law – A New Concept», es decir, «un nuevo concepto», y desde luego que lo era allá en 1984. Posteriormente, otros autores le dedicarán atención doctrinal a este concepto en artículos más detallados y extensos –en esta sección del trabajo citamos algunos– pero ellos, sin lugar a dudas, no fueron los primeros.

¹⁶¹ *Id.*, p. 1.

¹⁶² THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL *Operational Law Handbook*, *op. cit.*, *supra* nota 9.

¹⁶³ BARNES, R. C. *Op. cit.*, *supra* nota 239, p. 2.

¹⁶⁴ El *Glosario de términos militares* español, *op. cit.*, *supra* nota 60, p. 145, define este tipo de operación como aquella «no convencional, clandestina o encubierta, incluyendo las concluidas en territorio fuera del control OTAN y llevada a cabo por fuerzas especialmente organizadas, adiestradas y equipadas».

¹⁶⁵ BARNES, R. C. *Op. cit.*, *supra* nota 239, p. 5.

Existe otro artículo interesante posterior al que venimos citando y centrado también en el Derecho militar operativo donde su autor, el estadounidense Graham¹⁶⁶, ofrecía en 1987 una definición mucho más concisa –de hecho lleva por título: «Operational Law – A Concept Comes of Age», es decir, «Derecho operativo: un concepto alcanza la mayoría de edad»– al afirmar que estaba constituido por el conjunto de normas, nacionales e internacionales, relacionadas con los aspectos jurídicos que lleva consigo el despliegue de tropas de los Estados Unidos en el exterior tanto en tiempo de paz como en circunstancias de conflicto. Este autor sitúa la génesis del Derecho militar operativo en los avatares legales que llevó consigo la operación *Urgent Fury* llevada a cabo en la isla caribeña de Granada (o *Grenada* en la posterior deformación del nombre original español cuando pasó a dominio británico) entre los meses de octubre y noviembre de 1983. Refiere Graham que por su propia naturaleza el Derecho militar operativo trasciende las disciplinas jurídico militares tradicionales e incorpora, por vez primera bajo una sola denominación, aspectos sustantivos del Derecho internacional y del Derecho nacional en materia penal, administrativa y en todo lo referente a materia fiscal y régimen de la contratación militar¹⁶⁷. En opinión de los juristas militares o *judge advocates* que participaron en aquella operación –continúa afirmando este autor– la práctica se encargó de demostrar que «... al jefe solo puedes recordarle hasta un cierto número de veces que no se debe disparar a los prisioneros. Cuando se agotan las balas y los frijoles, cuando surgen determinadas necesidades de equipamiento y además tienes a la población local pidiendo compensaciones por los daños en sus propiedades, es cuando llega el momento en que tienes que estar preparado para resolver todas las cuestiones legales que esto trae consigo»¹⁶⁸.

Por último, la aportación del también estadounidense Warren¹⁶⁹ completa esta trilogía de artículos –llamémoslo así–¹⁷⁰ centrados en los orígenes

¹⁶⁶ GRAHAM, D. E. (1987). «Operational Law – A Concept Comes of Age», *The Army Lawyer*, July, pp. 9-12.

¹⁶⁷ *Id.*, p. 10.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 10. Esta cita, atribuida al asesor jurídico en aquella operación, el coronel (JAG) Quentin Richardson, también aparece en BORCH, F. L. (2004), *Judge Advocates in Combat – Army Lawyers in Military Operations from Vietnam to Haiti*, University Press of the Pacific, Honolulu (USA), p. 81.

¹⁶⁹ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42.

¹⁷⁰ Desconocemos si los autores estaban parafraseándose unos a otros. No deja de sorprender la elocuencia de los títulos elegidos por cada uno de ellos, desde el de «nuevo concepto» pasando por el de «un concepto alcanza la mayoría de edad» hasta lo de un concepto «alcanza la madurez»: «Operational Law – A New Concept»; «Operational Law – A Concept Comes of Age»; «Operational Law – A Concept Matures». Comoquiera que sea,

nes del Derecho militar operativo en los Estados Unidos de América. Este artículo, publicado en 1996, es mucho más extenso y está mejor documentado que los anteriores, no siendo ajeno a esto que su autor pudo contar con toda la experiencia acumulada durante casi una década de desarrollo del Derecho militar operativo en su país. La definición que aporta Warren se hace eco ahora de las normas de los Derechos nacionales extranjeros que puedan resultar de aplicación o consideración también en el curso de las operaciones militares, junto con las normas nacionales propias y las normas internacionales. Estas serían, por lo tanto, las tres fuentes aparentes del Derecho militar operativo. Cualquier dicotomía entre las normas nacionales y las normas del país anfitrión o del país sede de la operación quedaría resuelta, bien mediante la adopción de acuerdos políticos en forma, por ejemplo, de acuerdos sobre el Estatuto de la Fuerza o en su denominación en inglés acuerdos SOFA, derivado de su denominación usual en inglés *Status of Forces Agreement*¹⁷¹, o bien mediante la aplicación de los preceptos relativos a la ocupación militar contenidos tanto en el Derecho de La Haya (Reglamento anexo al IV Convenio relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907) como en el Derecho de Ginebra (IV Convenio de 1949 y Protocolo I de 1977). En uno y otro caso podemos comprobar cómo la práctica del Derecho militar operativo lleva al operador jurídico a adoptar o tener en consideración normas de Derecho nacional o extranjero, unas veces, y normas de Derecho internacional, las demás.

Lo anterior nos lleva ineludiblemente a plantearnos la siguiente pregunta: ¿Existe realmente un derecho militar operativo o estamos simplemente ante una construcción teórica, sin otra explicación que buscar una denominación común a la amalgama de normas jurídicas de aplicación a las operaciones militares?

Creemos que no y que, en efecto, nos encontramos ante un simple criterio orientativo que persigue facilitar la labor del operador jurídico. De hecho, creemos que no existe incluso desde la perspectiva de la propia doctri-

estimamos que desde luego los tres artículos son de obligada lectura para todo aquel que quiera obtener un testimonio de primera mano sobre los «primeros pasos» de esta novedosa rama del Derecho.

¹⁷¹ Por nombrar solo los relativos a las cuestiones jurisdiccionales. Otras cuestiones como las económicas o el régimen fiscal tendrían su sede en los denominados Acuerdos de Nación Anfitriona o las cuestiones burocráticas y administrativas a través de los correspondientes Memorandos de Entendimiento. En España son pocos los autores que han dedicado atención a instituciones tan hermanadas con el Derecho operativo militar como son este tipo de acuerdos políticos. Existe un trabajo digno de mención aquí: RECHI RAMÍREZ, P. (2003), Aspectos Jurídicos de los «Acuerdos Políticos Internacionales en el ámbito de la Defensa: MOUS, acuerdos técnicos y otras figuras análogas», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 81, enero junio, pp. 195-221.

na estadounidense. En efecto, si repasamos los tres artículos ya citados de Barnes¹⁷², Graham¹⁷³ y Warren¹⁷⁴ podemos comprobar con facilidad cómo estos autores, sin perjuicio, desde luego, del rigor de sus planteamientos, entremezclan en realidad cuestiones de simple deontología profesional o, por así decirlo, de cómo se debe abordar el ejercicio del Derecho en el ámbito específico de las Fuerzas Armadas, con otras cuestiones que hacen referencia más a la teoría general del Derecho tal cual es afirmar la existencia de un posible «derecho militar operativo» con autonomía y sustancia propia. Desde luego, no es este el lugar para entrar en esa polémica. Basta recordar que en el marco del Estado de derecho tal y como lo entendemos aquí, en Occidente, donde las constituciones políticas garantizan el sometimiento de la fuerza militar a los dictados de la Autoridad civil y donde las Fuerzas Armadas no forman parte de los poderes autónomos del Estado difícilmente puede tener cabida no solo un derecho militar operativo, sino, incluso, hablar de un derecho militar propiamente dicho. Quizás todo se deba a ese desbarajuste del que nos habla nuestro compatriota Esteban Ramos¹⁷⁵ existente entre el nombre y el concepto cuando hacemos referencia a un pretendido derecho militar. Lo cierto es que incluso el estadounidense Graham admite un cierto grado de escepticismo por parte de sus colegas cuando se planteaba por entonces, en 1987, la existencia de un derecho militar operativo para todos aquellos aspectos jurídicos relacionados con el despliegue de las tropas, siendo la primera reacción de los más escépticos formular la siguiente pregunta: «¿Se está conceptualizando un problema que no existe?»¹⁷⁶. Podrá hablarse de una cierta interdisciplinariedad o relación entre leyes especiales como las que integran el Derecho penal militar con respecto a las del Derecho penal común; podrá argumentarse una cierta especialidad común característica de la legislación administrativa destinada a los militares como servidores públicos o a las Fuerzas Armadas como institución del Estado o podrá, en fin, predicarse una cierta especialidad en cuanto a la Jurisdicción castrense.

Ahora bien: ¿justifica eso por sí solo la existencia de una nueva rama del Derecho en nuestra patria?

La respuesta, creemos, pasa por ser necesariamente negativa. A menos que utilicemos dicho concepto con fines estrictamente docentes o como criterio profesional para abordar el estudio de los aspectos jurí-

¹⁷² BARNES, R. C. *Op. cit.*, *supra* nota 239.

¹⁷³ GRAHAM, D. E. *Op. cit.*, *supra* nota 245.

¹⁷⁴ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42.

¹⁷⁵ ESTEBAN RAMOS, S. *Op. cit.*, *supra* nota 1.

¹⁷⁶ GRAHAM, D. E. *Op. cit.*, *supra* nota 245, p. 10.

dicos relacionados con las operaciones militares. De hecho, la aportación de Warren consiste mayoritariamente en identificar la noción de Derecho militar operativo con las características específicas que puede presentar, y de hecho presenta siempre, el asesoramiento jurídico en operaciones. Es decir, con cuestiones que pertenecen más a la deontología profesional del letrado militar. Este autor defiende la necesidad de reinventar el modo en el que se concibe el ejercicio de la profesión jurídico militar en su país basándose en las necesidades particulares que presenta la «praxis» operacional. Si la esencia de un ejército son las operaciones en campaña –afirma–, entonces «el Derecho operacional es la esencia de la práctica jurídico militar»¹⁷⁷. De nuevo insiste, parafraseando un manual de doctrina oficial vigente en aquel país¹⁷⁸ donde se habla de la versatilidad, agilidad y flexibilidad del combatiente, que el jurista militar debe ser «como un atleta de decatlón, no como un boxeador»¹⁷⁹. En fin, con fundamento también en la doctrina militar oficial vigente en aquel país¹⁸⁰ llega a concluir que el asesor jurídico en operaciones debe hacer funciones análogas a las del consejero de una gran empresa, «prestando asesoramiento jurídico y político a la par que sirve como personal multifuncional y como oficial especial del Estado Mayor»¹⁸¹. Este mismo autor tiene otro trabajo posterior¹⁸², también centrado en la configuración de la profesión jurídico militar en su país, en el que uno de los argumentos que utiliza nos sirve precisamente para apoyar una respuesta negativa a la existencia de un pretendido derecho militar operativo. En efecto, según Warren, el Cuerpo de *judge advocates* presta «servicios de apoyo y asesoramiento en seis disciplinas jurídicas y en materia de Derecho operacional en tres áreas funcionales. Las seis disciplinas jurídicas son el Derecho Administrativo, el Derecho Civil [entendido esto en el más amplio sentido de la palabra] (incluyendo contratación, asuntos fiscales y legislación medioambiental), Reclamaciones, Derecho Internacional, Asistencia Jurídica y Justicia

¹⁷⁷ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 37.

¹⁷⁸ US ARMY TRAINING AND DOCTRINE COMMAND (1993). *Field Manual 100-5. Operations*. Department of the Army. Washington D. C., p. 2-9.

¹⁷⁹ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 38.

¹⁸⁰ US ARMY TRAINING AND DOCTRINE COMMAND (1997). *Field Manual 101-5. Staff Organization and Operations*. Department of the Army. Washington D. C., pp. 2-3 y 4-32.

¹⁸¹ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 40.

¹⁸² WARREN, M. L. (2002). «Teaching the JAG Elephant to Dance... Again». US Army War College. Carlisle (USA). Véase esto en el sitio: <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf&AD=ADA404517>>. (Consultado el 9 de febrero de 2011, 09:22 h.).

Militar. Las tres áreas funcionales son mando y control, apoyo a las operaciones y apoyo al personal»¹⁸³. Esta afirmación –no es suya, por cierto–¹⁸⁴ no hace sino confirmar que, en efecto, el concepto de Derecho militar operativo es antes un término de referencia relacionado más con el desempeño de la función de asesoramiento y cuya finalidad no es otra que acotar o delimitar las disciplinas jurídicas que eventualmente pueden tener incidencia en cualquiera de esas «áreas funcionales», que una especialidad jurídica propiamente dicha. No le falta razón a Eymar Alonso cuando afirma que, en todo caso, pese a los avatares de la elección, aquí, en España, entre la denominación «derecho operacional» y «derecho operativo» sea esta última, quizás, la que mejor sirve al propósito de «cumplir una de las notas características exigidas por el calificativo de operativo, es decir, su aspecto pragmático de derecho en acción que prevalece sobre su sentido teórico o sistemático»¹⁸⁵. Apor-

¹⁸³ *Id.*, p. 6.

¹⁸⁴ Es la definición contenida en el manual de doctrina oficial del Cuerpo de *judge advocates* que se hallaba vigente al momento de hacer esa afirmación en 2002 y donde se describía exhaustivamente la función de asesoramiento jurídico en operaciones tanto bélicas como no bélicas, así como la que tiene lugar en áreas específicas, tales como operaciones especiales, asuntos civiles o en casos de movilización nacional. Se trataba del siguiente manual: U.S. DEPARTMENT OF THE ARMY (2000), *Field Manual 27-100, Legal Support to Operations*. Department of the Army, Headquarters. Washington D. C., pp. VII-III. Sin embargo, los hechos habrían de quitarle la razón a este autor, pues en el siguiente manual oficial que fue promulgado en 2009, el *Field Manual 1-04*, se incluye el Derecho operativo junto con el Derecho internacional formando ambos «una de las disciplinas jurídicas» propias de la función de asesoramiento y estableciéndose, en cuanto a este en particular, lo siguiente: «El Derecho operacional comprende el Derecho de la guerra, pero va más allá de los asuntos tradicionales del Derecho internacional al incorporar todos los aspectos relevantes del Derecho militar que afectan a la conducción de las operaciones. (...) El ‘*judge advocate* operacional’ sirve de apoyo al proceso militar de toma de decisiones preparando dictámenes legales, diseñando la arquitectura del apoyo legal a las operaciones, redactando anexos legales, participando en el desarrollo y difusión de las Reglas de enfrentamiento (ROE) y revisando los planes y las órdenes.» Se puede comprobar cómo la anterior distinción entre «disciplinas jurídicas» y «áreas funcionales» (criterio que servía de justificación del Derecho operativo) ha desaparecido ahora siendo sustituida –no sin cierto malabarismo– por la inclusión del Derecho operativo como una especialidad hermanada con el Derecho internacional tradicional, si bien centrada principalmente en el Derecho de la guerra y en las operaciones militares (US DEPARTMENT OF THE ARMY (2009), *Field Manual 1-04. Legal Support to the Operational Army*. Department of the Army, Headquarters. Washington D. C., p. 5-4).

¹⁸⁵ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit.*, *supra* nota 28, p. 293. Además, este criterio relativo a un sentido pragmático del Derecho resulta corroborado por lo que sugiere el estadounidense BRIDGE: «El término Derecho de las operaciones –o también operacional– (...) nos ofrece una descripción aceptable de lo que es probablemente la parcela más importante y dinámica del ejercicio del Derecho militar.» (BRIDGE, R. L. (1994). «Operational Law: An Overview», *The Air Force Law Review*, vol. 37, pp. 1-4, p. 2).

taciones como las ya citadas de De las Rivas Aramburu¹⁸⁶ y Serrano Barberán¹⁸⁷ nos sirven, aquí, en España, como esbozo de un posible –y ojalá no tan futuro– manual de doctrina oficial del Ministerio de Defensa sobre la función de asesoramiento jurídico militar en todos los escenarios posibles, sea esto en operaciones o sea esto en condiciones de guarnición en territorio nacional. La ausencia de un manual oficial de esa naturaleza solo puede ser suplida con el entusiasmo personal y con los textos doctrinales particulares –si bien algunos recogidos o compilados en publicaciones oficiales– a los que unos y otros acudimos habitualmente en nuestro quehacer diario. La doctrina extranjera, sea oficial o particular, existe y nos puede servir de orientación, pero no siempre las inquietudes profesionales del auditor español son las mismas que las de sus colegas extranjeros ni el marco jurídico aplicable a la profesión en uno y otro caso es del todo homologable. España fue pionera en la creación de la figura del auditor militar¹⁸⁸ y ese honor histórico juzgamos que exige, al menos, una aportación científica universal cimentada en la autoridad tanto de los estudios particulares como en la autoridad oficial del Ministerio de Defensa español. La experiencia española contemporánea en operaciones exteriores puede no ser tan copiosa o frecuente como la de otros países de nuestro entorno, desde luego, pero la continua remisión en este campo del Derecho militar operativo a estudios de procedencia norteamericana pone de manifiesto cuán huérfana anda en nuestra patria esta rama del saber jurídico. En este contexto no deja de resultar un tanto irónico que la edición de una de las mejores traducciones –a lengua inglesa desde luego– del tratado ya clásico sobre el Derecho de la guerra *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari*, originalmente escrito en latín por nuestro compatriota y también auditor militar Baltasar de Ayala en 1582, se deba precisamente a un estadounidense¹⁸⁹.

En todo caso, conviene aclarar que el cuerpo de doctrina relativa al ejercicio de la profesión jurídico militar allí, en el continente americano, donde desde luego abundan estudiosos como los norteamericanos Baker¹⁹⁰,

¹⁸⁶ DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. *Op. cit.*, *supra* nota 32, pp. 57-71.

¹⁸⁷ SERRANO BARBERÁN, A. *Op. cit.*, *supra* nota 32, pp. 127-145.

¹⁸⁸ SALCEDO RUIZ, A. (1913). *Sustantividad y fundamentación del Derecho militar*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Tipografía del Sagrado Corazón. Madrid, p. 51.

¹⁸⁹ BROWN SCOTT, J. (1912). *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari*, by Balthazar Ayala *Jurisconsult and Judge Advocate General of the Royal Army in the Low Countries*. The Carnegie Institution of Washington. Washington D. C.

¹⁹⁰ BAKER, J. E. (2003). «The Role of Lawyers in War, LBJ'S Ghost: A Contextual Approach to Targeting Decisions and the Commander in War», *The Chicago Journal of*

Eckhardt¹⁹¹, Anderson¹⁹², Lohr & Gallotta¹⁹³, Dunlap¹⁹⁴, Holcomb¹⁹⁵, Newton¹⁹⁶, Dickinson¹⁹⁷ o el sudamericano Niemann Figari¹⁹⁸ está en parte relacionado con otro concepto, acuñado también en círculos jurídico militares de aquel continente, conocido como *lawfare* o, entre nosotros, la «guerra del Derecho» y del cual hablaremos más adelante.

A mayor abundamiento, la idea de «reinventar» el asesoramiento jurídico en operaciones orientándolo hacia una labor mucho más participativa, tan alabada por todos estos autores, no solo no resulta tan original a la luz de la práctica jurídico militar española¹⁹⁹, sino que, incluso, se da la paradoja de que ni siquiera pudiera serlo en el seno mismo de la práctica estadounidense. En efecto, el estadounidense Brown Scott²⁰⁰, autor del que ya hemos hecho referencia y estudioso, por cierto, de la obra de nuestro internacionalista universalmente conocido Francisco de Vitoria²⁰¹, ya adelantaba en 1917, con ocasión de comentar el reclutamiento de asesores

International Law, vol. 4, issue 2, pp. 407-430.

¹⁹¹ ECKHARDT, W. E. (2003). «Lawyering for Uncle Sam When He Draws His Sword», *The Chicago Journal of International Law*, vol. 4, issue 2, pp. 431-444.

¹⁹² ANDERSON, K. (2003). «The Role of the United States Military Lawyer in Projecting a Vision of the Laws of War», *The Chicago Journal of International Law*, vol. 4, issue 2, pp. 445-464.

¹⁹³ LOHR, M. F. y GALLOTTA, S. (2003). «Legal Support in War: The Role of Military Lawyers», *The Chicago Journal of International Law*, vol. 4, issue 2, pp. 465-478.

¹⁹⁴ DUNLAP, C. J. (2003). «It Ain't No TV Show: JAG's and Modern Military Operations», *The Chicago Journal of International Law*, vol. 4, issue 2, pp. 479-492.

¹⁹⁵ HOLCOMB, M. S. (2003). «View from the Legal Frontlines», *The Chicago Journal of International Law*, vol. 4, issue 2, pp. 561-570.

¹⁹⁶ NEWTON, M. A. (2007). «Modern Military Necessity: The Role & Relevance of Military Lawyers», Roger Williams University, *Law Review*, pp. 877-903.

¹⁹⁷ DICKINSON, L. A. (2010). «Military Lawyers on the Battlefield: An Empirical Account of International Law Compliance», *The American Journal of International Law*, vol. 104, pp.1-28.

¹⁹⁸ NIEMANN FIGARI, F. (2001). «Las Reglas de enfrentamiento y el papel del abogado militar», *Revista de Marina de la Armada de Chile*, n.º 5. Véase esto en el sitio: <<http://www.revistamarina.cl/revismar/>>. (Consultado el 11 de febrero de 2011, 10:22 h.).

¹⁹⁹ Nuestro venerable *Reglamento del Servicio en Campaña* ya establecía en 1882 que al auditor general le correspondía, entre otros, el cometido de «proponer cuantas medidas juzgue conducentes para asegurar el cumplimiento de unas y otros [leyes militares y bandos del general en jefe], concertando, siempre que sea posible, los fueros de la justicia con las medidas excepcionales que exija el éxito de las operaciones». En cierto modo, la maestría necesaria para conjugar los rigores que exige la práctica del Derecho con las exigencias de las operaciones militares, de la que tanto hablan los autores contemporáneos, ya se exigía del auditor militar español de finales del siglo XIX. Véase esto en: DEPÓSITO DE LA GUERRA (1882). *Reglamento del Servicio en Campaña*. Imprenta Tipográfica del Depósito de la Guerra. Madrid, pp. 50-1.

²⁰⁰ BROWN SCOTT, J. *Op. cit.*, supra nota 268.

²⁰¹ BROWN SCOTT, J. (1932). *The Spanish Origin of International Law, Francisco de Vitoria and his Law of Nations*. Georgetown University Press. Washington D. C.

jurídicos militares que habrían de acompañar a las fuerzas militares de los Estados Unidos en su marcha a los frentes de la Primera Guerra Mundial, lo siguiente: «El público debería saber que quienes ingresan en el Ejército como asesores jurídicos no lo hacen buscando un puesto cómodo y a salvo en la retaguardia. Los oficiales designados para incorporarse a la plantilla del ‘Judge Advocate General’ serán miembros de las fuerzas combatientes y en cumplimiento de su deber irán al frente en tantas ocasiones como vayan los demás oficiales, como los médicos por ejemplo»²⁰².

II.3. LA INSTITUCIÓN CENTRAL DEL DERECHO MILITAR OPERATIVO

Hechas todas las aclaraciones anteriores cabe ahora la siguiente pregunta: ¿qué relación guardan las ROE con el Derecho militar operativo? La respuesta puede ofrecer, y de hecho ofrece, tantas alternativas posibles como opiniones existen en torno a la existencia, o no, de un genuino derecho militar operativo del que nosotros, si ha de reputarse como especialidad jurídica autónoma y siguiendo al estadounidense Warren, renegamos²⁰³. Si el Derecho militar operativo es el marco de referencia de todas aquellas cuestiones jurídicas que suscita una operación militar y si estas, por su propia naturaleza intrínseca, entrañan el eventual uso de la fuerza, entonces las ROE, qué duda cabe, han de constituir una de las instituciones fundamentales de ese marco de referencia. Dicho de otro modo, la hipotética aplicación de normas internacionales, nacionales y extranjeras a una operación militar, cualquiera que sea su naturaleza, admite dos planteamientos posibles: bien exponer en esta sección que dedicamos al Derecho militar operativo la relación entre las ROE y cualesquiera disciplinas jurídicas a las que estas afectan, lo cual consideramos incoherente con nuestra opinión en torno al alcance conceptual del Derecho militar operativo; o bien exponer en esta sección el modo en que las ROE tienen cabida en el planeamiento de una operación militar, postura que más se ajusta al carácter meramente pragmático de aquel. Por esta razón, abordamos a continuación la cuestión precisamente desde esta última perspectiva, dejando a otra sede distinta el estudio de las ROE de acuerdo con las disciplinas jurídicas

²⁰² BROWN SCOTT, J. (1917). «Judge Advocates in the Army», *The American Journal of International Law*, vol. 11, pp. 650-652, p. 651.

²⁰³ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 37: «Operational Law exists to provide legal support and services to commanders and soldiers in the field. It is not a specialty, nor is it a discrete area of substantive law. It is a discipline, a collection of all the traditional areas of the military legal practice focused on military operations».

tradicionales de Derecho internacional público y de Derecho penal o administrativo, nacional o extranjero, y dentro de este último el Derecho del país anfitrión o sede de la operación, y el Derecho nacional de terceros países que eventualmente resulten afectados por la misma²⁰⁴. Seguimos así un orden expositivo coherente con el carácter pragmático del Derecho militar operativo que se ajusta, por lo demás, al seguido en otros trabajos como el ya mencionado *Lecciones de Derecho Operativo*²⁰⁵. Admitir lo contrario sería tanto como admitir la existencia de una especialidad jurídica espuria por cuanto se nutre de fuentes que no son propias; tanto como admitir el fin de la existencia científica del Derecho para pasar a convertirse en dominio exclusivo de los operadores jurídicos, dando lugar así a un sinfín de disciplinas jurídicas que se entrelazan entre sí, usurpándose unas a otras el carácter intrínseco de sus fuentes e instituciones.

a. La naturaleza de la operación como punto de partida

Ya hemos dicho con anterioridad que toda operación militar admite un cierto grado de reconducción a la clasificación doctrinal que distingue entre operaciones bélicas y operaciones no bélicas u operaciones distintas de la guerra (MOOTW en sus siglas en inglés). El contenido, por tanto, de las ROE confeccionadas para cada tipo de operación dependerá de si estamos ante una situación de conflicto armado de carácter internacional o de carácter interno o de si, por el contrario, nos hallamos ante una situación distinta de la guerra. Este aspecto tiene una indudable trascendencia en la configuración de las ROE dado que en el primer supuesto el uso de la fuerza adquiere un carácter generalizado, sin otra limitación que la impuesta por el Derecho de los conflictos armados a través de las tradicionales reglas de la necesidad militar, de la distinción entre objetivos y de la proporcionalidad de los medios y métodos elegidos. En el segundo supuesto, por el contrario, el uso de la fuerza tiene un carácter sumamente restrictivo y se sitúa dentro exclusivamente de las limitaciones, parámetros y requerimien-

²⁰⁴ La doctrina de la OTAN en materia de operaciones incluye esto último: «Military Operations of today's world have many folds and layers and the operational environment is very complex. When dealing with a situation or a problem, the first question for a legal adviser to ask usually is what law shall be applied to that situation or problem: (...) International Law, national/domestic law of the sending States, law of host/receiving nation, law of third States (when transiting or stationing there)». NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION., *Op. cit.*, *supra* nota 169, p. 231.

²⁰⁵ AA. VV. *Op. cit.*, *supra* nota 12.

tos impuestos por las ROE²⁰⁶. El resultado práctico de todo esto será que en el primero de los supuestos citados las ROE redactadas para la operación serán normalmente mucho más permisivas, sin más limitación que las necesidades políticas y militares o las que deriven del Derecho internacional de los conflictos armados. En el segundo, por el contrario, las ROE habrán de reflejar todos los condicionantes políticos y militares inherentes a la operación además de aquellos derivados del Derecho internacional, nacional y del Derecho del país anfitrión o sede de la operación. La aproximación a este tipo de operaciones desde el punto de vista del asesoramiento jurídico cambia también radicalmente. Según la doctrina oficial vigente en los Estados Unidos de América las operaciones no bélicas «(...) presentan características jurídicas particulares. Además de los conocimientos tradicionales en materia de justicia militar, el especialista en Derecho debería contar con experiencia suficiente en áreas tales como refugiados; personas desplazadas o detenidas; Derecho fiscal; Reglas de enfrentamiento; operaciones psicológicas; asuntos civiles; apoyo médico; cultura local; aduanas y orden público; Derecho internacional y acuerdos; enlaces políticos y militares; reclamaciones y contratación militar»²⁰⁷. Lo anterior viene a complicarse todavía más si tomamos en consideración la variedad de actores que intervienen en este tipo de operaciones, ya que puede incluir, además del contingente esencialmente diplomático y militar, la presencia de organizaciones internacionales y gubernamentales, organizaciones de carácter no gubernamental y organizaciones de carácter estrictamente privado²⁰⁸.

Por ejemplo, al hilo de cuanto decimos entre uno y otro tipo de operación, en una operación de paz liderada por la Organización de las Naciones Unidas²⁰⁹ el uso de la fuerza, condicionado por los principios de neutralidad y del consentimiento del país anfitrión, está permitido pero solo como último recurso, ya que el riesgo de ocasionar bajas entre la población civil podría poner seriamente en peligro la finalidad de esa operación y precipitar así, de este modo, el mal que se pretende evitar²¹⁰. La distinción entre

²⁰⁶ FINDLAY, T. *Op. cit.*, *supra* nota 49, p. 372.

²⁰⁷ US JOINT CHIEFS OF STAFF (1995). *Joint Doctrine for Military Operations Other Than War. Joint Publication 3-07*. Washington D. C., pp. IV-8 y IV-9. Véase esto en el sitio: <<http://smallwarsjournal.com/documents/jp3-07.pdf>>. (Consultado el 12 de febrero de 2011, 08:02 h.).

²⁰⁸ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, pp. 46-7.

²⁰⁹ UNITED NATIONS (2003). *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*. Department of Peacekeeping Operations. Nueva York (USA), p. 57.

²¹⁰ URQUHART, B. (1987). *A Life in Peace and War*. Harper and Row. Nueva York (USA), pp. 178-9.

una y otra clase de conflicto no resulta desde luego superflua, en la doctrina oficial de los Estados Unidos de América se llegan a identificar hasta dieciséis tipos distintos de operación no bélica que comprenden desde las operaciones de control de armamentos hasta las de apoyo a movimientos insurgentes contra aquellos regímenes que suponen una amenaza para la seguridad y el interés nacional²¹¹. Al contrario de lo que aparenta, el concepto de operación no bélica no es tan novedoso. De hecho, el estadounidense Boot refiere que el Cuerpo de Marines de los Estados Unidos venía ya rigiéndose desde el período de entreguerras por su propio manual de doctrina en cuanto a este tipo de operaciones a través del *Small Wars Manual*²¹², el cual, a su juicio, constituía «una exposición sin precedentes en torno a la teoría de las guerras en miniatura»²¹³.

Por consiguiente, la situación cambia radicalmente si hablamos de operaciones de carácter no bélico. A mayor abundamiento, según el estadounidense Roach, las ROE dictadas para una operación no bélica están basadas en el derecho a la legítima defensa y en cómo ese derecho ha de ser ejercitado ante situaciones en que se produzca un acto hostil o una amenaza de acto hostil contra las fuerzas encargadas de la operación; mientras que las ROE dictadas para una operación bélica parten del presupuesto contrario, es decir, serán mucho más permisivas en cuanto al uso de la fuerza, no limitándose a prescribir una acción o conducta meramente defensiva, sino orientando la magnitud de la respuesta en función a los condicionantes políticos del conflicto y, naturalmente, a los imperativos derivados del Derecho de los conflictos armados²¹⁴. A mayor abundamiento, según la doctrina oficial de los Estados Unidos de América, las ROE dictadas en una situación de guerra o conflicto armado permiten el uso de la fuerza contra todo objetivo enemigo previamente identificado, con independencia que ese objetivo pueda representar una amenaza real o inminente²¹⁵.

²¹¹ US JOINT CHIEFS OF STAFF. *Op. cit.*, *supra* nota 286, pp. III-1, III-15.

²¹² US DEPARTMENT OF THE NAVY (1940). *Small Wars Manual United States Marine Corps*. Government Printing Office. Washington D. C. Véase este documento en el sitio: <<http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/swm/full.pdf>>. (Consultado el 12 de febrero de 2011, 09:01 h.).

²¹³ BOOT, M. (2002). *The Savage Wars of Peace*. Basic Books. Nueva York (USA), p. 145.

²¹⁴ ROACH, J. A. (1983). «Rules of Engagement», *Naval War College Review*, vol. 36, issue 1 (January-February), pp. 46-55, p. 49.

²¹⁵ US DEPARTMENT OF THE ARMY. *Op. cit.*, *supra* nota 263 («*Field Manual 27-100...*»), p. 8-5. Un estudio minucioso sobre los pormenores del proceso de gestación de este manual de campaña, cuya última versión revisada data de 2009, en HERBERT, P.H. (1985), *Toward the Best Available Thought: The Writing of Field Manual 100-5, Operations by the US Army, 1973-1976*. The Ohio State University. Columbus (USA). Véase esto

En fin, como sugiere Warren, puede ocurrir de hecho también que una operación entrañe simultáneamente elementos de una y otra clase de operación²¹⁶, lo que a su vez nos lleva al concepto de la «guerra en tres barrios» acuñado por el estadounidense Krulak –del que ya hemos hablado en otro lugar–²¹⁷ para definir la complejidad de las operaciones militares contemporáneas²¹⁸.

b. Las ROE en el plano estratégico: el mandato de la operación

Toda operación nacional, multinacional o internacional (sea liderada por la ONU, OTAN, UE, etc.) tiene su primer fundamento jurídico y político, o bien en el mandato establecido para su desarrollo, o bien en el acuerdo adoptado conjuntamente con los demás países miembros de la posible coalición, o también, en última instancia, en la decisión adoptada por las autoridades nacionales cuando se trate de operaciones de ámbito estrictamente interno. En cualquiera de esos casos se suelen definir, y quedan así plasmados en documento escrito, los parámetros a los que deben ajustarse las ROE como instrumento que permite el uso legítimo de la fuerza en aras al cumplimiento de la misma. Sin embargo, el mandato solo estipula de ordinario los parámetros, por llamarlo de algún modo, básicos o esenciales: los objetivos y la finalidad; los medios autorizados para alcanzar esos objetivos; el tamaño y estructura de mando y control de la fuerza designada para llevar a cabo la operación, etc. Las ROE son el documento de desarrollo de ese mandato y deberán siempre, por consiguiente, coincidir con este en todos sus términos, objetivos y finalidades²¹⁹. Si tomamos como ejemplo una operación de paz liderada por la ONU, el mandato de la operación estará constituido por la correspondiente resolución del Consejo de Segu-

en: <<http://etd.ohiolink.edu/send-pdf.cgi/Herbert%20Paul.pdf?osu1232646739>>. (Consultado el 13 de febrero de 2011, 10:22 h.).

²¹⁶ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 44.

²¹⁷ KRULAK, C. C. *Op. cit.*, *supra* nota 139.

²¹⁸ Para un estudio exhaustivo del concepto de «guerra en tres barrios» y su relación con las «guerras de Internet», concepto (nuestro) del que igualmente hemos hablado, puede consultarse SZEPESEY, J. E. (2005), *The Strategic Corporal and the Emerging Battlefield: The Nexus Between the USMC's Three Block War Concept and Network Centric Warfare*. The Fletcher School, Tufts University. Medford (USA). Véase esto en el sitio: <<http://www.carlisle.army.mil/DIME/documents/Szepesy%5B1%5D.pdf>>. (Consultado el 14 de febrero de 2011, 07:27 h.).

²¹⁹ KLAPPE, B. F. (2008). *International Peace Operations, The Handbook of International Humanitarian Law*, edited by Dieter Fleck, Oxford University Press. Oxford (UK), pp. 635-673, p. 649.

ridad como único órgano legitimado por el Derecho internacional público para adoptar medidas coercitivas cuya aplicación requiera, llegado el caso, el uso de la fuerza²²⁰. Refiere el holandés Klappe que tanto el mandato como las ROE se interrelacionan de tal modo que del primero emana la autoridad para intervenir, mientras que de las segundas emana la legitimación para usar la fuerza²²¹. A nivel estratégico, las ROE pueden ser redactadas, bien a modo de prohibición, o bien a modo de autorización. Un ejemplo de lo primero sería la prohibición general de utilizar determinado tipo de armamento; un ejemplo de lo segundo sería la autorización para usar la fuerza, incluida la letal, con objeto de proteger a la población civil ante la amenaza de un acto violento cuando las autoridades locales sean incapaces de brindar esa protección²²². A nivel estratégico también, ni el mandato en sí ni las ROE tienen carácter permanente. Antes al contrario, evolucionan al ritmo mismo que lo hace el curso de la operación²²³. Un claro ejemplo de cuanto decimos es la constante evolución que suele caracterizar la plétora de operaciones subsumibles en el concepto de «operaciones no bélicas», como la lucha contra crímenes, el narcotráfico, la piratería internacional, la intervención humanitaria o la utilización de las Fuerzas Armadas ante desastres a gran escala y ello es debido, precisamente, a la naturaleza esencialmente política que preside este tipo de operaciones²²⁴.

²²⁰ Art. 42 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Véase esto en el sitio: <<http://www.un.org/en/documents/charter/chapter7.shtml>>. (Consultado el 14 de febrero de 2011, 13:15 h.).

²²¹ KLAPPE, B. F. *Op. cit.*, *supra* nota 298, p. 657.

²²² En el contexto de la ONU esta autorización se encuentra en la Regla 1.8 de las ROE utilizadas en operaciones de paz (la cursiva es nuestra): «Use of force, up to, including deadly force, to defend any civilian person who is in need of protection against a hostile act or hostile intent, *when competent local authorities are not in a position to render immediate assistance*, is authorized. When and where possible, permission to use force should be sought from the immediate superior commander». Véase esto en: UN DEPARTMENT OF PEACEKEEPING OPERATIONS (2002), United Nations Master List of Numbered ROE, *Guidelines for the Development of ROE for UNPKO, Provisional Sample ROE*. Attachment 1 to FGS/0220.001, United Nations Organization Nueva York (USA).

²²³ US JOINT CHIEFS OF STAFF. *Op. cit.*, *supra* nota 286, p. VII. También en WARREN, M. L., *op. cit.*, *supra* nota 42, p. 43. Del mismo modo, en EFLEIN, D. R. (1998), «A Case Study of Rules of Engagement in Joint Operations: The Air Force Shoot-down of Army Helicopters in Operation Provide Comfort», *The Air Force Law Review*, vol. 44, pp. 33-74, p. 37: «An OOTW is fluid and dynamic. Logic dictates that if the political objectives and the military mission change, as they will likely overtime, then the ROE should change as well.»

²²⁴ US JOINT CHIEFS OF STAFF. *Op. cit.*, *supra* nota 286, p. I-2; e incluso influye no solo la política interna del país que aporta las fuerzas, sino también la del país anfitrión, tal y como mantiene WARREN, M. L., *op. cit.*, *supra* nota 42, p. 46.

En las operaciones lideradas por la ONU el mandato incluye también un acuerdo adicional denominado «Términos de referencia» (también «TOR», del inglés *Terms of Reference*), donde se abordan asuntos tales como el objetivo específico de la misión, la estructura y composición de las fuerzas, organización, mando y logística, los elementos de apoyo y la financiación de la operación. Como afirma Warren: «La autoridad emana de las resoluciones del Consejo de Seguridad y de los respectivos derechos nacionales de cada país participante. El mandato expresa en líneas generales la misión, los objetivos y su finalidad. El TOR es el contrato entre las Naciones Unidas y los países que contribuyen con sus fuerzas a la operación»²²⁵.

Esta fase estratégica incluye también el concepto de «nación líder» (*Lead Nation*) que podríamos definir siguiendo la doctrina de la ONU como «aquella nación, o grupo de naciones, que tiene voluntad, capacidad, competencia e influencia suficiente para aportar los elementos esenciales de consulta política y liderazgo militar suficientes en aras a coordinar la planificación, desarrollo y ejecución de una operación militar en régimen de coalición. Dentro del marco organizativo aportado por la nación líder, otras naciones participantes en la coalición, en función a sus capacidades nacionales, pueden actuar como «agentes líder» (*Lead Agents*) en aras a desarrollar o coordinar determinados aspectos específicos tanto de la operación en sí como de su ejecución. Lo anterior podrá ser de aplicación tanto a nivel estratégico como operacional y táctico»²²⁶. En la doctrina oficial de la OTAN el concepto de «nación líder» aparece referenciado, sin embargo, como «nación marco» (*Framework Nation*)²²⁷. Como quiera que sea, esta fase de planificación estratégica incluye en todo momento el predominio de las autoridades políticas de cada nación y de suyo implica que esta traerá consigo sus propias ROE, las cuales serán reflejo a su vez de sus propios intereses políticos, jurídicos y militares. Puede ocurrir, por consiguiente, que las ROE de algunas naciones sean mucho más permisivas que las de otras. En todo caso, corresponde a las autoridades políticas y a sus consejeros militares presentes en las negociaciones hacer lo posible por reconciliar las diferencias entre unas y otras a fin de llegar a unas ROE lo más homo-

²²⁵ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 47.

²²⁶ UNITED NATIONS MULTINATIONAL INTEROPERABILITY COUNCIL (2000). *The Lead Nation Concept in Coalition Operations*. United Nations Organization. Nueva York (USA), p. 4. Véase esto en el sitio: <<http://www.aiai.ed.ac.uk/project/coax/demo/2002/mic/LeadNationConcept.pdf>>. (Consultado el 15 de febrero de 2011, 11:06 h.).

²²⁷ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION (2000). *Glossary of Terms and Definitions (English and French)*, Allied Administrative Publication 06, modified version 02. Mons (Bélgica), pp. 2-O-2 y 2-T-1.

géneas posibles. Relacionado con esto último serán las reservas o *caveats* que cada nación pueda formular en materia ROE, a fin de ajustar los requisitos estratégicos y operacionales de la operación a sus propios parámetros jurídicos y políticos. Los norteamericanos Auerswald, Saideman y Teirney destacan la enorme significación que en determinadas circunstancias –por ejemplo, Misión ISAF en Afganistán– pueden tener este tipo de reservas nacionales para el eficaz desarrollo de la operación. Reproducimos un párrafo de su trabajo por considerarlo altamente descriptivo del impacto que una decisión adoptada a nivel estratégico puede, sin embargo, tener a nivel incluso táctico: «La cuestión de los ‘caveats’ resulta polémica por la variedad de riesgos militares a los que se debe hacer frente en el teatro de operaciones. (...) Canadá, el Reino Unido, Holanda y los Estados Unidos de América operan fundamentalmente en las zonas sur y este de Afganistán, mientras que alemanes, italianos y franceses en la zona norte. Esto ha creado tensiones porque, como ha señalado un coronel canadiense, operar en la zona norte es como participar en una operación de paz en Bosnia, mientras que hacerlo en la zona sur se asemeja más a Irak: insurgentes, artefactos explosivos improvisados, conductores suicida; contribuyendo todos estos factores a crear una situación mucho más arriesgada. Una de las reservas más importantes quizás sea la relativa a dónde pueden ser empleadas las fuerzas. Por ejemplo, se ha dicho que el empleo de las tropas alemanas en la zona sur requeriría autorización parlamentaria otorgada mediante ley. Los líderes franceses, alemanes e italianos insisten en que sus tropas pueden ser empleadas ‘in extremis’ en cualquier zona del país y, sin embargo, eso supone otro obstáculo, ya que no parece existir consenso en torno a qué ha de entenderse por ‘in extremis’. La lista actual de reservas es materia clasificada; revelarlas supondría revelar las Reglas de enfrentamiento de cada país, lo cual ofrecería una ventaja al enemigo. (...) Esto ha llevado a acuñar el término ‘consumidores de raciones de campaña’ en alusión a aquellos países que ocupan espacio y utilizan recursos sin aportar nada realmente significativo a la operación»²²⁸.

A propósito de las reservas nacionales en materia de ROE debemos insistir en la enorme significación que estas tienen a nivel estratégico. Alcanzar el mayor consenso político en las ROE aplicables por cada contingente nacional no solo resulta conveniente desde el punto de vista opera-

²²⁸ AUERSWALD, D. P., SAIDEMAN, S. M. y TIERNEY, M. J. (2007). *Caveat Emp-tor!* National Oversight and Military Operations in Afghanistan, Paper prepared for delivery at the American Political Science Association, annual meeting. Chicago (USA). Véase esto en el sitio: <<http://mjtier.people.wm.edu/recent%20papers/CaveatEmp-tor.pdf>>. (Consultado el 16 de febrero de 2011, 09:47h.).

cional, sino incluso táctico. Todo ello en aras a simplificar los pormenores de la operación pensando en las tropas sobre el terreno. Generalmente, cada contingente será provisto de sus propias ROE a través de la cadena de mando nacional, sin perjuicio de que también existan, a su vez, unas ROE comunes para la coalición. En este contexto resulta también imperativo que cada contingente conozca en profundidad no solo sus propias ROE, sino incluso aquellas por las que se rigen otros contingentes con los que deba actuar simultáneamente. No resulta ocioso recordar aquí que cualquier divergencia o ambigüedad en este sentido puede llevar a que dos o más contingentes reaccionen de distinta manera ante idéntica situación, lo cual no hará más que contribuir a crear confusión, a la comisión de errores y, en última instancia, a la causación de posibles bajas propias. El estadounidense Dungan, basándose en la experiencia aportada por el desarrollo de las operaciones militares en Afganistán, nos advierte al respecto señalando algunas reglas prácticas sobre las ROE: «Algunos estudiosos han logrado identificar las cuatro reglas esenciales que ayudan a explicar muchos errores tácticos cometidos a veces debido a las ROE vigentes en ese momento: falta suficiente de difusión y explicación de las ROE al nivel más elemental; demasiado énfasis en la configuración de la legítima defensa, basada en las circunstancias tiempo de paz/tiempo de guerra y conducta/estatus; utilización de un lenguaje completamente superfluo y ambiguo en cuanto al derecho inmanente a la legítima defensa, y una falta sistemática de revisión continua de las ROE con fundamento en los requisitos de la misión y de las distintas amenazas»²²⁹. También resulta esclarecedor en este aspecto la aportación del estadounidense Izquierdo: «Las RDE [Reglas de enfrentamiento] deberán evolucionar con la misión y se ajustarán a las realidades de la misión. Las RDE deberán ser un instrumento lo suficientemente flexibles (sic.) en su forma para poder brindar el mejor apoyo a la misión a través de todas sus fases de operación y deberán reflejar los cambios en la amenaza»²³⁰.

En definitiva, tal y como señala el colombiano Villamizar a colación de los posibles errores militares cometidos debido a la existencia de unas ROE ambiguas o imprecisas: «(...) el establecimiento de reglas de encuentro

²²⁹ DUNGAN, C. P. (2004). «Rules of Engagement and Fratricide Prevention: Lessons from the Tarnak Farms Incident», *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 9, Fall/Winter, pp. 301-322, p. 312.

²³⁰ IZQUIERDO, O. A. (2003). *Hacia un modelo de Reglas de enfrentamiento para el hemisferio americano*. Colegio Interamericano de Defensa. Washington D. C., p. 8. Véase esto en el sitio: <<http://library.jid.org/en/mono42/izquierdo.doc>>. (Consultado el 17 de febrero de 2011, 09:27 h.).

claras y explícitas se ha consolidado como una herramienta fundamental para el desarrollo efectivo y legítimo de las operaciones militares». «Para guiar el accionar de las tropas, se promulgaron reglas de encuentro que buscaban evitar errores que pusieran en riesgo la vida de civiles inocentes». «(...) un ambiente confuso y potencialmente caótico en el que es particularmente difícil diferenciar entre fuerzas hostiles y civiles inocentes, debe estar regida (sic.) por reglas de encuentro relativamente estrictas»²³¹.

c. Las ROE a nivel operacional: el OPLAN y el «abogado operacional»

El Plan de Operaciones, a veces también denominado directamente OPLAN, es el siguiente documento básico de toda operación. El Plan de Operaciones suele adoptar forma de instrucción o directiva en la cual el jefe militar de la operación describe las misiones de carácter operacional necesarias para alcanzar los objetivos establecidos en el mandato. En su contenido encontramos no solo eso, sino también otros aspectos operativos como son las estructuras de mando y control y la autoridad atribuida al resto de los mandos subordinados que han de integrar la cadena de mando. En ocasiones existirán además toda una serie de documentos adicionales denominados Procedimientos Operativos Estandarizados (SOP en sus siglas en inglés) donde se recogen, ya a un nivel táctico, aspectos de interés tales como todo aquello relativo al uso de la fuerza y a las directrices que rigen el recurso a la misma, incluido un extracto de las ROE, tal y como sugiere el australiano Findlay²³². Estas –las ROE– suelen figurar aparte en forma de anexo, al igual que sucede con los aspectos legales previstos en el plan, y en ocasiones el mismo llevará por título *Anexo sobre el uso de la fuerza (Use of Force Annex)*²³³. Ya hemos hecho alusión en otro lugar al carácter dinámico del mandato y, por consiguiente, de las ROE. A este respecto, Warren, autor del que también hemos hablado no pocas veces, nos advierte de lo que en la doctrina oficial de su país viene a denominarse *mission creep* o lo que, entre nosotros, podríamos llamar el «cambio sigiloso de la misión»; fenómeno que tiene lugar cuando los principales agentes participantes en una operación de asistencia humanitaria buscan de forma

²³¹ VILLAMIZAR, A. (2004). «Errores Militares y Reglas de Encuentro», Fundación Seguridad y Democracia, pp. 5 y 6. Véase esto en el sitio: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/seguridad/docs/seg_docdocumrel/reglasdeencuentro-andres-0047.pdf>. (Consultado el 17 de febrero de 2011, 10:03 h.).

²³² FINDLAY, T. *Op. cit.*, *supra* nota 49, p. 14.

²³³ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 169, p. 258.

sigilosa expandir el contenido del mandato mucho más allá de sus propios propósitos u objetivos²³⁴. Este fenómeno bien puede tener su origen en un cambio repentino de criterio por parte de la propia autoridad política de la que procede el mandato, lo cual llevará a su asimilación a nivel operacional mediante la expedición de una orden adicional usualmente conocida como «orden fragmentaria» (del inglés *fragmentary order* y también conocida mediante la expresión FRAGO); o bien puede tener su origen en la iniciativa de las partes involucradas en el desarrollo mismo de la operación, sean estas las autoridades del Estado en cuyo territorio tiene lugar o los agentes involucrados en la misma. En cualquier caso, estamos ante un riesgo evidente que en el primero de los casos citados podría contribuir a crear confusión en cuanto a los propósitos de la autoridad política que dirige la operación y, del mismo modo, en el segundo, poner seriamente en peligro tanto los objetivos como los propósitos de la misma²³⁵.

En este plano operacional, también algunos autores manejan el concepto del «abogado operacional» para hacer referencia al asesor jurídico interviniente en un sinnúmero de tareas relacionadas con el planeamiento y ejecución de la operación. Sea dicho, de entrada, que de acuerdo con la doctrina oficial de la OTAN la redacción del anexo concerniente a las ROE es «responsabilidad del área de operaciones del Estado Mayor» y el asesor jurídico «asiste [al que las redacta] para asegurar que dicho anexo se encuentra conforme con del Derecho internacional (incluido el Derecho de los conflictos armados), el mandato político de la misión, las políticas nacionales y el Derecho de los países de la OTAN»²³⁶. Del mismo modo opina Izquierdo cuando señala lo siguiente: «En la práctica se diseña un equipo de trabajo compuesto por el comandante a cargo de la operación, los oficiales de inteligencia y de planeamiento y el auditor de guerra. Usualmente el borrador de trabajo es circulado a través de la fuerza para recoger aportaciones de personas con experiencia en operaciones previas. Se pretende facilitar unas guías claras en el uso de la fuerza»²³⁷. En torno a esta curiosa figura del «abogado operacional» ya hemos hablado al tratar sobre los distintos estudios que existen relativos al ejercicio de profesión jurídica militar, sobre todo allí, en el continente americano. Los canadien-

²³⁴ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 43.

²³⁵ US ARMY TRAINING AND DOCTRINE COMMAND (1994). *Field Manual 100-23-1, Multiservice Procedures for Humanitarian Assistance Operations*. Department of the Army. Washington D. C., pp. 3-1 y 3-2.

²³⁶ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 169, p. 258.

²³⁷ IZQUIERDO, O. A. *Op. cit.*, *supra* nota 309, p. 25.

ses Watkin y Drebot²³⁸ utilizan este concepto para aludir al asesor jurídico involucrado en todas las facetas del planeamiento operacional militar, de entre las que destacan, desde luego, el asesoramiento al mando en todo lo concerniente a la correcta confección y difusión de las ROE o la asistencia jurídica a los órganos encargados tanto de los procesos de selección de objetivos o *targeting*²³⁹ como de los procesos de estudio y análisis de un objetivo para adecuar el armamento y sus parámetros de disparo o *weaponering*²⁴⁰. El estadounidense Warren amplía los cometidos del «abogado operacional» a una lista exhaustiva que incluye, entre otros, la simplificación de aquellas ROE impartidas que resulten complejas –«destilar» las ROE es la fórmula que él emplea–; prestar asesoramiento al mando concerniente al significado, efecto o puesta en práctica e imposición de las ROE, así como instruir al resto de los mandos y a las tropas preparando escenarios teóricos y extractos esquemáticos sobre las ROE²⁴¹. En fin, quizás sea a este nivel operacional donde la figura del auditor militar cobra especial relieve, al menos en lo que se refiere a los cometidos consultivos que le son propios. En nuestra patria tienen, desde luego, difícil cabida propuestas como, entre otras, las ya citadas de los norteamericanos Dunlap²⁴² y Warren²⁴³ o, llegado el caso, los modelos de asesoramiento descritos por la doctrina oficial de su país, donde se llega incluso al paradigma de convertir al asesor jurídico presente en el campo operacional no solo en eso, sino también en «asesor ético y moral» del mando²⁴⁴.

El modelo de «abogado operacional» norteamericano sería difícilmente asimilable aquí, en nuestra patria –sobre todo en materia de asistencia jurídica al personal desplegado en operaciones–, donde las funciones y

²³⁸ WATKIN, K. W., y DREBOT, Z. (2011). *The Operational Lawyer: An Essential Resource for the Modern Commander*. Véase esto en el sitio: <<http://www.forces.gc.ca/jag/publications/pubpages/opLaw-loiop-watkin-eng.asp>>. (Consultado el 17 de febrero de 2011, 19:07 h.).

²³⁹ El *Glosario de términos militares* español, *op. cit.*, *supra* nota 60, p. 168, define este tipo de función como «el proceso de seleccionar objetivos y proporcionar la mejor respuesta posible, teniendo en cuenta las necesidades y capacidades operativas».

²⁴⁰ SAIZ AYALA, C. (2005). «Entrenamiento avanzado», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, abril, pp. 268-279, p. 278.

²⁴¹ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 53.

²⁴² DUNLAP, C. J. *Op. cit.*, *supra* nota 273.

²⁴³ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42.

²⁴⁴ Los asesores jurídicos, entre otros cometidos técnicos propios de su especialidad profesional, sirven además como «consejeros éticos» del mando, y en el campo operacional ayudan particularmente a que las operaciones sean llevadas a cabo con respeto «al Derecho, a la moral y a la ética». Esto en US DEPARTMENT OF THE ARMY (2009), *Field Manual 1-04, Legal Support to the Operational Army*. Department of the Army, Headquarters. Washington D. C. pp. 4-6 & 6-2.

cometidos profesionales del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa tienen un marco jurídico concreto definido tanto en las líneas generales previstas en el art. 37 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar como en las restantes leyes y reglamentos que regulan la profesión con carácter general o, en particular, el ejercicio de la jurisdicción militar. Si repasamos el entramado normativo español sobre el que descansa la actuación del asesor jurídico en el ámbito operacional, podemos encontrar tanto preceptos de Derecho internacional, como el art. 82 del Protocolo Adicional I de 1977, anejo a los Convenios de Ginebra de 1949, el cual establece que «Las altas partes contratantes en todo tiempo, y las partes en conflicto en tiempo de conflicto armado, cuidarán de que, cuando proceda, se disponga de asesores jurídicos que asesoren a los comandantes militares, al nivel apropiado, acerca de la aplicación de los convenios y del presente Protocolo y de la enseñanza que deba darse al respecto a las Fuerzas Armadas.», o como preceptos de carácter netamente reglamentario como es la Instrucción 1/1999, de 12 de marzo, sobre organización del asesoramiento jurídico, dictada por el asesor jurídico general de la Defensa, la cual considera precisa en su apartado VII (bajo la rúbrica «Difusión del Derecho internacional») «la intervención y asesoramiento jurídico en el planeamiento de operaciones militares en orden a su adecuación a la normativa internacional y la difusión del Derecho internacional a los distintos niveles jerárquicos y organizativos de las Fuerzas Armadas.» Es decir, el «abogado operacional» español es, principal y fundamentalmente, un asesor del mando –no del personal militar– en materia del Derecho de los conflictos armados, así como en aquellas otras materias de Derecho nacional, como ocurre con el régimen disciplinario o con el régimen de la contratación pública. Ello sin perjuicio de otras funciones de carácter residual en conexión con la «asistencia al personal» como pudieran ser la prevención de atestados para casos de contingentes desplegados fuera del territorio nacional, entre cuyas funciones se incluye una posible «asistencia a la víctima» (arts. 115 y 116 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar) y la de llevar a cabo, en defecto de juez togado presente en el lugar de los hechos, los juicios de testamentaría y abintestato en relación a los miembros de las Fuerzas Armadas que fallezcan en campaña o navegación (arts. 519 a 521 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar). De los autores españoles que han prestado atención a los aspectos operacionales del asesoramiento jurídico podemos destacar, entre otras, las aportaciones tanto de Serrano Barberán cuando deja a entrever esta posibilidad al referirse a la «asistencia jurídica al personal en período de operaciones, y no solo al mando, aunque subordi-

nada en todo caso a lo que permitan las necesidades del servicio»²⁴⁵, como la de De las Rivas Aramburu cuando señala, si bien solo para los mandos subordinados, lo siguiente: «en este nuevo escenario donde se han visto llamadas a actuar nuestras unidades militares, integradas en coaliciones de carácter internacional, en la mayoría si no en todos los casos, el asesor jurídico aparece tanto al lado del mando operacional, es decir, de aquel jefe militar investido del nivel de autoridad más completo sobre el terreno o zona de operaciones como al lado de los mandos subordinados»²⁴⁶.

En cualquier caso, quede aquí constancia de esto y quede constancia aquí también que la figura del «abogado operacional» tampoco parece ser una panacea, ni siquiera en el seno de la propia doctrina norteamericana²⁴⁷.

d. Las ROE a nivel táctico: La «tarjeta del soldado» y el «cabo estratégico»

Llegamos, por último, al nivel táctico de toda operación, es decir, al nivel del encuentro y, por consiguiente, al nivel del destinatario final de las ROE. En la teoría general de la guerra es lo que Clausewitz definía como el nivel del combate y que en unión del nivel de la planificación bélica u operacional y el nivel del objetivo político o estratégico conforman los tres niveles de la guerra. Para el general prusiano la «táctica enseña el empleo de las fuerzas armadas en el combate y la estrategia el empleo

²⁴⁵ SERRANO BARBERÁN, A. *Op. cit.*, *supra* nota 32, p. 129.

²⁴⁶ DE LAS RIVAS ARAMBURU, I., *op. cit.*, *supra* nota 32, p. 60.

²⁴⁷ Así es, no todos los artículos doctrinales parecen coincidir ni en la necesidad de reformular la profesión jurídico militar en los Estados Unidos de América ni en la necesidad de ampliar los cometidos del jurista militar. Existen tres artículos que de manera detallada parecen sugerir precisamente lo contrario, es decir, que todo lo que afecta a las ROE, en particular su difusión y aclaración, pertenece más al ámbito de la instrucción militar –o del *training*, como ellos dicen– por parte de los jefes inmediatos del soldado que al ámbito de las funciones consultivas de los profesionales militares del Derecho. Estos tres artículos son los de MARTINS (*op. cit.*, *supra* notas 44 y 54) y el de HOEGE (*op. cit.*, *supra* nota 59). Otros autores, como el ya citado WARREN (*op. cit.*, *supra* nota 42) apuntan en sentido opuesto, abogando precisamente –si hemos de tomar sus propuestas al pie de la letra– por un protagonismo tan hipertrofiado del jurista militar que podría asimilarse incluso más al de un comisario político de guerra que al de un consejero jurídico, algo de lo que aquí en España nos previene precisamente DE LAS RIVAS ARAMBURU al señalar lo siguiente «En cuanto a la función de asesoramiento, no puede dejarse de resaltar su carácter extremadamente delicado pues se corre el riesgo de desvirtuarla y transformarla en una suerte de función de censura o comisariado de la actuación del mando militar, cuestionando en cada momento la validez de sus órdenes o lo que es peor aún convirtiendo en nulas todas aquellas órdenes que no se hubieren dictado sin su previo concurso» (DE LAS RIVAS ARAMBURU, I., *op. cit.*, *supra* nota 32, p. 65).

de los combates para alcanzar el propósito de la guerra»²⁴⁸. En una zona intermedia entre una y otra se encontraría la planificación o, por decirlo de otro modo, el nivel operativo de la guerra²⁴⁹. Para Clausewitz, estrategia y táctica no debían ser antagonistas. Antes al contrario, estadista y soldado estaban destinados a entenderse cuando los objetivos políticos entraban en contradicción con los medios, ya que, a fin de cuentas, para él existía una interrelación entre ambos. De hecho, en algunos pasajes de su obra llega a postular lo siguiente: «La guerra en general, y el mando en cualquier caso particular, tienen derecho a exigir que la tendencia y los designios de la política no sean incoherentes con estos medios [estos ‘medios’ a los que se refiere no son otros que la guerra misma como continuación de la política]»²⁵⁰; así como también sugiere que «Si queremos que la guerra se adapte plenamente a los objetivos políticos y que la política sea adecuada a los medios disponibles para la guerra, a menos que el estadista y el soldado se combinen en una sola persona, el único recurso sensato es hacer que el comandante en jefe sea miembro del consejo de ministros, de forma que el consejo pueda compartir los aspectos más importantes de sus actividades. Pero a su vez, eso solo es posible si el consejo, es decir, el Gobierno, está cerca del teatro de operaciones, de forma que se puedan tomar las decisiones sin una grave pérdida de tiempo»²⁵¹. Si enlazamos ahora esta idea a la luz de cuanto llevamos visto sobre las ROE y de cuanto vimos al tratar sobre la estrecha relación existente entre estas y el pensamiento de Clausewitz, podemos comprobar no solo cómo sus dogmas aún siguen siendo válidos en pleno siglo XXI, sino atribuirle a él, incluso, su mismísima creación o al menos haber sentado sus bases doctrinales siglos antes de que estas comenzaran a ser utilizadas universalmente.

A nivel táctico las ROE suelen ser diseminadas de manera extractada o simplificada, a veces mediante una tarjeta o «ROE card» e, incluso, a veces de forma verbal, recibiendo entonces la denominación de «Reglas sobre el uso de la fuerza» (o también RUF, del inglés *Rules for the Use of Force*)²⁵²

²⁴⁸ VON CLAUSEWITZ, C. *Op. cit.*, *supra* nota 151, p. 75.

²⁴⁹ *Id.*, p. 458: «Los planes de guerra cubren cada uno de los aspectos de una guerra y los entrelazan para formar una única operación que debe tener un único objetivo final en el que todos los fines particulares concilien. Nadie empieza una guerra (para ser más exactos, nadie en su sano juicio debería hacerlo) sin tener antes claro lo que pretende lograr con esa guerra y cómo la pretende conducir. La primera cuestión constituye su objetivo político; la segunda, su objetivo operativo. Este es el principio rector que fijará el rumbo, determinará la magnitud de los medios y del esfuerzo requeridos y dejará sentir su influencia hasta en el menor detalle operativo».

²⁵⁰ *Id.*, p. 23.

²⁵¹ *Id.*, p. 499.

²⁵² WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 55.

o la más gráfica de «órdenes para abrir fuego» (OFOF, del inglés *orders for opening fire*)²⁵³ y esto sin descartar, por otro lado, que el comandante pueda impartir instrucciones adicionales sobre el uso de la fuerza en circunstancias concretas²⁵⁴.

Llegados a este punto cabe preguntarse lo siguiente: ¿qué valor concreto tendrían estas instrucciones adicionales o especiales? ¿Forman parte indisoluble de las ROE? ¿No constituyen una intromisión del mando militar en las directrices políticas relativas al uso de la fuerza?

Hemos encontrado un estudio que resulta bastante esclarecedor al respecto, ayudándonos a comprender de paso la interrelación existente entre el binomio órdenes tácticas y directrices políticas. Su autor, el estadounidense Jeter²⁵⁵, mayor de la Fuerza Aérea, sostiene en su trabajo la incuestionable relación que existe entre unas y otras. Reproducimos a continuación los pasajes que mejor reflejan su tesis y, por ende, la estrecha relación existente entre unas y otras: «Durante las operaciones militares que impliquen la utilización de medios aéreos el jefe del componente aéreo tiene atribuida autoridad a través de instrucciones especiales [SPINS en el original, derivado del inglés *Special Instructions*] para restringir el alcance de las ROE promulgadas por su superior el jefe de la Fuerza Conjunta. Las Instrucciones Especiales son el medio utilizado por el jefe a cargo de las operaciones aéreas para controlar el cumplimiento

²⁵³ FINDLAY, T. *Op. cit.*, *supra* nota 49, p. 14.

²⁵⁴ *Id.*, p. 14.

²⁵⁵ JETER, P. E. (2004). «What Do Special Instructions Bring to the Rules of Engagement? Chaos or Clarity?», *The Air Force Law Review*, vol. 55, pp. 377-411. En este artículo se utiliza como caso ilustrativo el incidente de *Tarnak Farms* acaecido en Afganistán en 2002, en el que dos pilotos de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos atacaron por error fuerzas de una compañía de la Infantería canadiense con el resultado de cuatro fallecidos y ocho heridos. Los pilotos basaban su defensa argumentando que habían obrado en función al derecho inherente a la legítima defensa ante lo que avistaron como una pieza de artillería antiaérea que se encontraba abriendo fuego en los márgenes de una carretera. La investigación abierta tras el incidente demostró a las claras que los pilotos ni habían seguido las ROE aplicables, ya que estas aun no negando el derecho a la legítima defensa sin embargo prohibían descender deliberadamente a una altitud desde la cual –si bien no concretando cota exacta– pudieran quedar al alcance de los sistemas de fuego tierra-aire; ni habían cumplido tampoco la instrucción adicional (llamadas «SPINS» del inglés *special instructions*) impartida por sus mandos tácticos que concretaba la altitud exacta por debajo de la cual en ningún caso se podía volar. A mayor abundamiento, las fuerzas canadienses del Princess Patricia's Light Infantry Regiment tan solo estaban realizando ejercicios de combate nocturno en un paraje que hasta hacía un tiempo había sido bastión de Al Qaeda. ¿La niebla de la guerra...? ¿Fratricidio...? ¿Fatal casualidad...? Juzgamos que un cumplimiento estricto de las ROE, y en este caso concreto de las órdenes particulares impartidas al efecto, hubiese evitado tan trágico desenlace. Véase todo esto en el sitio: <<http://www.afjag.af.mil/shared/media/document/AFD-081009-012.pdf>>. (Consultado el 18 de febrero de 2011, 12:00 h.).

de los fines estratégicos de la campaña, las limitaciones operacionales y los procedimientos tácticos. Las SPINS incluyen una sección sobre cómo aplicar las ROE vigentes en el cumplimiento de la misión. Por consiguiente, son tan vinculantes para los pilotos como lo son las ROE promulgadas en el Plan de Operaciones por el comandante en jefe; y para que un piloto haga uso de la fuerza legítimamente debe ajustarse tanto a las SPINS como a las ROE»²⁵⁶; «Las fuerzas de los Estados Unidos reciben instrucciones generales del presidente a través de la cadena de mando en forma de ROE»²⁵⁷; «El jefe del componente aéreo de la Fuerza Conjunta pone de manifiesto a sus subordinados los objetivos y estrategia de la campaña aérea a través de instrucciones especiales. Las Instrucciones Especiales constituyen un documento fundamental para difundir las ROE en detalle. También sirven para impartir instrucciones relativas a los procedimientos tácticos y operativos. (...) Las Instrucciones Especiales ofrecen al operador táctico los pormenores relativos a las ROE necesarios para la preparación, desarrollo y ejecución de la misión. Por consiguiente, las Instrucciones Especiales son un mecanismo de control que el jefe del componente aéreo utiliza para dirigir minuciosamente la campaña aérea a nivel táctico y operacional. Una vez promulgadas, las Instrucciones Especiales tienen la fuerza vinculante de una orden impartida por el jefe del componente aéreo para el cumplimiento de la misión (...)»²⁵⁸; «Una de las herramientas utilizadas para simplificar la complejidad de las ROE en las operaciones aéreas son las SPINS (...). Las SPINS sirven para difundir las normas cambiantes y complejas contenidas en las ROE. Adicionalmente, las SPINS no solo ayudan a comprender las ROE, sino que además se ocupan de otros aspectos operacionales, como las comunicaciones o el reabastecimiento en vuelo»²⁵⁹.

Llegados a este nivel táctico también consideramos interesante señalar que los operadores militares pueden, en función a las amenazas o grado de peligro existente para el cumplimiento de la misión, formular peticiones a través de la cadena de mando en solicitud de aprobación o ampliación del marco de las ROE aplicables. Es aquí donde surgen las nociones de lo que en la doctrina oficial de la OTAN se conoce bajo los acrónimos de ROEREQ (del inglés *ROE request*), o solicitud que remite un mando subordinado a su superior o a la autoridad política a fin de que se aprueben nuevas ROE; ROEAUTH (del inglés *ROE authorization*), la

²⁵⁶ *Id.*, p. 382.

²⁵⁷ *Id.*, p. 384.

²⁵⁸ *Id.*, p. 392.

²⁵⁹ *Id.*, p. 393.

cual sería la autorización concedida a raíz de dicha petición; ROEDENY (del inglés *ROE deny*), o su denegación correspondiente; ROEIMPL (del inglés *ROE implementation*), para hacer alusión a la efectiva aplicación de aquellas ROE declaradas vigentes para un contexto operacional en particular; ROEAMPS (del inglés *ROE amplifications*), en alusión al desarrollo detallado de una ROE demasiado genérica allí donde sea necesario, y, por último, ROESUMS (del inglés *ROE summaries*), para referirse a aquellos extractos o resúmenes de las ROE que han sido aprobadas o modificadas²⁶⁰.

Por último, es también en este nivel táctico donde algunos autores manejan el concepto del «cabo estratégico» (*Strategic corporal*) acuñado por Krulak para hacer alusión a la repercusión que la actuación individual a este nivel puede llegar a tener a todos los niveles incluido el estratégico. De hecho, Krulak afirma que este concepto está íntimamente relacionado con el concepto de la «guerra en tres barrios» –otra de sus metáforas– y viene a simbolizar el tremendo impacto que en la morfología de los conflictos contemporáneos puede tener y de hecho tiene la capacidad de liderazgo de los jefes de pelotón. Si la «guerra en tres barrios» describe la tremenda complejidad de las operaciones militares modernas –sobre todo de aquellas denominadas no bélicas–, donde en cuestión de horas o de «barrios» un mismo pelotón de Infantería ha de enfrentarse a prácticamente todo el espectro de situaciones que van desde la paz a la guerra pasando por la asistencia humanitaria, entonces el énfasis ha de ser puesto, según Krulak, en fomentar la cultura de liderazgo de los jefes a nivel de pelotón ya que en ellos radica esa capacidad extraordinaria de adaptación²⁶¹. Lo anterior es un solo botón de muestra del gran valor que las ROE tienen en los conflictos contemporáneos, pues si la actuación de los mandos tácticos puede repercutir incluso a nivel estratégico, otro tanto de lo mismo podría decirse a la inversa, esto es, decisiones estratégicas como las ROE adquieren una

²⁶⁰ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 169, p. 255.

²⁶¹ KRULAK, C. C. *Op. cit.*, *supra* nota 139 (*The Strategic Corporal...*) y en desarrollo del concepto puede consultarse también BOYCE, G. R. (2008), «Training and Educating the Strategic Corporal». United States Marine Corps Command and Staff College, Marine Corps University. Quantico (USA). Véase esto en: <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA490789&Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf>>. (Consultado el 20 de febrero de 2011, 09:16 h.). Desde la perspectiva australiana puede consultarse también LIDDY, L. (2005), «The Strategic Corporal – Some Requirements in Training and Education», *Australian Army Journal*, pp. 139-148; del mismo modo BREEN, B. y McCauley, G. (2008), *The World Looking Over Their Shoulders: Australian Strategic Corporals on Operations in Somalia and East Timor*. Land Warfare Studies Centre. Canberra.

significación todavía mayor como herramienta fundamental para controlar el uso de la fuerza, incluso en los niveles inferiores de tipo táctico.

e. Recapitulación

«Derecho militar operativo», «abogado operacional», «cabo estratégico», etc., no son construcciones dogmáticas sin sentido alguno, y mucho menos en cuanto a las ROE se refiere. Antes al contrario, demuestran la vigencia hoy más que entonces del pensamiento clausewitziano al evidenciar que estrategia, planificación militar y táctica se encuentran estrechamente vinculadas entre sí. También sirven para poner de manifiesto la conclusión, ya apuntada, que sería necesario contar con un manual de doctrina oficial del Ministerio de Defensa español en torno a la función de asesoramiento jurídico en operaciones. ¿O es que, por ejemplo, las ROE no afectan de hecho a todos los participantes en una operación desde el gobernante al jefe de un pelotón de Infantería? Quizás haya llegado el momento histórico de revisar las funciones operacionales oficiales del auditor español ampliándolas a las de poder ofrecer consejo legal a cuantos intervienen en el curso de las operaciones, ya sea esto a nivel estratégico, operacional o simplemente táctico. No ha de faltarle mucha razón al estadounidense Wheaton cuando afirma que «el asesor jurídico militar del siglo XXI tiene ante sí el reto de cumplir un triple objetivo: apoyar la misión (promoviendo y protegiendo la autoridad del mando); prestar consejo profesional (al mando, a los órganos de mando y al personal y a sus familias), y contribuir a la legitimidad de la misión (promoviendo la acción de la justicia y el comportamiento ético). (...) de tal modo que el asesor jurídico militar debe involucrarse en todo el proceso de adopción de decisiones que van desde las células de planeamiento a los escalones inferiores de mando»²⁶². Esto parece ser ya una realidad allí, en los Estados Unidos de América, donde la doctrina oficial ha acabado por incluir en los cometidos del Cuerpo de *judge advocates* tanto la tradicional función de actuar como órgano consultivo del mando, sea operacional o de guarnición, como de servir, incluso, como consejero en asuntos jurídicos para el resto del personal militar en activo, de sus familias y del personal en retiro²⁶³.

²⁶² WHEATON, K. D. (2006). «Strategic Lawyering: Realizing the Potential of Military Lawyers at the Strategic Level», *The Army Lawyer*; septiembre, pp. 1-16, p. 3.

²⁶³ US DEPARTMENT OF THE ARMY. *Op. cit.*, *supra* nota 323, p. 1-1: «The JAGC provides proactive legal support on all issues affecting the Army and the joint force, and delivers quality legal services to Soldiers, retirees, and their families.»

II.4. EL CONCEPTO DE ROE

Existen de ordinario tantos conceptos sobre las ROE como definiciones hay en el ámbito tanto de doctrina oficial como de doctrina particular. Textos como los que vamos a ver a continuación, algunos ya citados a lo largo del presente trabajo, contienen distintas definiciones que nos pueden servir de orientación. Las notas esenciales presentes en cualquier definición en torno a las ROE se repiten casi siempre con precisión matemática: directiva o instrucción impartida por la autoridad política o por el mando militar, especificando los requisitos, condiciones y circunstancias en que las tropas en operaciones pueden recurrir al uso de la fuerza en situaciones distintas de aquellas en que proceda ejercer el derecho a la legítima defensa. Por esta y aquella razón nos limitamos a aportar aquí una exposición de las distintas definiciones existentes más que a elaborar nosotros una definición académica. A mayor abundamiento, como sostiene el alemán Dreist, cada organización internacional y en última instancia cada país suelen crear su propio sistema de ROE²⁶⁴. Por otro lado, ofrecer nosotros una definición propia habría de resultar no solo pretencioso, sino que, probablemente, estaría abocada al fracaso, debido a la tremenda variedad de estas que ya existen. Veamos a continuación algunas definiciones que consideramos interesantes y suficientemente ilustrativas.

En España las ROE aparecen mencionadas en la doctrina oficial del Ejército de Tierra como «aquellas directivas emanadas por la autoridad militar para especificar las circunstancias y limitaciones en las que las fuerzas iniciarán o continuarán un enfrentamiento con otras fuerzas. Definen las circunstancias, condiciones, grado y forma bajo las que se puede o no aplicar la fuerza. Están redactadas en forma de prohibiciones, limitaciones y autorizaciones que regulan la aplicación controlada de la fuerza. Las ROE,s. (sic.) no asignan cometidos ni dan instrucciones tácticas»²⁶⁵. En la doctrina oficial de la Armada se definen como «directivas emitidas a

²⁶⁴ DREIST, P. (2007). «Rules of Engagement in Multinationalen Operationen – ausgewählte Grundsatzfragen», *NZWherR.*, vol. 3, pp. 99-115, p. 106. Véase de este mismo autor DREIST, P. (2008), «Rules of Engagement in NATO-Operationen», *Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung (UBWV)*, vol. 3, pp. 93-108; DREIST, P. (2009), «Militärische WEU Operationen und der Umgang der WEU mit Rules of Engagement», *NZWherR.*, vol. 1, pp. 1-12 y su continuación en *NZWherR.*, vol. 2, pp. 55-66. Resulta curioso comprobar cómo este autor –tiene escritos todos sus trabajos en alemán– ha sucumbido, no obstante, a la tentación de utilizar directamente la denominación en inglés en lugar de emplear la de su lengua vernácula: *Einsatzregeln*. Véase esto en el sitio: <<http://www.dict.cc/german-english/Einsatzregeln.html>>. (Consultado el 21 de febrero de 2011, 07:12 h.).

²⁶⁵ EJÉRCITO DE TIERRA. *Op. cit.*, *supra* nota 60, p. 181.

las fuerzas militares que definen las circunstancias, condiciones, grado y manera bajo los cuales las fuerzas militares podrán emplear la fuerza. El propósito general de las ROE es proporcionar un medio mediante el cual las autoridades de las naciones pueden controlar la actuación de la fuerza en situaciones de paz, tensión o crisis»²⁶⁶.

En la doctrina oficial de la OTAN se definen como «directivas emitidas por la autoridad militar competente en las que se especifican las circunstancias y limitaciones bajo las cuales las fuerzas iniciarán o continuarán un enfrentamiento con otras fuerzas»²⁶⁷. Resulta interesante destacar aquí también cómo en la doctrina oficial de la OTAN llegan a ser definidas simultáneamente como «el medio por el que la autoridad nacional dirige en términos políticos la conducción de las operaciones militares, incluyendo autorizaciones o limitaciones en cuanto a la amenaza al uso de la fuerza, al uso de la fuerza o a la realización de aquellas acciones que pudieran ser consideradas como una provocación»²⁶⁸.

En la Unión Europea las ROE son consideradas como «aquellas directivas emitidas para los comandantes y las fuerzas militares (incluidos los individuos) que definen las circunstancias, condiciones, grado y manera en que la fuerza o aquellas acciones que pudieran ser interpretadas como una provocación pueden, o no, ser aplicadas. Las ROE no son utilizadas para asignar cometidos ni impartir instrucciones tácticas»²⁶⁹.

En el marco de la ONU estas consisten básicamente en «directivas impartidas a los jefes operacionales estableciendo cuándo y cómo puede el personal militar al servicio de las Naciones Unidas recurrir justificadamente al uso de la fuerza»²⁷⁰. Del mismo modo, a través de las ROE se

²⁶⁶ ESTADO MAYOR DE LA ARMADA. *Op. cit.*, *supra* nota 81, p. 5-11.

²⁶⁷ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Glossary...*, *op. cit.*, *supra* nota 167, p. 2-R-10.

²⁶⁸ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 169, pp. 254 y 258. Esta definición viene a ser una reproducción, a su vez, de la que aparece en el manual de doctrina oficial de la OTAN en materia de las Reglas de enfrentamiento, el *Manual MC 362/1, NATO Rules of Engagement*, aprobado por el Consejo del Atlántico Norte en 2003, donde se definen como «directivas dirigidas a las fuerzas militares (incluidos los individuos) que definen las circunstancias, condiciones, grado y manera en que la fuerza o aquellas acciones que pudieran ser consideradas como provocativas puede utilizarse». El término «provocación» entiéndase siempre como sinónimo de «hostil» y, por consiguiente, desprovisto de las connotaciones éticas o morales que dicha palabra puede llevar consigo.

²⁶⁹ EUROPEAN UNION MILITARY COMMITTEE (2008). *Use Of Force Concept for EU-led Military Crisis Management Operations – 1st Revision, Part III: Use of Force/H/50*. Véase esto en: <<http://www.bmlv.gv.at/truppendienst/ausgaben/artikel.php?id=775>>. (Consultado el 21 de febrero de 2011, 09:59 h.).

²⁷⁰ UNITED NATIONS (2002). *Guidelines for the Development of Rules of Engagement (ROE) for United Nations Peacekeeping Operations*. Department of Peacekeeping

establecen «los parámetros dentro de los cuales el personal militar (y policial) armado al servicio de las Naciones Unidas puede recurrir a la fuerza en operaciones de paz»²⁷¹.

En la perspectiva comparada se pueden traer a colación aquí las definiciones contenidas en los numerosos manuales oficiales de los Estados Unidos de América, las cuales como es obvio vienen a ser repetición unas de otras. A fuer de no resultar demasiado redundantes podríamos aquí atenernos a aquella que las define genéricamente como las «directivas emitidas por la autoridad militar competente que establecen las circunstancias y limitaciones bajo las cuales las fuerzas de los Estados Unidos iniciarán o continuarán un combate con otras fuerzas a las que se enfrenten»²⁷².

En la doctrina oficial de Francia aparecen definidas como las «directivas procedentes de una autoridad militar designada [a los efectos], avaladas en el ámbito político y dirigidas a las fuerzas comprometidas en una operación exterior determinada con objeto de definir las circunstancias y las condiciones bajo las cuales esas fuerzas armadas pueden hacer uso de la fuerza o efectuar una acción que pueda ser interpretada como hostil. (...) El uso de la fuerza comprende el empleo de las armas y todas aquellas medidas y acciones que tengan carácter coercitivo susceptibles de limitar la libertad y los derechos de las personas»²⁷³.

Operations, Military Division. Nueva York (USA). Se trata de un documento reservado, aunque las vicisitudes relativas a su preparación y redacción pueden seguirse detalladamente en FINDLAY, T., *op. cit.*, *supra* nota 49, pp. 347-350. Más sobre esto también en McLAUGHLIN, R. (2007), «The Legal Regime Applicable to Use Lethal Force When Operating Under a United Nations Security Council Chapter VII Mandate Authorizing All Necessary Means», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 12, issue 3, pp. 389-417. La primera referencia a las ROE que aparece en el contexto de la ONU dataría de 1993 con ocasión de la intervención en Somalia a través de la operación UNOSOM II (1993-1995), lo cual fue reflejo, sin duda, de la participación de los Estados Unidos de América en su planeamiento (esto en FINDLAY, T., *op. cit.*, *supra* nota 49, p. 191). El derribo de dos helicópteros del ejército estadounidense en Mogadiscio por parte de las milicias somalíes y los trágicos sucesos a que esto dio lugar serían luego llevados al cine en la célebre película que llevó por título *Black Hawk Derribado* (2001), Revolution Studios. Ironías aparte, con la introducción del concepto de ROE en la planificación militar de la operación los Estados Unidos pretendían precisamente, entre otros, difuminar el protagonismo de sus fuerzas en la operación (esto último también en FINDLAY, T., *op. cit.*, *supra* nota 49, p. 189).

²⁷¹ UNITED NATIONS ORGANIZATION (2004). *Commanding United Nations Peacekeeping Operations*. United Nations Institute for Training and Research. Nueva York (USA), p. 234. Véase esto en el sitio: <<http://j3.rtarf.mi.th/poc/Document/data/doc2/UNITAR%20Commanding%20PKO.pdf>>. (Consultado el 21 de febrero de 2011, 11:21 h.).

²⁷² US DEPARTMENT OF DEFENSE (2010). *Dictionary of Military and Associated Terms*, p. 317. Véase esto en: <http://www.dtic.mil/doctrine/new_pubs/jp1_02.pdf>. (Consultado el 21 de febrero de 2011, 10:57 h.).

²⁷³ MINISTÈRE DE LA DÉFENSE. *Op. cit.*, *supra* nota 228, p. 19: «Les règles d'engagement sont des directives provenant d'une autorité militaire désignée, avalisées au

En la doctrina oficial de Australia se definen como «directivas emitidas por la autoridad militar competente donde se especifican las circunstancias y limitaciones en las que las fuerzas australianas iniciarán o continuarán combate con las fuerzas a las que se enfrenten»²⁷⁴. En otro lugar también se definen como «instrucciones [impartidas] a los comandantes donde se establecen las limitaciones y las posibles libertades en aplicación de la fuerza»²⁷⁵.

En fin, en la doctrina oficial del Institute for Security Studies, fundación africana dedicada al estudio de asuntos relacionados con la política de seguridad, se establece que las ROE «ofrecen dirección política, dentro de los parámetros legales, y orientación a los comandantes a todos los niveles en relación al uso de la fuerza»²⁷⁶; lo cual es tanto como repetir el contenido de todas las definiciones oficiales que venimos examinando, a saber: directriz o instrucción dirigida a los mandos militares o a sus fuerzas en relación a cómo, cuándo y dónde pueden llegar a hacer uso de la fuerza o realizar acciones que pudieran ser consideradas hostiles.

En el plano de la doctrina particular son de destacar, una vez más, las aportaciones de nuestros compatriotas De las Rivas Aramburu que las define, según el patrón OTAN, como las «directivas dirigidas a las fuerzas militares (soldados incluidos) en las que se definen las circunstancias, las condiciones, el grado y los procedimientos para el empleo de acciones que podrían considerarse como provocaciones»²⁷⁷; Zarranz Doménech, como las «normas para el uso de la fuerza dadas por el mando de una operación. Con ellas se pretende limitar el uso de la fuerza de forma

niveau politique et adressées aux forces engagées dans une opération extérieure déterminée, afin de définir les circonstances et les conditions dans lesquelles ces forces armées peuvent faire usage de la force ou effectuer toute action pouvant être interprétée comme hostile. (...) Le usage de la force comprend l'emploi des armes et toutes les mesures et actions à caractère coercitif susceptibles de limiter la liberté et les droits des personnes».

²⁷⁴ DEPARTMENT OF DEFENCE (1994). *Glossary*, Australian Defence Force Publication 101. Véase esto en el sitio: < http://epress.anu.edu.au/sdsc/sfsr/mobile_devices/go01.html>. (Consultado el 21 de febrero de 2011, 12:00 h.). También en BREEN, B. (2008), *Struggling for Self Reliance: Four case studies of Australian regional force projection in the late 1980s and the 1990s*. The Australian National University, ANU E Press. Canberra, p. 182.

²⁷⁵ ROYAL AUSTRALIAN NAVY (2010). *Australian Maritime Doctrine, RAN Doctrine I*. RAN Sea Power Centre. Canberra, p. 37.

²⁷⁶ INSTITUTE FOR SECURITY STUDIES (2000). *Peace Support Operations – A Working Draft Manual for African Military Practitioners*. Peace Missions Programme-Institute for Security Studies, DWM 1-2000, February, Pretoria, p. 7. Véase esto en el sitio: <<http://www.iss.co.za/Pubs/Other/PeaceSupportManualMM/Ch1.pdf>>. (Consultado el 21 de febrero de 2011, 18:43 h.).

²⁷⁷ DE LAS RIVAS ARAMABURU, I. *Op. cit.*, *supra* nota 38, p. 86.

que sea utilizada únicamente de manera acorde y congruente con los objetivos finales que se trata de lograr, tanto militares como estratégicos, incluyendo en estos últimos los políticos (...)»²⁷⁸; y Alía Plana, para el que las ROE son aquellas «órdenes del mando que determinan cuándo, dónde, contra quién y cómo se usa la fuerza, incluso la letal, durante una operación militar»²⁷⁹.

En fin, en la doctrina particular extranjera existe un alud de artículos en que cada cual viene a definirlos de acuerdo con la doctrina oficial de su país de origen o bien remitiendo a la doctrina oficial o particular de aquellos otros países u organizaciones internacionales en donde ha recibido mayor atención, tales como –qué duda cabe– los Estados Unidos de América. Para el autor de uno de los trabajos mejor documentados que existen sobre las ROE, el estadounidense Martins, estas son aquellas «directivas emitidas por la autoridad militar competente que establecen las circunstancias y limitaciones bajo las cuales las fuerzas de los Estados Unidos iniciarán o continuarán un combate con otras fuerzas a las que se enfrenten»²⁸⁰. El argentino Várnagy ofrece una definición minimalista al señalar escuetamente que estas son «restricciones para el empleo y uso de la fuerza»²⁸¹. Por el contrario, el peruano Alva Villamón las define procelosamente como las «instrucciones que da un gobierno para trazar claramente las circunstancias y los límites en los que sus fuerzas terrestres, navales y aéreas pueden emprender o proseguir acciones de combate contra fuerzas enemigas. Estas instrucciones pueden ser generales o permanentes, o referirse a acciones específicas o a situaciones determinadas relacionadas con un comportamiento dado del adversario. Fundamentalmente, se trata de reglas que restringen el empleo de la fuerza, en los límites autorizados por el Derecho interno, así como por el Derecho internacional de los conflictos armados. Factores estratégicos, políticos y diplomáticos pueden también influir en su formulación»²⁸². Para la italiana Pineschi estas consisten en «directivas que definen las circunstancias, el grado y la manera en que las fuerzas militares

²⁷⁸ ZARRANZ DOMENECH, G. *Op. cit.*, *supra* nota 10, p. 145.

²⁷⁹ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

²⁸⁰ MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 4 (en nota a pie 3).

²⁸¹ VÁRNAGY, T. (2010). «Naciones Unidas y Regionalismo: «Cruz del Sur», una fuerza de paz combinada argentino-chilena», *Cuadernos de Marte*, año 1, núm. 0, mayo, pp. 177-208, p. 204. Véase esto en el sitio: <http://www.iigg sociales.uba.ar/revistacuadernosdemarte/nro0/0_Varnagy.pdf>. (Consultado el 21 de febrero de 2011, 23:04 h.).

²⁸² ALVA VILLAMÓN, S. J. (2005). El Control Político de un Conflicto de Baja Intensidad a través de las Reglas de Enfrentamiento de la Autoridad Política Legalmente Constituida: Caso de la Frontera del Perú con Colombia Colegio Interamericano de Defensa. Washington D. C., pp. 39-40. Véase esto en el sitio: <<http://library.jid.org/en/thesis/alva.pdf>>. (Consultado el 23 de febrero de 2011, 11:24 h.).

pueden hacer uso de la fuerza en el desarrollo de sus operaciones (...)»²⁸³. El suizo Zen-Ruffinen las define como «directivas establecidas a nivel nacional o internacional y armonizadas entre las naciones y las instancias de seguridad participantes de cara a un enfrentamiento específico. Regulan el comportamiento de las tropas y, en particular, el recurso a la fuerza y al empleo de medidas coercitivas en el curso de los enfrentamientos, incluido el enfrentamiento armado»²⁸⁴. Por último, el holandés Klappe sostiene que las ROE son «directivas dirigidas a los comandantes operacionales en las que se delimitan los parámetros dentro de los cuales puede emplearse la fuerza por parte de aquellas personas participantes en una operación de paz internacional»²⁸⁵.

En definitiva, todas estas definiciones expresan, de una u otra forma, lo que son las ROE. Algunas, tal y como se puede comprobar, tendrían cabida más en un plano estratégico por hacer referencia expresa a la autoridad política como órgano de las que proceden. Estas resultan, a nuestro juicio, muy acertadas por cuanto que reflejan la finalidad esencialmente política de las ROE. Otras definiciones tendrían mejor cabida en el plano táctico-operacional por señalar, en su lugar, a la autoridad o mando militar. Estas últimas, aun siendo por supuesto acertadas también, sin embargo, pueden llevar a confusión porque siempre existe el riesgo de llegar a identificarlas con lo que en otro caso no dejarían de ser meras órdenes o cometidos de carácter táctico. Existen, también, aquellas definiciones que incluyen en su contenido no solo la apelación al uso de la fuerza, sino incluso al recurso de aquellas acciones coercitivas que, en cualquier otro caso, pudieran ser consideradas como hostiles o provocativas. Estas definiciones tienen la ventaja de incluir en su seno el amplio elenco de actuaciones que pueden llegar a abarcar unas ROE. Con independencia de unas y otras consideraciones, todas ellas, sin embargo, sirven al propósito esencial que las caracteriza, esto es, el de servir como herramienta política para limitar o autorizar el uso de la fuerza militar.

²⁸³ PINESCHI, L. (2009). «L'Emploi de la Force dans les Opérations de Maintien de la Paix des Nations Unies 'Robustes': Conditions et Limites Juridiques», communication orale et contribution écrite in Colloque franco-italien *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, dir. L. Balmond, M. Aracari, Nice, 4-5 octobre 2007, éditions Giuffrè. Milán, pp. 139-178, p. 170.

²⁸⁴ ZEN-RUFFINEN, P. (2006). «Les règles d'engagement», *Revue Militaire Suisse*, Parution avril. Véase esto en el sitio: <<http://www.revuemilitairesuisse.ch/node/16>>. (Consultado el 23 de febrero de 2011, 16:02 h.).

²⁸⁵ KLAPPE, B. F. *Op. cit.*, *supra* nota 298, p. 655.

II.5. TIPOLOGÍA DE LAS ROE

A la hora de identificar los distintos tipos de ROE pueden seguirse criterios o patrones tales como clasificarlas en función a las circunstancias o situaciones para el que son diseñadas o hacerlo desde la perspectiva de los medios y métodos a emplear en el uso de la fuerza o también, incluso, clasificarlas en función a las zonas geográficas o tiempo de vigencia en las que resultan de aplicación. En fin, también puede seguirse si se prefiere el criterio de distinguir las en función a sus destinatarios. Surgen así los conceptos de «ROE de guerra», «ROE de paz», «ROE policiales», «ROE militares», «ROE generales o permanentes», etc. Veamos a continuación algunos ejemplos de cuanto decimos con el propósito de que dicha clasificación pueda ser de utilidad a cuantos de un modo u otro tienen el cometido de redactar, asistir como consejeros o están llamados ser simple y llanamente los destinatarios últimos de las mismas.

a. Las ROE en el tiempo: ROE de paz y ROE de guerra

El estadounidense Izquierdo, autor del que ya hemos hablado y el cual las denomina Reglas de enfrentamiento o RDE²⁸⁶, maneja estos conceptos al clasificarlas y definir sus caracteres del siguiente modo:

RDE para tiempos de paz: «Estas son emitidas por el Estado Mayor Conjunto para asegurar que sus unidades ejerciten la fuerza de acuerdo con lo dispuesto por la ONU, el Derecho internacional y las leyes de la nación, aplicables a la misión que se ejecute. En tiempo de paz, las tropas podrían hacer uso de fuerza solo cuando se ejecuta un acto hostil contra el interés propio o exista una inminente amenaza de daño. Tomando como base la doctrina norteamericana, las RDE para tiempos de paz están diseñadas para permitir que los EE UU ejerciten sus derechos bajo la ley internacional y mediante provisiones y tratados en lo específico para de esta forma prevenir durante situaciones de alta tensión, una escalada accidental de la crisis debido a interpretaciones o cálculos erróneos de las intenciones o acciones del enemigo. Al mismo tiempo están diseñadas para permitirles a los comandantes la debida libertad de acción para proteger sus tropas y los intereses nacionales»²⁸⁷.

²⁸⁶ IZQUIERDO, O. A. *Op. cit.*, *supra* nota 309.

²⁸⁷ *Id.*, pp. 14-5.

RDE para compeler en tiempo de paz y de combate: «Estas deben contener elementos que ayuden en una transición forzosa de tiempos de paz a tiempos de guerra. Estos elementos deben ser claramente definidos y permitir al comandante alertar a sus fuerzas si cambia la situación. Como principio cardinal en períodos de combate se establece que el esfuerzo principal de las tropas debe ir enfocado a vencer al enemigo y las RDE deben reflejar dicha meta. El uso de la fuerza se restringirá solamente por lo que ordene la política nacional o consideraciones tácticas o estratégicas. Por otro lado, en las operaciones de no-guerra (sic.) [lo cual equivale a operaciones distintas de la guerra], consideraciones de tipo político generalmente causan que se restrinja el uso de la fuerza. En general, el grado de fuerza a utilizar va a depender del objetivo que se proponga para el cumplimiento de la misión»²⁸⁸.

RDE para el mantenimiento de la paz: «Ocurre generalmente después de la fase de combate o entran en efecto para fuerzas pacificadoras en territorios que se ven envueltos en conflictos internos. Las fuerzas militares se utilizan para asumir el rol de policías en el mantenimiento del orden y la seguridad pública. También trabajan en conjunto con las autoridades civiles y este cambio drástico de una función de guerra a labores policiales requiere que se limite el uso de la fuerza. Las RDE deben estar redactadas de forma tal que el soldado que participe en la misión, desde el oficial a cargo hasta el último de los soldados en la escala de rangos, entienda el alcance de sus nuevas responsabilidades. Habrá por tanto que considerar la misión que nos proponemos realizar al aplicar las RDE para que las mismas sean efectivas; la inteligencia que podamos recopilar, ya que con ella sabremos con cuáles recursos cuenta la otra parte, tales como sus tácticas, sistemas de armamentos y las capacidades de combate del enemigo; la intención del comandante adverso, conocer y anticipar sus planes, y la amenaza que represente la agresión»²⁸⁹.

Similar clasificación basada en las circunstancias temporales en que resultan de aplicación maneja el también autor estadounidense ya citado Jeter²⁹⁰, el cual las cataloga desde una perspectiva analítica de la siguiente manera:

ROE para operaciones de paz y de combate: «Del mismo modo que los conflictos armados varían y quedan bajo la influencia de las circunstancias, otro tanto puede decirse de las ROE. Una forma de categorizar las ROE es

²⁸⁸ *Id.*, p. 15.

²⁸⁹ *Id.*, p. 15.

²⁹⁰ JETER, P. E. *Op. cit.*, *supra* nota 334.

según la escala del conflicto. (...) Si un conflicto se intensifica, las ROE se adaptarán a la crisis. Este tipo de ROE flexible puede denominarse «ROE de tiempo de paz a tiempo de combate». Este tipo de ROE sería aplicable indistintamente a todos los ejércitos durante la fase de planificación de un conflicto. Sin embargo, cuando la atención se centra en las capacidades operacionales, cada ejército normalmente desarrolla sus propias ROE de combate para adecuarlas a su misión. Por consiguiente, cada tipo de ROE repercute indistintamente en las acciones militares de las Fuerzas de los Estados Unidos»²⁹¹.

ROE Permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor: según refiere Jeter estas son las que han llegado a ser calificadas en algún lugar como «la cadena entre la autoridad política y el soldado»²⁹². En su opinión este tipo de ROE permanentes constituyen «el punto de referencia fundamental para todas las fuerzas de los Estados Unidos con ocasión de ataques militares que tengan lugar en el territorio nacional y durante todas las operaciones militares, contingencias y ataques terroristas que se produzcan fuera del mismo»²⁹³.

A su vez, el contenido esencial de estas ROE –su estructura consta de hasta diecisiete apartados, o lo que se denomina *enclosures*– se puede desglosar en diversas áreas esquemáticas dedicadas respectivamente a los principios y pautas generales de las ROE (apartado A), donde se describen detalladamente tanto conceptos generales como los objetivos, propósito y ámbito de las ROE, poniendo énfasis en el derecho y obligación que tiene todo comandante a la legítima defensa e incluyendo otros

²⁹¹ *Id.*, p. 385. Su denominación original en inglés resulta ser la de *Peacetime to Combat Operation, ROE*, y vienen a constituir un tipo de ROE flexible que permitirá adaptarlas a una situación en la que el espectro del conflicto o crisis vaya evolucionando de una situación de paz a otra de combate. Al propio tiempo, habría que destacar el carácter universal de las mismas en situación de paz y su fragmentación en ROE particulares *ad hoc* para cada ejército a medida que se produce la transición a una situación de combate.

²⁹² *Id.*, p. 386; el cual a su vez obtiene dicha denominación (según consta en nota a pie de página 28 de su trabajo) del manual operativo US DEP'T OF THE AIR FORCE, 12TH Air Force, Judge Advocate Office, *Supplement to 612 COS/DOOCOS Operations Duty Officer Guide for an Air Operations Center S1-30*. Las ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor de los Estados Unidos de América (en inglés *Joint Chiefs of Staff Standing Rules of Engagement for U.S. Forces*) han tenido ya varias versiones, como las de 1994, 2000 o las vigentes, de 13 de junio de 2005 aprobadas por Resolución CJSC 3121.01B (THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL, *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 74). Un ejemplo puede examinarse en el sitio: <http://www.fas.org/man/dod-101/dod/docs/cjcs_sroe.pdf>. (Consultado el 25 de febrero de 2011, 11:49 h.). Sin embargo, existen aspectos parciales de estas ROE que, por obvias razones, tienen «la clasificación de secreto» (THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL, *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 73).

²⁹³ JETER, P. E. *Op. cit.*, *supra* nota 334, p. 386.

aspectos relacionados con la definición de los términos «acto hostil», «intento de acto hostil», «fuerza declarada hostil» o los de «legítima defensa de la unidad», «legítima defensa nacional» o «legítima defensa colectiva». Los apartados B, C, D, E y H gozan de protección como materia clasificada si bien su contenido consiste en orientaciones y principios relativos a las operaciones terrestres, marítimas, aéreas, espaciales, de información, de evacuación de personas civiles y de apoyo en la lucha contra el narcotráfico fuera del territorio nacional. El apartado I se denomina «Medidas suplementarias» y guarda relación con la facultad de los comandantes para obtener o, en su caso, conceder las ROE adicionales que se consideren necesarias para el cumplimiento de la misión. Se trata de una serie de ROE especiales en el sentido que han sido aprobadas, pero su puesta en práctica o autorización queda en suspenso en tanto no resulten necesarias para el cumplimiento de una misión en particular, bien sea por razones puntuales de carácter operacional, táctico o por razón del armamento a emplear. El apartado J hace referencia al procedimiento de redacción y aprobación de las ROE. El apartado K se refiere a aquellas ROE adicionales que los jefes operacionales pueden solicitar o, en su caso, conceder para el cumplimiento de misiones específicas dentro de la zona bajo su jurisdicción, y está relacionado con las ya mencionadas «medidas suplementarias». Este tipo de ROE adicionales suelen denominarse *Theater-Specific ROE* y se reservan para la destrucción o captura de objetivos de alto interés político o estratégico. Por último, los apartados L a Q hacen alusión a las ROE destinadas a operaciones que tengan lugar dentro del territorio nacional de los Estados Unidos en apoyo de la autoridad civil, las cuales se denominan *Standing Rules for the Use of Force* o también SRUF²⁹⁴.

ROE de campaña: Este es el último criterio manejado por Jeter y hace referencia a las ROE definitivas aplicables a la operación en particular que se vaya a realizar. Tomando como referencia las ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor, según refiere, y a medida que evoluciona una situación de crisis, las plantillas de los estados mayores a nivel estratégico considerarán y coordinarán cómo encajan las ROE en la misión. El reto será alcanzar el equilibrio entre los distintos intereses que entran en juego. Unas ROE que sean demasiado limitativas habrán de obstaculizar la labor del combatiente. Unas ROE que sean demasiado permisivas po-

²⁹⁴ THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL. *op. cit.*, *supra* nota 9, pp. 74-6.

drían poner en peligro los objetivos estratégicos de la misión o dar lugar a fratricidio²⁹⁵.

El también estadounidense Eflein²⁹⁶ ofrece otra clasificación en términos muy similares:

ROE de paz: para este autor algunas operaciones están destinadas a ser desempeñadas en el ámbito de la paz: las de asistencia humanitaria o las que tienen lugar ante catástrofes naturales. Otras operaciones, sin embargo, si bien no cabe incardinarlas dentro de la categoría de conflicto armado, llevan implícita la posibilidad de que exista una escalada de violencia. Ejemplos de esto último pudieran ser las operaciones de paz, las relativas a la lucha contra el terrorismo o las de asistencia en materia de seguridad. En términos generales, según afirma, este tipo de ROE limitan el uso de la fuerza a reacciones de carácter defensivo, es decir, los operadores militares solo podrán hacer uso de la fuerza cuando se enfrenten a un acto hostil o a una demostración de hostilidad. Las ROE de paz están basadas en una premisa: el derecho a la legítima defensa²⁹⁷.

ROE de guerra: según refiere Eflein este tipo de ROE tienen por objeto el «uso de la fuerza con finalidad ofensiva, como por ejemplo para alcanzar un objetivo militar en aras al cumplimiento de la misión»²⁹⁸. Las ROE de guerra se rigen por el Derecho de la guerra (o Derecho de los conflictos armados) y dedican la atención preferentemente a la selección de blancos (*targeting*) y al empleo de armamento (*weaponering*). Este tipo de ROE puede contener limitaciones o prohibiciones en cuanto a la posibilidad de convertir ciertos blancos en objetivo militar, bien porque lo prohíbe el Derecho de la guerra, o bien por consideraciones de carácter político o estratégico. También puede ocurrir que este tipo de ROE contenga limitaciones en cuanto al tipo o clase de armamento que puede emplearse en cumplimiento de la misión. Tal sería el caso de aquellas armas prohibidas por el Derecho de la guerra o de aquellas otras que aun lícitas se estime, sin embargo, que dañan los objetivos políticos de la operación.

Las ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor: para este autor las ROE de carácter permanente promulgadas en su país por dicho organismo son un claro ejemplo de la fusión entre las ROE de paz (PROE, del inglés *Peacetime Rules of Engagement*) y las ROE de guerra (WROE del inglés *Wartime Rules of Engagement*). De este modo, según razona él mismo y consta así en la doctrina oficial, las ROE permanentes (SROE, del

²⁹⁵ JETER, P. E. *Op. cit.*, *supra* nota 334, p. 338 (nota a pie 36).

²⁹⁶ EFLEIN, D. R. *Op. cit.*, *supra* nota 302.

²⁹⁷ *Id.*, p. 39.

²⁹⁸ *Id.*, p. 40.

inglés *Standing Rules of Engagement*) están diseñadas para abarcar todo el amplio espectro de operaciones que van desde la paz a la guerra²⁹⁹.

b. Las ROE en el espacio: ROE domésticas y ROE de ultramar

Esta clasificación distingue la tipología de las ROE en función de que hayan sido promulgadas para regir básicamente en aquellas operaciones que puedan tener lugar dentro del territorio nacional y aquellas otras ROE promulgadas para operaciones que se desarrollen principalmente en el exterior. A simple vista esto es lo que ocurre en los Estados Unidos de América, donde según se trate de unas u otras recibirán la denominación de *Standing Rules for the Use of Force*, SRUF, o la de *Standing Rules of Engagement*, SROE. Este es, al menos, el criterio seguido por el estadounidense Henseler según el cual las SRUF son de aplicación «esencial» en las aguas territoriales estadounidenses mientras que las SROE son de aplicación «esencialmente» fuera de estas³⁰⁰. Aquí, en España, nuestro compatriota Alía Plana también se hace eco de esto siguiendo igualmente el criterio establecido por aquel³⁰¹. Sin embargo, nótese que en ambos casos hemos recurrido al adverbio «esencialmente» porque la distinción entre unas y otras más que desde el criterio espacial –que sin embargo influye, desde luego– lo es desde la perspectiva funcional. En efecto, si hacemos una lectura comparada entre las ROE oficiales vigentes en aquel país, las ya mencionadas ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor³⁰², y lo que nos aporta la doctrina oficial llegamos a la conclusión de que las primeras, las SRUF, están orientadas a la actuación de las Fuerzas Armadas estadounidenses en apoyo de las autoridades civiles, en lo que ellos llaman «operaciones domésticas», esto es, las que tienen lugar dentro del territorio nacional en apoyo de la autoridad civil y en las que los estados de la Unión pueden, incluso, dictar las suyas propias cuando hacen empleo

²⁹⁹ *Id.*, p. 41; en iguales términos THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL, *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 74.

³⁰⁰ HENSELER, S. P. (2006). «Self-Defense in the Maritime Environment under the new Standing Rules of Engagement/Standing Rules for the Use of Force (SROE/SRUF)», *Naval Law Review*; vol. 53, pp. 211-228, pp. 211 y 219.

³⁰¹ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

³⁰² Ya hemos dicho en otro lugar (*supra* nota 371) que estas ROE han tenido varias redacciones desde que fueran promulgadas por vez primera en 1994. Las vigentes datan de 13 de junio de 2005 y fueron aprobadas por Resolución CJSC 3121.01B del expresado organismo (THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL, *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 74).

de las fuerzas de la llamada Guardia Nacional³⁰³. Las segundas, las SROE, estarían orientadas más hacia las operaciones en el exterior, siendo la nota diferencial entre ambas la mayor o menor permisividad en cuanto al ejercicio que pueda hacerse del derecho a la legítima defensa³⁰⁴. La diferencia entre unas y otras es también solo aparente ya que, de hecho, ambas clases de ROE pueden llegar a ser aplicadas indistintamente tanto dentro como fuera del territorio nacional. Según la doctrina oficial las SROE resultan de aplicación en el ámbito interno solo en operaciones de defensa territorial (*homeland defense*) de carácter marítimo o aéreo, mientras que con carácter general son aplicables a todas las operaciones militares que tengan lugar fuera del territorio nacional de ese país o de sus aguas territoriales. Del mismo modo, las SRUF son de aplicación en todas las operaciones que se desarrollen en apoyo de la autoridad civil dentro del territorio nacional, así como a todo el personal militar, policial o incluso contratistas de las Fuerzas Armadas que se encuentren desempeñando funciones policiales en dependencias del Departamento de Defensa sea esto dentro o fuera del territorio nacional de los Estados Unidos de América³⁰⁵.

Esta clasificación basada en la naturaleza esencialmente policial o militar de la operación también podría aplicarse extramuros en operaciones de paz auspiciadas por la Organización de las Naciones Unidas. En la doctrina oficial de dicha organización internacional las unidades de Policía (FPU, del inglés *Formed Police Units*) participantes en una operación de paz se rigen por las «Directivas sobre el uso de la fuerza y armas de fuego» (DUFF, del inglés *Directives on the Use of Force and Firearms*)³⁰⁶.

c. Las ROE según las limitaciones y prohibiciones

La doctrina oficial estadounidense ha llegado a distinguir hasta diez clases distintas de ROE en función, a su vez, a las pautas, limitaciones

³⁰³ THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL (2010). *Domestic Operational Law Handbook*. International and Operational Law Department. Charlottesville, p. 95. Disponible en: <http://www.loc.gov/r/frd/Military_Law/pdf/domestic-law-handbook-2010.pdf>. (Consultado el 26 de febrero de 2011, 09:42 h.).

³⁰⁴ HENSELER, S. P. *Op. cit.*, *supra* nota 379, p. 221; y también en THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL, *op. cit.*, *supra* nota 382, p. 172.

³⁰⁵ US DEPARTMENT OF THE ARMY. *Op. cit.*, *supra* nota 323, p. F-3.

³⁰⁶ UNITED NATIONS (2010). *Formed Police Units in United Nations Peacekeeping Operations*. Department of Peacekeeping Operations. Nueva York (USA), p. 7. Véase esto en: <http://www.un.org/en/peacekeeping/sites/police/documents/formed_police_unit_policy_032010.pdf>. (Consultado el 26 de febrero de 2011, 10:00 h.).

o prohibiciones que imponen a sus destinatarios. Estas diez clases hacen alusión a criterios muy heterogéneos, tales como el grado de hostilidad demostrada por el sospechoso («Tipo I»); la demostración de fuerza que deben realizar las tropas, antes de recurrir a la fuerza letal, mediante el empleo de advertencia verbal, de defensas o incluso mediante disparos de advertencia («Tipo II»); las ROE relativas a la protección de la propiedad y de ciudadanos extranjeros, aparte de las relativas a la protección de las fuerzas y ciudadanos de los Estados Unidos («Tipo III»); las relativas al estado de alerta y al control de los sistemas de defensa antiaérea, las cuales ofrecen criterios para interpretar cuándo pueden recurrir a la fuerza ante una amenaza y las dirigidas a las fuerzas terrestres en igual sentido («Tipo IV»); las que especifican qué tropas deben ir armadas, las clases de armamento que deben portar y la munición que debe emplearse («Tipo V»); las que establecen los mandos facultados para autorizar el uso de determinados sistemas de armas («Tipo VI»); las que exigen que el blanco u objetivo deba ser identificado por uno o más medios humanos o electrónicos («Tipo VII»); las que establecen zonas geográficas o territoriales donde las tropas no deben abrir fuego («Tipo VIII»); las que limitan el número de tropas que pueden operar en determinada zona geográfica o territorial («Tipo IX»), y las que prohíben seleccionar como objetivo determinadas personas o instalaciones («Tipo X») ³⁰⁷. Esta clasificación es la que el estadounidense Martins denomina como «funcional» ³⁰⁸.

d. Las ROE de conducta y las ROE de estado

Esta clasificación es la que consideramos más interesante y guarda estrecha relación con los criterios que deben seguirse en aras a determinar cuándo se encuentran las tropas ante una amenaza o acto de hostilidad y, por consiguiente, cuándo se encuentran legitimadas para abrir fuego o intervenir y cuándo se encuentran ante un objetivo calificado o designado como objetivo militar que puede ser directamente abatido. Esto es tanto como distinguir entre las ROE que pueden ser de aplicación en tiempo de

³⁰⁷ Esta clasificación se incluía a título orientativo para los *judge advocates* en el *Field Manual 27-100 Legal Support to Operations* promulgado en 2000 y derogado, a su vez, por el *Field Manual 1-04 Legal Support to the Operational Army* de 2009. Este último incluye una clasificación similar, si bien no tan exhaustiva como el anterior, pero añadiendo el supuesto de aquellas ROE que establecen los criterios a seguir para la detención de personas, cómo deben ser estas tratadas y el lugar donde deben quedar depositadas (US DEPARTMENT OF THE ARMY, *op. cit.*, *supra* nota 323, pp. A-3 y A-4).

³⁰⁸ MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 30.

paz, las que nosotros sugerimos llamar «ROE de conducta», y las ROE aplicables en tiempo de guerra o por así decirlo también, «ROE de estado» (de la persona). En efecto, el estadounidense Grunawalt nos aporta, en su trabajo sobre las ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor de su país, claves interesantes para mantener cuanto decimos en función de los conceptos que maneja de legítima defensa de la unidad y de legítima defensa nacional³⁰⁹. De acuerdo con su exposición sobre dichas ROE existen dos conceptos básicos que operan como premisas para el uso de la fuerza. Uno es esencialmente defensivo, y consiste en el derecho que tiene el militar a la legítima defensa cuando se encuentre ante actos hostiles o demostraciones de acto hostil que obstaculizan o impiden el cumplimiento de la misión encomendada. En estos casos nos encontramos ante una serie de ROE que precisamente autorizan el uso de la fuerza pero solo en función a la conducta hostil que puedan guardar terceras personas, es decir, estaríamos ante una «ROE de conducta». Al mismo tiempo, podrán existir otras ROE que autoricen el uso de la fuerza cuando el militar se encuentre ante «elementos declarados como hostiles», en cuyo caso estaríamos ante unas «ROE de estado», porque permiten el uso de la fuerza directamente, sin necesidad de que por parte de dicho «elemento declarado hostil» se observe necesariamente conducta o comportamiento hostil alguno. Estas últimas son esencialmente ofensivas y estarían dirigidas principalmente a situaciones de guerra o conflicto armado en las que las fuerzas de los Estados Unidos –a juicio de dicho autor– se encuentran amparadas por el derecho a la legítima defensa reconocido por el Derecho y la práctica internacional. Existe otro estudio interesante sobre el impacto que en el desarrollo de las operaciones militares por las fuerzas de los Estados Unidos tanto en el interior como en el exterior pueden tener las «ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor»; se trata del artículo del estadounidense Sttaford al que ya hemos hecho referencia con anterioridad³¹⁰. Este artículo pone a las claras, entre otras, las diferencias existentes en materia del recurso a la legítima defensa entre las distintas jurisdicciones internas de los Estados Unidos y en relación a las jurisdicciones de otros países. La tesis central de este trabajo gira, siempre y en todo caso, en torno a la dualidad «ROE de conducta» y «ROE de estado». Otro autor que recurre también al análisis de las ROE en función de la dicotomía entre conducta y estado es el ya

³⁰⁹ GRUNAWALT, R. J. *Op. cit.*, *supra* nota 40.

³¹⁰ STTAFORD, W. A. *Op. cit.*, *supra* nota 53. Este autor utiliza como referencia las ROE permanentes de su país y se muestra crítico con el distinto alcance que a la legítima defensa se atribuye tanto en las jurisdicciones extranjeras en general como en las jurisdicciones particulares de cada estado de la Unión.

referido Martins, el cual define las segundas como «aquellas que permiten a las fuerzas de los Estados Unidos abrir fuego contra cualquier objetivo identificado como enemigo, sin perjuicio que dicho objetivo suponga una amenaza real o inminente»³¹¹. Hablaremos más sobre esto, no obstante, cuando analicemos la relación existente entre las ROE y el Derecho de la guerra en particular.

e. Las ROE tácticas, las ROE operacionales y las ROE estratégicas

Esta clasificación es la que sugiere el peruano Alva en el trabajo suyo del que ya hemos hablado³¹². Según su criterio, entre las ROE podemos distinguir las «Reglas para el soldado», las «Reglas de enfrentamiento táctico» y las «Reglas de enfrentamiento de carácter político». Las primeras son «aquellas dirigidas a las tropas, están expresadas en términos simples y que en su contexto se asemejan mucho a las reglas de comportamiento»³¹³. Las segundas son aquellas dirigidas «a un nivel de comando táctico, poseen un detalle técnico mayor y tratan de enfocarse en lo que es los actos e intenciones hostiles, en el uso o no de determinadas armas»³¹⁴. Por último, las «Reglas de enfrentamiento de carácter político» son aquellas dirigidas a los «comandos operacionales, que les permiten tomar decisiones sobre cómo planear las acciones y hasta qué punto involucrarse en el conflicto, o controlar el escalamiento del mismo»³¹⁵.

f. Las ROE durmientes y las ROE efectivas

Esta última clasificación es la que permite diferenciar entre aquellas ROE cuya aplicación se prevé en un futuro hipotético si bien no han sido declaradas expresamente efectivas o, por así decirlo, vigentes para una concreta operación, y aquellas otras que se encuentran en efecto. Suele ser una expresión comúnmente utilizada en la jerga OTAN. En efecto, la doctrina oficial de esa organización internacional distingue entre *Dormant ROE*, las cuales son «aquellas que han sido aprobadas y cuya eficacia se hace depen-

³¹¹ MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 27.

³¹² ALVA VILLAMÓN, S. J. *Op. cit.*, *supra* nota 361, pp. 54-5.

³¹³ *Id.*, p. 54.

³¹⁴ *Id.*, p. 55.

³¹⁵ *Id.*, p. 55.

der de un evento o contingencia hipotética»³¹⁶, y las ROE efectivas, esto es, aquellas no solo aprobadas sino sobre las cuales ha sido expedida, además, la correspondiente comunicación de cara a poder considerarlas en efecto o autorizadas. Estas últimas dan lugar a lo que se conoce en la jerga OTAN como ROEIMPL (del inglés *Implemented ROE* o *ROE Implementation*) ya sea para aludir tanto a las ROE en efecto autorizadas o en vigor, como al acto o comunicación que las declara en dicho estado³¹⁷.

También encontramos clasificación en parecidos términos en la doctrina oficial francesa a través de un manual ya citado con anterioridad³¹⁸, de las que se dice resultan particularmente idóneas para aquellas operaciones que tengan un alcance limitado. Asimismo, respecto de las *ROE dormantes* se advierte en el citado manual que tanto su carácter específicamente «durmiente» como las condiciones en virtud de las cuales han de ser autorizadas deberían recalcar en los distintos documentos en que se contienen³¹⁹.

g. Las ROE de paz, las ROE de guerra y las ROE de ejercicios

Esta clasificación es la que nos sugieren Bloom y Heintzelman³²⁰, la cual distingue las ROE en función de que sean aplicables en tiempo de paz, para unos ejercicios en concreto o en tiempo de guerra. Las primeras ofrecen generalmente pautas en torno al uso de la fuerza de conformidad con el Derecho internacional. Estas ROE tienen como denominador común el atribuir al comandante la responsabilidad de llevar a cabo cuantas acciones sean necesarias en méritos al derecho a la legítima defensa de la unidad, reservándose a la autoridad política nacional la determinación de los medios y acciones de respuesta adecuada frente a todo acto que pueda considerarse a estos efectos como hostil o como tentativa de acto hostil. Las ROE de guerra permiten un margen de actuación mucho más amplio, pero pueden imponer limitaciones en cuanto a los medios y los métodos de combate. Por último, las ROE promulgadas para unos ejercicios en particular son un híbrido entre unas y otras, ya que pueden contener pautas y orientaciones tanto para el escenario simulado del ejercicio como pautas y orientaciones

³¹⁶ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. Op. cit., *supra* nota 169, p. 256.

³¹⁷ *Id.*, p. 255.

³¹⁸ MINISTÈRE DE LA DÉFENSE. Op. cit., *supra* nota 228.

³¹⁹ *Id.*, p. 24.

³²⁰ BLOOM E. S., y HEINTZELMAN, H. L. (1994). «A Planning Primer: How to Provide Effective Legal Input into the War Planning and Combat Execution Process», *The Air Force Law Review*, vol. 37, pp. 5-24, pp. 17-8.

aplicables ante situaciones de amenaza real que puedan surgir durante el curso de las operaciones.

h. Las ROE restrictivas, las permisivas, las preferenciales, las definitivas y las «ROE3»

Desde una perspectiva radicalmente distinta a las anteriores, Evertsz, Ritter, Rusell y Sheperdson³²¹ nos ofrecen un estudio colectivo muy interesante centrado en las ROE y el comportamiento humano. Para estos autores la mezcla de factores jurídicos, militares y políticos que se encuentran implícitos en estas lleva a la necesidad que sean redactadas con mucha cautela a fin de que el solapamiento que se produce entre todos estos factores no acabe por poner en peligro la misión. Su tesis principal radica en que debido a la complejidad de los conflictos contemporáneos, a la formación frecuente de contingentes de tropas multinacionales y a la existencia de un enemigo no convencional el actual modelo de preparación y redacción según la doctrina oficial en los Estados Unidos de América resulta inadecuado. En su lugar, proponen la implantación de un sistema de evaluación y estudio de las ROE basado en ejercicios simulados por ordenador. Es lo que ellos denominan el sistema «ROE3» (*Rules of Engagement Evaluation Environment*) y es dentro de esta curiosa propuesta donde llegan a clasificar las ROE agrupándolas entre aquellas que restringen la capacidad de decisión del sujeto agente, las restrictivas; las que facilitan una respuesta rápida, las permisivas; las que permiten elegir una de entre varias alternativas posibles, las preferenciales, y, por último, las que sirven de orientación para el sujeto agente al contener la definición de aquellos conceptos incluidos en las ROE, las definitivas.

i. Las ROE normativas y las ROE instructivas

Desde otra perspectiva distinta también Martins recurre a la clasificación de las ROE entre aquellas que obedecen al «modelo normativo» y las que obedecen al «modelo instructivo». Para este autor el sistema

³²¹ EVERTSZ, R.; RITTER, F. E.; RUSSELL, S., y SHEPERDSON, D. (2007). «Modeling Rules of Engagement in Computer Generated Forces», proceedings of the *16th Conference on Behavior Representation in Modeling and Simulation*. University of Central Florida, Orlando (USA). Véase esto en el sitio: <<http://ritter.ist.psu.edu/papers/evertszRRS07.pdf>>. (Consultado el 27 de febrero de 2011, 11:14 h.).

actualmente vigente en las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos para instruir a las tropas en materia de las ROE está demasiado influenciado por las «ROE normativas», esto es, por explicar su contenido y alcance a las tropas tal como si se tratase de normas de carácter jurídico. Este modelo, según refiere, obedece a ciertos intereses preestablecidos y atribuye al jurista militar una función esencial, sin embargo, no es el idóneo para promover la iniciativa o imponer limitaciones a una fuerza militar. Las ROE, según el modelo normativo, son «leyes o, por así decirlo, textos escritos que las autoridades dictan, complementan y a su vez derogan; que los miembros del grupo sometido a control consultan, interpretan e incluso en ocasiones incumplen; y que otros funcionarios aplican, distinguen y en función a los cuales pueden llegar a fundamentar una acusación»³²². Sigue refiriendo este autor que las ROE promulgadas y difundidas según el modelo normativo «no resultan de mucha utilidad como orientación en aras a decidir cuándo, dónde y cómo hacer uso de la fuerza»³²³. Por el contrario, la difusión de las ROE según el modelo instructivo reside más en inculcar principios fácilmente memorizables y en fomentar la capacidad de juicio discrecional en situaciones de estrés, motivo que lleva a este autor a proponer su particular modelo de «ROE instructivas». Este autor tiene también otro trabajo posterior en el que abunda en su tesis sobre el modelo instructivo de enseñanza de las ROE comparando la aplicación de los modelos seguidos en las Fuerzas Armadas y en las fuerzas policiales de su país³²⁴.

III. LAS ROE Y EL DERECHO NACIONAL

III.1. A PROPÓSITO DE SU NATURALEZA JURÍDICA

Del mismo modo que de ordinario resulta fácil confundir una simple orden táctica con lo que pudiera constituir un precepto incluido en las ROE, también resulta fácil confundir las ROE en sí como conjunto de instrucciones relativas al uso de la fuerza, con lo que desde la órbita del Derecho pudiera ser una norma jurídica. Esto es consecuencia lógica y natural de cuanto venimos diciendo en relación a esa triple implicación política, jurídica y militar que las ROE tienen en todos estos ámbitos. A lo anterior añadamos, además, el distinto valor o relevancia jurídica –expresión esta

³²² MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 55.

³²³ *Id.*, p. 77.

³²⁴ MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 54.

última preferida por nosotros— que en cada derecho o jurisdicción nacional se atribuye a esta institución, cuestión que induce a más confusión incluso. De hecho, podría afirmarse que la ausencia de una doctrina uniforme y universal en torno a la cualificación jurídica de las ROE puede afectar no solo a la propia interoperabilidad de ejércitos aliados, sino llevar también a disfunciones que, en última instancia, podrían tener trágicos resultados. Por otro lado, examinando detenidamente los condicionantes jurídicos de cada país llegamos a situaciones un tanto paradójicas, como que las ROE surgieron en Occidente y sirven como instrumento de control del poder civil sobre las fuerzas armadas; en los regímenes autoritarios también sirven al mismo propósito pero con una finalidad radicalmente opuesta.

III.2. ¿DIRECTRIZ POLÍTICA, NORMA JURÍDICA U ORDEN MILITAR?

Como punto de partida volvamos a insistir en la relación que existe entre las ROE y la tríada formada por la política, el Derecho y las armas. ¿Estamos ante una directriz política, una norma jurídica o una orden militar? La respuesta ofrece tantas alternativas como concepciones normativas y doctrinales sean posibles, lo cual lleva a su vez a todo un mosaico de opciones reflejo de las distintas soluciones prácticas aplicadas en cada país. Lo anterior no es baladí, es la interacción entre todos estos condicionantes de la que nos hablan Evertsz, Ritter, Rusell y Sheperdson, la cual en determinadas situaciones puede incluso llevar al fratricidio³²⁵. Esta confusión se traduce en incertidumbre de todos los operadores jurídicos, políticos y militares llamados a intervenir en el proceso de gestación y aplicación de las ROE. Así ocurre que «en algunos países las ROE son solo orientaciones de carácter político, sin apenas eficacia jurídica alguna, mientras que en otros constituyen órdenes cuyo incumplimiento acarrea la misma responsabilidad que el de cualquier otra orden»³²⁶. La naturaleza pretendidamente jurídica —por eso señalábamos antes «relevancia jurídica»— de las ROE está, de hecho, determinada por la función de control jurídico, político y militar que están llamadas a cumplir. Por esta razón no resulta ocioso afirmar, en el área estrictamente dialéctica al menos, que es precisamente por su carácter netamente instrumental por lo que las ROE no constituyen de por sí una norma jurídica autónoma dotada de la eficacia y el alcance propios de

³²⁵ EVERTSZ, R.; RITTER, F. E.; RUSSELL, S., y SHEPERDSON, D. *Op. cit.*, *supra* nota 400, p. 1.

³²⁶ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 169, p. 257.

una norma de esa naturaleza. Se trata, por decirlo de otro modo, de reglas o pautas que son reflejo de una serie de consideraciones legales, políticas y militares destinadas a ser observadas en el curso de una operación militar. A mayor abundamiento, al no tratarse de una norma jurídica *strictu sensu* la forma que puedan adoptar a través de órdenes verbales, órdenes escritas y permanentes, mediante anexo a un plan de operaciones, etc., entendemos que resulta insignificante. De hecho, unas ROE podrían revestir simultáneamente todas esas formas, ya que en el ámbito estratégico podrían adoptar la forma de instrucciones que la autoridad política imparte a la militar; en el operacional podrían adoptar la forma de un anexo al plan general de la operación; en el táctico la de un extracto del mencionado plan y, por último, en el del soldado individual la de una tarjeta a modo de decálogo o bien incluso la forma verbal³²⁷. Lo anterior resulta confirmado, además, por el simple hecho que la existencia de unas ROE no es ni requisito ni presupuesto previo para garantizar la legitimidad de una operación militar. Ello es así porque ni el Derecho de la guerra ni el Derecho español al menos exigen en modo alguno la promulgación de unas ROE como condición indispensable para garantizar, ya sea la legalidad de una operación militar –en el sentido del *ius ad bellum*–, o la legitimidad respecto al uso que se haga de la fuerza –en el sentido del *ius in bello*–. Antes al contrario, podría suceder incluso que las partes en un conflicto armado estén actuando legítimamente siempre que respeten las normas y principios del Derecho de la guerra, sin necesidad de ajustar su conducta a unas ROE en particular. También puede ocurrir, por ejemplo, que las tropas desplegadas en cumplimiento de un mandato de las Naciones Unidas actúen legítimamente siempre que lo hagan dentro de los límites establecidos en el citado mandato. Lo que sí resulta importante destacar es que, aun y con todo, las ROE sí permiten garantizar la vigencia de los principios y preceptos del Derecho de la guerra o del Derecho interno español siempre que estos sean tenidos en cuenta a la hora de su formulación –he ahí la principal aportación del jurista–, permitiendo de este modo su cristalización y delimitación respecto a una operación o misión en particular.

Llegados a este punto cabe formular los siguientes interrogantes: ¿Cuáles es, por consiguiente, la relevancia jurídica de las ROE? ¿Podrían las ROE ser utilizadas como argumento de descargo frente a una imputación penal o disciplinaria?

La respuesta ofrece tantas alternativas como concepciones nacionales e internacionales existen en torno a las ROE. La doctrina oficial de la OTAN

³²⁷ MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 22.

parece referir esto a cuanto disponen las jurisdicciones nacionales al plantear y resolver la cuestión del siguiente modo: «¿Puede el personal militar utilizar las ROE como defensa? Si las ROE se formulan de acuerdo con el Derecho internacional y nacional: ¿sirven esas ROE al soldado como defensa ante la imputación de un hecho ilícito? De nuevo, depende. En el contexto de la OTAN, las ROE son autorizadas por el Consejo del Atlántico Norte, es decir, por el órgano con el mayor poder de decisión. Esto implica que la cadena de mando se ha involucrado y ha asumido la responsabilidad de diseminarlas (difundirlas) asegurándose que son entendidas y ha solicitado aclaraciones o modificaciones según el caso. También asume la responsabilidad de asegurar su cumplimiento y determinar las incompatibilidades. En este contexto, las ROE son relevantes en cuanto a ilicitud, pero probablemente no resultarían concluyentes»³²⁸.

III.3. LAS ROE Y LA CUESTIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS

Veamos a continuación qué dicen algunas jurisdicciones nacionales o la doctrina particular u oficial al respecto³²⁹.

a. España y otros países europeos

Aquí, en nuestra patria, nos sirve de principal apoyo la aportación de Alía Plana a través de su estudio, ya citado³³⁰, el cual se ha encargado de hacernos llegar como en una visión caleidoscópica el alcance jurídico de las ROE desde todas las perspectivas posibles. Para este autor las ROE tienen su principal referencia en el Derecho español en el artículo 4.1, regla

³²⁸ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 169, pp. 257-8.

³²⁹ Nota del autor: Se trata de consideraciones generales con ánimo exclusivamente de poner en relieve algunos aspectos de las ROE que consideramos de interés en distintos países o agrupaciones de estos, deteniéndonos más en aquellos supuestos donde exista una mayor ambigüedad. Naturalmente, lo que pueda ser válido en algunos no tiene por qué serlo, dialécticamente hablando, en otros, ya que no siempre estamos ante estados de derecho homologables entre sí y en cuyo seno las Fuerzas Armadas están constitucionalmente subordinadas al poder civil. Sin embargo, resulta curioso comprobar cómo las ROE, en tanto que herramienta de control del uso de la fuerza, pueden ser de utilidad paradójicamente tanto en aquellos regímenes donde las fuerzas armadas están subordinadas a la autoridad civil como en aquellos otros donde, por la razón que sea, el Estado precisa controlar jurídica, política y militarmente el uso que se haga de esta, por muy distintos que los fines sean.

³³⁰ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

sexta, de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, la cual establece, dentro del contexto más amplio de las reglas de comportamiento –concepto este del que hablaremos más adelante también–, que: «(...) En el empleo legítimo de la fuerza, hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las Reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe.» Asimismo, las vigentes Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, previenen en cuanto al manejo y uso de las armas o de la fuerza (arts. 42, 84 y 94) estar siempre a lo que se disponga, respectivamente, en «la normativa vigente, órdenes recibidas y Reglas de enfrentamiento» o en «las Reglas de enfrentamiento establecidas para la operación», así como tener conocimiento y cumplir «las Reglas de enfrentamiento» en orden a hacer frente a las circunstancias cambiantes en cada momento durante el desempeño de misiones de paz. Ya hemos dicho con anterioridad que las ROE emanan generalmente de la autoridad política, afirmación que nos sirve ahora para señalar que en España el artículo 97 de la Constitución Española establece que el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado, si bien siempre dentro del control que las Cortes Generales ejercen sobre el Ejecutivo de conformidad con los artículos 108 a 116 de la Constitución. A mayor abundamiento, la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, atribuye al Gobierno determinar «la política de defensa y asegurar su ejecución, así como dirigir la Administración militar y acordar la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional» (art. 5); y al presidente del Gobierno, en particular y entre otros cometidos, la «dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza» (art. 6). Esta sería la fundamentación administrativa y constitucional de las ROE en el ordenamiento español y los órganos citados los que constituyen el núcleo esencial del concepto de autoridad política de la que podrían emanar las ROE para una operación. Habría que dejar a salvo también las posibles delegaciones en favor de otras autoridades políticas o militares que pudieran preverse por lo que respecta a la facultad específica de dictar un conjunto de ROE adicionales, de un lado, o bien de autorizar la entrada en efecto de aquellas otras que habiendo sido aprobadas se encontrasen, no obstante, pendientes de aplicación ante una eventualidad concreta o, por así decirlo, «durmientes». Esto último entendemos que podría tener lugar de ordinario a través de las técnicas de delegación de competencias del artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En cuanto a su caracterización jurídica debe añadirse a todo lo anterior que las ROE, cuando consisten en una prohibición o limitación expresa en relación al uso de la fuerza, pudieran tener cabida en el concepto de orden establecido en el artículo 45 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, ya que estas constituyen «mandatos relativos al servicio» que un militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le corresponden, «para que lleve a cabo u omita una actuación concreta», así como también guardan relación con el deber del militar de «atender los requerimientos que recibe de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento.» Por consiguiente, el incumplimiento de las pautas y prescripciones contenidas en las ROE puede generar del mismo modo responsabilidades para el militar español que pueden ser tanto de orden penal como disciplinario. A efectos penales, las ROE tendrían cabida en el concepto de orden previsto en el artículo 19 del vigente Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre), ya que nos encontramos ante un «mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta», cuyo incumplimiento, dependiendo siempre del contenido –sobre uso de la fuerza, sobre empleo de ciertas armas, sobre trato a las personas o los bienes– y del posible carácter clasificado de las ROE aplicables, pudiera ser constitutivo de otras tantas figuras delictivas, tales como revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional³³¹, contra las leyes y usos de la guerra³³², sedición³³³,

³³¹ Art. 53 del Código Penal Militar: «El militar que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organismo internacional, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente clasificada relativa a la seguridad nacional o defensa nacional, a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o relativa a industrias de interés militar, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión»; art. 56 del Código Penal Militar: «El militar que, por razón de su cargo, comisión o servicio, tuviere en su poder o conociera oficialmente documentos, objetos o información legalmente clasificada o relativa a la seguridad o defensa nacional, y por imprudencia diera lugar a que sea conocida por persona no autorizada o fuera divulgada, publicada o inutilizada, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión».

³³² Art. 70 del Código Penal Militar: «El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos, será castigado con la pena de prisión de tres a diez años. En los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión»; así como cualesquiera otras conductas contra las leyes y usos de la guerra previstas en esta sede específica del código.

³³³ Art. 91 del Código Penal Militar: «Los militares que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más que, sin llegar a este número, constituyan al menos la mitad de una fuerza, dotación o tripulación, rehusaren obedecer las órdenes legítimas recibidas, incumplieren los demás deberes del servicio (...) serán castigados con la pena de

desobediencia³³⁴, cobardía³³⁵, extralimitación en el ejercicio del mando³³⁶, o contra la eficacia en el servicio³³⁷. Del mismo modo, el incumplimiento o inobservancia de cuanto puedan limitar o prohibir unas ROE podrá dar lugar, en su caso, a responsabilidad de carácter disciplinario a través de conductas tales como las previstas en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, a título tanto de falta leve³³⁸ como de falta grave³³⁹. Sin embargo, que las ROE puedan ser calificadas como una «orden» militar no quiere decir que el militar tenga necesariamente que hacer uso de la fuerza indiscriminadamente cuando se encuentre actuando amparado por las ROE. Antes al contrario, ya ha quedado dicho que de acuerdo con la doctrina oficial española estas «ni asignan cometidos ni dan instrucciones tácticas»³⁴⁰. Entendemos además que cuando el contenido de las ROE consista en autorizaciones relativas al uso de la fuerza, estas

uno a diez años de prisión, cuando se trate de los meros ejecutores, y con la de dos a quince cuando se trate de los promotores, del cabecilla que se ponga al frente de la sedición y, en todos los casos, si se trata de oficiales o de suboficiales».

³³⁴ Art. 102 del Código Penal Militar: «El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio que le corresponde será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión».

³³⁵ Art. 111 del Código Penal Militar: «El militar que entregare, rindiere o abandonar al enemigo, rebeldes o sediciosos, plaza, establecimiento, instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza a sus órdenes u otras recursos humanos o materiales de guerra o combate, sin haber agotado el empleo de los medios de defensa que exijan los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas, será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión».

³³⁶ Art. 139 del Código Penal Militar: «El militar que, en el ejercicio de sus funciones y sin causa justificada, empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias para la ejecución de un acto de servicio que deba realizar, u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión».

³³⁷ Art. 159 del Código Penal Militar: «El militar que se extralimite en la ejecución de un acto de servicio de armas reglamentariamente ordenado, será castigado con la pena de doce a veinticinco años de prisión si causare muerte; con la pena de cinco a quince años de prisión si causare lesiones muy graves, y con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión si produjere cualquier otro tipo de lesiones o daños».

³³⁸ Art. 7.2 de la Ley Disciplinaria: «La inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior»; art. 7.4 *id.*: «La inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones de un servicio de armas o guardia de seguridad»; art. 7.30 *id.*: «El trato incorrecto con la población civil en el desempeño de funciones militares».

³³⁹ Art. 8.1 de la Ley Disciplinaria: «Dejar de observar por negligencia y en tiempo de paz una orden recibida, causando daño o riesgo para el servicio»; art. 8.6 *id.*: «Incumplir las obligaciones del centinela o de otro servicio de armas, transmisiones o guardia de seguridad, en tiempo de paz, siempre que no se causare grave daño para el servicio»; Art. 8.11 *id.*: «Divulgar información que pueda afectar a la debida protección de la seguridad o de la defensa nacional o publicar datos que sólo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas, cuando no constituya delito».

³⁴⁰ EJÉRCITO DE TIERRA. *Op. cit., supra* nota 60, p. 181.

podrían tener cabida en el más amplio concepto de «instrucciones u órdenes del servicio» propio del artículo 21.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³⁴¹, o en el de los «requerimientos» previstos en el artículo 45 *in fine* de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas³⁴² o, en última instancia, en su propio «sentido de la responsabilidad e iniciativa»³⁴³. La cuestión no resulta superflua, pues a efectos de una posible exoneración de responsabilidad penal –o *mutatis mutandis* disciplinaria– del militar español que ha ajustado su conducta a las ROE aplicables podríamos estar tanto ante la obediencia debida a una orden legítima (cuando se produce un ilícito penal por acatar las limitaciones o prohibiciones impuestas por estas) como ante el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (cuando dicho ilícito tiene lugar en virtud a lo expresamente autorizado en las mismas). En el primero de los casos el militar actúa en cumplimiento de una orden recibida y en el segundo estimamos que dentro de las autorizaciones que le han sido concedidas para el desempeño de sus deberes y obligaciones, lo cual en ambos supuestos tendría la virtualidad de excluir la antijuridicidad de su conducta. También, llegado el caso, es criterio de Fernández-Tresguerres que las ROE podrían amparar la conducta del militar español en concepto de eximente de legítima defensa o estado de necesidad³⁴⁴ y siempre que, dadas las circunstancias, el militar español no tenga el deber jurídicamente exigible de sacrificarse o de superar el miedo o temor a un mal igual o mayor, razón por la cual las ROE, las de paz fundamentalmente, suelen dejar siempre a salvo este derecho a la legítima defensa. Ahora bien, sea en uno u otro caso, excusa decir, siguiendo en esto a Alía Plana, que las ROE por sí solas «carecen de

³⁴¹ Art. 21.1 de la LRJAP-PAC: «Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes del servicio. Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones u órdenes del servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda».

³⁴² Art. 45 «*in fine*» de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: «(...) También deberá atender los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento».

³⁴³ Art. 47 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: «En el cumplimiento de las órdenes debe esforzarse en ser fiel a los propósitos del mando, con responsabilidad y espíritu de iniciativa. Ante lo imprevisto, tomará una decisión coherente con aquellos propósitos y con la unidad de doctrina».

³⁴⁴ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES HERNÁNDEZ, J. A. *Op. cit.* (XV Congreso..., p. 223), *supra* nota 72. Por su parte, el artículo 4.1 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar impone al militar el deber de entregar la vida cuando fuera necesario en la defensa de España, y tanto los artículos 107 a 114 del Código Penal Militar como el artículo 8.3 de la Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas castigan diversas formas de miedo o cobardía.

rango ni valor normativo independiente, ni en el Derecho internacional, ni en el Derecho interno español»³⁴⁵. Por consiguiente, únicamente pueden servir al operador jurídico como término de referencia en aras a determinar en qué circunstancias el uso de la fuerza, los medios empleados o el trato dispensado a las personas o a los objetos en una operación militar se ajustan o no a Derecho. Entendemos que solo son eso, un término operativo de referencia más que, en todo caso, habría de ser ponderado –tal y como señala el artículo 42 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas– con la «normativa vigente y las órdenes recibidas». Como afirma, de nuevo, Fernández-Tresguerres las ROE «no son instrumentos de naturaleza jurídica, sino operativos (...)»³⁴⁶. Ello sin perjuicio de que, a la inversa, las ROE puedan contravenir lo dispuesto en las normas del Derecho interno español o del Derecho internacional, en cuyo caso entraríamos ya ante la compleja cuestión del alcance y contenido del deber de obediencia del militar ante las ROE, asuntos propios de la ética jurídico militar que abordamos más adelante.

Por lo que se refiere a Portugal, Silva Carreira nos aporta datos que consideramos de interés en torno al concepto de ROE en ese país. Para este autor las ROE constituyen «uno de los medios para el ejercicio del control político y militar del uso de la fuerza, de la amenaza del uso de dicha fuerza o de las actividades relacionadas con su uso»³⁴⁷. Este autor considera que las ROE tienen «carácter instrumental y no exclusivo, dado que son un medio y no un fin en sí mismas, además no agotan todos los aspectos relativos al control de la fuerza militar, pues no tienen por objeto asignar cometidos, ni imponen instrucciones tácticas, ni establecen limitaciones al uso de ciertos medios cuyo empleo se desprende de su propia naturaleza»³⁴⁸. De acuerdo con este autor, la definición oficial portuguesa³⁴⁹ únicamente difiere de la oficial de la OTAN³⁵⁰ en que sustituye la expresión «incluidos

³⁴⁵ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

³⁴⁶ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES HERNÁNDEZ, J. A. *Op. cit.* (*XV Congreso...*, p. 218), *supra* nota 72.

³⁴⁷ SILVA CARREIRA, J. M. (2004). «O Direito Humanitário, as Regras de Empenhamento e a Condução das Operações Militares», *Cadernos Navais*, n.º 11, Outubro-Dezembro, pp. 3-64, p. 46.

³⁴⁸ *Id.*, p. 47.

³⁴⁹ IOA 105 «Regras de Empenhamento para a Fiscalização dos Espaços Marítimos sob Jurisdição Nacional». Véase esto en: <<http://ema.marinha.pt/PT/atividade/doutrina/publicacoes/Pages/IOA.aspx>>. (Consultado el 27 de febrero de 2011, 23:02 h.).

³⁵⁰ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 347 (*Manual MC 362/1, NATO Rules of Engagement*), donde se definen como «directivas dirigidas a las fuerzas militares (incluidos los individuos) que definen las circunstancias, condiciones, grado y manera en que la fuerza o aquellas acciones que pudieran ser consideradas como provocativas puede utilizarse».

los individuos» por la de «incluyendo elementos aislados». La cuestión no le resulta ociosa por cuanto que —como bien razona— suscita el problema de determinar quiénes son sus destinatarios últimos, considerando que estos «son, antes que nada, aquellos comandantes cuyas decisiones en el ámbito de la operación puedan tener repercusiones políticas y estén a nivel estratégico, operacional o táctico. Para el resto de los militares que actúan individualmente en el plano táctico el contenido de las ROE debe, preferentemente, ser traducido en órdenes [generales], instrucciones o en órdenes individuales y concretas»³⁵¹. Desde luego, no le falta razón, precisamente el valor de las ROE adquiere verdadera carta de naturaleza en aquellas situaciones de aislamiento en que pueden encontrarse las unidades navales o las unidades de Operaciones Especiales. Como ya quedó dicho en otro lugar, esta fue precisamente la circunstancia que llevó a su creación³⁵². A mayor abundamiento, incluso nos parece más acertada la fórmula portuguesa «incluyendo elementos aislados» que aquella utilizada por la OTAN —y que acabamos de ver— o aquella utilizada en el ámbito de la Unión Europea³⁵³. Añade a todo lo anterior Silva Carreira que las ROE en Portugal equivalen, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, a «un mandato jerárquico normativo, por ejemplo unas instrucciones. Así lo entendió el tribunal [que conoció el] caso del NRP Azor, al considerar que las ROE para la fiscalización de la pesca, emitidas por el almirante jefe del Estado Mayor de la Armada, son la referencia que el comandante del buque sigue como instrucciones dadas legítimamente por su superior jerárquico»; «(...) En cuanto al órgano del que proceden, las ROE cuyos destinatarios sean fuerzas y unidades nacionales podrán emanar del Gobierno o de las autoridades militares portuguesas, así como de los órganos políticos y militares de las alianzas. (...) En el territorio nacional tendrán la mayoría de las veces naturaleza de instrucciones de las autoridades militares o del Gobierno actuando como órgano superior de la Administración. En otros casos podrán ser consideradas como orientaciones políticas del Gobierno. Las emanadas de las alianzas no tendrán carácter jurídico. Unas [veces] tendrán naturaleza política y otras naturaleza técnico-militar. Concluimos así que las ROE tienen naturaleza heterogénea, exigiendo cada caso concreto la determinación de su naturaleza»³⁵⁴.

En Francia es, desde luego, Martineau el autor que aborda la naturaleza de las ROE o *regles d'engagement* al afirmar que estas, al sintetizar

³⁵¹ SILVA CARREIRA, J. M. *Op. cit.*, *supra* nota 426, p. 47.

³⁵² Véase esta hipótesis, por ejemplo, en PHILLIPS, G. R. *Op. cit.*, *supra* nota 58.

³⁵³ EUROPEAN UNION MILITARY COMMITTEE. *Op. cit.*, *supra* nota 348.

³⁵⁴ SILVA CARREIRA, J. M. *Op. cit.*, *supra* nota 426, p. 51.

factores políticos, militares y jurídicos, son «una fuente de confusión en torno al valor de tales reglas. Sería un error creer que por el hecho de que las ROE respeten el Derecho internacional y el nacional eso les haga adquirir automáticamente [ese] valor. Las Reglas de enfrentamiento deben ser consideradas como órdenes del comandante o, por decirlo en términos penales, de ‘la autoridad legítima’. En operaciones en el exterior la fuerza es, en efecto, utilizada al amparo de la orden de una autoridad legítima, es decir, de una autoridad pública competente»³⁵⁵. Respecto a su concreto alcance penal, este autor refiere que «el artículo 122-4 del Código Penal establece como causa de exoneración de la responsabilidad penal la obediencia a una orden [que] no [sea] manifiestamente ilegal [impartida por] la autoridad legítima. En la medida en que el acto prescrito por las Reglas de enfrentamiento no sea manifiestamente ilegal, quien lo ejecute quedará exonerado de responsabilidad penal. La responsabilidad pasará al redactor de esas reglas. El respeto a las Reglas de enfrentamiento por los subordinados contribuye de esta manera a su seguridad jurídica»³⁵⁶.

En Italia el debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de las ROE o *regole d'ingaggio* parece no estar exento de polémica. Afirman Ortolani y Zamponi que la doctrina «se encuentra dividida entre quienes las consideran asimilables a un acto de naturaleza administrativa y quienes las consideran una fuente del Derecho equiparable a la ley. Quienes defienden la primera tesis subrayan que las ROE son equiparables a la consigna que un superior jerárquico imparte a un subordinado y como tal [consigna] puede, incluso, tener naturaleza reservada; en la doctrina es lo que ha venido a denominarse ‘acto administrativo de cobertura política’. Quienes les atribuyen naturaleza normativa lo hacen basándose en los poderes normativos atribuidos al organismo internacional de las que emanan, lo cual exige un acto posterior de trasposición al ordenamiento interno de cada Estado a través del Parlamento. Quienes suscriben son de la opinión que las ROE poseen un rango sublegislativo porque la práctica de aprobación parlamentaria no se ha seguido en todas las misiones militares y porque la aprobación, en todo caso, no ha tenido forma de ley, sino de resolución parlamentaria»³⁵⁷. Pierini ha abordado el problema desde la perspectiva

³⁵⁵ MARTINEAU, F. *Op. cit.*, *supra* nota 96, p. 20.

³⁵⁶ *Id.*, p. 20.

³⁵⁷ ORTOLANI, P. M., y ZAMPONI F. (2010). «La Rilevanza Penale delle Regole d'Ingaggio, Informazioni della Difesa», *Periodico dello Stato Maggiore della Difesa*, n.º 4, pp. 22-31, p. 25. Véase esto en el sitio: <<http://www.difesa.it/backoffice/upload/allegati/2010/%7B92F8176F-09EB-4490-9BAF-C93824E60225%7D.pdf>>. (Consultado el 28 de febrero de 2011, 07:59 h.).

penal y llega a conclusiones muy interesantes en torno a la naturaleza jurídica de este instituto, del que tiene serias dudas no solo en cuanto a su carácter normativo, sino, incluso, en cuanto a su consideración como posible eximente que avale o justifique haber obrado en cumplimiento del deber. A estos efectos manifiesta que en su país las ROE nacionales «son aprobadas por el Ministro de Defensa y su aplicación se delega en los comandantes militares a nivel operacional, de ahí la tendencia a calificar dichas reglas como ‘acto político’. En ocasiones se busca la cobertura política presentándolas ante las comisiones parlamentarias correspondientes para [obtener] lo que es una autorización de carácter no legislativo. (...) Calificarlas de ‘acto político’ es una equivocación, desde nuestro punto de vista, cuando dicha aprobación corre a cargo del Ministro de Defensa porque [este] no está autorizado para dictar actos políticos sino para aplicar las decisiones políticas que adopte el Gobierno. Trasladar esta competencia del Ministro de Defensa (que representa el denominado nivel político-militar) al Gobierno (que representa el denominado nivel político-estratégico) permitiría calificar las ROE como ‘acto político’ y al mismo tiempo evitaría que fueran calificadas como ‘orden militar’, puesto que no procederían de un órgano (el Gobierno) dotado de poder jerárquico estrictamente militar»³⁵⁸. Este autor añade también que la «cuestión en torno a si las ROE constituyen o no [el argumento válido de] una causa de justificación penal es una cuestión retórica, ya que la respuesta negativa es más que obvia en la mayoría de los sistemas jurídicos (...) en el sistema penal italiano (...) las ROE han sido calificadas como causa de justificación atípica o ‘no normativa’ y como tales sin relevancia en orden a evitar que el sujeto incurra en responsabilidad criminal por infringir la ley [cuando actúa] en cumplimiento del deber y de las ROE»³⁵⁹. Nótese no obstante, al hilo de todo esto, que Pierini formulaba estas consideraciones en el *XV Congreso de la Asociación Internacional de Defensa Social* celebrado en 2007 y que posteriormente, en enero de 2010, habría de entrar en vigor en su país la Ley 197/2009, de conversión y modificación del Decreto Ley 152, de 4 de noviembre de 2009, en cuyo art. 4 se establece que «no será punible [la conducta del] militar que en el curso de la misión (...) de conformidad con las directivas, las Reglas de enfrentamiento y las órdenes legítimas recibidas haga uso u ordene hacer uso de las armas, de la fuerza o de cualquier otro medio de coacción física por necesidades derivadas de la operación militar. (...) Cuando en ejecución de tales actos se excediese culposamente de los

³⁵⁸ PIERINI, J. P. *Op. cit.*, *supra* nota 129, p. 136 (nota a pie 27).

³⁵⁹ *Id.*, p. 137.

límites establecidos por la ley, las directivas, las Reglas de enfrentamiento, las órdenes legítimas recibidas o las necesidades derivadas de la operación militar, le serán aplicadas las disposiciones establecidas en la ley en relación al delito culposo si los hechos estuvieren previstos como delito culposo»³⁶⁰. De lo anterior se desprende que, de hecho, haber actuado de conformidad con las ROE tiene la consideración penal de posible causa de justificación para el militar italiano³⁶¹. Por lo que se refiere a las ROE que pudieran tener su origen en organismos internacionales como la OTAN, la Unión Europea o las Naciones Unidas, Tondini también ha formulado consideraciones que juzgamos interesantes al destacar que las ROE, en general, tienen «el valor de directiva y de fuerza jurídica reglamentaria, emanada directamente del nivel político-militar. Como tal, las ROE están subordinadas a otras fuentes del Derecho interno de valor superior, es decir, a la ley y a los actos que tengan fuerza de ley, a la Constitución y a los altos principios constitucionales»³⁶². Continúa afirmando en otro trabajo suyo que en «la práctica italiana las Reglas de enfrentamiento han sido presentadas a veces ante el Parlamento para su aprobación preventiva, junto con el mandato de la misión y la ley que asegura la cobertura económica y financiera. Tal práctica debe entenderse como indicativa exclusivamente de la voluntad del Ejecutivo de legitimar ampliamente la acción militar, permitiendo su escrutinio parlamentario con objeto además de garantizar el apoyo con cargo a los fondos presupuestarios y de asegurar que las Fuerzas Armadas actúan con completa legitimidad dentro de un marco jurídico en ocasiones deficiente, constituyendo de hecho [las ROE] ‘el único instrumento para autorizar el uso de la fuerza en tiempo de paz o en *situaciones de crisis*’»³⁶³. En cuanto a la posible consideración de las ROE como argumento admisible en aras a poder apreciar una posible causa de exención de la responsabilidad penal basada en el cumplimiento del deber, para Tondini no existen dudas en cuanto a su carácter de acto administrativo al afirmar en otro lado que «la reciente introducción en el art. 4 de la Ley 197/2009 [de la que acabamos de hablar más arriba] de una eximente expresa para el

³⁶⁰ ORTOLANI, P. M., y ZAMPONI F. *Op. cit.*, *supra* nota 436, p. 23.

³⁶¹ *Id.*, p. 23.

³⁶² TONDINI, M. (2005). «Regole d’ingaggio e diritto all’autodifesa. Riflessioni e suggerimenti», *Rassegna dell’Arma*, n. 1, gennaio-marzo. Véase la edición electrónica en el sitio: <http://www.carabinieri.it/Internet/Editoria/Rassegna+Arma/2005/1/Studi/01_Matteo+Tondini.htm#4>. (Consultado el 28 de febrero de 2011, 23:45 h.).

³⁶³ TONDINI, M. (2005). «Regole d’ingaggio e uso della forza in mare», *Rivista Marittima*, vol. 138, n.º 3, pp. 57-68, pp. 59-60. Véase esto en el sitio: <http://www.imtlucca.it/_documents/publications/000334-S2DKW-ingaggio_in_mare.pdf>. (Consultado el 28 de febrero de 2011, 23:59 h.).

militar que ‘de conformidad con las directivas, las Reglas de enfrentamiento y las órdenes legítimamente recibidas haga uso, u ordene hacer uso, de las armas, de la fuerza o de cualquier otro medio de coacción física por necesidades derivadas de la operación militar’ (...) [supone la introducción] de un acto administrativo para determinar, subrepticamente, el objeto de la norma penal, abriendo la puerta a un verdadero y genuino ‘derecho penal administrativo’. De esta manera, las directivas y las reglas [de enfrentamiento] se convierten de hecho en [marco de] referencia jurisdiccional de legalidad en virtud a la cual se enjuiciará la conducta del militar no sobre la base de la ley, sino de un mero acto administrativo situado ‘ex lege’ aunque en todo caso ‘legítimo’»³⁶⁴. En fin, para D’Angelo la pregunta que cabe hacerse es «si las ROE pueden o no permitir un uso de la fuerza ‘elástico’ [entrecomillado en el original] respecto a aquello consentido por la norma penal en materia de uso legítimo de las armas o de la defensa individual, lo cual lleva a plantearse la cuestión de si estas son una fuente normativa que pueda derogar la ley o si, por el contrario, se trata de una fuente subordinada a la misma; pareciendo mayoritaria la segunda opción, configurándose las ROE como un acto administrativo ordinario [de tipo] jerárquico»³⁶⁵. Strampelli, sin adoptar una posición personal al respecto, alerta sobre la problemática derivada del nuevo escenario al que tienen que enfrentarse las Fuerzas Armadas italianas en el exterior, en las que las ROE son una fuente normativa «anómala» –entrecomillado en el original– cuya polémica naturaleza jurídica pone en entredicho la aplicabilidad de las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal presentes en la legislación penal común y militar de su país³⁶⁶. En parecidos términos se pronuncia Manacorda, para el que a efectos penales las ROE presentan «una

³⁶⁴ TONDINI, M. (2010). «La nuova disciplina delle missioni militari italiane all'estero: una questione di coerenza». Existe una versión electrónica en el sitio: <http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0186_tondini.pdf>. (Consultado el 1 de marzo de 2011, 07:43 h.).

³⁶⁵ D'ANGELO, L. (2004). «L'efficacia 'esimente' delle regole di ingaggio (ROE) nelle missioni militari internazionali ed il loro rapporto con le cause di non punibilità codificate nella legislazione penale comune e militare». Existe una versión electrónica en el sitio: <<http://www.diritto.it/articoli/dangelo.html>>. (Consultado el 1 de marzo de 2011, 08:23 h.).

³⁶⁶ STRAMPELLI, M. (2006). «Regole di ingaggio delle missioni militari all'estero e profili problematici in ordine all'applicabilità delle cause di non punibilità del codice penale comune e militare», *Giustizia Militare*, Bimestrale di Diritto e Procedura Penale Militare, vol. 1-2-3, giugno. Existe una versión electrónica en el sitio: <<http://www.difesa.it/Templates/Structured/detail.aspx?NRMODE=Published&NRNODEGUID={D097CD2-CAE1-44AA-A66E-5FDE6CA3901C}&NRORIGINALURL=%2FGiustiziaMilitare%2FRassegnaGM%2FBimestrale-DPPM%2Felenco-riviste-dettaglio.htm%3FDetailID%3D50&NRCACHEHINT=Guest&Det aillD=50&ArticleID=1061>>. (Consultado el 1 de marzo de 2011, 09:59 h.).

serie de reservas críticas debido a la ausencia de un procedimiento legislativo ordinario para su adopción, el papel dominante del Ejecutivo y de las jerarquías militares, su carácter confidencial y su calificación incierta en el sistema de fuentes, su naturaleza inter-estática. (...) en tanto que órdenes legítimamente impartidas por la autoridad superior, las Reglas de enfrentamiento pueden concretar ciertos elementos (por ejemplo, el peligro inminente) exigidos por la norma [penal] general. Tengo la seguridad –en relación con el debate en curso sobre este tema– que afirmar, como algunos quisieran, que la conformidad de la conducta del soldado con las Reglas de enfrentamiento le exonera de toda responsabilidad es una posición que no se sostiene»³⁶⁷. Pese a toda la amalgama de posturas doctrinales que parecen existir en aquel país, lo cierto es que en la versión oficial del Ministerio de Defensa italiano sobre el empleo efectivo de la fuerza en operaciones recientes como la de Irak (2003-2006) se afirma que esta se estableció, siempre y en todo caso, sobre la base de «una directiva ministerial y de la subsiguiente orden de operaciones que incluyó, igualmente, las Reglas de enfrentamiento»³⁶⁸.

En Suiza es Zen-Ruffinen³⁶⁹ el que mantiene que «las ROE forman parte de un anexo a la Orden de Operaciones, por consiguiente, son una orden del comandante militar responsable de la operación. En consecuencia, se trata de órdenes impartidas a los subordinados que regulan el uso de la fuerza durante la operación en la que participan.» Para este autor el término «orden» deber ser interpretado como «una autorización dada a los subordinados para recurrir a la fuerza, no como si se tratara de una obligación sistemática de recurrir a dicha fuerza.» Sobre la naturaleza jurídica de las ROE, equivalente a una orden militar, Zen Ruffinen no tiene la menor duda en traer a colación tanto los artículos 61 (desobediencia) y 72 (incumplimiento de normas del servicio) del código penal militar suizo, como en señalar que «las ROE deben permitir a todo militar el cumplimiento de la misión pero no le exoneran de toda responsabilidad penal individual. Lo mismo se puede decir de quienes las han redactado (...) El

³⁶⁷ MANACORDA, S. (2007). *Entre la Guerre et la Paix: Le Droit Pénal en Quête de sa Place*, pp. 71-82, p. 76. Ponencia defendida en el *XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Defensa Social*, a cuyo texto se puede acceder en: <http://www.defensesociale.org/warandpiece/Entre_la_guerre.pdf>. (Consultado el 1 de marzo de 2011, 10:15 h.).

³⁶⁸ MINISTERO DELLA DIFESA (2011). «Catena di Comando e Controllo e Regole di Ingaggio». Véase esto en el sitio: <http://www.difesa.it/Operazioni+Militari/operazioni-internazionali_concluse/Iraq+-+ANTICA+BABILONIA/comando_controllo-regole-ingaggio.htm>. (Consultado el 1 de marzo de 2011, 11:23 h.)

³⁶⁹ ZEN-RUFFINEN, P. *Op. cit.*, *supra* nota 363.

respeto a las Reglas de enfrentamiento contribuye, a todos los niveles, al éxito de la misión y a la seguridad jurídica de cada uno. En la medida que un soldado se conduzca de conformidad con las Reglas de enfrentamiento, quedará exonerado de toda responsabilidad penal. Sin embargo, el jefe que haya impartido una orden ilegal será responsable, como el subordinado, si hubiera sido consciente que al ejecutar dicha orden estaba cometiendo un acto punible.»

En Alemania todo lo que se refiera al uso de la fuerza militar está condicionado por una serie de imperativos constitucionales³⁷⁰, históricos³⁷¹ y aun filosóficos o morales³⁷² que llevan a considerar tradicionalmente que la *Bundeswehr* es una fuerza de estricta defensa territorial³⁷³ y el soldado alemán «un ‘ciudadano de uniforme’ al que no solo se le exige que cumpla las órdenes que recibe (siempre que estas no sean manifiestamente ilegales), sino que también deje su impronta en el funcionamiento del Ejército, que salvaguarde sus derechos y que contribuya al buen funcionamiento de las Fuerzas Armadas en virtud de su pensamiento independiente»³⁷⁴. Esto último es lo que ha venido a denominarse *Innere Führung* (liderazgo interno), doctrina según la cual a los soldados se les insta a que actúen como «ciudadanos de uniforme» de acuerdo con un estricto código deontológico basado, sobre todas las cosas, en el

³⁷⁰ El artículo 87.A de la Constitución germana de 1949 declara expresamente que las Fuerzas Armadas sirven exclusivamente al propósito de la defensa y que únicamente pueden ser utilizadas fuera de este contexto cuando sea en apoyo de las fuerzas de orden público y bajo estricto control parlamentario. Véase esto en el sitio: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>>. (Consultado el 2 de marzo de 2011, 11:20 h.).

³⁷¹ NOLTE, G., y KRIEGER, H. (2003). «Military Law in Germany», *European Military Law Systems*. Georg Nolte ed., De Gruyter Recht. Berlín, pp. 337-426, p. 341: «La experiencia derivada de la guerra [II Guerra Mundial] creó en el seno de la sociedad alemana [de la postguerra] un fuerte sentimiento pacifista. En la izquierda, muchos temían que la creación de un ejército alemán exacerbaría todavía más la separación entre las dos Alemanias. Los partidos de centro-derecha, por otro lado, estaban a favor de establecer un ejército dada la agresividad de las acciones del Bloque soviético»; p. 345: «Otro fenómeno que contribuyó al sentimiento pacifista fue el amplio debate público sobre el período nazi y la culpabilidad y responsabilidad moral del pueblo alemán a causa del Tercer Reich».

³⁷² *Id.*, p. 343: «(...) los fundadores de las nuevas fuerzas armadas alemanas decidieron romper radicalmente con el pasado, y crearon un ejército firmemente integrado en la sociedad (entre otros, recurriendo a la recluta obligatoria) que debía ser plenamente responsable ante las instituciones políticas civiles y el cual debía ver en el soldado individual a un ‘ciudadano de uniforme’ que debía ser tratado de acuerdo con su derecho inherente a la dignidad humana».

³⁷³ *Id.*, p. 348: «Dado que la Constitución no prevé expresamente el empleo de las Fuerzas Armadas en el exterior, salvo que esto sea con propósitos estrictamente de defensa, por algunos se ha argumentado que no podían ser utilizadas en operaciones de mantenimiento o restablecimiento de la paz lideradas por la ONU.»

³⁷⁴ *Id.*, p. 343.

principio constitucional de respeto a la dignidad humana. Para algunos autores, por ejemplo Reinhardt³⁷⁵, esta doctrina resulta hoy tan válida como cuando se formuló por vez primera, en la década de los 50. En este contexto, de absoluta subordinación y control de las Fuerzas Armadas por parte de la autoridad civil –muy similar a lo que ocurre en Japón, como más adelante se expone–, Steinkamm y Widmaier destacan precisamente, en palabras no exentas de ironía, el genuino valor de las ROE o *Einsatzregeln* al considerar que estas permiten «de forma desconocida hasta ahora, que las tropas hagan uso de la fuerza a través de instrucciones detalladas (...) Esta innovación de la última década no se debe a la filosofía alemana de liderazgo militar, sino a la situación política mundial y a la evolución del amplio espectro [de operaciones] en que se recurre a las Fuerzas Armadas»³⁷⁶. Algunos autores destacan también el carácter estrictamente defensivo con el que las tropas alemanas parten hacia misiones en el exterior. Schmider afirma al efecto que «en su gran mayoría, los políticos alemanes de casi todas las tendencias muestran una predisposición creciente a emplear tropas alemanas en el exterior mientras que, al mismo tiempo, hacen todo lo posible para asegurarse que la Bundeswehr mantiene un perfil bajo, nada que se asemeje a una guerra. (...) En zona de operaciones, las Reglas de enfrentamiento impartidas a las tropas alemanas cuando comenzaron a operar en Afganistán permitían todo menos un resultado victorioso de tener que hacer uso de la fuerza, ya que solo permitían hacer fuego cuando fueran atacadas y prohibían expresamente enfrentarse a un enemigo en huida que hubiese arrojado o perdido el arma. (...) La marina de guerra desplegada en el Líbano en 2006 y en Somalia recientemente partió con instrucciones que parecían querer evitar cualquier tipo de enfrentamiento antes que el cumplimiento de la misión encomendada»³⁷⁷. Otro dato interesante lo aporta Klose al señalar que durante los cuarenta y cinco años de la Guerra Fría Alemania se acostumbró a la idea de limitar sus acciones defensivas a lo que es

³⁷⁵ REINHARDT, M. (2010). «Civil-Military Relations in the European Union and ‘Innere Führung’ (Thesis)», Naval Postgraduate School, Monterrey (USA), p. 3. Véase esto en el sitio: <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf&AD=ADA524746>>. (Consultado el 3 de marzo de 2011, 09:47 h.).

³⁷⁶ STEINKAMM, A. A., y WIDMAIER, U. (2004). *Die Militärischen Führungsphilosophien, Führungskonzeptionen und Führungskulturen Ungarns und Deutschlands im Vergleich*. Institut für Internationale Politik, Sicherheitspolitik, Wehr- und Völkerrecht, Universität der Bundeswehr. Munich, p. 193. Véase esto en el sitio: <<http://137.193.200.177/ediss/zarthe-sascha/inhalt.pdf>>. (Consultado el 3 de marzo de 2011, 17:03 h.).

³⁷⁷ SCHMIDER, K. (2010). «German Military Tradition and the Expert Opinion on Werner Mölders: Opening a Dialogue among Scholars, Global War Studies», *The Journal for the Study of Warfare and Weapons 1919-1945*, vol. 7, issue 1, pp. 3-26, pp. 4 y 5.

su propio territorio exclusivamente³⁷⁸. Lo anterior permitiría inferir que en el caso alemán las ROE son una herramienta hipotéticamente inútil e inservible, y ello, sencillamente, porque si estas fuerzas han de atenerse a acciones simplemente defensivas, entonces cuando actúen lo harán al amparo de la relativa discrecionalidad que otorga el derecho inmanente a la legítima defensa y no siguiendo las directrices establecidas en unas ROE, las cuales, por otro lado, se entienden siempre sin perjuicio de este derecho. Dicho de otro modo, las ROE impartidas en un contexto jurídico-constitucional como este habrán de ser necesariamente restrictivas al límite de únicamente autorizar el uso de la fuerza con carácter defensivo. Por consiguiente, será muy probable que el militar alemán haga uso de las armas ante una agresión exclusivamente, en cuyo caso más que actuar conforme a unas ROE preestablecidas lo que estaría haciendo es ejercer el derecho inmanente a la legítima defensa. Sin embargo, la realidad no parece ser tan sencilla como parece a simple vista. En efecto, desde inicio de los años 90, momento en que el tribunal constitucional alemán reconoció que el empleo de la *Bundeswehr* en el exterior (guerra de los Balcanes) no era contrario a la Ley Fundamental si esto se hacía en virtud a los compromisos derivados de la pertenencia a organizaciones internacionales de seguridad y bajo control parlamentario; hasta 2003, momento en que el Parlamento alemán decidió el envío de tropas a Afganistán formando parte de la misión internacional ISAF y el incremento progresivo del compromiso de estas en la zona, los principios constitucionales de defensa y de vinculación al territorio han ido matizándose sucesivamente dando lugar así a una posible homologación en términos constitucionales de la *Bundeswehr* con el resto de ejércitos occidentales. Lo anterior ha tenido como resultado, a juicio de Merz, la transición de un ejército de compromiso tradicionalmente altruista a una fuerza de intervención moderna³⁷⁹. En la doctrina oficial encontramos pistas muy interesantes en torno a la importancia que en unas fuerzas armadas como las alemanas se concede a las ROE. Por ejemplo, el manual oficial de doctrina en torno a liderazgo o *Innere Führung* establece, entre otros, que «el servicio en la *Bundeswehr* está sometido al Derecho y a la Ley. Esto lo tienen que demostrar los superiores predicando con su ejemplo y me-

³⁷⁸ KLOSE, G. (2005). «The Weight of History: Germany's Military and Domestic Security», *The Quarterly Journal*, Fall, pp. 37-57, p. 37.

³⁷⁹ MERZ, S. (2007). «Still on the way to Afghanistan? Germany and its forces in the Hindu Kush», *Project Paper*. Stockholm International Peace Research Institute. Solna, pp. 2 y 3. Véase esto en el sitio: <<http://www.sipri.org/research/conflict/publications/merz>>. (Consultado el 3 de marzo de 2011, 20:00 h.).

diante la aplicación modélica de la ley (...) El actuar conforme a Derecho es el fundamento de la confianza y el respeto mutuo (...) Es sobre todo en las misiones en el exterior en las que los militares participantes tienen que ser siempre conscientes de la especial importancia y trascendencia que tiene el cumplimiento o no de las normas del Derecho internacional y las Reglas de enfrentamiento»³⁸⁰. En el *Libro blanco de la Defensa Nacional*, editado en 2006, se incluía incluso como uno de los propósitos de la política alemana de defensa y seguridad el «hacer frente a los retos globales, sobre todo, a la amenaza derivada del terrorismo internacional y la proliferación de armas de destrucción masiva»³⁸¹, señalándose que el Derecho internacional humanitario y las Reglas de enfrentamiento establecidas para la operación «forman parte del proceso de mando y control de las Fuerzas Armadas alemanas»³⁸² y destacando la función de los asesores jurídicos, a los que se encomienda «la interpretación de las resoluciones de las Naciones Unidas, de los Acuerdos sobre el Estatuto de la Fuerza (SOFA) y de las Reglas de enfrentamiento (ROE), además de la revisión de los planes de operaciones para garantizar su conformidad con las normas del Derecho internacional humanitario»³⁸³.

En fin, dentro del contexto europeo pudiera decirse que Alemania es un país de contrastes que no deben pasar desapercibidos. De un lado, el diseño constitucional de sus fuerzas armadas ha hecho de estas un modelo ejemplar de estricta subordinación hacia, y de control por, la autoridad civil; de otro, debido a la caracterización constitucional de la defensa nacional en este país, esencialmente defensivo, las ROE pudiera decirse que son un instrumento un tanto superfluo, ya que cuando el militar alemán haga uso

³⁸⁰ THE FEDERAL MINISTER OF DEFENCE (2008). *Innere Führung* (Leadership Development and Civic Education). Joint Service Regulation ZDv 10/1, Armed Forces Staff Branch Bon, p. 24. Véase esto en: <[http://www.innerefuhrung.bundeswehr.de/portal/a/zinfue!/ut/p/c4/JYvLCsIwEEX_aCaVatWdDwQV1J3WjSttWGLSpMSJgvjx-JngPnM3h4hUTTr50J117Jy1esG70XL3hadTto909EkjDkawlCJEao-AxEmKK5__xtCRr-rviLOZHOvkLkj2AQYf2OYSQ0gFdIu1KNZLUYqJ-K_4VqvZfneqyvH2sDni0PeLH-0bIQeM!/>. \(Consultado el 3 de marzo de 2011, 21:07 h.\).](http://www.innerefuhrung.bundeswehr.de/portal/a/zinfue!/ut/p/c4/JYvLCsIwEEX_aCaVatWdDwQV1J3WjSttWGLSpMSJgvjx-JngPnM3h4hUTTr50J117Jy1esG70XL3hadTto909EkjDkawlCJEao-AxEmKK5__xtCRr-rviLOZHOvkLkj2AQYf2OYSQ0gFdIu1KNZLUYqJ-K_4VqvZfneqyvH2sDni0PeLH-0bIQeM!/)

³⁸¹ FEDERAL MINISTRY OF DEFENCE (2006). *White Paper 2006 on German Security Policy and the Future of the Bundeswehr*. Bon, p. 6. Véase esto en el sitio: <http://merln.ndu.edu/whitepapers/germany_white_paper_2006.pdf>. (Consultado el 3 de marzo de 2011, 23:11 h.). Esta consideración supone un hito histórico, ya que «se asignó a la Bundeswehr el cometido de proteger la democracia alemana de amenazas externas» por vez primera desde el fin de la II Guerra Mundial. Esto en BINDENAGEL, J. D. (2010), «Afghanistan: The German Factor», *PRISM, Journal of the Center for Complex Operations*, pp. 95-112, p. 108. Véase esto en el sitio: <<http://www.ndu.edu/press/afghanistan-the-german-factor.html>>. (Consultado el 4 de marzo de 2011, 13:15 h.).

³⁸² *Id.* (*White Paper...*), p. 56.

³⁸³ *Id.* (*White Paper...*), p. 110.

de la fuerza probablemente lo sea al amparo del derecho a la legítima defensa, no de aquellas. Por otro lado, también, es el tercer país contribuyente en número de tropas enviadas a Afganistán dentro de la misión ISAF³⁸⁴; de otro, su presencia en dicho país se limita a funciones de consolidación de la paz, reconstrucción y estabilización³⁸⁵. Dentro de estas contradicciones no ha de extrañar que Von der Groeben, al hilo de la intervención alemana en Afganistán, llegue a conclusiones un tanto sorprendentes cuando afirma que «la naturaleza jurídica de estas reglas [de las ROE] no está clara y, por consiguiente, es cuestionable que puedan servir como causa de justificación en ningún caso»³⁸⁶; «(...) dudo que las ROE tengan verdadera significación jurídica. Esta cuestión no debe ser analizada aquí, pero pueden ofrecerse una serie de consideraciones en torno a si las ROE son jurídicamente vinculantes. Primero, son secretas [las de Afganistán] y no se conocen públicamente. (...) Segundo, las ROE no son auténticas normas adoptadas por el Legislativo sino orientaciones administrativas. Por consiguiente, su valor jurídico es insignificante. Sin entrar a dar una respuesta definitiva, mantendría que estas deficiencias descalifican a las ROE como [causa de] justificación válida. Desde luego, uno puede argumentar que los soldados deberían contar con unas ROE y que necesitan seguridad jurídica cuando son enviados a un conflicto. Sin embargo, ese razonamiento no puede afectar a la significación jurídica de las ROE, pero demuestra la necesidad de reconsiderar la situación actual y, o bien se les otorga eficacia jurídica publicándolas y sometiéndolas a una decisión legislativa, o se ofrece a nuestros soldados otro tipo de orientación durante los conflictos que no tengan la condición de ‘conflicto armado’»³⁸⁷. En fin, entre tanto malabarismo, polémicas suscitadas en este país por, entre otros, el denominado caso del coronel Klein³⁸⁸, en el que no se formuló imputación

³⁸⁴ BINDENAGEL, J. D. *Op. cit.*, *supra* nota 460, p. 96.

³⁸⁵ *Id.*, p. 96.

³⁸⁶ VON DER GROEBEN, C. (2010). «Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan: The Case of Colonel Klein», *German Law Journal*, vol. 11, n.º 5, pp. 469-491, p. 489. Véase esto en el sitio: <http://www.germanlawjournal.com/pdfs/FullIssues/PDF_Vol_11_No_05_Issue%20FINAL.pdf>. (Consultado el 5 de marzo de 2011, 16:00 h.).

³⁸⁷ *Id.*, p. 490.

³⁸⁸ El 4 de septiembre de 2009, en la provincia de Kunduz (al norte de Afganistán), el coronel Georg Klein, de la Bundeswehr e integrado en el Estado Mayor de la ISAF, ordenó a dos pilotos de la Fuerza Aérea estadounidense el ataque a dos camiones cargados de combustible que habían sido capturados horas antes por guerrilleros talibanes. Como consecuencia del ataque se produjeron cerca de 140 bajas entre las que se encontraban numerosos civiles. La alegación principal del coronel Klein fue que ignoraba la existencia de personas civiles en ese lugar en función a la información de la que disponía y que la protección de las tropas alemanas le correspondía a él como responsable de la base (las ROE alemanas únicamente autorizaban el uso de la fuerza en legítima defensa y sus cazas Tornado tenían

contra un mando militar por hechos sucedidos en Afganistán, han llevado a que finalmente, en palabras de Noetzel, las tropas alemanas cuenten con unas reglas de enfrentamiento ajustadas a las «realidades operacionales» vigentes en Afganistán³⁸⁹. Empero, en este contexto un tanto ambiguo resulta muy arriesgado aventurar si las ROE tienen o no relevancia jurídica alguna. La práctica de la Fiscalía federal alemana en el polémico caso del coronel Klein parece indicar que sí mientras que la doctrina particular, Von der Groeben entre otros, opina lo contrario.

En Bélgica, Gossiaux estima que desde la perspectiva del Derecho internacional estas reglas «no tienen cabida en ninguna de las categorías de fuentes del Derecho previstas por el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Estas no son, evidentemente, ni una convención, ni una costumbre, ni cualquier otra fuente subsidiaria. Como mucho podrían ser consideradas como una directiva emanada de una organización internacional, a imagen y semejanza de las directivas europeas que definen un objetivo a alcanzar pero dejan a los estados miembros de la organización la libertad en cuanto a los medios a emplear para conseguirlo de acuerdo con

parecidas restricciones). De hecho, también se alegó que durante las semanas previas al incidente se habían recibido advertencias en torno al robo de vehículos cisterna y a su posible utilización para cometer atentados. La Fiscalía Federal alemana ordenó el archivo de la investigación abierta en relación con este incidente al considerar que en la conducta del coronel Klein no se apreciaba ilícito alguno ni desde el punto de vista de la legislación alemana (ya que no existió intención de causar bajas civiles) ni del Derecho internacional (ya que al no reconocerse que allí exista una situación de conflicto armado no es de aplicación el Derecho de la guerra y, en todo caso, la presencia de civiles en las inmediaciones era desconocida por quien ordenó el ataque). Los vehículos se encontraban inmovilizados en la calzada a causa del barro, si bien situados en una carretera que discurría por las inmediaciones del lugar donde el contingente alemán tenía su base de operaciones. Los pilotos norteamericanos sugirieron al coronel Klein realizar previamente un vuelo rasante a fin de dispersar a los guerrilleros talibanes y alertar a los civiles que se encontraban curioseando en el lugar de los hechos pero, al parecer, este se negó. Una visión crítica sobre este incidente en VON DER GROEBEN, C., *op. cit.*, *supra* nota 465.

³⁸⁹ NOETZEL, T. (2010). «Germany's Small War in Afghanistan: Military Learning amid Politico-strategic Inertia», «Contemporary Security Policy», vol. 31, issue 3, pp. 486-508, p. 492: «Mientras que hasta julio de 2009 a los soldados alemanes en Afganistán solo se les permitía hacer uso de la fuerza letal de forma muy restringida –esencialmente en legítima defensa– las Reglas de enfrentamiento han tenido desde entonces que ajustarse a las realidades operacionales, principalmente debido al recrudecimiento de la actividad insurgente en la zona Norte. Bajo estas nuevas reglas, entregadas a cada soldado en forma de ‘mapa de bolsillo’ de cuatro páginas (*Taschenkarte*), a las tropas se les permite ahora hacer uso de la fuerza de manera menos restringida para prevenir que sean objeto de agresión: ‘Los ataques pueden ser evitados procediendo contra aquellas personas que planeen, preparen o apoyen ataques o actos hostiles de cualquier tipo’. Esto incluye el uso de la fuerza contra insurgentes que se den a la fuga tras abortarse o interrumpirse un ataque, algo que, por ejemplo, hasta entonces tenían vetado».

su legislación interna»³⁹⁰; «El problema de las Reglas de enfrentamiento, al contrario de ciertas directivas de Derecho internacional, es que deben no solo ser conformes con el Derecho internacional, sino que deben respetar el Derecho nacional. Estamos, por consiguiente, ante una directiva de Derecho internacional cuya validez dependerá asimismo de su conformidad con el Derecho nacional»³⁹¹. Para este autor la cuestión de la naturaleza jurídica de las ROE, a efectos del Derecho penal militar belga, ha sido resuelta por los órganos de la jurisdicción militar con coacción de pronunciarse en casos relativos a la conducta del personal militar en operaciones de las Naciones Unidas en Somalia. Así, de acuerdo con esta jurisdicción, las ROE constituyen una pieza esencial dentro del concepto de «conducta autorizada por la ley» previsto como causa de justificación de la conducta en el art. 70 del Código Penal (belga), definiéndose como «directivas de orden político o militar subsumibles en el concepto de orden de la autoridad que, por ser ejecutivas, deben ser conformes con la ley [nacional]»³⁹². Para Cesoni, acogiéndose a las tesis admitidas por la jurisdicción castrense belga, también resulta que las ROE carecen de valor normativo puesto que pertenecen a la categoría de «orden de la autoridad que debe ser conforme a Derecho para que pueda ser considerada como ejecutiva. No teniendo valor normativo, no pueden derogar ni suspender lo prescrito por la ley. Por consiguiente, si la ejecución de estas órdenes entraña manifiestamente la perpetración de un crimen o delito, el subordinado no tendrá el deber de ejecutarlas»³⁹³. Por su parte, Hemptinne también sale al paso de esta cuestión y alerta sobre la confusión, al parecer frecuente en círculos militares de ese país, entre el Derecho de los conflictos armados, como conjunto de normas jurídicas, y las ROE, como conjunto de órdenes, y esta confusión se debe al hecho de que «en las operaciones ‘distintas del art. 5’ [Tratado OTAN], las ROE regulan el uso de la fuerza, dado que el Derecho de los conflictos armados no resulta de aplicación normalmente. Solo en este caso podría decirse que las ROE sustituyen a las reglas de los conflictos armados. Otra explicación [podría ser el hecho de] que los asesores jurídicos en operaciones en el exterior tienen asignado el cometido de asesorar a los

³⁹⁰ GOSSIAUX, M. (2001). «Règles d’engagement, Norme juridique nouvelle?», *Séminaire de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, Session 2000-2001, pp. 1-16 y 78, 80-3, 85-6, pp. 9-10. Véase esto en el sitio: <http://home.scarlet.be/~tsb93638/session/2001_05_04.pdf>. (Consultado el 6 de marzo de 2011, 12:23 h.).

³⁹¹ *Id.*, p. 81.

³⁹² *Id.*, p. 10.

³⁹³ CESONI, M. (2004). «Missions de soutien de la pax et droit pénal matériel. Le cas de la Belgique», *Manacorda S. (Dir.), Missions militaires de peace keeping et coopération en matière pénale*. Conseil de la Magistrature Militaire. Roma, p. 36.

comandantes en todo lo concerniente a la ‘aplicación del Derecho de los conflictos armados y las Reglas de enfrentamiento’»³⁹⁴. Esto último nos parece bastante acertado, pues la presencia en exceso del asesor jurídico en materia de ROE lleva, como es natural, a identificar equivocadamente las ROE con una norma jurídica más del ordenamiento y no con aquello en lo que consisten, esto es, como un conjunto normalizado y sistematizado de órdenes o de directrices administrativas. Después de todo, tal y como hemos indicado con anterioridad, según la doctrina de la OTAN la redacción del anexo concerniente a las ROE que habrá de integrar el Plan de Operaciones es «responsabilidad del área de operaciones del Estado Mayor»³⁹⁵.

En Holanda, Eiting y Van Duurling nos ofrecen conclusiones muy interesantes en torno a la naturaleza jurídica de las ROE o *Inzetregels* cuando afirman que estas «no son reglas de Derecho en sentido estricto. [Si bien] Tienen una significación política, jurídica y militar. Sin embargo, esta [triple] significación no se traduce en una categoría de reglas jurídicas autónomas e identificables; se trata de reglas de naturaleza combinada. Las ROE tampoco constituyen por sí solas una condición necesaria de cara a [determinar] la legitimidad de una operación militar. (...) En principio, los soldados que formen parte de una fuerza en operación de paz actúan legítimamente siempre que se atengan a las limitaciones del mandato (por ejemplo, de la ONU)»³⁹⁶. Estos autores mantienen, no sin ciertos malabarismos, que estas podrían ser calificadas como «reglas (internacionales) de política político-militar (sic.) (...) en las cuales cristaliza y se limitan los márgenes legales para la aplicación de la fuerza (y de su uso). Esto no quiere decir que las ROE no puedan, por consiguiente, tener consecuencias jurídicas, pero esto solo tendrá lugar (posiblemente) de manera indirecta en una amplia variedad de ramas del Derecho, tales como el Derecho internacional, el Derecho penal, el Derecho disciplinario, el Derecho administrativo y el Derecho civil. Por ejemplo, dejar de observar una regla en forma de ROE que limite una modalidad particular de [uso de la] fuerza militar puede que no constituya en sí misma una

³⁹⁴ HEMPTINNE, C. de (2001). «Le Droit des conflits armés dans la planification des opérations», *Séminaire de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, Session 2000-2001, pp. 1-45, p. 19. Véase esto en el sitio: <http://home.scarlet.be/~tsb93638/session/2001_11_23_bis.pdf>. (Consultado el 7 de marzo de 2011, 18:51 h.).

³⁹⁵ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 169, p. 258.

³⁹⁶ EITING R. M., y VAN DUURLING, J. S. (2005). «Guard Dog on a Leash. Conceptual Thoughts on Rules of Engagement», *Strategic Impact*, n.º 1, pp. 95-106, p. 100. Véase esto en el sitio: <<http://www.google.es/#hl=es&biw=941&bih=643&q=eiting+van+duurling&aq=f&aqi=&aql=&oq=&bav=on.2,or.&fp=9878a2ef150599cc>>. (Consultado el 7 de marzo de 2011, 22:20 h.).

conducta punible según el Derecho penal, pero [esa misma conducta] puede dar lugar a considerar que el uso [que se hizo] de la fuerza no estaba justificado, pasando a convertirse –así como sus consecuencias: muerte, lesiones, daños materiales– [en una conducta] sujeta en principio a persecución criminal»³⁹⁷. De lo anterior parece desprenderse que, por consiguiente, en Holanda las ROE son reglas o directrices político-militares cuya relevancia o significación jurídica reside precisamente en que sirven de parámetros a fin de determinar la posible legitimidad o no de una conducta, sobre todo, si dicha conducta acaba produciendo daños que puedan generar responsabilidad penal o civil, pero cuyo simple incumplimiento no es constitutivo, en principio, de infracción alguna. Mucho más explícitos que los autores anteriores parecen ser, sin embargo, Dieben y Dieben cuando, apoyándose, entre otros, en pronunciamientos definitivos de la jurisdicción castrense holandesa, llegan a la conclusión de que tanto las ROE, como documento matriz, como las instrucciones generales o *Geweldsinstructie* impartidas a las tropas en forma de tarjeta de bolsillo, tienen el carácter de reglamentaciones del servicio (*service regulations* o *dienstvoorschrift* en lengua vernácula, como a su vez señala Voetelink³⁹⁸), ya que reúnen los requisitos propios de una reglamentación militar al tratarse de «una decisión de carácter general y [por] escrito, relacionada sin lugar a dudas con los deberes del servicio y que contiene autorizaciones y limitaciones dirigidas a las tropas»³⁹⁹. A mayor abundamiento, también señalan que el criterio de la justicia holandesa es que a pesar de que en ocasiones las ROE aplicables a las tropas estén redactadas en inglés, esto «resulta indiferente por cuanto que dada la dimensión internacional de estos documentos se impone el uso predominante de la lengua inglesa»⁴⁰⁰. Por último, añaden estos autores, que entre las ROE y las *Geweldsinstructie*, o tarjeta de bolsillo entregada a las tropas, existe una relación de subordinación instrumental de tal forma que incluso cuando «se haga uso de la fuerza sin cobertura en estas últimas, pero sí en las ROE, no habrá incumplimiento de reglamentación alguna»⁴⁰¹.

³⁹⁷ *Id.*, p. 101.

³⁹⁸ VOETELINK, J. (2005). «Inzet Van Nederlandse Militairen en de *Rules of Engagement*», *Carré*, n.º 5, pp. 1-8, p. 5. Véase esto en el sitio: <http://www.atlcom.nl/ap_archive/pdf/AP%202005%20nr.%204/Voetelink.pdf>. (Consultado el 9 de marzo de 2011, 19:49 h.).

³⁹⁹ DIEBEN, T., y DIEBEN, D. J. (2005). «When Does War Become Crime? Aspects of the Criminal Case Against Eric O.», Wolf Legal Publishers, Nijmegen, p. 48.

⁴⁰⁰ *Id.*, p. 48.

⁴⁰¹ *Id.*, p. 49.

Llegamos, por último, a Gran Bretaña, país que, como sostiene algún autor⁴⁰², bien podría ser considerado como el precursor de esta institución tan polifacética y ambigua a la vez. De entrada, señalar, al menos en lo que afecta a la doctrina oficial, que en el tradicional y voluminoso *Manual of Service Law*⁴⁰³, editado por el Ministerio de Defensa de ese país, en cuyo seno se comenta exhaustivamente la legislación penal y procesal militar, no existe una sola referencia a las ROE, ni siquiera con ocasión de examinarse los pormenores del delito (o falta disciplinaria) de desobediencia a órdenes legítimas o el incumplimiento de órdenes permanentes⁴⁰⁴. Empero, esto no ha de extrañar en un sistema como el inglés donde, al fin y a la postre, la exigente de obediencia debida a órdenes legítimas dejó de existir como tal desde mediados de la década de los 40⁴⁰⁵. Lo anterior, dicho sea de paso, no quiere decir que las ROE no tengan la consideración, a efectos penales, de orden legítima –de hecho la tienen–, sino que una corte marcial británica solo tendrá en cuenta las ROE ocasionalmente cuando se debata si la responsabilidad del sujeto pudiera estar amparada en una errónea apreciación de la realidad. Hablaremos más sobre esto a continuación. Veamos ahora qué dice la doctrina oficial sobre el carácter de las ROE. Algunas claves interesantes las encontramos en el manual oficial sobre Derecho de los conflictos armados, donde en sede del estudio dedicado a la conducción de las hostilidades se señala que estas constituyen «directivas dirigidas a los comandantes operacionales donde se establecen las circunstancias y limitaciones bajo las cuales puede aplicarse la fuerza armada por las fuerzas del Reino Unido para alcanzar objetivos militares en desarrollo de la política gubernamental del Reino Unido»; y del mismo modo se afirma que: «El Derecho de los conflictos armados emana y forma parte del Derecho internacional y es, en gran medida, de aplicación estable y universal. Las ROE son directivas dirigidas a los comandantes operacionales y están sometidas a una constante revisión, dentro de los límites del Derecho, de acuerdo con valoraciones políticas y militares de interés nacional o multinacional, ya que guardan relación con el cumplimiento de la misión y las circunstancias a las que se enfrenta la fuerza. Las ROE reflejan no solo consideraciones jurídicas, sino también una amplia gama de asuntos de interés, tales como la necesidad de evitar la destrucción de ciertas instalaciones que se persigue capturar intactas; evitar críticas políticamente dañinas; armonizar la ejecución [de la operación] entre aliados, o

⁴⁰² PHILLIPS, G. R. *Op. cit.*, *supra* nota 58.

⁴⁰³ UK MINISTRY OF DEFENCE (2009). *Op. cit.*, *supra* nota 225.

⁴⁰⁴ *Id.*, pp. 1-7-40 – 4, y 1-14-17.

⁴⁰⁵ WALLERSTEIN, S. (2010). «Why English Law Should Not Incorporate the Defence of Superior Orders», *Criminal Law Review*, pp. 109-126, pp. 119-20.

prevenir el denominado ‘fuego amigo’»⁴⁰⁶. En lo que hace alusión al proceso de selección de objetivos o *targeting* se señala que cualquier comandante que haya seleccionado un objetivo «debe tener en cuenta, entre otros, las ROE impuestas por la autoridad superior, bajo las cuales se le exige operar», señalándose como comentario adicional a modo de nota a pie de página –lo cual, sin embargo, consideramos nosotros de suma importancia– que estas «no son Derecho, pero ayudan a los comandantes y a los soldados a operar dentro de la ley o de cualquier limitación política bajo las cuales se encuentren operando»⁴⁰⁷. En otras publicaciones oficiales se considera que las ROE tienen «por finalidad garantizar que la actuación del personal militar se ajusta a Derecho y es coherente con la política del Gobierno; [sin embargo] no son una declaración exhaustiva de la ley o de la política, pero tienen en cuenta ambas. Las ROE reflejan las limitaciones impuestas a la actividad militar, así como las licencias permitidas, y son reflejo del contexto operacional en que se contempla el posible uso de la fuerza. Un acompañamiento inseparable de las ROE es el derecho inherente e inalienable a la legítima defensa allí donde esto sea razonable y necesario»⁴⁰⁸. En el ámbito del planeamiento de operaciones se hermanan indisociablemente los conceptos de posición jurídica (*legal position*) y ROE⁴⁰⁹. En otro lugar se induce a creer que no fueron los británicos, precisamente, los pioneros en el uso regular de las ROE durante la Primera Guerra Mundial –tal y como en algún lugar se ha dicho–⁴¹⁰, ya que, sin negar que estas se hayan desarrollado en Gran Bretaña, se afirma que «el concepto contemporáneo de ROE se desarrolló en el Reino Unido en época tan reciente como los años 60 y 70, convirtiéndose en una característica común de las operaciones militares modernas utilizada por muchas fuerzas armadas a escala mundial»⁴¹¹. En fin, y en otros lugares, o bien ni siquiera se definen las ROE y se aclara en algo su naturaleza jurídica –cuando

⁴⁰⁶ UK MINISTRY OF DEFENCE (2004). *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*. Joint Service Publication 383 (JSP 383). Londres, p. 53.

⁴⁰⁷ *Id.*, p. 82 (y nota a pie 201).

⁴⁰⁸ UK MINISTRY OF DEFENCE (2008). *British Defence Doctrine*. Joint Doctrine Publication 0-01 (JDP 0-01). Londres, p. 1-16. Véase esto en el sitio: <http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/CE5E85F2-DEEB-4694-B8DE-4148A4AEDF91/0/20100114jdp0_01_bddUDCDCIMAPPS.pdf>. (Consultado el 10 de marzo de 2011, 11:03 h.).

⁴⁰⁹ UK MINISTRY OF DEFENCE (2004). *Joint Operations Planning*. Joint Warfare Publication 5-00 (JWP 5-00). Londres, p. 3-2. Véase esto en el sitio: <http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/8114648F-9D93-4A10-8A21-2174B32072A8/0/jwp5_00.pdf>. (Consultado el 10 de marzo de 2011, 11:29 h.).

⁴¹⁰ Esto en PIERINI, J. P. *Op. cit.*, *supra* nota 129, y en PHILLIPS, G. R., *op. cit.*, *supra* nota 135.

⁴¹¹ UK MINISTRY OF DEFENCE (2001). *British Defence Doctrine*. Joint Warfare Publication 0-01 (JWP 0-01). Londres, p. 5-4. Véase esto en el sitio: <<http://www.ids.nic.in/UK%20Doctrine/30%20jun.pdf>>. (Consultado el 10 de marzo de 2011, 18:00 h.). Si bien

podía y debía haberse hecho⁴¹², o se establece una definición tan escueta que no ayuda en mucho a averiguar esto último⁴¹³. En la doctrina particular, el británico Rowe integra esta institución en el concepto de órdenes permanentes (*standing orders*) impartidas por la superioridad y cuyo incumplimiento ilícito, cualquiera que sea la forma en que estas se comuniquen, supone la comisión de un delito (o falta disciplinaria) de desobediencia⁴¹⁴. En otro lugar señala, además, que «el lugar de estas en el ordenamiento jurídico no difiere en mucho del de una orden militar verbal o de cualquier otra orden escrita y, como tal, no tienen el carácter de fuente del Derecho»⁴¹⁵. Nótese, no obstante, que, tal y como este autor se encarga de aclarar⁴¹⁶, el planteamiento en torno al dilema de obedecer o desobedecer órdenes de dudosa legitimidad –es decir, unas ROE de dudosa legitimidad en sí o una orden par-

hemos de aclarar que este manual fue derogado por la siguiente edición de 2008 –citado *ut supra* en nota 487– y en cuyo interior ya no aparece esta curiosa afirmación.

⁴¹² Tal es el caso de la publicación oficial relativa al asesoramiento jurídico en operaciones: UK MINISTRY OF DEFENCE (2005). *Legal Support to Joint Operations*. Joint Warfare Publications 3-46 (JWP 3-46). Londres. Véase esto en el sitio: < http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/32F31626-A428-4B9B-B762-39FDB5E8A35F/0/20071218_jwp3_46_U_DCDCIMAPPS.pdf>. (Consultado el 11 de marzo de 2011, 07:22 h.). Compárese este dato curioso con la enorme proliferación de publicaciones que en torno a las ROE –y a la incidencia que estas tienen en el ámbito del asesoramiento jurídico militar en operaciones– existe en los Estados Unidos de América (por ejemplo, la publicación citada *ut supra* en nota 9 o en nota 263 *in fine*).

⁴¹³ Así sucede con el *Glosario de términos militares* británico, donde se reproduce la definición que a su vez aparece en el glosario terminológico de la OTAN: UK MINISTRY OF DEFENCE (2006), *United Kingdom Glossary of Joint and Multinational Terms and Definitions*. Joint Doctrine Publication 0-01.1 (JDP 0-01.1). Londres, p. R-16. Véase esto en el sitio: <<http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/E8750509-B7D1-4BC6-8AEE-8A4868E-2DA21/0/JDP0011Ed7.pdf>>. (Consultado el 11 de marzo de 2011, 17:22 h.). Por cierto, la misma crítica habría que formular respecto a nuestro propio *Glosario de términos militares* (citado *ut supra* nota 60).

⁴¹⁴ ROWE, P. (2003). «Military Law in the United Kingdom», *European Military Law Systems*. Georg Nolte ed., De Gruyter Recht. Berlín, pp. 831-888, p. 856: «One aspect of superior orders has been discussed in a court of law, namely de obligations of a soldier to comply with the relevant rules of engagement. These may be seen as a form of superior order given to soldiers, usually in written form»; p. 884: «Section 36 of the Army Act 1955 [actualmente serían los artículos 12 o 13 de la vigente Armed Forces Act 2006] should also be considered here, since it relates to disobedience to standing orders. This section would therefore cover the acts of a soldier who refused to obey the rules of engagement issued to him».

⁴¹⁵ ROWE, P. (2007). «The Rules of Engagement in Occupied Territory: Should They Be Published?», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, issue 2, pp. 327-339, p. 329. Versión electrónica de este artículo en el sitio: <<http://www.austlii.edu.au/journals/MelbJIL/2007/18.html>>. (Consultado el 12 de marzo de 2011, 19:45 h.).

⁴¹⁶ ROWE, P. *Op. cit.*, *supra* nota 493, pp. 832, 853-6 y 883-4; p. 883: «The fact that superior orders is not recognised as a defence to a charge under military or civil law illustrates well the principle that English law prevails over military orders».

particular recibida al amparo de estas— se produce en este país de forma inversa a como lo conocemos en la mayoría de los países de Europa continental, ya que, al no reconocerse validez a la obediencia debida como circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, un militar británico tiene no el derecho, sino el deber de desobedecer aquellas órdenes cuya ejecución entrañe la posible comisión de un hecho delictivo. ¿Efectos prácticos de todo esto? Sencillamente que el militar británico tiene tanto el deber de obedecer las órdenes legítimas como el deber —y no el derecho subjetivo— de desobedecer las órdenes ilegítimas, esto es, aquellas que puedan ser contrarias al Derecho de Inglaterra y Gales o al Derecho internacional, sucedan los hechos dentro o fuera de Inglaterra y Gales, o al Derecho local del lugar donde sucedan estos, siempre que no haya mediado una «buena razón militar» (*good military reason*) para impartir dicha orden⁴¹⁷. Señala Rowe que la importancia constitucional de no reconocer la eximente de obediencia debida es que «coloca al Derecho común y corriente [al de Inglaterra y Gales] por encima de las obligaciones militares que el subordinado tiene frente a sus superiores»⁴¹⁸. El resultado práctico será que, llegado el caso, la comisión de un delito nunca podrá justificarse en haber seguido al pie de la letra las ROE vigentes al momento de los hechos, puesto que si estas eran contrarias a Derecho, el militar tenía el deber de no acatarlas. Todo lo más, el debate judicial o disciplinario girará en torno a la admisión de un posible error de hecho como causa excluyente de la culpabilidad y no, desde luego, de la antijuridicidad⁴¹⁹. A mayor abundamiento, el hecho de que las ROE puedan ser reflejo de consideraciones políticas o que se limiten a establecer directrices sin llegar incluso a definir derechos u obligaciones reconocidos por una ley o por la práctica judicial tampoco parece haber sido óbice para que la Justicia (ordinaria) británica haya reconocido el valor jurídico de las ROE a título de «órdenes militares (sea en forma de [definición de una] política o de cualquier otra forma)»⁴²⁰. Al contrario de lo que pueda suceder en otros países, en Gran Bretaña las ROE tienen carácter de materia clasificada y, por consiguiente, no son de acceso al público en general ni aun en las circunstancias

⁴¹⁷ *Id.*, p 854: «un superior tiene el derecho a impartir órdenes cuyo propósito sea el mantenimiento del buen orden [disciplina] o la supresión de una rebelión, para la ejecución de un deber militar o de una reglamentación, o con alguna finalidad relacionada con el bienestar de las tropas. Sin embargo, no tiene el derecho a aprovecharse de su empleo militar ni a impartir una orden que no guarde relación con los deberes o usos del servicio o cuyo único propósito sea obtener algún provecho particular».

⁴¹⁸ *Id.*, pp. 853-4.

⁴¹⁹ *Id.*, p. 884 (y especialmente en nota a pie 239: «(...) In this case the soldier may be relieved of liability due to his mistake of fact»).

⁴²⁰ *Id.*, pp. 856-7.

más razonables⁴²¹. Rowe, distinguiendo entre las situaciones de conflicto armado, operación de mantenimiento de la paz y ocupación militar, es de la opinión que estas únicamente deberían publicarse y difundirse para conocimiento general de la población en este último supuesto, ya que «en tal situación no sería aceptable que los órganos [ocupantes] encargados del mantenimiento del orden público e incluso las fuerzas armadas actuaran amparándose en un marco jurídico desconocido por el público en general. (...) Las eximentes tales como la legítima defensa forman parte del contenido de las Reglas de enfrentamiento. Así es que, al basarse estas en el Derecho de la potencia ocupante, para ser efectivas deberían ser conocidas por las tropas encargadas de la operación, siendo muy difícil admitir que estas no se difundían entre la población local de una u otra forma»⁴²². Para este mismo autor, el carácter de orden militar en sentido estricto de las ROE adquiere otro planteamiento cuando las tropas británicas pasan a formar parte de contingentes internacionales actuando al amparo de las que puedan ser impartidas por las Naciones Unidas. Las órdenes impartidas por un comandante militar nombrado por la ONU a un contingente nacional determinado, sostiene Rowe, «no son ‘órdenes’ de la misma manera que lo son aquellas impartidas a través de la estructura de mando estatal. (...) La decisión en torno a si debe o no cumplirse dicha orden corresponde al comandante nacional a cargo del contingente, el cual, en su caso, podrá exigir el cumplimiento [de la misma] a sus subordinados»⁴²³. Por otro lado, el mandato contenido en las resoluciones del Consejo de Seguridad, afirma Rowe, tomando como referencia la pasada experiencia británica de UNPROFOR en Bosnia-Herzegovina, «no prevé en detalle el grado de fuerza autorizado por el Consejo en relación a aquellos encargados de hacerlo cumplir. Esto será objeto, en su caso, de las Reglas de enfrentamiento (...)»⁴²⁴; y estas (las ROE de la ONU)

⁴²¹ Se encuentran recogidas en la publicación oficial *Joint Service Publication 398, United Kingdom Compendium of National Rules of Engagement* y la posición oficial del Gobierno británico es que de ser reveladas más allá de los círculos que estén autorizados a conocerlas esto podría perjudicar la capacidad, eficacia o seguridad de las Fuerzas Armadas. Ni siquiera se ha llegado a acceder a depositar una copia de esta publicación en la biblioteca del Parlamento de Westminster. Véase esto en respuesta dada en 2008 por Derek Twiggs, Secretario de Estado para la Defensa, a una interpelación parlamentaria en este sentido: <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200708/cmhansrd/cm080513/text/80513w0020.htm>>. (Consultado el 13 de marzo de 2011, 08:22 h.).

⁴²² ROWE, P. *Op. cit.*, *supra* nota 494, p. 338.

⁴²³ ROWE, P. (2010). «United Nations Peacekeepers and Human Rights Violations: The Role of Military Discipline», *Harvard International Law Journal Online*, vol. 51, pp. 69-81, p. 73. Véase esto en el sitio: <<http://www.harvardilj.org/articles/Rowe.pdf>>. (Consultado el 13 de marzo de 2011, 11:54 h.).

⁴²⁴ ROWE, P. (1994). «The United Nations Rules of Engagement and the British Soldier in Bosnia», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, issue 4, pp. 946-

«no forman parte del Derecho inglés [dado que] las reglas de la ONU no son incorporadas al Derecho inglés en aplicación de la Ley de las Naciones Unidas de 1946, la cual solo se ocupa de las resoluciones dictadas al amparo del art. 41 de la Carta. Incluso aunque sean impartidas a continuación por el Ministerio de Defensa no se convierten, por ese hecho, en parte del Derecho inglés»⁴²⁵. Por consiguiente, sigue afirmando Rowe, dado que las ROE de la ONU «carecen de carácter vinculante de acuerdo con el Derecho británico, la conducta de los soldados británicos será juzgada de conformidad con la legislación penal británica»⁴²⁶. Es así como el soldado británico en Bosnia, continúa afirmando este autor, se encontró ante el dilema de que «si no abría fuego ante un acto de agresión llevado a cabo por los serbo-bosnios contra un convoy de ACNUR no infringía las Reglas de enfrentamiento de la ONU, puesto que estas contemplaban el uso de la fuerza a modo de autorización y no de instrucción, pero podía estar cometiendo, sin embargo, un delito de acuerdo con la ley penal británica, ya que haber dejado de responder a la agresión deliberadamente (siendo ello coherente con las Reglas de enfrentamiento de la ONU) equivalía al incumplimiento negligente de sus deberes militares. ¿Era su deber abrir fuego? Considerar que sí significaría admitir que las Reglas de enfrentamiento formaban parte del Derecho inglés y ya hemos visto que esto no es así»⁴²⁷.

Lo anterior viene a demostrar así que a la polémica relativa a la caracterización jurídica de las ROE a efectos internos se suma, del mismo modo, la cuestión relativa a su caracterización de cara al Derecho nacional cuando son impartidas por una autoridad internacional. En Gran Bretaña, por ejemplo, las ROE de las Naciones Unidas precisan de un acto normativo adicional a fin de incorporarlas a su Derecho y convertirlas así en fundamento de una orden militar legítima.

b. Los Estados Unidos de América

País pragmata y contradictorio al que no solo pudiera atribírsele la patente en torno a las ROE, sino, incluso y sin lugar a dudas, la del concepto mismo de Derecho militar operativo entendido este como paradigma del sometimiento de las operaciones militares a la ley y al derecho. Como no podía ser de otro modo, algún autor estadounidense ha llegado a reclamar,

956, p. 947.

⁴²⁵ *Id.*, p. 951.

⁴²⁶ *Id.*, p. 954.

⁴²⁷ *Id.*, p. 955.

naturalmente, haber sido el primero en acuñar y definir el contenido de aquel⁴²⁸. Si las ROE, tal y como venimos diciendo, suponen la incorporación institucionalizada de consideraciones políticas, operacionales y jurídicas –si bien no necesariamente en ese orden– al uso de la fuerza militar, entonces quizás no sea ajeno a esto que en este país las relaciones cívico-militares hayan estado basadas históricamente en la completa subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil. Como sugiere Feaver «el poder formidable de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, en conjunción y dependiente de su fortaleza económica, hacen de los Estados Unidos el país más poderoso, quizás, en la historia de la Humanidad. Sin embargo, los Estados Unidos jamás han sufrido una tentativa de insurrección militar y mucho menos una insurrección con éxito»⁴²⁹. En la doctrina de este país resultan muy ilustrativas las palabras de Solís al afirmar que las ROE «reflejan la necesidad que tiene el mando de controlar el uso de la fuerza por sus subordinados y [las ROE] son el medio a su alcance para conseguir esto. En una época en que ‘el cabo estratégico’ puede de hecho decidir la batalla, sea porque haga un uso inteligente o desastroso de la fuerza, los comandantes necesitan este medio»⁴³⁰. En cuanto al valor jurídico de las ROE, la doctrina oficial establece lo siguiente: «(...) las ROE son en última instancia reglas impartidas por el comandante que deben ser aplicadas por el soldado, marinero, aviador o ‘marine’ que ejecuta la misión»⁴³¹. Por lo que se refiere a las consecuencias relativas a su incumplimiento, resultan muy esclarecedoras las conclusiones a las que llega Martins en el sentido que «(...) Si bien [el incumplimiento de] la conducta que proscribe [las ROE] puede llegar a constituir infracción de uno o más artículos del Código Uniforme de Justicia Militar, las ROE solo adquieren carta de Derecho penal aplicable de manera muy sucinta. El artículo 92 del UCMJ contempla el incumplimiento de órdenes y reglamentaciones, pero esto es así únicamente si dicha orden o reglamentación se ajusta, a su vez, a otros requisitos legales y constitucionales que pueden llegar a anular su eficacia y validez. Aquellas órdenes que incluyen simples orientaciones de carácter general o que se limitan a aconsejar cómo llevar a cabo una función militar son inexigibles, del mismo modo que también lo son aquellas órdenes que

⁴²⁸ BRIDGE, R. L. *Op. cit.*, *supra* nota 264, p. 2 (en nota a pie 11); donde a su vez se atribuye haber afirmado esto a KEEVA, S. (1991), «Lawyers in the War Room», *American Bar Association Journal*, vol. 77, diciembre, pp. 52-59, p. 52.

⁴²⁹ FEAVER, P. D. (2005). «Civilian Control and Civil-Military Gaps in the United States», *Asian Perspective*, vol. 29, issue 1, pp. 233-243, p. 234.

⁴³⁰ SOLÍS, G. D. *Op. cit.*, *supra* nota 39, p. 512.

⁴³¹ THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL. *Op. cit.*, *supra* nota 9, p. 73.

un juez militar considere inconstitucionalmente vagas, desproporcionadas o de cualquier otra manera ilegítimas»; «Los niveles superiores de mando imparten específicamente las ROE a los cuarteles generales subordinados como política, más que como órdenes penalmente exigibles. Sin embargo, los comandantes pueden impartir unas ROE en particular en forma de órdenes generales que dan lugar así a la posibilidad de exigir responsabilidad a quienes las incumplieren ante un consejo de guerra»⁴³².

La conclusión a la que podríamos llegar es que, en efecto, tal y como sucede en nuestra patria, las ROE en ese país americano no gozan de valor jurídico independiente, sino que su acatamiento o cumplimiento estará en función del acto normativo o forma institucional al que se incorpore su contenido. Esta conclusión debe ser interpretada en el contexto jurídico-político de los Estados Unidos de América, donde las autoridades militares actúan siempre dentro de los márgenes estrictos que impone la política. Las ROE permiten así asegurar la máxima coherencia entre la acción política y la acción militar del Estado. Su utilidad salta a la vista y viene a ser la misma que en España, es decir, sirven como término de referencia para determinar cuándo una orden es o no legítima y, por consiguiente, poder descargar así, o en su caso confirmar, la responsabilidad de quien la acate o incumpla. La necesidad de transponer el contenido de las ROE a un acto normativo concreto o de darles forma de orden militar se convierte así en requisito indispensable en aras a poder atribuirles eficacia jurídica. Ya hemos dicho en otro lugar cómo, por ejemplo, las ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor aparecen sancionadas por resolución de dicho organismo de la defensa nacional en aquel país. Por consiguiente, no nos encontramos ante una institución que posea naturaleza jurídica de por sí, sino que se trata exclusivamente de una cierta relevancia de ese orden. Incorporadas o manifestadas las ROE a través de un acto formal reconocido por el Derecho, estas y cuantas órdenes adicionales sean dictadas al efecto⁴³³ pasarán a adquirir el valor de dicho acto y a gozar en consecuencia de la protección penal o disciplinaria correspondiente. Esta, al menos, parece ser también la postura de Sttaford, autor ya citado⁴³⁴, el cual nos dice de manera razonada que «(...) como directivas militares, las Reglas de enfrentamiento no son Derecho. Aunque puedan estar basadas en el Derecho, las directivas simplemente proporcionan una política, una autoridad, la definición de la misión y la responsabilidad»⁴³⁵.

⁴³² MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, pp. 60-1.

⁴³³ Este criterio extensivo en JETER, P. E. *Op. cit.*, *supra* nota 334.

⁴³⁴ STTAFORD, W. A. *Op. cit.*, *supra* nota 53.

⁴³⁵ *Id.*, p. 3.

c. *Canadá*

En este país la posición aparenta ser igual que en el anterior. La doctrina oficial define las ROE como «un instrumento indispensable de mando y control (‘C-2’) para ordenar y controlar el uso de la fuerza durante las operaciones militares. Las ROE son órdenes impartidas por la autoridad militar que definen las circunstancias, condiciones, grado, manera y límites dentro de los cuales la fuerza, o aquellas acciones que puedan ser consideradas como hostiles, puede ser aplicada para alcanzar objetivos militares de acuerdo con la política nacional y el Derecho. El término ‘órdenes’ debe interpretarse como el límite de fuerza autorizado de acuerdo con el mando militar y no debería ser interpretado como obligación de usar la fuerza»⁴³⁶. En términos similares la doctrina oficial vigente en este país en materia de operaciones establece que «el uso de la fuerza está controlado por las ROE, las cuales son órdenes emitidas por el jefe del Estado Mayor de la Defensa. Las ROE son normalmente remitidas al comandante correspondiente a través de un mensaje denominado ‘autorización ROE’ (ROEAUTH). Las ROE definen el grado y manera en que la fuerza militar puede ser aplicada y su finalidad es asegurar que la aplicación de la fuerza queda bajo control meticuloso. Cualquier modificación a las ROE aplicables ha de ser cursada al jefe del Estado Mayor de la Defensa a través de la cadena de mando. Con independencia de las ROE existentes, los comandantes a todos los niveles son los responsables de asegurar que la fuerza solo es utilizada contra objetivos militares legítimos y que esta es, a la vez, necesaria y proporcionada de acuerdo con las circunstancias»⁴³⁷. En la doctrina precedente –que juzgamos mucho más ilustrativa– también se establecía lo siguiente: «A excepción de la legítima defensa, durante las operaciones en tiempo de paz y en aquellas que tienen lugar con carácter previo a la declaración de un conflicto armado, las ROE constituyen la única legitimación que tienen las Fuerzas de Defensa canadienses para usar la fuerza. Las ROE son de aplicación a lo largo de todo el espectro del conflicto. Antes de la

⁴³⁶ DEPARTMENT OF NATIONAL DEFENCE/CANADIAN FORCES (2003). *Use of Force in CF Operations*. Joint Doctrine Manual B-GJ-005-501/FP-000. Ottawa, p. 2-3. Véase en: <[http://www.cfd-cdf.forces.gc.ca/websites/Resources/dgfd/Pubs/CF%20Joint%20Doctrine%20Publications/CF%20Joint%20Doctrine%20B-GJ-005-501%20FP-001%20Use%20of%20Force%20-%20EN%20\(Aug%2008\).pdf](http://www.cfd-cdf.forces.gc.ca/websites/Resources/dgfd/Pubs/CF%20Joint%20Doctrine%20Publications/CF%20Joint%20Doctrine%20B-GJ-005-501%20FP-001%20Use%20of%20Force%20-%20EN%20(Aug%2008).pdf)>. (Consultado el 14 de marzo de 2011, 10:34 h.).

⁴³⁷ DEPARTMENT OF NATIONAL DEFENCE/CANADIAN FORCES (2010). *Operation*. Canadian Forces Joint Publication 3.0. Ottawa, p. 1-8. Véase esto en: <http://publications.gc.ca/collections/collection_2011/dn-nd/D2-252-300-2010-eng.pdf>. (Consultado el 14 de marzo de 2011, 12:09 h.).

declaración de un conflicto armado las ROE son generalmente restrictivas; durante un conflicto armado son generalmente permisivas. Las ROE no son utilizadas para asignar misiones o tareas ni para impartir instrucciones tácticas. El jefe del Estado Mayor de la Defensa [*Chief of Defence Staff*, CDS] es la única autoridad con potestad para autorizar o modificar unas ROE. Ningún comandante ni cualquier otro miembro de las Fuerzas de Defensa canadienses puede impartir ‘órdenes’ [entrecomillado en el texto original] relativas al uso de la fuerza que puedan ser interpretadas como unas ROE o como orientación que pueda ser más permisiva que las ROE aprobadas por el CDS. (...) En Canadá las ROE son definidas como ‘órdenes’ [entrecomillado en el texto original] cuyo objeto es asegurar que tanto los comandantes como sus subordinados no hacen uso de la fuerza o de otras medidas más allá de lo autorizado por el mando militar. Las ROE también sirven para confirmar el grado de fuerza que los comandantes o los individuos están legítimamente autorizados a emplear en apoyo de la misión. (...) Cuando las ROE autorizan el uso de fuerza letal no lo hacen en el sentido de ordenar sino de autorizar el recurso al amplio espectro de fuerza que existe hasta, o incluida, la fuerza letal por parte de un comandante o individuo»⁴³⁸.

En la doctrina particular, Watkin nos ofrece una serie de reflexiones interesantes en torno al deber de obediencia militar, y al papel que cumplen las ROE en ese contexto, cuando sostiene que «(...) [las] ROE son a veces percibidas como limitaciones indeseables en la libertad de acción de los soldados en el plano táctico»⁴³⁹; «La opinión de que las ROE son demasiado restrictivas por razones legales está basada en una malentendida naturaleza de las ROE. Las ROE incorporan imperativos operacionales y objetivos políticos, así como el Derecho aplicable (el Derecho de los conflictos armados o el Derecho nacional). Sin embargo, dado que las ROE son promulgadas como órdenes que deben ser obedecidas por imposición del Derecho militar, a veces son interpretadas erróneamente como un documento exclusivamente legal»; «[Ocurre que] una percepción negativa del Derecho de los conflictos armados o de las ROE no hace sino reflejar cierta renuencia a aceptar el impacto del Derecho en las operaciones contemporáneas (...) La escuela de pensamiento basada en la discrecionalidad de las reglas está fundamentada en la creencia de que el comandante sobre el terreno siempre está mejor informado que los mandos y oficiales de Estado Mayor que producen las

⁴³⁸ DEPARTMENT OF NATIONAL DEFENCE/CANADIAN FORCES (2005). *Canadian Forces Operations*. Joint Doctrine Manual B-GJ-005-300/FP-000. Ottawa, p. 5-5.

⁴³⁹ WATKIN, K. (2000). «Warriors, Obedience and the Rule of Law», *The Army Doctrine and Training Bulletin*. Kingston (Canadá), pp. 24-31, p. 26.

normas (...) Con independencia de su empleo, currículum o experiencia el comandante sobre el terreno estaría capacitado para actuar de acuerdo con su conocimiento de la situación y con su moralidad. Esto a pesar de lo que digan las ROE. [Esta escuela de pensamiento] es incompatible con la doctrina canadiense, para la cual las ROE son órdenes emitidas por el jefe del Estado Mayor de la Defensa para regular el uso de la fuerza por parte de las tropas»⁴⁴⁰; «(...) [unas] ROE eficientes no pueden estar basadas ni en la creencia que se trata de normas claramente prohibitivas ni en la que opina que las reglas admiten siempre un amplio margen de discrecionalidad. Las ROE tienen su fundamento en un marco jurídico de normas predominantemente permisivas que tienen en cuenta los requerimientos de la misión y la legítima defensa, además de tener en cuenta también el ejercicio de la discrecionalidad profesional»⁴⁴¹. Por otro lado, su compatriota Fournier mantiene la teoría de que las ROE en el sistema canadiense son «órdenes válidas que deben ser obedecidas y respetadas»⁴⁴², y para ello cita como ejemplo un manual de doctrina oficial sobre el uso de la fuerza –que también citamos nosotros más arriba– en su versión del año 2001 –nosotros la del 2003–⁴⁴³. No entraremos en polémica en torno a si en este país las ROE son órdenes en sentido estricto o simples orientaciones, solo queremos resaltar que la doctrina oficial que nosotros manejamos, la cual parece adoptar una posición algo más atemperada y semejante a la estadounidense, data del año 2010⁴⁴⁴, mientras que Fournier pronunció estas palabras en 2007. ¿Cambio de criterio oficial? Quizás; detrás de todo esto late que las ROE son heterogéneas por naturaleza y todo dependerá del caso concreto. Habría que estar a lo que las ROE dispongan, bien a título de prohibición, bien a título de autorización.

d. Países de Hispanoamérica

En México las Reglas de enfrentamiento (o Reglas de empeñamiento) son reglas concebidas para hacer la guerra a modo de consignas para el

⁴⁴⁰ *Id.*, pp. 26-7.

⁴⁴¹ *Id.*, p. 28.

⁴⁴² FOURNIER, S. (2007). NATO «Military Interventions Abroad: How ROE are adopted and Jurisdictional Rights Negotiated», pp. 113-122, p. 118. Ponencia defendida en el *XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Defensa Social*, a cuyo texto se puede acceder en: <<http://www.defensesociale.org/warandpiece/SYLVAIN%20FOURNIER.pdf>>. (Consultado el 15 de marzo de 2011, 16:40 h.).

⁴⁴³ *Id.*, p. 118 (nota a pie 24). Nosotros la versión del 2003 (*op. cit.*, *supra* nota 515).

⁴⁴⁴ DEPARTMENT OF NATIONAL DEFENCE/CANADIAN FORCES. *Op. cit.*, *supra* nota 516.

combate, según afirma Moloeznik, sobre todo como herramienta del control civil de las Fuerzas Armadas en el contexto de la lucha contra el narcotráfico⁴⁴⁵. En Venezuela la doctrina oficial en torno a las operaciones de paz define las ROE como «la manera a través de la cual la organización supranacional que patrocina la OMP proporciona a los comandantes de unidades, de todos los niveles, una guía (sic.) [entendemos que se trata de una errata y que quiere decir bula] para la respuesta por medio de las armas. Están escritas en forma de prohibiciones o autorizaciones. Tratadas como prohibiciones son órdenes de no realizar determinadas acciones. Tratadas como autorizaciones son la orientación para que los jefes de unidad puedan adoptar ciertas acciones específicas, si lo juzgan necesario, para cumplir con la finalidad de la misión»⁴⁴⁶. Del mismo modo, para la Fuerza Aérea venezolana las ROE «proporcionan una guía e instrucciones concretas para los mandos de unidades, dentro de la estructura de las directivas políticas globales. Definen el grado y manera en la cual la fuerza debe aplicarse. Estas Reglas de enfrentamiento (ROE) normalmente figuran en el anexo E de las Órdenes de Operaciones y están proyectadas para informar a los comandantes aéreos del grado de limitación o libertad permitidos cuando lleven a cabo sus misiones asignadas»⁴⁴⁷. En Perú las Reglas de empleo y uso de la fuerza en el territorio nacional se definen como «aquellas órdenes del mando que determinan cómo y contra quién se emplea la fuerza durante una operación militar. Refieren las instrucciones que da el Estado para trazar claramente las circunstancias y los límites en los que sus fuerzas terrestres, navales y aéreas pueden emprender o proseguir operaciones militares contra grupos hostiles»⁴⁴⁸. En Argentina, el *Libro blanco de la Defensa Nacional* editado en 1999 establece lo siguiente en torno a las «Reglas de empeñamiento»: «(...) son impartidas por la autoridad compe-

⁴⁴⁵ MOLOEZNIK, M. P. (2009). «Principales Efectos de la Militarización del Combate al Narcotráfico en México», *Renglones*. Universidad Jesuita de Guadalajara (México), pp. 1-14, p. 10.

⁴⁴⁶ Este dato ha sido obtenido de un documento que aparenta ser auténtico y que está disponible en la red, en cuya página 59 consta esa definición. Véase esto en: <<http://www.ese.mil.ve/manuales/Manual%20de%20Operaciones%20de%20Paz.pdf>>. (Consultado el 16 de marzo de 2011, 08:12 h.).

⁴⁴⁷ Este dato ha sido obtenido de un documento didáctico que se encuentra en la red. La afirmación, por consiguiente, está hecha con todas las reservas posibles por nuestra parte. Véase esto en: <<http://www.google.es/search?hl=es&nojl=1&q=reglas+de+enfrentamiento+para+la+fuerza+aerea&aq=f&aqi=g1&aql=&oq=>>>. (Consultado el 16 de marzo de 2011, 11:27 h.).

⁴⁴⁸ Art. 13.1 del Decreto Legislativo núm. 1095. Véase esto en el sitio: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20100907_01.pdf>. (Consultado el 16 de marzo de 2011, 13:15).

tente y delinear las circunstancias y limitaciones bajo las cuales las fuerzas iniciarán o continuarán un empeñamiento armado con otras fuerzas. Este presupuesto jurídico implica que los comandantes militares deben recibir, además de las clásicas órdenes en cuanto a su misión, tareas y formas de ejecutarlas, instrucciones particulares que delimiten con toda precisión y claridad los criterios relativos al uso efectivo de la fuerza. Estas directivas resultan especialmente necesarias en el contexto actual estratégico y en del conflicto, habida cuenta de la diversidad de situaciones que pueden presentarse, además de las propias de la guerra clásica. Esta necesidad se vuelve más importante durante las crisis, para evitar una escalada indeseada; en situaciones de tensión, y aun cuando es necesario prevenir tales situaciones, las cuales a veces se producen por percepciones mutuas equivocadas de las acciones e incluso de las actitudes que adoptan fuerzas militares próximas»; «Estas instrucciones particulares reciben la denominación internacional (sic.) de Reglas de empeñamiento. (...) Estas reglas configuran un eslabón clave en la aplicación de la fuerza militar en función de los objetivos nacionales, y sus propósitos generales son: proveer una guía normalizada en tiempo de paz; permitir controlar la transición a una crisis y de esta a la guerra, y controlar las operaciones de combate una vez que las fuerzas se ven envueltas en un conflicto armado. Sus objetivos específicos resultan entonces: político: asegurar que la política nacional sea seguida militarmente; militar: proveer seguridad a las propias fuerzas y evitar la posibilidad de una reacción indeseada por el oponente, y legal: asegurar que las operaciones se ejecuten de acuerdo con la ley. De este modo, las Reglas de empeñamiento configuran una interrelación entre la política nacional, el derecho y los requerimientos propios de las operaciones nacionales. Las Reglas consideran entre muchos otros aspectos: la definición de ‘acto hostil’; las restricciones y condiciones para abrir fuego; la magnitud y duración de la violencia a desplegar; las limitaciones de blancos, tácticas, técnicas y de espacios geográficos, etc. Estas reglas son particularmente útiles en situaciones difusas de conflicto y pueden emanar del más alto nivel político-diplomático de la nación, siendo luego trasladadas a las órdenes de operaciones por las autoridades militares en la terminología operativa apropiada. En definitiva, las Reglas de empeñamiento configuran una herramienta práctica que permite dotar de racionalidad, proporcionalidad y humanidad al uso de la fuerza militar»⁴⁴⁹. Por otro lado, según Clark, y refiriéndose a las Fuerzas Armadas argentinas, las Reglas de enfrentamien-

⁴⁴⁹ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DE ARGENTINA (1999). *Libro Blanco de la Defensa Nacional*. Buenos Aires, pp. 104-6.

to «(normas que definen las circunstancias y límites del uso de la fuerza cuando chocan con otras fuerzas) expuestas en el Libro arrojan luz sobre el tipo de conducta permitida en operaciones militares. Los comandantes tienen el derecho a recibir misiones claras y precisas orientaciones para un efectivo uso de la fuerza»⁴⁵⁰. En cuanto a usos y denominaciones, el argentino Villaverde se encarga de hacernos llegar que mientras que en Argentina, como ya ha quedado dicho, las ROE se conocen como Reglas de empeñamiento, en Chile reciben el nombre más familiar para nosotros de Reglas de enfrentamiento⁴⁵¹. Así es, en Chile, el *Libro blanco de la Defensa*, en su más reciente versión de 2010, establece lo siguiente: «El propio empleo de las capacidades operativas en OPAZ [Operaciones de Paz] exige imponer un conjunto de directrices, emitidas por la autoridad superior competente, que delimitan las circunstancias y limitaciones en que la fuerza iniciará o continuará un encuentro con otras fuerzas, las que en su conjunto se denominan Reglas de enfrentamiento (ROE, *Rules of Engagement*)»⁴⁵².

Como recapitulación a cuanto llevamos dicho, únicamente añadiremos que en estos países las ROE vienen a tener una relevancia jurídica muy similar a la que puedan tener en el resto del continente o en Europa, esto es, operan a modo de órdenes o instrucciones cuando consisten en una limitación o a modo de directiva u orientación cuando se trata de una autorización.

e. Japón

No parece exagerado afirmar que debido a las limitaciones constitucionales impuestas a sus fuerzas de autodefensa (*Jieitai*), en el país nipón las ROE resultan una herramienta inútil e inservible. Existen diversas razones de orden histórico que han llevado a esto. Para Hikotani la respuesta obvia se encuentra «en la experiencia previa a la II Guerra Mundial, la cual llevó

⁴⁵⁰ CLARK, K. M. (2000). «Concepciones de la defensa nacional en Argentina y Chile: una comparación de los libros de la defensa», *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*, pp. 39-51, p. 49.

⁴⁵¹ VILLAVERDE, A. (2010). *El Sistema UNSAS y la Fuerza de Paz Combinada Cruz del Sur*; United Nations Peace Operations Training Centre, Williamsburg (USA), p. 40 (nota a pie 50). Véase esto en el sitio: <http://www.peaceopstraining.org/our_courses/cotipso/theses/>. (Consultado el 18 de marzo de 2011, 13:49 h.).

⁴⁵² MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DE CHILE (2010). *Libro Blanco de la Defensa*. Santiago de Chile, p. 189. Véase esto en el sitio: <http://www.defensa.cl/archivo_mindef/Libro_de_la_Defensa/2010/2010_libro_de_la_defensa_4_Parte_Politica_Militar.pdf>. (Consultado el 18 de marzo de 2011, 16:01 h.).

a políticos y gobernantes [tras la guerra] a un fuerte sentido de arrepentimiento sobre su incapacidad para controlar las Fuerzas Armadas»⁴⁵³. El punto de partida para un análisis contemporáneo pasa necesariamente por la Constitución nipona de 1946, en vigor desde 1947, en cuyo artículo 9 se declara la renuncia a la guerra como derecho soberano de la nación y la renuncia a la amenaza del uso de la fuerza como medio para resolver disputas, y por este motivo se proclama a continuación –he aquí la polémica desde entonces– que «jamás se mantendrán fuerzas terrestres, navales o aéreas, ni potencial militar»⁴⁵⁴. Este precepto, también conocido como la «cláusula de la paz»⁴⁵⁵, sigue generando discrepancias incluso en la actualidad. Introducido precisamente por presiones de los aliados tras la II Guerra Mundial, si bien existen dudas sobre esto⁴⁵⁶, la renuncia a la guerra y a la legítima defensa, fuere individual o colectiva, hubo de ser reinterpretada poco después y así, desde una posición inicial que consideraba constitucionalmente vetada la existencia de unas fuerzas armadas, se acabó, en última instancia, por establecer la Fuerza de Autodefensa en 1954 que no puede, en ningún caso, llevar a cabo operaciones que admitan la califica-

⁴⁵³ HIKOTANI, K. (2005). «Civilian Control and Civil-Military Gaps in Japan», *Asian Perspective*, vol. 29, issue 1, pp. 244-255, p. 244.

⁴⁵⁴ HASHIMOTO, N. (2009). «Is the Overseas Deployment of Japan's Self-Defense Force (SDF) illegal? Rethinking the Japanese contribution to international peace and security». Véase esto en el sitio: <http://www.monitor.upeace.org/innerpg.cfm?id_article=586>. (Consultado el 19 de marzo de 2011, 10:45 h.).

⁴⁵⁵ ATASSANOVA-CORNELIS, E. (2007). «Security Threats, Domestic Interests and Anti-Militarism in Japanese National Security Policy after 1989». *Cahiers of the Centre for Peace Research*. Leuven, pp. 4-30, p. 6.

⁴⁵⁶ SOUTHGATE, E. (2003). «From Japan to Afghanistan: The US-Japan Joint Security Relationship, the War on Terror, and the Ignominious End of the Pacifist State?», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, pp. 1599-1638, p. 1606. Este autor expone diversas hipótesis en torno a la introducción de este artículo en la Constitución japonesa. Una de estas es que fue el general MacArthur el que, como máximo responsable del Mando Supremo de las Potencias Aliadas, insistió personalmente en que el establecimiento de un gobierno «pacífico y responsable» en Japón pasaba necesariamente por la renuncia a la guerra y el desarme completo e incondicional; otra, que fueron los propios japoneses los que abogaron por ello, ya que la mayoría de las guerras en el pasado habían sido declaradas «en nombre de la legítima defensa». Lo cierto es que, polémicas aparte, la Constitución nipona hubo de ser reinterpretada poco después de su entrada en vigor a fin de permitir el establecimiento de unas fuerzas propias de autodefensa en coherencia no solo con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada un año antes y cuyo artículo 51 reconoce el derecho de los estados a la legítima defensa individual y colectiva, sino también por las necesidades estratégicas de los Estados Unidos, ya que se temía que con el traslado de sus tropas debido a la guerra de Corea en 1950 y la confrontación ideológica de la Guerra Fría, Japón acabase siendo objeto de agresión por la Unión Soviética. El resultado de esto fue el establecimiento en 1954 de las Fuerzas de Autodefensa por la Dieta nipona.

ción de ofensivas⁴⁵⁷. Ahora bien, solo como fuerza destinada al ejercicio de la legítima defensa individual, no colectiva⁴⁵⁸, y prueba de ello es que, por ejemplo, su fuerza marítima no cuenta con portaaviones, ya que implícito en este tipo de buques está la proyección de fuerza⁴⁵⁹ o el hecho de que sus tropas en Irak (2004-2009) no entraron en zona de combate y su protección tuvo que correr a cargo de holandeses y australianos⁴⁶⁰. De hecho, el empleo de fuerzas niponas en operaciones relacionadas con la legítima defensa colectiva no ha sido posible hasta que en 2001 la Dieta aprobara una ley de medidas especiales contra el terrorismo, siendo la posición oficial del Gobierno nipón que el ejercicio de ese derecho se limita «al archipiélago japonés y que el uso de las armas solo está permitido cuando las tropas sean objeto de disparos»⁴⁶¹.

Todo lo anterior no ha sido obstáculo, empero, a que contingentes de tropas japonesas participen en misiones de paz lideradas por las Naciones Unidas al amparo del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. De hecho, según Watanabe, llevan haciéndolo desde que en 1992 se decidiese el envío a Camboya de un contingente mixto cívico-militar⁴⁶², si bien tras aprobarse por la Dieta una ley relativa a la participación en este tipo de misiones internacionales y siempre a condición de que esto solo sea en funciones logísticas o, en todo caso y previa aprobación parlamentaria, en cometidos tales como verificación de acuerdos de alto el fuego o de inspección y recogida de armamento⁴⁶³.

¿Sería posible en este contexto promulgar unas ROE aun si estas fueran para controlar el uso de la fuerza cuando se actuase en ejercicio del

⁴⁵⁷ BENNET, D. A., y MACDONALD, A. F. (1995). «Coalition Rules of Engagement», In Brief, *Joint Forces Quarterly*, Summer, pp. 124-5, p. 124. Véase esto en el sitio: <http://www.dtic.mil/doctrine/jel/jfq_pubs/coal8.pdf>. (Consultado el 19 de marzo 17:05 h.).

⁴⁵⁸ HIKOTANI, K. *Op. cit.*, *supra* nota 532, p. 253.

⁴⁵⁹ SOUTHGATE, E. *Op. cit.*, *supra* nota 535, p. 1602 (en nota a pie 8).

⁴⁶⁰ WEST, D. A. (2006). «Reluctant Samurai? Partnering with Japan to Combat Terrorism». Air Command and Staff College, Air University. Montgomery (USA), p. 17. Véase esto en el sitio: <<http://www.google.es/#hl=es&biw=943&bih=643&q=reluctant+samurai+%3F+maxwell+air+force+base&aq=f&aqi=&aql=&oq=reluctant+samurai+%3F+maxwell+air+force+base&fp=b084db9469258ea2>>. (Consultado el 19 de marzo de 2011, 20:12 h.).

⁴⁶¹ SOUTHGATE, E. *Op. cit.*, *supra* nota 535, p. 1633.

⁴⁶² WATANABE, T. (2003). «The PKO in Cambodia – Lessons Learned: The Japanese Perspective», *Proceedings of the NIDS 50th Anniversary International Symposium on Security Affairs*, pp. 85-104, p. 85. Véase esto en el sitio: <http://www.nids.go.jp/english/event/symposium/pdf/2002/sympo_e2002_09.pdf>. (Consultado el 21 de marzo de 2011, 10:01 h.).

⁴⁶³ SOUTHGATE, E. *Op. cit.*, *supra* nota 535, p. 1631.

derecho a la legítima defensa individual? Entendemos que resultaría superfluo y contradictorio, puesto que, tal y como venimos manteniendo, las ROE son de utilidad precisamente en todos aquellos casos en que sea necesario hacer uso de la fuerza en cumplimiento –legítimo, por supuesto– de una misión cuando de otro modo no proceda hacer ejercicio de ese derecho a la legítima defensa. Por consiguiente, promulgar unas ROE relativas a la legítima defensa equivale a resaltar lo que, por así decirlo, es una obviedad. Antes al contrario, limitar este derecho a través de unas ROE, siempre que sea más allá de lo que la legalidad internacional admite, podría poner en peligro la seguridad de aquellos a quienes precisamente ampara. Cuando analicemos más adelante la interrelación entre las ROE y el Derecho internacional veremos por qué estas son para el Japón una herramienta inútil e inservible o, cuando menos, un mero recordatorio de las normas del Derecho de la guerra.

f. China

Si del Japón pudiera decirse que las ROE son una herramienta inútil debido a que limitaciones constitucionales llevan a que sus tropas solo puedan hacer uso de la fuerza precisamente en aquellos casos en que deban actuar en legítima defensa; de la China podría decirse que las ROE son la herramienta natural de control político del uso de la fuerza pero en un sentido muy distinto a lo que entendemos en Occidente, cuando no un verdadero sarcasmo. En efecto, el Ejército Popular de Liberación es más un instrumento del Partido Comunista Chino que del Estado. De acuerdo con Zheng «el ejército y el partido mantienen una relación de interdependencia... en cierto modo el ejército está en el partido y el partido está en el ejército. Es innecesario para el ejército arrebatar el poder al Partido Comunista Chino»⁴⁶⁴. Lo cierto es que, a juicio de Fleming, desde sus inicios el Ejército Popular de Liberación, «una amalgama de técnica soviética, ideología marxista y caracteres chinos, estuvo indisolublemente vinculado al Partido Comunista Chino por su experiencia juntos en la revolución»⁴⁶⁵,

⁴⁶⁴ ZHENG, S. (2001). *Party-Military Relations in China*. East Asian Institute Background Briefing, National University of Singapore, p. 1.

⁴⁶⁵ FLEMING, K. (2009). «The Party Controls the Gun, but How? Institutionalization as a Trend in Chinese Civil-Military Relations», *College Undergraduate Research Electronic Journal*. University of Pennsylvania, Filadelfia (USA). Véase esta afirmación en el sitio: <<http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1112&context=curej>>. (Consultado el 22 de marzo de 2011, 11:34 h.).

de ahí que en este país las élites políticas «tengan formación tanto civil como militar», según sugiere Paltiel⁴⁶⁶. Por consiguiente, en China, es el cuartel general del Partido Comunista el que dirige las Fuerzas Armadas y no el Ministerio de Defensa. Este cuartel general, dividido en diversos departamentos, está dirigido por un comité militar central que constituye la «cúpula del mando militar en China»⁴⁶⁷. De hecho, el cargo de presidente del CMC es el cargo de mayor poder e influencia en el sistema político chino, más incluso que el cargo de secretario general del PCC o que el de jefe de Estado⁴⁶⁸. El PCC está presente en las Fuerzas Armadas a través de un aparato de supervisión política en el que la figura del comisario político constituye pieza esencial. Existen comisarios políticos a todos los niveles de la cadena de mando, incluso a nivel pelotón. En este contexto, es lógico pensar que todas las consideraciones políticas, diplomáticas, operacionales o jurídicas que en los ejércitos apolíticos de Occidente se encuentran implícitas en las ROE —entendiendo estas como mecanismo de control— la ocupan en este país las funciones de supervisión atribuidas al comisariado político. Por consiguiente, hablar de las ROE en las Fuerzas Armadas de China es tanto como hablar de algo consustancial a un ejército tan politizado como este, radicando la diferencia en que en este país la autoridad civil se confunde con la militar, por lo que todo lo que estas puedan prohibir, limitar o autorizar no sería con objeto de garantizar el predominio de la primera sobre la segunda, sino para transmitir lo que simplemente son consignas de partido. Tal y como señala Paltiel: «la identidad corporativa del Ejército Popular de Liberación está orientada a su especial misión política, esto es, servir de apoyo y defensa del Partido Comunista Chino»⁴⁶⁹.

g. Australia y Nueva Zelanda

En Australia la doctrina oficial define las ROE como «directivas emitidas por la autoridad militar en las cuales se especifican las circunstancias y limitaciones bajo las que las fuerzas australianas iniciarán o continuarán enfrentamiento de combate con otras fuerzas que salgan a su encuentro»⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ PALTIEL, J. T. (1995). «PLA Allegiance on Parade: Civil-Military Relations in Transition», *The China Quarterly*, issue 143, September, pp. 784-800, p. 784.

⁴⁶⁷ ZHENG, S. *Op. cit.*, *supra* nota 543, p. 4.

⁴⁶⁸ *Id.*, p. 9.

⁴⁶⁹ PALTIEL, J. T. *Supra* nota 545, p. 797.

⁴⁷⁰ AUSTRALIAN DEFENCE FORCE PUBLICATION. 101. *Glossary*. Véase esto en el sitio: <http://www.navy.gov.au/w/images/Amd_glossary.pdf>. (Consultado el 24 de marzo de 2011, 17:09 h.).

Por lo que se refiere a la Armada australiana estas consisten en «instrucciones dirigidas a los comandantes en las cuales se delinean los límites y posibles libertades en aplicación de la fuerza. En las operaciones multinacionales es necesario la armonización de las ROE. Debido a que el Derecho de los conflictos armados codifica importantes principios de Derecho internacional, el control nacional de la acción militar es un requisito fundamental. A los comandantes no les está permitido excederse más allá de ninguno de estos niveles de delegación sin aprobación de la superioridad, sin embargo, el derecho a la legítima defensa se entiende prerrogativa implícita de todo comandante o individuo»⁴⁷¹. En su formulación política, el Comité Permanente de Asuntos Exteriores, Defensa y Comercio del Senado australiano ha establecido que las ROE son «preparadas por [el Departamento de] Defensa estableciendo el tipo de fuerza que puede ser aplicada en un despliegue bajo distintas circunstancias. El Departamento de Defensa y el Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio son consultados en la preparación de las ROE –y en las modificaciones subsiguientes durante el curso de una operación– para asegurar que estas son coherentes con los términos de la autorización de despliegue por el Estado receptor y con las obligaciones de Australia en materia de Derecho internacional humanitario»⁴⁷².

En opinión de Brereton las ROE «prescriben las circunstancias en las cuales el Gobierno australiano autoriza al personal militar el uso de varios grados de fuerza hasta la letal incluso. Operamos con limitaciones debido a que nosotros [los australianos] ponderamos los objetivos militares [que nos interesan] con la evitación de daños a los no combatientes. Esto es lo que nos distingue de los terroristas y lo que da a nuestra causa autoridad moral»⁴⁷³. Rogers y Ware tratan algunos aspectos relevantes sobre las ROE, de las que afirman que «son una de las innovaciones más importantes de la guerra moderna»⁴⁷⁴. Sobre su contenido y necesidad sostienen que estas «(...) incluyen consideraciones políticas y diplomáticas, así como factores operacionales, entre otros. Así como los operadores militares pueden aportar consideraciones operacionales y los mandos superiores las

⁴⁷¹ ROYAL AUSTRALIAN NAVY. *Op. cit.*, *supra* nota 354, p. 37.

⁴⁷² AUSTRALIAN SENATE STANDING COMMITTEE ON FOREIGN AFFAIRS, DEFENCE AND TRADE (2007). *Inquiry into Australia's involvement in peacekeeping operations*. Canberra, pp. 1-5, p. 3.

⁴⁷³ BRERETON, P. (2010). *The Director of Military Prosecutions*, «The Afghanistan Charges and the Rule of Law», pp. 1-13, p. 8. Véase esto en el sitio: <[http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/supreme_court/ll_sc.nsf/vwFiles/brereton061110.pdf/\\$file/brereton061110.pdf](http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/supreme_court/ll_sc.nsf/vwFiles/brereton061110.pdf/$file/brereton061110.pdf)>. (Consultado el 24 de marzo de 2011, 19:27 h.).

⁴⁷⁴ ROGERS, F., y WARE, G. T. *Op. cit.*, *supra* nota 226, p. 6.

implicaciones políticas, el abogado debe asegurarse que todas las reglas promulgadas están de acuerdo con la ley. Es aquí donde el abogado operacional pragmático se gana el sueldo. Estas reglas deben articularse de una manera clara y concisa y ofrecer las instrucciones adecuadas al combatiente sobre cuándo puede utilizar o no la fuerza. Si las reglas son inciertas o ambiguas, el riesgo a que el combatiente titubee cuando el uso de la fuerza resulte necesario irá en aumento. A mayor abundamiento, reglas ambiguas pueden dar la impresión de que la fuerza está autorizada, cuando de hecho no lo está. Esto, por el contrario, podrá dar lugar a un recrudecimiento de las hostilidades. (...) Mientras que los abogados operacionales no deben, y no deberían, poner sus dedos en el botón de lanzamiento, lo que ellos aportan a la mesa de operaciones es criterio interpretativo en orden a asesorar al operador al tomar la decisión de la cual serán responsables»⁴⁷⁵. Sobre la dudosa naturaleza jurídica que pudieran tener las ROE, al menos como norma jurídica, nos dicen también estos autores que «las ROE son promulgadas de acuerdo con un modelo legislativo y por consiguiente su redacción inicial y su interpretación es normalmente responsabilidad de un abogado. Por esta razón existe entre los operadores la percepción frecuente de que es el abogado el que limita las ROE impartidas».

De lo anterior bien podría inferirse, en sentido opuesto, que las ROE no son por consiguiente normas jurídicas, sino limitaciones —es decir, órdenes en todo caso— impuestas por reglas que, debido a su apariencia normativa y a que es un letrado el que pudiera redactarlas inicialmente y luego interpretar, son percibidas por algunos como lo que en realidad no son.

Por lo que se refiere a Nueva Zelanda, la naturaleza de las ROE nos la aporta Rout al afirmar que estas consisten en «la aplicación en particular del Derecho de los conflictos armados, el Derecho nacional y los requerimientos políticos y militares de la operación»⁴⁷⁶. Para este autor las ROE podrían incluso cambiar de carácter a lo largo de los distintos niveles de mando y autoridad, ya que «a nivel estratégico/operacional las ROE son directivas emitidas por la autoridad militar competente que delimitan las circunstancias y limitaciones bajo las cuales una fuerza armada iniciará o continuará un enfrentamiento de combate con otras fuerzas que se encuentren. A nivel operacional/táctico sirven como orientaciones relativas a cuándo se puede utilizar la fuerza militar, dónde puede ser utilizada y

⁴⁷⁵ *Id.*, p. 6.

⁴⁷⁶ ROUT, M. W. (2009). *To Define & Control: The Utility of Military Ethics in the New Zealand Army's Contemporary Operational Environment* University of Canterbury. Christchurch (NZ), p. 27. Véase esto en el sitio: <http://ir.canterbury.ac.nz/bitstream/10092/3048/1/thesis_fulltext.pdf>. (Consultado el 24 de marzo de 2011, 23:56 h.).

contra quién puede utilizarse»⁴⁷⁷. La doctrina oficial neozelandesa en materia de operaciones de combate no parece pronunciarse ni en uno ni en otro sentido⁴⁷⁸. Vemos como, por consiguiente, no estamos tampoco ante normas de carácter jurídico, sino ante directivas y orientaciones estrictamente administrativas. ¿Órdenes, directrices o simples recomendaciones? Descartado que sean normas jurídicas en sentido estricto, la cuestión en torno a la relevancia jurídica de esta institución parece serpentear siempre en torno a su carácter de orden militar en sentido estricto o de simple orientación. Resultan muy ilustrativas las palabras del australiano Findlay cuando manifiesta que «algunos ejércitos, como el de Australia o el de los Estados Unidos, conciben las ROE como órdenes y los soldados que las desobedecen son responsables ante un tribunal militar. Otros, como los de Canadá o Nueva Zelanda, las conciben simplemente como ‘orientaciones’»⁴⁷⁹. Ya hemos visto que la respuesta no puede ser ofrecida en términos absolutos y que, tal y como venimos manteniendo, la naturaleza de las ROE como orden militar en sentido estricto o como simple orientación dependerá, en todo caso, de si estamos ante una prohibición o limitación, o ante lo que admita ser interpretado como una autorización. En el primer supuesto podría decirse que el quebrantamiento de la prohibición se pueda interpretar como el incumplimiento de una orden y, por consiguiente, ser trasladado al ámbito del ilícito penal o disciplinario; en el segundo, la autorización podría ser interpretada como consejo, directriz u orientación sujeta siempre a la discrecionalidad del operador militar.

h. India

En este país la necesidad de contar con unas ROE o instrumento de control similar ha venido impuesta por la lucha contra la insurgencia. Según refiere Rajagopalan «debido a la inexistencia de unas ROE estandarizadas, el Ejército de la India siempre ha llevado a cabo cada operación con-

⁴⁷⁷ *Id.*, p. 27.

⁴⁷⁸ NEW ZEALAND DEFENCE FORCE (2008). *Foundations of New Zealand Military Doctrine*. New Zealand Defence Force Publication NZDDP-D 2008. Wellington (New Zealand), p. 5-7: «Operaciones de combate: en la doctrina neozelandesa, las operaciones de combate se definen como: ‘operaciones militares donde el uso o la amenaza de uso de la fuerza, incluido la fuerza letal, es esencial para imponer la voluntad a un adversario o para el cumplimiento de la misión’. El grado concreto de fuerza a emplear durante las operaciones de combate estará determinado por la situación táctica y por las Reglas de enfrentamiento».

⁴⁷⁹ FINDLAY, T. *Op. cit.*, *supra* nota 49, p. 371.

tra la insurgencia sin aprender de las lecciones de la anterior. La naturaleza cambiante de la amenaza y el protagonismo cada vez mayor del Ejército en este campo, llevaron a la necesidad de crear un marco de referencia que cubriese esta laguna. Así fue como se creó la Doctrina para Conflictos Subconvencionales»⁴⁸⁰. Sin embargo, su relativa reciente formulación en el contexto de la lucha contra la insurgencia no debe llevarnos a creer que las ROE sean un fenómeno nuevo en este país. Antes al contrario, existen precedentes que demuestran que la Fuerza Aérea india ya habría recibido en 1999 unas Reglas de enfrentamiento durante el conflicto de Kargil, en Cachemira, donde según afirma Sukumaran se limitaba el poder de la Fuerza Aérea india «bajo la estipulación general de no incurrir bajo ningún concepto en infracción de las normas del Derecho de la guerra»⁴⁸¹. Como quiera que sea, resulta evidente, aquí también, comprobar cómo las ROE cumplen una vez más la función de servir de mandato de la autoridad al que se incorpora, a su vez, la necesidad de observar normas de verdadero carácter jurídico.

i. Países musulmanes

No es este el lugar para abordar en detalle la institución de control político sobre el poder militar que pudiera existir, semejante a las ROE, en lo que pudiera calificarse como «países musulmanes» y que nosotros, a los únicos efectos del presente trabajo, definimos como la comunidad formada por aquellos países hermanados por la fe islámica donde además exista un Estado de corte confesional. Tampoco se pretende incluir bajo esa fórmula de manera indiscriminada a todos aquellos países donde existe, de un modo u otro, un Estado confesional, puesto que incluso dentro de estos podremos encontrar aquellos donde la ortodoxia haya dado lugar a formas más o menos extremistas y aquellos otros, moderados, donde existe reconocimiento, oficial al menos, de la libertad de culto. Hacemos, por consiguiente, abstracción de todos ellos y exponemos a continuación algunas pinceladas sobre lo que nos interesa, esto es, la existencia o no de una institución parecida a las ROE o de su equivalente.

⁴⁸⁰ RAJAGOPALAN, R. (2000). «Restoring Normalcy: The Evolution of the Indian Army's Counterinsurgency Doctrine», *Small Wars and Insurgencies*, vol. 11, issue 1, pp. 44-68, p. 60.

⁴⁸¹ SUKUMARAN, R. (2003). «The 1962 India-China War and Kargil 1999: Restrictions on the Use of Air Power», *Strategic Analysis*, vol. 27, issue 3, jul.-sept., pp. 332-356, p. 346.

Como punto de partida tenemos que señalar que no podemos entender el Derecho de la guerra musulmán, un derecho impregnado de doctrina coránica, sin comprender antes la visión bipolar del orbe que en estos países comenzó a tejerse en la Edad Media, basada, como señalan Aboul-Enein y Zuhur⁴⁸², en la dicotomía formada por el mundo del islam (*dar ul-Islam*), mundo de los creyentes, y el mundo de la guerra (*dar ul-harb*), mundo de los infieles, un mundo este último que «vive en perpetuo desafío al Señor»⁴⁸³. Y es partiendo de esta dicotomía de la que deriva la *yihad* como guerra religiosa de carácter universal librada con el propósito y el deber de defender o propagar la fe islámica, llegando así al fin último de «hacer cumplir la ley divina (la *sharia*) en todo el orbe»⁴⁸⁴. La *yihad* es así, por naturaleza, una lucha integral que puede cubrir muchos frentes tanto internos como externos, tanto individuales como colectivos, tanto militares como civiles⁴⁸⁵. Hecha esta primera aclaración, vayamos ahora a las fuentes del Derecho bélico musulmán. Siguiendo a Freamon, como «en otros muchos aspectos, las fuentes del Derecho de la guerra islámico son las instrucciones, prohibiciones y orientaciones recogidas en el Corán y en la *sunna* establecida por el profeta Mahoma, a lo largo de toda su vida, en torno a la conducción de la guerra y al ejercicio de las funciones de Estado»⁴⁸⁶. Nos dice el pakistaní Malik que la filosofía coránica cubre de forma sistemática «todos los aspectos de la guerra desde su inicio o declaración, su planificación, su conducción y hasta su control. Su eficacia reside en controles divinos bien definidos, los cuales garantizan que la guerra nunca exceda de sus márgenes y propósitos ni caiga por debajo del nivel deseado»⁴⁸⁷. De este modo, siguiendo a dicho autor, el «pensamiento militar coránico es parte integral e inseparable del mensaje íntegro del Corán»⁴⁸⁸; y la finali-

⁴⁸² ABOUL-ENEIN, Y. H., y ZUHUR, S. (2004). *Islamic Rulings on Warfare*. Strategic Studies Institute, US Army War College. Carlisle (USA), p. 4. Véase esto en el sitio siguiente: <<http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015061857804>>. (Consultado el 25 de marzo de 2011, 09:32 h.).

⁴⁸³ MALIK, S. K. (1992). *The Quranic Concept of War*. Adam Publishers and Distributors. New Delhi, (Preface p. IV).

⁴⁸⁴ MUSHKAT, R. (1987). «Is War Ever Justifiable? A Comparative Survey», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 9, pp. 227-318, p. 227.

⁴⁸⁵ AL-DAWOODY, A. M. (2009). *War in Islamic Law: Justifications and Regulations*. College of Arts and Law, University of Birmingham. Birmingham (UK), pp. 133-4. Véase esto en el sitio: <<http://theses.bham.ac.uk/382/1/Aldawoody09PhD.pdf>>. (Consultado el 25 de marzo de 2011, 17:22 h.).

⁴⁸⁶ FREAMON B. K. (2003). «Martyrdom, Suicide, and the Islamic Law of War: A Short Legal History», *Fordham International Law Journal*, vol. 27, issue 1, pp. 299-369, p. 313.

⁴⁸⁷ MALIK, S. K. *Op. cit.*, *supra* nota 562, p. 1.

⁴⁸⁸ *Id.*, p. 3.

dad de la guerra es «la conservación y promoción de la paz y la justicia»⁴⁸⁹. En lo que aquí interesa, hay que señalar que un fenómeno característico de estos países es la total confusión que existe entre la autoridad política y la militar, ya que, como afirma Qureshi, en «el islam, incluso el concepto de separación [entre lo civil y lo militar] resulta irrelevante, puesto que no existe una tradición de secularismo y no hay distinción entre los funcionarios militares y los funcionarios civiles. (...) La única ideología que parece popular y efectiva en los países islámicos es la ideología islámica, la cual, en todo caso, tiende a ser promilitar y a evitar que otras ideologías lleguen a consolidarse»⁴⁹⁰. Llegados a este punto cabe preguntarse: ¿Qué utilidad tendría una institución como las ROE en este contexto? Juzgamos que nula o casi irrelevante. La respuesta es simple inducción derivada del planteamiento dogmático que en estos países se hace en torno al concepto de guerra justa. En efecto, si tomamos como punto de partida que la guerra para el islam es justa o injusta dependiendo que se haga, o no, en nombre de la fe islámica y que es deber de todo musulmán defender y propagar la fe llegando incluso al uso de la fuerza, «en legítima defensa»⁴⁹¹, frente a todo aquel que «obstruya» el cumplimiento de ese deber, entonces no cabe más que concluir que de acuerdo con el Derecho bélico islámico las guerras legítimas, esto es, el recurso válido a la fuerza, se fundamenta siempre en el título justificante de la legítima defensa, por lo que unas ROE promulgadas a estos efectos no harían más que repetir directamente las instrucciones, prohibiciones y orientaciones previstas en el Derecho musulmán. Dicho de otro modo, estaríamos siempre ante unas «ROE de guerra» —o como hemos propuesto con anterioridad, unas «ROE de estado»— cuyo contenido vendría a coincidir con las prescripciones del Derecho de la guerra (musulmán). Tal y como ocurre en Japón, pero por razones constitucionales, o en China, pero por razones de índole política, las ROE que puedan existir en los países musulmanes serían irrelevantes al coincidir en su contenido, por razones de índole religioso, con los preceptos del Derecho de la guerra (musulmán). Cuestión muy distinta son las consignas

⁴⁸⁹ *Id.*, p. 46.

⁴⁹⁰ QURESHI, S. (1981). «Military in the Polity of Islam: Religion as a Basis for Civil-Military Interaction», *International Political Science Review*, vol. 2, issue 3, pp. 271-282, p. 271.

⁴⁹¹ En las palabras preliminares de la obra del pakistaní MALIK (*op. cit.*, *supra* nota 562) se utiliza el argumento de la «legítima defensa» frente a la «obstrucción» de ese deber hasta tres veces para justificar el recurso a la fuerza frente aquellos que, de una u otra manera, impiden la propagación de la fe. En ninguna de estas referencias se aclara qué debe entenderse por «obstruir» ese deber. Para una lectura crítica del trabajo de MALIK consúltese MYERS, J. C. (2006), «The Quranic Concept of Wa», *Parameters*, Winter, pp. 108-121.

u orientaciones que puedan difundirse por los líderes religiosos a través de una institución conocida como *Fatwa*, pero en este caso no estaríamos ante instrucciones o directivas emanadas de una autoridad central, esto es, ante unas ROE, sino ante mensajes de contenido político-religioso que guardan relación más con las creencias del combatiente –de vital importancia para él, por supuesto– que con los aspectos estratégicos, operacionales o tácticos de una campaña⁴⁹². A mayor abundamiento, al contrario de lo que ocurre con el catolicismo, la Iglesia islámica parece carecer incluso de una autoridad central⁴⁹³. Sin embargo, a juzgar por lo que afirma Sardar Ali, pudiera considerarse que la *Fatwa* incluye de hecho orientaciones de alcance estrictamente militar⁴⁹⁴. No vamos a entrar en polémica, solo señalar, naturalmente, el hecho de que en estos países la autoridad política y la autoridad religiosa pueden llegar a confundirse en una misma persona o que hablar de Derecho es hablar también de religión. A nuestros efectos esto último resulta indiferente, ya que toda orden que reciba el combatiente musulmán llevará implícito siempre el carácter defensivo de la campaña en la que participa.

En fin, las palabras preliminares del pakistaní Zia-Ul-Haq a la obra de su compatriota Malik resultan lo suficientemente ilustrativas de cuanto acontece: «El soldado profesional que sirve en un ejército musulmán, en apoyo de los objetivos de un estado musulmán, ‘no puede’ ser ‘profesional’ a menos que en todas y cada una de sus actividades adopte ‘el color de Alá’»⁴⁹⁵.

⁴⁹² CHASE, A. (1996). «Legal Guardians: Islamic Law, International Law, Human Rights Law, and the Salman Rushdie Affair», *American University Journal of International Law and Policy*, pp. 375-435, p. 375 (nota a pie 1): «[la *fatwa*] es una opinión hecha pública o una decisión concerniente a doctrina religiosa o jurídica emitida por una autoridad reconocida».

⁴⁹³ ABOUL-ENEIN, Y. H., y ZUHUR, S. *Op. cit.*, *supra* nota 561, p. 3.

⁴⁹⁴ SARDAR ALI, S. (2009). «Resurrecting *Siyar* through *Fatwas*? (Re) Constructing ‘Islamic International Law’ in a Post-(Iraq) Invasion World», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, issue 1, pp. 115-144. Este autor cita, a modo de ejemplo (pág. 131 y ss.), un número de *fatwas* particulares emitidas a través de Internet donde se insta a combatir la presencia de tropas extranjeras en Irak por «todos los medios posibles» o donde se circunscribe esta lucha a «aquellos países en cuyo suelo se encuentren tropas americanas y se utilice ese suelo como punto de lanzamiento de esas tropas contra Irak». Estas cuestiones que pudiéramos llamar de orden político-estratégico (señalamiento de los lugares de combate) o militar (medios a emplear) aparecen, a su vez, entremezcladas con invocaciones de orden religioso (se advierte que el contenido de la *fatwa* es siempre «sin perjuicio del mejor criterio de Alá Todopoderoso»), de orden político (se llama a la unidad de los hermanos musulmanes, se sugieren manifestaciones pacíficas...) o diplomático (se insta incluso al boicot de los productos occidentales).

⁴⁹⁵ MALIK, S. K. *Op. cit.*, *supra* nota 562, (prefacio) p. I.

Otro caso paradigmático de fuerzas armadas únicamente empleadas en operaciones estrictamente defensivas es el de las Fuerzas de Defensa de Israel. El marco jurídico y político de este país en materia de defensa y seguridad es relativamente moderno. Señala Tomer que la legislación militar israelí es tan reciente como la fundación misma del Estado de Israel en 1948⁴⁹⁶ y, aunque pueda resultar una obviedad, –no es así desde luego– esta fue adoptada por la necesidad de defender la integridad territorial del nuevo estado. Existen muchas razones de orden histórico y religioso que explican las convicciones pacifistas del pueblo judío, uno de cuyos rasgos característicos a través de los tiempos ha sido, precisamente, su incapacidad de defenderse a sí mismo contra las agresiones de los demás pueblos entre los cuales ha convivido⁴⁹⁷. Esto fue especialmente cierto en el siglo xx, alcanzando su cénit durante la Segunda Guerra Mundial. De hecho, afirma Edrei que la tradición jurídica del pueblo judío no solo carecía históricamente de una base normativa relativa al Derecho de la guerra –nunca la había necesitado al carecer de soberanía– sino que existía, incluso, una ideología surgida de esta circunstancia y basada en la oposición absoluta a la guerra y al uso de la fuerza⁴⁹⁸. Continúa afirmando este autor que de las tres categorías de guerra admitidas inicialmente por las leyes históricas de la *Mishná* y el *Talmud*, la guerra en legítima defensa es la única relevante en la época contemporánea y siempre que sea para «salvar al pueblo judío de la opresión a la que se enfrenta»⁴⁹⁹. Una de las figuras contemporáneas de mayor relevancia en la creación de un conjunto de preceptos jurídico-religiosos o *halakhah* relativos a la guerra, el rabino Shlomo Goren, fundamentó su obra precisamente en el equilibrio entre las perspectivas bíblicas y rabínicas sobre el uso de la fuerza, su legitimidad y el espíritu que debe orientarlo⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ TOMER, Y. (2002). «The Israeli Military Legal System – Overview of the Current Situation and a Glimpse into the Future», *The Air Force Law Review*, vol. 52, pp. 137-158, p. 137.

⁴⁹⁷ EDREI, A. (2005). Divine Spirit and Physical Power: Rabbi Shlomo Goren and the Military Ethic of the Israel Defense Forces, Theoretical Inquiries in Law, pp. 257-300, p. 258. Véase esto en el sitio: <http://www.tau.ac.il/law/members/arye_edrei/Edrei2ndgallys.pdf>. (Consultado el 26 de marzo de 2011, 07:51 h.).

⁴⁹⁸ *Id.*, p. 259.

⁴⁹⁹ *Id.*, p. 268.

⁵⁰⁰ EDREI, A. (2006). «Law, Interpretation, and Ideology: The Renewal of the Jewish Laws of War in the State of Israel», *Cardozo Law Review*, pp. 187-227, p. 222. Véase esto en el sitio: <<http://www.cardozo.yu.edu/uploadedFiles/Cardozo/Profiles/floersheimer-134/edrei%20lawinterp.pdf>>. (Consultado el 26 de marzo de 2011, 12:50 h.).

Más allá de todas las contradicciones que puedan surgir entre las distintas tendencias religiosas o políticas de unos y otros, donde el sionismo laico coexiste con el pacifismo a ultranza de los ortodoxos, y sin perder de vista que el Estado de Israel es desde luego signatario de la Carta de las Naciones Unidas y de los Convenios de Ginebra en general, podríamos llegar a la conclusión de que al igual que sucede en otros países donde las Fuerzas Armadas han sido configuradas constitucionalmente como fuerzas de estricta defensa, las ROE, en un contexto así, habrán de ser necesariamente superfluas. En efecto, en tiempo de paz tendrán que ser restrictivas en exceso con la única concesión relativa al ejercicio de la legítima defensa ante una agresión inminente o real. En tiempo de guerra podrían alcanzar un cierto grado de permisividad, pero siempre limitado por el carácter defensivo de esta Fuerza. La clave a todo esto reside precisamente en el hecho de que en Israel, por imperativos constitucionales, la autoridad política solo puede hacer uso de la fuerza militar ante una agresión real o inminente contra la «existencia, integridad territorial y soberanía del Estado de Israel, la seguridad de sus habitantes o en la lucha contra todas las formas de terrorismo»⁵⁰¹. Por decirlo de otro modo, las Fuerzas de Defensa de Israel no podrían hacer uso de la fuerza más allá, en principio, de lo que admite el derecho a la legítima defensa, por lo que, o bien actúan dentro de las reglas elementales de la legítima defensa (proporcionalidad, inmediatez de la agresión, etc.), o bien sus ROE habrían de resultar tan restrictivas en cuanto al uso de la fuerza que se convertirían más en una herramienta prohibitiva de cualquier acción violenta u ofensiva que otra cosa.

Cuestión algo más complicada parece ser la práctica seguida en la lucha contra el fenómeno del terrorismo a través de la ejecución selectiva de sujetos sospechosos o *targeted killings*, objeto, al parecer, de encendida polémica en este país, si bien el Tribunal Supremo de Israel considera que dicha práctica ha de entenderse comprendida dentro del derecho a la legítima defensa del Estado y resulta conforme al Derecho nacional y al Derecho consuetudinario internacional siempre que se respeten los principios de necesidad militar y proporcionalidad, así como que lo sea con la finalidad última de proteger la vida de la población o de los militares israelíes⁵⁰².

⁵⁰¹ Véase esto en el sitio oficial: <<http://dover.idf.il/IDF/English/about/doctrine/default.htm>>. (Consultado el 26 de marzo de 2011, 17:22 h.).

⁵⁰² Véase esto en el sitio: <http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.htm>. (Consultado el 26 de marzo de 2011, 18:15 h.).

k. África del Sur y países africanos

Tras décadas de segregación racial a través del ominoso régimen de *apartheid*, la Constitución de 1996 estableció la Fuerza Nacional de Defensa (*South African National Defence Force*) como fuerza sometida a disciplina militar cuyo objeto es «la defensa y protección de la República, su integridad territorial y sus gentes. de acuerdo con la Constitución y con los principios del Derecho internacional que regulan el uso de la fuerza»⁵⁰³. No ha de resultar extraño, por consiguiente, que las ROE como institución hayan servido de herramienta valiosa no solo para controlar la actuación de esta fuerza en el nuevo contexto democrático, sino, lo que es más importante, para disociar su imagen corporativa con respecto al régimen político precedente. Señala Mandrup que desde 1994 el Gobierno de este país se ha esforzado en sustituir la imagen de «estado paria» por la de «hacedor de paz» y que para «cultivar una reputación de potencia benigna, debe recurrir al uso de la fuerza de una manera que sea aceptable para sus vecinos y para la gran mayoría de la comunidad internacional»⁵⁰⁴. Este autor considera que la experiencia acumulada en la participación de la Fuerza Nacional de Defensa en operaciones de paz puso a las claras que esta fuerza debía «tener en consideración los aspectos políticos antes de iniciar una misión, ser capaz de relacionarse con los medios de comunicación críticos y no atenerse simplemente a alcanzar los objetivos operacionales de la mejor manera posible»⁵⁰⁵. En otro lugar se señala que las ROE entrañan no solo aspectos operacionales, sino también consideraciones jurídicas, morales y políticas⁵⁰⁶.

Por su parte, hablando de las operaciones de paz, el sudafricano Williams nos aporta aspectos interesantes sobre las ROE en este país al señalar que el «éxito político y operacional de la misión depende de las ROE. El uso indiscriminado o desigual de la fuerza puede alienar a la población civil y llevar a que los miembros de las fuerzas intervinientes sufran agresiones por parte de las facciones beligerantes. El resultado de dichas acciones puede acarrear el bochorno político de los países participantes y el descrédito de la operación en su integridad. Es importante tener en cuenta

⁵⁰³ Art. 200 de la Constitución (sudafricana) de 1996. Véase esto en el sitio: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons11.htm#200>>. (Consultado el 27 de marzo de 2011, 08:17 h.).

⁵⁰⁴ MANDRUP, T. (2007). *Africa: Salvation or Despair?*. Institute for Political Science, University of Copenhagen. Copenhagen, p. 2.

⁵⁰⁵ *Id.*, p. 235.

⁵⁰⁶ ADAMS, J. (2007). *South African Army Vision 2020 – Security Challenges Shaping the Future South African Army*. Institute for Security Studies. Pretoria, p. 167.

los siguientes factores: las ROE deben redactarse de modo que ofrezcan margen suficiente para que las fuerzas puedan actuar en defensa propia al tiempo que garanticen que no se haga un uso indiscriminado de la fuerza contra las partes beligerantes o contra la población civil; deberían ser lo suficientemente fáciles de entender y al tiempo ofrecer una gradación de la fuerza clara que permita distender, defender o resolver ciertas coyunturas operacionales; las ROE y las modificaciones subsiguientes deberían difundirse a cada uno de los miembros de la fuerza de operación de paz y realizar cuantos esfuerzos sean necesarios para asegurarse que son entendidas por el personal interviniente; con carácter previo al despliegue, deberían realizarse ejercicios de simulación intensivamente para recalcar la importancia de las ROE, tales como retiradas defensivas del fuego cruzado o escaramuzas en puestos de control, (...) la observancia de las ROE depende en gran medida de la calidad del liderazgo en una fuerza. Esto exige identificar y desarrollar la experiencia y el liderazgo de los mandos subalternos y vigilar su posterior evolución»⁵⁰⁷.

Por lo que se refiere al resto de los países del continente africano que por una u otra razón no pudieran incluirse dentro de la categoría de países musulmanes –agrupación esta a la que ya hemos hecho referencia sucinta en un contexto mucho más amplio– resultan también muy ilustrativas las nociones que en torno a las ROE se hacen en el manual-tipo de operaciones de paz para los países africanos, realizado bajo los auspicios del Institute for Security Studies del que ya hemos hablado, al señalarse que estas «ofrecen dirección política, dentro de los parámetros legales, y orientación a los comandantes a todos los niveles en relación al uso de la fuerza. El comandante de la Fuerza Conjunta habrá de valorar la amenaza dentro de su zona de operaciones y elevar solicitudes de ROE específicas para su aprobación por la autoridad política superior. Las altas autoridades políticas y militares deberían anticiparse y autorizar la difusión de las ROE que requiera la conducción de las operaciones en línea con los requisitos operacionales. Esto debería hacerse con tiempo suficiente para permitir la aclaración de las mismas y para instruir a las fuerzas antes del despliegue. Si esto no fuera posible, se deberá evaluar el riesgo e instruir a los mandos sobre el impacto de la operación. El comandante de la Fuerza Conjunta también deberá tener en cuenta las diferencias que puedan existir entre

⁵⁰⁷ WILLIAMS, R. (1995). «Practical Challenges to South African Peace Operations», *South Africa and Peace Keeping in Africa*, Institute for Security Studies. Pretoria, pp. 66-7. Véase esto en el sitio: <<http://www.issafrica.org/Pubs/Books/PKVVol1/7Williams.pdf>>. (Consultado el 27 de marzo de 2011, 13:09 h.).

los contingentes nacionales a la hora de interpretar y aplicar las ROE»⁵⁰⁸. El británico Williams, en su estudio sobre la protección de la población civil en operaciones de paz africanas, destaca el papel jugado por las ROE, sobre todo a nivel táctico, cuando sostiene que las mismas «establecen los parámetros para la realización de actividades legítimas de protección aclarando ‘los distintos grados de fuerza que pueden aplicarse según varias circunstancias, cómo deberá aplicarse cada grado de fuerza y cualquier autorización que deba obtenerse por los comandantes’»⁵⁰⁹.

En conclusión, sin que pueda establecerse que exista una doctrina africana homogénea en torno a las ROE, como tampoco podría admitirse que exista una cierta uniformidad jurídica y cultural entre el mosaico de razas y nacionalidades que abundan en el continente africano, sin embargo, sí que podemos colegir, a simple vista, que estas vienen a significar lo mismo que en Occidente en tanto que limitaciones, autorizaciones y orientaciones que se imparten por la autoridad política al mando militar para la ejecución de operaciones que entrañen el uso de la fuerza. Hay que destacar, además, cómo toda mención a las mismas se suele hacer frecuentemente desde la perspectiva de las operaciones de paz y, consecuente con esto, evitando abundar en aspectos operacionales que pudieran guardar relación con operaciones bélicas de carácter ofensivo. Quizás no sea ajeno a todo esto el legado de guerras y luchas fratricidas padecidas endémicamente por este continente durante las pasadas décadas.

1. Federación Rusa

Tras la desintegración de la Unión Soviética, a finales de los 80, la Federación Rusa como Estado sucesor adoptó su actual Constitución en 1993. Este país presenta un legado de Fuerzas Armadas politizadas, característico de la extinta Unión Soviética, donde la «doble jerarquía» imponía fidelidad tanto al Estado como, al parecer algo aún más importante, al partido⁵¹⁰. El control político corría a cargo del *zampolit* como delegado político pre-

⁵⁰⁸ INSTITUTE FOR SECURITY STUDIES. *Op. cit.*, *supra* nota 355, p. 7.

⁵⁰⁹ WILLIAMS, P. D. (2010). *Enhancing Civilian Protection in Peace Operations: Insights from Africa*. African Center for Strategic Studies, National Defense University Press. Washington D. C., p. 18. Véase esto en el sitio: <<http://www.ndu.edu/press/lib/pdf/ACSS-Research-Papers/ACSS-1.pdf>>. (Consultado el 27 de marzo de 2011, 22:45 h.).

⁵¹⁰ GOGOLEWSK, A. (1998). «The Restructuring of Civil-Military Relations in Poland», *Ukraine and Russia: A Comparative Study*. NATO Research Fellowships, p. 6. Véase esto en el siguiente trabajo publicado en la red: <<http://www.nato.int/acad/fellow/96-98/gogolews.pdf>>. (Consultado el 28 de marzo de 2011, 14:22 h.).

sente a todos los niveles de la cadena de mando e independiente del mando militar. Eran cometidos suyos «supervisar las actividades del partido y del Komsomol, fomentar la moral de combate y la lealtad política de las tropas, explicar asuntos relativos a política nacional e internacional, velar por la disciplina, instilar patriotismo, así como participar en los programas de formación militar y en los procesos de selección y evaluación de los oficiales»⁵¹¹. El advenimiento de un régimen constitucional y democrático al estilo occidental en Rusia ha llevado a replantear las relaciones cívico-militares desde la perspectiva, por consiguiente, de la subordinación de las Fuerzas Armadas a la autoridad política de la nación. Sin embargo, los poderes exorbitantes que en política militar y de seguridad se atribuyen al jefe del Estado⁵¹² equiparan esta alta magistratura, según Gogolewsk, a lo que en otras democracias tendría asumido el Parlamento⁵¹³. Este protagonismo presidencial será un error que los rusos pagarán muy caro poco tiempo después, como la experiencia así lo demostró. Ya hemos dicho en otro lugar, siguiendo al estadounidense Jeter⁵¹⁴, que las ROE, para ser efectivas, han de reflejar un equilibrio ponderado de todos los intereses políticos, militares y, por supuesto, legales que puedan afectar a la operación militar para las que se redactan. Pues bien, la primera guerra en Chechenia (1994-1996) es un claro ejemplo de cómo unas ROE restrictivas en exceso por razones de índole política principalmente pueden llevar a tremendos errores estratégicos y tácticos al coste de muchas vidas humanas. El británico Wallwork⁵¹⁵ sugiere en su estudio de aquel conflicto que uno de los mayores

⁵¹¹ US DEPARTMENT OF THE ARMY (1991). *Field Manual 100-2-3, The Soviet Army. Troops, Organization and Equipment*. Department of the Army, Headquarters. Washington D. C., p. 2-5.

⁵¹² El artículo 83 de la Constitución rusa (Конституция Российской Федерации) atribuye al presidente la designación del primer ministro y del presidente de la Duma (Cámara Baja), el nombramiento y cese de los ministros, la presidencia del Consejo de Seguridad ruso, la designación y destitución de la cúpula militar y la aprobación de la doctrina militar oficial. El artículo 87 designa al presidente como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas. Por último, el artículo 90 reconoce al presidente la potestad de dictar decretos de vigencia en todo el territorio de la Federación. Al Consejo de la Federación (Cámara Alta) únicamente se le reservan las facultades de aprobar la declaración del Estado de sitio a petición del presidente, la aprobación de los presupuestos generales del Estado, la aprobación para el despliegue de tropas fuera del territorio nacional y consentir la declaración de guerra o la firma de la paz por parte de la Duma. Véase esto en: <<http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>>. (Consultado el 29 de marzo de 2011, 16:01 h.).

⁵¹³ GOGOLEWSK, A. *Op. cit.*, *supra* nota 589, p. 23.

⁵¹⁴ JETER, P. E. *Op. cit.*, *supra* nota 334.

⁵¹⁵ WALLWORK, R. D. (2004). *Artillery in Urban Operations: Reflections on Experiences in Chechnya*. US Army Command and General Staff College. Fort Leavenworth (USA), p. 71. Véase esto en el sitio: <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA429031>>. (Consultado el 30 de marzo de 2011, 12:22 h.).

errores cometidos por el presidente Boris Yeltsin fue, precisamente, haber dado inicialmente órdenes expresas de evitar a toda costa el bombardeo de la ciudad de Grozni con objeto de ahorrar vidas humanas. Por esta razón, los rusos descartaron preparar la ofensiva de las fuerzas de infantería con apoyo combinado aéreo y mediante artillería pesada. La estrategia de los rebeldes chechenos en esta campaña, plagada de operaciones libradas en terreno urbano, fue precisamente la contraria, esto es, llevarles a las ciudades como única forma de compensar su inferioridad cualitativa y cuantitativa tanto en tropas como, naturalmente, en armamento. Esta estrategia, de la que se hace eco el estadounidense Edwards, ha sido descrita como la de la batalla por «cada ciudad sucesivamente»⁵¹⁶. El resultado del primer asalto a Grozni fue devastador para los rusos, quienes tras numerosas bajas «hubieron de replegarse y a continuación machacar la ciudad con fuego artillero y apoyo aéreo. Las ROE fueron descartadas»⁵¹⁷. El primer asalto a Grozni demostró ser un fracaso debido a unas ROE demasiado restrictivas. De hecho, como afirma Edwards, «(...) las limitaciones sobre el uso de la fuerza fueron suprimidas una vez que la infantería rusa comenzó a sufrir bajas considerables»; «Los rusos atemperaron sus ROE, permitiendo que la artillería y la aviación dañaran prácticamente todo edificio voluminoso (a excepción del palacio presidencial)»⁵¹⁸. Ahora bien, cualesquiera que fueran las intenciones políticas o humanitarias del presidente Yeltsin de evitar bajas a toda costa, la experiencia demostró que unas ROE demasiado restrictivas acabaron provocando el mal que precisamente pretendían evitar, esto es, exponer al fuego enemigo a las tropas rusas y provocar que estas, fruto de la confusión, a su vez, provocasen bajas indiscriminadamente entre la población de Grozni. La conclusión a la que llega Wallwork es que «(...) a medida que se restringe el uso del poder aéreo y de las armas pesadas (ROE restrictivas), aumentará el número de bajas propias durante el asalto, debido a la ínfima ‘preparación’, pero se producirán menos daños colaterales. Unas ROE impropias e inaplicables, como ocurrió en Chechenia, no solo llevan [a la provocación de] bajas civiles y daños colaterales, sino que incluso le dan munición valiosa a los medios de comunicación y a las operaciones de información del enemigo»⁵¹⁹. En parecidos términos

⁵¹⁶ EDWARDS, S. (2000). *Mars Unmasked: The Changing Face of Urban Operations*. The Rand Corporation. Santa Mónica (USA), p. 28 (nota a pie 36). Véase esto en el sitio: <http://www.rand.org/pubs/monograph_reports/MR1173.html>. (Consultado el 30 de marzo de 2011, 15:33 h.).

⁵¹⁷ *Id.*, p. 25.

⁵¹⁸ *Id.*, p. 64.

⁵¹⁹ WALLWORK, R. D. *Op. cit.*, *supra* nota 594, p. 73.

se pronuncia Edwards, para el que «[Unas] ROE restrictivas disminuyeron la eficacia en el combate, pusieron vidas en peligro y fomentaron un sentido de frustración y de moral baja. La necesidad de limitar por razones políticas el uso de la fuerza era muy fácil de comprender para un académico como Clausewitz, pero no lo era tanto entre soldados adolescentes cuyas vidas corrían peligro». «Si las ROE vetan el uso de armamento clave o de potencia de fuego, los soldados se verán obligados a combatir con tácticas con las que no están familiarizados. [Unas] ROE restrictivas que evitan que las unidades cuenten con grupos de asalto combinado acabarán produciendo más bajas»⁵²⁰. De hecho, en 1999, en la segunda campaña de Chechenia o guerra en el Cáucaso Norte, el presidente Vladimir Putin acabará por dar al mando militar «carta blanca para que lleven a cabo las operaciones como crean pertinente»⁵²¹.

De todo lo anterior cabe inferir, en conclusión, que las ROE o правила применения силы⁵²² tienen en aquel país, como lo tienen en la mayoría de los países occidentales, el mismo sentido y alcance como directivas relativas al uso de la fuerza que imparte la autoridad civil al mando militar.

IV. LAS ROE Y LA ÉTICA MILITAR

IV.1. ¿REGLAS DE ENFRENTAMIENTO O REGLAS DE COMPORTAMIENTO?

Ya hemos señalado en otro lugar cómo nuestro compatriota Alía Plana alude en uno de sus documentados trabajos al doble sentido que el término *rules of engagement* tiene en lengua inglesa⁵²³ –y del mismo modo en la española–⁵²⁴ tanto en el sentido de enfrentamiento, lucha o combate como en el sentido de compromiso porque, al fin y a la postre, estas guardan relación también con el deber que el militar asume de actuar o comportarse de una determinada manera cuando se encuentra en operaciones. Esta doble

⁵²⁰ EDWARDS, S. *Op. cit.*, *supra* nota 595, p. 64.

⁵²¹ WALLWORK, R. D. *Op. cit.*, *supra* nota 594, p. 72.

⁵²² NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION (2001). *NATO-Russia Glossary of Contemporary Political and Military Terms*, p. 189. Véase esto en el sitio: <<http://www.nato.int/docu/glossary/eng/index.htm>>. (Consultado el 1 de abril de 2011, 18:00 h.).

⁵²³ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

⁵²⁴ Nota del autor: Enganchamiento, enganche, engancharse, etc., aluden en castellano tanto al sentido de enfrentarse a algo o a alguien como al de comprometerse de igual modo con algo o con alguien. El *Diccionario de la Real Academia Española* recoge hasta quince acepciones que, en definitiva, llevan siempre a esa polisemia. Véase esto en el sitio: <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=enganchar>. (Consultado el 1 de abril de 2011, 21:03 h.).

realidad nos permite así establecer numerosos vínculos de relación entre las ROE y la dimensión operativa de las Fuerzas Armadas —a través del Derecho militar operativo fundamentalmente (y dentro de este con respecto a todas las especialidades jurídicas, en cuyo seno se podrían englobar)—; así como a su vez entre estas y la ética o deontología castrense —a través de aquellas normas del ordenamiento jurídico español que consagran los valores inherentes a la carrera militar, tales como la Ley 5/2005 de la Defensa Nacional, la Ley 39/2007 de la Carrera Militar y las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por el Real Decreto 96/2009—. De hecho, el artículo 20 de la Ley 5/2005 dispuso que por una ley —no ley orgánica— se regularían las reglas que definen el comportamiento de los militares y asimismo que por el Gobierno se desarrollarían esas mismas reglas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Así, el artículo 4 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar, haciendo realidad dicha previsión, lleva por rótulo «Reglas de comportamiento del militar» y en su interior nos encontramos, entre otros aspectos, que la regla sexta alude al empleo legítimo de la fuerza, de forma gradual y proporcionada, «de acuerdo con las Reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe.» Por su parte, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en cuanto que «código deontológico y compendio de los principios éticos y reglas de comportamiento del militar español», tal y como así las califica Eymar Alonso⁵²⁵, hizo realidad también esa previsión conteniendo en sus preceptos —como no podía ser de otro modo y en virtud al mandato conferido al Gobierno— alusiones esporádicas a las ROE tanto en lo relativo a normas sobre empleo y uso de armas (art. 42), al uso legítimo de la fuerza en operaciones militares en general (art. 84) o al conocimiento y cumplimiento de estas particularmente en operaciones de paz y ayuda humanitaria (art. 94). A lo anterior hay que añadir que, del mismo modo, la futura «Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas» —en fase de tramitación parlamentaria al momento de redactar estas líneas—⁵²⁶ contiene en lo que es su actual artículo 6 (del proyecto) unas «reglas de comportamiento del militar» que vienen a ser reproducción literal de cuanto ya establece el mencionado artículo 4 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar, si bien se añade una regla adicional, la regla séptima, relativa a la necesidad que tiene el militar de adecuar su comportamiento a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina,

⁵²⁵ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit.*, *supra* nota 28, p. 300.

⁵²⁶ Véase el proyecto en el sitio: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_082-01.PDF#page=1>. (Consultado el 2 de abril de 2011, 09:31 h.).

jerarquía y unidad. No vamos a entrar a analizar la ubicación normativa más oportuna que dichas reglas de comportamiento debieran tener. Ni siquiera parece existir consenso en torno a esta cuestión tanto en el ámbito político⁵²⁷ como en el doctrinal⁵²⁸. Sin embargo, detengámonos por unos momentos a examinar la relación que pueda existir entre las Reglas de enfrentamiento y las de comportamiento. ¿Es que las primeras no vienen a reducirse al modo en que uno debe guiarse o comportarse cuando hace uso de la fuerza...? Desde luego que sí, veamos a continuación la relación que existe entre unas y otras.

Como punto de partida de toda esta cuestión tenemos que señalar, siguiendo el criterio de Matamoros Martínez⁵²⁹, que las reglas de comportamiento, en su faceta de norma rectora de la actuación del militar⁵³⁰, han de entenderse integradas dentro de la tríada de normas que configuran el estatuto de los empleados públicos en general y que consisten en las «reglas de actuación» propiamente dichas –dentro de las cuales encontramos las «reglas de comportamiento»– y que constituyen la «faz positiva» de la actuación de todo empleado público, en palabras de Requero⁵³¹; las «reglas sobre régimen de personal» y cuyo objeto es la configuración de la carrera propiamente dicha (ascensos, destinos, etc.) y las «reglas sobre régimen disciplinario» o también «faz negativa» de la actuación del funcionario público –según el autor citado– y cuyo objeto es la definición del régimen de infracciones y sanciones relacionadas con el incumplimiento de alguno de los deberes y obligaciones inherentes al ejercicio de la función pública. A su vez, dentro del marco general definido por las reglas de actuación nos encontramos, según Matamoros Martínez⁵³², tanto con los principios

⁵²⁷ Durante los debates parlamentarios de la vigente Ley de la Carrera Militar la posición del por entonces ministro de Defensa, Sr. Alonso Suárez, fue señalar la introducción de unas reglas de comportamiento como contenido novedoso del proyecto de ley; mientras que la posición del Sr. Llamazares Trigo fue que estas debían haber sido mejor incluidas, bien en las Reales Ordenanzas, o en la Ley de Derechos y Deberes de las Fuerzas Armadas. Véase esto en CORTES GENERALES (2007), *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, núm. 243. Madrid, pp. 12262-12277, pp. 12263 y 12266.

⁵²⁸ REQUERO, J. L. (2009). «Reales Ordenanzas: Rango y valor», *Revista Atenea. Seguridad y Defensa*, núm. 3. Véase esta revista digital en el sitio: <http://www.revistatenea.es/RevistaAtenea/REVISTA/PDF/documentos/Documento_58.pdf>. (Consultado el 2 de abril de 2011, 13:01 h.).

⁵²⁹ MATAMOROS MARTÍNEZ, R. (2010). «Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: aspectos estructurales», *Cuaderno Práctico*, núm. 3, enero-abril. Centro de Investigación y Doctrina Jurídica de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Madrid, pp. 5-32.

⁵³⁰ *Id.*, p. 5.

⁵³¹ REQUERO, J. L. *Op. cit.*, *supra* nota 607.

⁵³² MATAMOROS MARTÍNEZ, R. *Op. cit.*, *supra* nota 608, p. 13.

éticos como con las reglas de comportamiento que, en definitiva, conforman este marco general de las reglas de actuación conocido también bajo el epígrafe de «código de conducta»⁵³³. Pues bien, más allá de la distinción conceptual que parece existir en el ordenamiento español entre «principios éticos» y «reglas de comportamiento»⁵³⁴, en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas las ROE aparecen referenciadas dentro de estas últimas, guardando relación con los deberes relativos al empleo y uso de las armas (art. 42)⁵³⁵, al uso legítimo de la fuerza en operaciones militares en general (art. 84)⁵³⁶ o en relación al deber de conocimiento y cumplimiento de estas en operaciones de paz y ayuda humanitaria en particular (art. 94)⁵³⁷. En palabras de Eymar Alonso, cuando trata sobre el título IV de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (en cuyo seno se ubican los arts. 84 y 94) –y que *mutatis mutandis* podría decirse también respecto al artículo 42 (incluido en título I)–, se trata de unos artículos que definen «una auténtica ética militar operativa como el núcleo más específico del código deontológico del militar»⁵³⁸.

Lo anterior nos permite deducir a simple vista que las ROE, entendidas como aquel conjunto particular de órdenes o autorizaciones relativas al manejo de las armas o al empleo y uso de la fuerza, forman parte del catálogo general de deberes y obligaciones, objeto de regulación en las reglas de comportamiento. Empero, no de cualquier deber y obligación, sino tan solo de los referidos tanto a la faceta operativa de la profesión –como una faceta más junto con la técnica, la logística y la administrativa– como a su faceta ético-jurídica.

⁵³³ Art. 1 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (RD 96/2009): «Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que constituyen el código de conducta de los militares, definen los principios éticos y las reglas de comportamiento de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Deben servir de guía a todos los militares para fomentar y exigir el exacto cumplimiento del deber, inspirado en el amor a España, y en el honor, disciplina y valor».

⁵³⁴ MATAMOROS MARTÍNEZ, R. *Op. cit.*, *supra* nota 608, p. 13.

⁵³⁵ Art. 42 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: «Pondrá máxima atención en todo lo concerniente al manejo de las armas, especialmente en la aplicación de las normas de seguridad, consciente de su gran importancia. Para hacer uso de ellas, se atenderá estrictamente a la normativa vigente, órdenes recibidas y Reglas de enfrentamiento.»

⁵³⁶ Art. 84 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: «En el empleo legítimo de la fuerza, el militar hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe».

⁵³⁷ Art. 94 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: «El conocimiento y cumplimiento de las Reglas de enfrentamiento le permitirán hacer frente a las situaciones cambiantes de cada momento, debiendo estar preparado para asumir la protección de la población afectada y los riesgos consiguientes».

⁵³⁸ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit.*, *supra* nota 28, p. 300.

Las consecuencias prácticas de todo esto nos permiten llegar a una serie de conclusiones que juzgamos de interés:

En primer lugar, entre las ROE y las reglas de comportamiento del militar existe una relación instrumental de forma que las primeras serían solo una manifestación particular de aquellas en forma de orden militar y en lo que concierne a la parcela o faceta operativa de la profesión; las segundas, una serie de deberes, obligaciones y pautas de conducta de mayor alcance impuestos en forma de ley o reglamento.

En segundo lugar, la incorporación del concepto de ROE al ordenamiento jurídico español permite que estas dejen de ser un simple elemento técnico de las operaciones militares para convertirse en término de referencia normativa de cara a la exigibilidad jurídica de los deberes que en un momento dado puedan entrañar. Empero, no por ello estas pasan a adquirir valor de ley o de reglamento, pues, tal y como venimos sosteniendo a lo largo del presente trabajo de investigación, su relevancia jurídica es la de una orden militar o la de una simple autorización administrativa y es en este ámbito donde deben quedar circunscritas, mientras que el pedigrí jurídico de las reglas de comportamiento es el del precepto de una ley o reglamento. Desde luego, siempre podrá argumentarse que nada impide la incorporación de unas ROE en particular a un acto normativo con fuerza de ley o de reglamento; sí, pero en tanto dicho proceso de transposición no tenga lugar –y la práctica española no registra precedentes– su valor jurídico seguirá siendo el de una orden o instrucción administrativa.

En tercer lugar, las ROE quedan sometidas a la cláusula general de legalidad de la actuación administrativa prevista, entre otros preceptos relevantes, en la regla de comportamiento undécima del artículo 4.1 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar: «Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión»; las reglas de comportamiento se manifiestan con valor de ley o de reglamento, por lo que su cumplimiento queda sometido en todo caso también a lo que pueda disponer cualquier otra norma jurídica de valor superior. El resultado práctico viene a ser el mismo en ambos casos (obedecer, cumplir, acatar, etc.) pero con una notable diferencia, ya que las ROE deberán siempre ajustarse a estas como simple acto administrativo que son y no a la inversa, de ahí la relación instrumental que entre ambas existe, con preferencia, desde luego, de las reglas de comportamiento dado su valor jurídico.

En cuarto lugar, al convertirse las ROE, a través de su mención en las reglas de comportamiento, en término de referencia normativa que permite determinar la legitimación de una operación estas –las ROE– pasan a adquirir también una dimensión ética o moral cuyas fronteras pueden ser delimitadas, precisamente, de acuerdo con los contornos que nos ofrecen las reglas de comportamiento en general, produciéndose así una simbiosis entre moral y Derecho característicos de una profesión como la militar⁵³⁹.

En quinto y último lugar, el respeto a los principios propios del Derecho de los conflictos armados, tales como el de necesidad militar⁵⁴⁰; el de humanidad, o también denominado «cláusula Martens»⁵⁴¹; el de distinción entre objetivos militares y objetos civiles, o entre combatientes y no combatientes⁵⁴², o el de

⁵³⁹ «Superado el debate sobre la caracterización jurídica de los ejércitos, la doctrina actual coincide en señalar que las Fuerzas Armadas son una parte de la Administración del Estado, pero con la particularidad de contener, como señala ALLÍ TURRILLAS, ‘un claro valor institucional que hace referencia a sus valores metajurídicos, de indudable importancia, y que, por ello, inciden en el régimen jurídico inundándolo de una serie de elementos que nos permiten adjetivar a esta administración como ‘especial’». Esto en MATAMOROS MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, *supra* nota 608, p. 6 (y en nota a pie 6 en referencia a ALLÍ TURRILLAS, J. C. (2000), *La Profesión Militar*: INAP. Madrid, p. 50).

⁵⁴⁰ Art. 35 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «1. En todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado.

»2. Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.

»3. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural».

⁵⁴¹ Preámbulo del Convenio IV de La Haya de 1907, relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre: «Mientras que se forma un código más completo de las leyes de la guerra, las altas partes contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública»; y art. 1.1 y .2 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «1. Las altas partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Protocolo en toda circunstancia.2. En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública».

⁵⁴² Art. 48 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares».

proporcionalidad en el uso de la fuerza⁵⁴³ a través de las ROE permite garantizar, a su vez, la vigencia y cumplimiento de esos mismos principios cuando aparecen consagrados en las reglas de comportamiento nacionales⁵⁴⁴, de ahí la relación vehicular que consideramos existe entre aquellas y estas. No deja de resultar paradójico que, siendo esto así, las ROE no aparezcan más que esporádicamente citadas tanto en nuestras Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (tan solo en los artículos 42, 84 y 94) como en las reglas de comportamiento del militar recogidas en nuestra principal norma profesional (art. 4.1, regla sexta, de la Ley 39/2007).

En el ámbito comparado también encontramos referencia al concepto de reglas o normas de comportamiento del militar en contraste con las Reglas de enfrentamiento. Por citar algunos ejemplos, en la doctrina oficial de Francia en materia de operaciones en el exterior se distingue entre Reglas de enfrentamiento y reglas de comportamiento o *regles de comportement*⁵⁴⁵. Ya hemos dicho en otro lugar que de acuerdo con la doctrina vigente en el país galo las ROE tienen el carácter de órdenes militares impartidas por la autoridad legítima⁵⁴⁶. Pues bien, en cuanto a las reglas de comportamiento en este ámbito se afirma –al menos en la doctrina oficial– que estas están constituidas por aquellas «directivas procedentes de una autoridad militar en relación a la actitud a adoptar por las unidades y por el personal en operaciones»⁵⁴⁷. Sobre su contenido y alcance se establece que estas «guardan relación con el comportamiento individual y colectivo del personal tanto durante el servicio como fuera de él» y ayudan a completar las Reglas de enfrentamiento «en el sentido que ‘calibran’ [entrecomillado en el original] la actitud de la fuerza (firmeza, neutralidad, etc.) y, por ello mismo, contribuyen en cierta manera a regular la violencia»⁵⁴⁸. En cuanto a su naturaleza jurídica se señala que las reglas de comportamiento «vincu-

⁵⁴³ Art. 51.4 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «Se prohíben los ataques indiscriminados. Son ataques indiscriminados:

»a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
»b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
»c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo;
y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil».

⁵⁴⁴ En España esto tiene lugar, entre otros, en el capítulo VI («De la ética en operaciones») del título IV de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

⁵⁴⁵ MINISTÈRE DE LA DÉFENSE. *Op. cit.*, *supra* nota 228.

⁵⁴⁶ MARTINEAU, F. *Op. cit.*, *supra* nota 96.

⁵⁴⁷ MINISTÈRE DE LA DÉFENSE. *Op. cit.*, *supra* nota 228, p. 26.

⁵⁴⁸ *Id.*, p. 26.

lan al comandante, a la cadena de mando y a las unidades comprometidas en una operación. (...) no necesitan ser validadas por las autoridades políticas, lo cual no excluye que les puedan ser comunicadas. No es posible establecer [de antemano] un catálogo de reglas de comportamiento, puesto que esto depende del entorno y de las circunstancias de tiempo, lugar y del contexto geopolítico y cultural en el que se desenvuelven las fuerzas. (...) Uniformidad (casco o boina, defensa policial, equipos de protección...); autorización para salir o no a la ciudad; contacto con la población. (...) las reglas de comportamiento son responsabilidad de las autoridades militares presentes en el teatro de operaciones. (...) Los niveles superiores estratégicos y operativos pueden impartir instrucciones u orientaciones en este ámbito en función de las circunstancias apreciables donde dispongan las medidas que estimen deben ser adoptadas. Al igual que las Reglas de enfrentamiento ligadas al uso de la fuerza, las reglas de comportamiento deben ser comunicadas a las tropas en forma de ‘tarjeta del soldado’»⁵⁴⁹. Este tipo de reglas de comportamiento puntuales y concretas aparece, a su vez, ligado a los deberes generales impuestos al militar francés en la Ley 270/05, de 24 de marzo, relativa al estatuto general del personal militar, donde se consagran de forma abstracta valores castrenses como el espíritu de sacrificio, la disciplina, la disponibilidad para el servicio, la lealtad y la neutralidad⁵⁵⁰.

En el Ejército británico las reglas de comportamiento se presentan en forma de valores y estándares⁵⁵¹. De los «valores» se afirma que «son los principios morales –el espíritu y carácter intangible– que debería guiarnos y convertirnos en las personas que deberíamos ser» a través de la entrega desinteresada, el valor, la disciplina la honestidad, la lealtad y el respeto hacia los demás; de los «estándares», que son la forma «en que nos comportamos» y su objeto es garantizar que «nuestra conducta es acorde con la ley, adecuada y absolutamente profesional», poniéndose especial énfasis en que «todos los soldados están sujetos al Derecho penal de Inglaterra donde quiera que se encuentren y tienen el deber de respetarlo. En este sentido [el soldado británico] no se diferencia de otros ciudadanos, y todos los delitos comunes se encuentran comprendidos en el Derecho militar. En operaciones, los soldados están sujetos al Derecho internacional, inclu-

⁵⁴⁹ *Id.*, pp. 26-7.

⁵⁵⁰ Véase esta ley en el sitio: <<http://admi.net/jo/20050326/DEFX0400144L.html>>. (Consultado el 4 de abril de 2011, 16:37 h.).

⁵⁵¹ BRITISH ARMY (2008). *Values and Standards of the British Army*. Official Publication AC 63812. Véase esto en el sitio: <http://www.army.mod.uk/documents/general/v_s_of_the_british_army.pdf>. (Consultado el 4 de abril de 2011, 17:35 h.).

yendo el Derecho de los conflictos armados y las Reglas de enfrentamiento establecidas y, en algunos casos, el Derecho local [del lugar donde se encuentren]». Tanto de los valores como de los estándares se declara que «son aplicables en todo momento: ya sea en operaciones, de guarnición, en el hogar o fuera de servicio».

En Canadá el código de conducta del personal militar (*Code of Conduct for CF Personnel*)⁵⁵² también establece una serie de reglas de comportamiento inspiradas en el Derecho de los conflictos armados y dirigidas a operaciones en el exterior. Estas reglas se enuncian en once apartados relativos a enfrentamiento con fuerzas adversarias y objetivos militares (*Rule 1*); uso de la fuerza necesaria en aras a causar el menor daño colateral (*Rule 2*); no alteración del armamento o municiones para aumentar el sufrimiento o uso de armamento o munición no autorizados (*Rule 3*); trato con humanidad al personal civil y respeto a la propiedad privada (*Rule 4*); prohibición de atacar a quienes se rinden, despojarles de las armas y detenerles en su lugar (*Rule 5*); trato humano con los detenidos y prohibición de cualquier forma de tortura o abuso (*Rule 6*); rescate y cuidado hacia los enfermos y heridos, propios o enemigos (*Rule 7*); prohibición relativa al saqueo y a los «trofeos de guerra» (*Rule 8*); respeto a los bienes de interés cultural (*Rule 9*); respeto a las personas y objetos que luzcan el emblema de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja y otros símbolos reconocidos de organizaciones humanitarias (*Rule 10*); deber de denunciar infracciones del Derecho de los conflictos armados y de las reglas de comportamiento (*Rule 11*)⁵⁵³. Este código de conducta también establece que la «obligación de obedecer sus reglas y el Derecho de los conflictos armados es un requisito del Derecho militar canadiense, el cual incluye el Código penal de Canadá»⁵⁵⁴. En relación a las ROE se señala en particular que «el Derecho de los conflictos armados no es la única fuente de regulación del uso de la fuerza, sino que esto incluye, además, a las Reglas de enfrentamiento. El código de conducta no reemplaza a las ROE, sino que las complementa»⁵⁵⁵.

Lo anterior nos permite comprobar cómo en la óptica comparada existe también esa interrelación instrumental entre las Reglas de enfrentamiento y las reglas de comportamiento, así como también el carácter predominantemente técnico u operativo de las primeras frente al carácter esencialmente ético-jurídico de las segundas. Respecto a estas últimas cabe platearse también, al igual que sucede con los artículos de nuestras

⁵⁵² OFFICE OF THE JUDGE ADVOCATE GENERAL. *Op. cit.*, *supra* nota 117.

⁵⁵³ *Id.*, pp. 2-1, 2-18.

⁵⁵⁴ *Id.*, p. 2-19.

⁵⁵⁵ *Id.*, p. A-4.

Reales Ordenanzas relacionados con el respeto a las normas y principios del Derecho de los conflictos armados, la necesidad de incorporar este tipo de normas a las leyes militares cuando se trata, precisamente, de deberes y principios cuya eficacia jurídica ya se produce desde el momento en que por el Estado se suscriben los tratados internacionales en que se contienen (Derecho de la Haya, Derecho de Ginebra, etc.). Estamos con Alía Plana en el sentido de que esta práctica de someter a las fuerzas armadas al Derecho internacional humanitario a través de normas de carácter interno no es más que un «recordatorio» en la medida en que dicho sometimiento deriva de la suscripción de los oportunos tratados internacionales, no de la obligatoriedad jurídica derivada de un real decreto⁵⁵⁶. Eymar Alonso, desde la autoridad que le confiere el haber formado parte de la Comisión para la Redacción de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, también parece utilizar el mismo vocablo⁵⁵⁷. De hecho, compendiar todas las normas y principios del Derecho de la guerra en otras normas de carácter interno o nacional podría dar lugar a veces, de no hacerse con las debidas prevenciones, a una cierta «cacofonía normativa» que llevaría a sus destinatarios, en caso de confusión o duda, a plantearse el dilema de si proceder conforme a unas u otras normas. No es este el lugar adecuado para abordar problemas de esta naturaleza, tan solo señalar que una situación así habría de ser resuelta aplicando las normas generales relativas a los límites del deber de obediencia militar. En este sentido, en todos los ordenamientos nacionales –incluso en el Derecho de los tratados internacionales– existen cláusulas relativas, bien al derecho o deber de desobedecer aquellas órdenes de contenido delictivo⁵⁵⁸, bien a la prevalencia de lo que dispone un tratado internacional válidamente suscrito cuando entra en contradicción con las normas del Derecho interno⁵⁵⁹, sin que sea de ningún modo admisible argumentar la obediencia debida a las órdenes de los superiores –o lo que es lo mismo, haber actuado conforme «a las ROE establecidas»⁵⁶⁰– como posible

⁵⁵⁶ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

⁵⁵⁷ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit.*, *supra* nota 28, p. 314.

⁵⁵⁸ En España esto se prevé fundamentalmente en el artículo 21 del Código Penal Militar y del mismo modo en el artículo 4 (Regla undécima) de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar y, de nuevo, en el artículo 48 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Real Decreto 96/2009).

⁵⁵⁹ Esto tiene su sede en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Véase esto en el sitio: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 08:27 h.).

⁵⁶⁰ Cuando el contenido de las ROE o su extracto en forma de RUF es comunicado por escrito o mediante la entrega de una «tarjeta del soldado» la cuestión en torno al examen de su legalidad o legitimidad, como orden militar que es, no presenta mayor dificultad. El

causa que justifique la comisión de una infracción cualquiera que esta sea; excusa que de usarse con tanta frecuencia y en tantas circunstancias, siguiendo al estadounidense Solís, ha acabado «por convertirse en una parodia de sí misma»⁵⁶¹. Es en este contexto, relativamente moderno, de incorporación explícita de los preceptos del Derecho internacional humanitario a las normas domésticas en forma de reglas de comportamiento, auténtica explosión del concepto de lo humanitario en la sociedad en general y en las Fuerzas Armadas en particular según refiere Eymar Alonso⁵⁶², donde las ROE adquieren todo su valor crítico como elemento de referencia normativa en aras a determinar la legitimidad o no de una orden, sin que sean ajenos a esto los valores ético-jurídicos que impregnan las reglas de comportamiento en general. En cierto modo, como señala el noruego Ydstebø⁵⁶³, las ROE son «reflejo de cómo la sociedad quiere que sus fuerzas armadas se conduzcan en operaciones. En este sentido, las ROE son la viva imagen de los estándares sociales relativos al uso de la violencia»⁵⁶⁴.

Otra cuestión mucho más espinosa que puede plantearse en este ámbito de la ética militar puesta en relación con las ROE en particular o, en un contexto mucho más amplio, con las reglas de comportamiento del militar, es la relacionada con el empleo de sistemas no tripulados en misiones relacionadas con la defensa; iniciativas como el programa estadounidense denominado *Soldier Enhancement Program* y destinado, desde el año 1989 en que se implantó⁵⁶⁵, a perfeccionar al combatiente

problema surge cuando se transmiten de forma verbal o cuando cualquier cambio o modificación es comunicado repentinamente de igual manera. Existen algunos estudios donde se aborda la cuestión, como en OSIEL, M. . (1999), *Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline and the Law of War*. Transaction Publishers. Londres; y desde una perspectiva crítica puede consultarse COHN, M., y GILBERD, K. (2009), *Rules of Disengagement: The Politics and Honor of Military Dissent*. PoliPointPress. Sausalito (USA); o MESTROVIC, S. G. (2008), *Rules of Engagement? A Social Anatomy of an American War Crime – Operation Iron Triangle, Iraq*. Algora Publishing. Nueva York.

⁵⁶¹ SOLÍS, G. D. (2000). «Obedience of Orders and the Law of War: Judicial Application in American Forums», *American University Law Review*, vol. 15, pp. 481-526, p. 482. Véase esto en el sitio: <<http://www.wcl.american.edu/journal/ilr/15/solis.pdf?rd=1>>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 09:48 h.).

⁵⁶² EYMAR ALONSO, C. *Op. cit.*, *supra* nota 28, p. 313.

⁵⁶³ YDSTEBØ, P. (2000). «Thoughts on Individual Ethics and Rules of Engagemen», *PACEM*, vol. 3, issue 2, pp. 222-8. Véase esto en el sitio: <<http://www.pacem.no/2000/2/pdf/>>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 10:22 h.).

⁵⁶⁴ *Id.*, p. 226.

⁵⁶⁵ EATON, P. D. (2002). «The Soldier Enhancement Program: A Paradigm for Transformation», *Infantry Magazine*, Summer, vol. 91, issue 2, pp. 1-2, p. 1; edición digital en el sitio: <http://findarticles.com/p/articles/mi_m0IAV/is_2_91/ai_106792165/>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 11:07 h.).

de a pie con toda una serie de medidas técnicas⁵⁶⁶; el uso de armas no letales; así como las operaciones a través de la red informática o «ciberguerra». Detenernos exhaustivamente en todos y cada uno de estos campos desbordaría el objeto de nuestro trabajo. Tan solo decir, a título de apunte, que por lo que se refiere a los sistemas no tripulados estos presentan, a juicio del británico Platts⁵⁶⁷, retos tales como lograr el equilibrio armonioso entre la autonomía propiamente dicha de estos sistemas y su control y gobierno por parte de los operadores remotos; autonomía que lleva a que la interacción entre el artefacto y su operador se produzca en raras ocasiones, como, por ejemplo, «cuando sea necesario tomar decisiones en que deban tenerse en cuenta limitaciones como las impuestas por las ROE»⁵⁶⁸. ¿Estarán lo suficientemente capacitados estos sistemas para identificar y distinguir entre objetivos militares y objetos civiles o entre combatientes o no combatientes en una guerra tan compleja como la contemporánea? ¿Podrán sus programas apereibirse de que existen unas ROE establecidas? En algún lugar se ha dicho que estos sistemas «cambiarán el futuro de la guerra»⁵⁶⁹ y, desde luego, por obvio que esto pueda resultar, dicha afirmación no resulta nada ociosa. Iniciativas como el *Soldier Enhancement Program* estadounidense plantean también dilemas éticos al incluir, dentro de estas medidas de «perfeccionamiento» –humano en este caso–, proyectos de investigación tales como «los relativos al ‘aprendizaje acelerado’ mediante la aplicación de la neurociencia a los procesos de aprendizaje, (...) el denominado ‘CG3’, que capacitaría a los seres humanos para mantenerse con una dieta a base de hierbas y otras plantas no digeribles [o] (...) la instalación de sensores que permiten identificar esencias y productos químicos con la misma agudeza que el olfato de un perro»⁵⁷⁰. Sin perjuicio de sus efectos inmediatos para mejorar la eficacia en el combate: ¿Podrá retener el combatiente capacidad de juicio suficiente

⁵⁶⁶ El organismo encargado de este programa (US Army Natick Soldier Systems Center) tiene incluso sitio oficial propio: <<http://www.natick.army.mil/about/index.htm>>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 11:43 h.).

⁵⁶⁷ PLATTS, J. T. (2006). «Autonomy in Unmanned Aerial Vehicles», *The Aeronautical Journal*, February, pp. 97-105. Véase esto en el sitio: <<http://www.raes.org.uk/pdfs/3001Col.pdf>>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 12:02 h.).

⁵⁶⁸ *Id.*, p. 98.

⁵⁶⁹ WINSLOW, L. (2007). *Robotic Warfare «Hide and Seek Strategies»*. Online Think Tank. Véase esto en el sitio: <<http://www.worldthinktank.net/pdfs/unmannedvehiclerobotic.pdf>>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 12:59 h.).

⁵⁷⁰ LIN, P. (2010). *Robots, Ethics & War*. Stanford Center for Internet and Society. Véase esto en el sitio: <<http://cyberlaw.stanford.edu/node/6571>>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 13:22 h.).

a largo plazo para discernir entre lo permitido y lo no permitido? En cuanto al uso de armas no letales y las ROE basta señalar, tal y como afirma –y además demuestra– el estadounidense Hall, que de no compensarse el empleo de este tipo de armas en operaciones de paz o de asistencia humanitaria con unas ROE lo suficientemente robustas ambas pueden llegar a formar una «combinación letal»⁵⁷¹. ¿Y qué decir de nuevas formas de ataque como la denominada «ciberguerra», tan letal o más que la guerra convencional?⁵⁷². Ni siquiera existe en la actualidad una prohibición general relativa a este tipo de ataques a las redes informáticas⁵⁷³. ¿Constituyen dichas agresiones un verdadero ataque ante el cual pueda hacerse uso de la fuerza de acuerdo con el Derecho internacional? ¿Cuáles serían las ROE aplicables? ¿Autorizarían el uso de la fuerza incluso si el atacante fuese una persona física y no un Estado?

Todos estos planteamientos e interrogantes no hacen sino poner a las claras la estrecha relación que existe entre las ROE, como herramienta relativa al control del uso de la fuerza, y las cuestiones relacionadas con la ética militar. Quizás sea dentro de un contexto como este, de escenarios remotos pero no por ello imposibles, donde las reglas de comportamiento cobren su auténtico sentido de norma de conducta de vocación permanente frente al carácter mucho más perecedero de las ROE, sometidas siempre a los vaivenes de la política o de los intereses operacionales o tácticos del momento.

⁵⁷¹ HALL, D. B. (1997). *Rules of Engagement and Non-Lethal Weapons: A Deadly Combination?*. Thesis, United States Marine Corps Command and Staff College, Marine Corps University. Quantico (USA). Véase esto en el sitio: <<http://www.globalsecurity.org/military/library/report/1997/Hall.htm>>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 16:19 h.).

⁵⁷² RATTRAY, G. (2001). *Strategic Warfare in Cyberspace*. The MIT Press. Cambridge (USA), p. 20: «Si uno concibe la guerra como [una serie de] hechos violentos, entonces los medios militares no violentos serían por definición inútiles. [Sin embargo] en un contexto mucho más amplio, la consecución de objetivos políticos puede no comprender necesariamente el uso de medios violentos. El recurso a ataques digitales no violentos para alcanzar objetivos políticos debe entenderse como una nueva forma de hacer la guerra. En comparación con otros tipos de fuerza militar, la guerra digital es una especie de microfuerza. (...) Las armas químicas o bacteriológicas se denominan armas de destrucción masiva no por la cantidad de energía liberada cuando son utilizadas, sino por el número de muertes que pueden provocar. (...) A pesar del carácter de microfuerza que tienen los ataques a las redes de información, el ataque a los sistemas de control digital de una planta nuclear puede provocar efectos similares [a los de un arma de destrucción masiva] a gran escala».

⁵⁷³ SCHMITT M. N., y O'DONNELL, B. T. (2002). «Computer Network Attack and International Law», *US Naval War College International Law Studies*, vol. 76. Newport (USA), pp. 59-71, pp. 67-9.

V. LAS ROE Y EL DERECHO INTERNACIONAL

V.1. LAS ROE Y EL DERECHO INTERNACIONAL EN GENERAL

Ya hemos visto en otro lugar cómo las ROE, tengan la consideración o relevancia jurídica de una orden militar –como en España– o la de tratarse de una norma más del ordenamiento jurídico, permiten no solo controlar el uso de la fuerza desde el punto de vista del interés político y militar que todo ello pueda tener en un momento dado, sino que, a la vez, sirven como elemento a tener en cuenta en torno a la legitimidad o no de una orden y, por consiguiente, al fin primordial y último de determinar la responsabilidad individual en que unos y otros (la autoridad que las imparte, los mandos que las cumplen o hacen cumplir, los subordinados que las acatan...) pueden incurrir en un campo tan delicado y arriesgado como es el empleo de la fuerza en operaciones militares, sea esta letal o no. Es así, a través de las ROE, aunque no exclusivamente, donde adquieren plena vigencia conceptos esenciales a la noción misma de Estado de derecho⁵⁷⁴, de sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico⁵⁷⁵ o de sometimiento general de la Administración pública a la Ley y al Derecho⁵⁷⁶. Con la progresiva individualización jurídico internacional de la responsabilidad penal de los operadores militares, algo que atestigua la creación de la Corte Penal Internacional, las ROE se convierten en un elemento clave para deslindar lo que en un momento dado pueden ser conductas individuales contrarias a Derecho de lo que es, en rigor, el uso institucionalizado de la fuerza por parte de los estados, uno de cuyos reflejos son las ROE. Esta es una conclusión válida no solo desde la perspectiva del Derecho interno, también ocurre así desde la del Derecho internacional.

⁵⁷⁴ Art. 1.1 de la Constitución Española: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

⁵⁷⁵ Art. 9.1 de la Constitución Española: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

⁵⁷⁶ Art. 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: «Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho»; y Art. 2.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado: «La Administración General del Estado, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sirve con objetividad los intereses generales, desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo».

V. 2. EL DERECHO DE LA GUERRA Y LA «GUERRA DEL DERECHO»

No es un juego de palabras, ni se trata de ningún galimatías fraseológico. En las siguientes líneas abordaremos la relación que guardan las ROE con dos ámbitos específicos del Derecho internacional. De un lado analizaremos el impacto que las ROE tienen en la esfera particular del Derecho de los derechos humanos y del Derecho de los conflictos armados; de otro, examinaremos la relación que las ROE tienen con una práctica, perversa unas veces y filantrópica otras, del Derecho internacional –si bien lo mismo podría predicarse del Derecho interno– cuya única finalidad parece ser desprestigiar la acción de los estados cuando hacen uso de la fuerza combatiendo lacras como el terrorismo internacional o la piratería en alta mar. En cuanto a esto último, no estamos ante nada nuevo. Las estrategias procesales de dudosa intención son tan antiguas como la justicia misma. Sin embargo, la dogmática anglosajona parece haber hecho acopio del fenómeno y, como suele ser habitual en esta, lo ha bautizado con nombre tan gráfico como este. A continuación veremos la relación que las ROE guardan con unas y otras.

V. 3. LAS ROE Y EL DERECHO DE LA GUERRA

Guerra, conflicto armado, operaciones militares distintas de la guerra... Se pueden utilizar tantas denominaciones como matices presenta el hecho bélico contemporáneo en general, ahora bien, el denominador común siempre está ahí: uso de la fuerza, respeto a los civiles y a sus propiedades, necesidad y proporcionalidad, legítima defensa, etc. Las ROE pasan así a adquirir verdadera carta de naturaleza cuando son puestas en relación con el hecho bélico y el Derecho internacional. En concreto, cuando son puestas en relación con el Derecho internacional de los derechos humanos, en situaciones de paz, o el Derecho de los conflictos armados –el Derecho de la guerra, a fin de cuentas– en situaciones de guerra o conflicto armado. Las siguientes líneas intentarán demostrar el valor intrínseco de las ROE en estas parcelas del Derecho internacional a través de tres asertos. En primer lugar, que ya sea en un escenario de paz como en uno bélico las ROE afianzan el prestigio político, jurídico, moral y militar del Estado como sujeto preferente del Derecho internacional. En segundo lugar, la compleja cuestión de lo que algunos han venido a denominar «lucha global contra

el terrorismo internacional»⁵⁷⁷, término algo controvertido⁵⁷⁸, exige hoy, más que nunca en la historia reciente, la existencia de unas ROE que hagan compatible el cumplimiento de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas con la estricta protección de las fuerzas empleadas en ese cometido, necesidades ambas nada antagónicas, sino, antes al contrario, que pueden y deberían ser armonizadas a través de unas ROE que se adecúen a las peculiares circunstancias de esta lucha. En tercer y último lugar, que las ROE juegan un papel fundamental para garantizar la legitimidad política, jurídica, moral y militar de los estados frente a lo que por algunos se ha venido a denominar la «guerra del Derecho»⁵⁷⁹.

a. Entre la guerra y la paz: las ROE y el prestigio implícito en el respeto a los derechos humanos

Según refiere el estadounidense Maxwell, «cuando un recluta ingresa en el Ejército de los Estados Unidos para convertirse en soldado profesio-

⁵⁷⁷ «Al poco de producirse los ataques de Al Qaeda del 11 de septiembre de 2001 en el World Trade Center de Nueva York y el Pentágono, el presidente declaró una ‘guerra de alcance global contra el terrorismo.’ A continuación, y reiteradamente, él y otros cargos de la Administración usaron los términos ‘guerra global contra el terrorismo’, ‘guerra contra el terrorismo global’, ‘guerra contra el terrorismo’, ‘guerra contra el terror’ y ‘batalla contra el terrorismo internacional’. La ‘guerra global contra el terrorismo’, junto con su acrónimo [en inglés] GWOT [global war on terrorism], se convirtió pronto en el término más utilizado.» Esto en RECORD, J. (2003), *Bounding The Global War On Terrorism*, Strategic Studies Institute, US Army War College, Carlisle (USA), p. 1. Véase esto en el sitio: <<http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pdf/files/PUB207.pdf>>. (Consultado el 6 de abril de 2011, 11:16 h.).

⁵⁷⁸ «El término ‘guerra contra el terrorismo’ es una equivocación, producto de una idea distorsionada de la principal amenaza a la que se enfrentan los americanos en la actualidad. El terrorismo es solo un medio para alcanzar un fin; por esta razón, una ‘guerra contra el terror’ tiene tan poco sentido como una ‘guerra contra los submarinos’». Esto en FUKUYAMA, F. (2003), «Phase III in the War on Terrorism? Challenges and Opportunities». Brookings Institution. Véase la edición digital en el sitio: <<http://www.brookings.edu/comm/events/summary20030514.pdf>>. (Consultado el 6 de abril de 2011, 17:34 h.).

⁵⁷⁹ En círculos de habla inglesa se conoce como *lawfare* –juego de palabras derivado del inglés *warfare*, que significa guerra– y la idea detrás de este concepto es la de la utilización perversa de los *mass media* y de los mecanismos judiciales tanto nacionales como internacionales por parte de los estados que amparan a elementos terroristas, por los terroristas o por sus simpatizantes, con el propósito de desacreditar la acción de los estados involucrados en la lucha contra el terrorismo exclusivamente nacional o de carácter internacional. La acuñación de este término se produjo en 2001 y se atribuye en algún lugar al estadounidense Charles Dunlap Jr. (autor del que hablamos más adelante). Esta última afirmación en KITTRIE, O. F. (2010), «Lawfare and US National Security», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 43, pp. 393-421, p. 394. Véase esto en el sitio: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1779562###>. (Consultado el 6 de abril de 2011, 19:22 h.).

nal, aprende desde el primer día cuándo puede hacer uso de la fuerza letal. Este es el aspecto más importante para ser un soldado disciplinado y bien formado. (...) La fuerza letal, herramienta fundamental de todo soldado, se puede dividir en dos apartados: el derecho a la legítima defensa y el derecho a enfrentarse a una fuerza declarada hostil por la superioridad»; «Para el soldado americano la legítima defensa se basa en las acciones de otros, en su conducta. Es algo subjetivo: puede que las acciones que lleve a cabo una fuerza sean benignas, pero desde la perspectiva del soldado pueden ser consideradas como una demostración de hostilidad. Si el soldado reacciona razonablemente entonces su actuación será considerada justificada y, por consiguiente, legal»; «En contraste con la legítima defensa nos encontramos con el derecho a enfrentarse a una fuerza que ha sido declarada hostil. (...) las fuerzas enemigas pueden ser atacadas y el soldado no necesita ‘hallarse ante un acto de hostilidad o ante una demostración de hostilidad’ para enfrentarse a dicha fuerza. (...) en otras palabras, la fuerza declarada hostil se fundamenta en el estado. Es objetiva: al soldado se le permite legalmente enfrentarse y acabar con la fuerza hostil sin necesidad de observar si el grado de letalidad empleada es razonable»⁵⁸⁰.

En efecto, este autor, con fundamento en la doctrina oficial sobre las ROE que existe en su país y de la que son fiel reflejo las ya mencionadas ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor de los Estados Unidos de América,⁵⁸¹ no solo nos permite establecer una clasificación –ya apuntada también– entre «ROE subjetivas» y «ROE objetivas» o, lo que es lo mismo, entre aquellas que autorizan o permiten el uso de la fuerza basándose en un criterio subjetivo como es la conducta del posible adversario (ROE de conducta) y aquellas que lo hacen basándose en una condición objetiva como es su estado hostil (ROE de estado), sino que además nos aporta un primer punto de partida elemental para diferenciar los dos contextos jurídico internacionales en que puede tener lugar el uso legítimo de la fuerza por los estados, a saber: en un contexto de paz y en otro de guerra. Tanto en uno como en otro las ROE sirven a dos propósitos que juzgamos

⁵⁸⁰ MAXWELL, M. (2011). «Like Playing Whack-A-Mole Without a Mallet? Allowing the State to Rebut Civilian Presumption», *Targeted Killing Conference at University of Pennsylvania*, pp. 1-49, pp. 1 y 2. Véase esto en el sitio: <http://www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/targetedkilling_papers/MaxwellPaper.pdf>. (Consultado el 7 de abril de 2011, 08:09 h.).

⁵⁸¹ Como hemos señalado en otro lugar, las ROE Permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor de los Estados Unidos de América (en inglés Joint Chiefs of Staff Standing Rules of Engagement for US Forces) han tenido ya varias versiones como las de 1994, 2000 o las vigentes de 13 de junio de 2005 aprobadas por Resolución CJS 3121, véase esto *ut supra* en nota a pie 371.

relevantes para al prestigio del Estado cuando recurre a la violencia; veamos por qué esto es así.

Al contrario de lo que sucede como norma general en aquellas situaciones distintas de la de guerra o conflicto armado en que rige imperativamente el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, donde la sacralidad del derecho a la vida y a la libertad del individuo podrían entenderse en términos cuasi absolutos⁵⁸², el Derecho de la guerra permite, o al menos tolera, la muerte de seres humanos siempre que ello obedezca a la necesidad militar y solo cuando esto tenga lugar con respeto a los principios de humanidad, de distinción entre objetivos militares y objetos civiles, así como de proporcionalidad⁵⁸³. Sin embargo, la diferencia esencial, y radical, entre ambos marcos normativos es que en el Derecho de la guerra los combatientes «tienen derecho a participar directamente en las hostilidades»⁵⁸⁴ y el combatiente adversario se convierte en «objetivo militar (...) cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización, ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida»⁵⁸⁵, incluso aunque esto último pueda suponer, en palabras del estadounidense Meron, la muerte de seres humanos inocentes que nada tengan que ver con las hostilidades, como es el caso de las víctimas civiles ocasionadas por daños colaterales legítimos⁵⁸⁶. Surge así entre una y otra situación la condición de

⁵⁸² Los artículos 6 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966) consagran, respectivamente, el derecho a la vida y a la libertad. En igual sentido, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (artículos 2 y 5). Sin embargo, estos derechos no son absolutos, ya que, por ejemplo, en este último instrumento se prevé que la vida humana pueda ser sacrificada en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; para detener a una persona conforme a Derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente, o para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección y, del mismo modo, que la libertad sea sacrificada de acuerdo con el procedimiento establecido en la ley en casos de privación de libertad legalmente en virtud de sentencia dictada por un tribunal competente o detención judicial o gubernativa.

⁵⁸³ *Ut supra* notas a pie 620, 621 y 622.

⁵⁸⁴ Art. 43.2 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «2. Los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades».

⁵⁸⁵ Entre otros: art. 52.2 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁵⁸⁶ MERON, T. (2000). «The Humanization of Humanitarian Law», *The American Journal of International Law*, vol. 94, n.º 2, April, pp. 239-278, p. 240. La edición digital puede consultarse en el sitio: <<http://www.gistprobono.org/sitebuildercontent/sitebuilderfiles/humanization.pdf>>. (Consultado el 8 de abril de 2011, 16:01 h.). El concepto de daño colateral se encuentra implícito en el art. 51.5.b del Protocolo Adicional I (1977) a los Con-

«combatiente» y de esto deriva, a su vez, el concepto de estado de la persona como elemento diferencial para hacer uso de la fuerza legítimamente entre la paz y la guerra. Lo anterior no quiere decir que entre un marco jurídico y otro, el de la paz y el de la guerra, exista una división compartimentada, antes al contrario, abundan autores cuya opinión es precisamente que uno complementa al otro llegando a convertirse ambos en *lex generalis* y en *lex specialis* de los conflictos armados⁵⁸⁷. En lo que aquí interesa, hemos señalar que en la paz no existe la distinción objetiva entre combatientes y personas civiles, por lo que solo puede sacrificarse el derecho a la vida o a la libertad legítimamente a través del uso de la fuerza en función a la conducta hostil o a la demostración de hostilidad que observe el individuo⁵⁸⁸,

venios de Ginebra de 1949 al prohibirse aquellos ataques indiscriminados cuando sea de 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». Más sobre el debate siempre delicado de las bajas civiles colaterales, en especial en las operaciones aéreas, en HEATON, J. R. (2005), «Civilians at War: Reexamining the Status of Civilians Accompanying the Armed Forces», *The Air Force Law Review*, vol. 57, pp. 157-208. Véase esto en el sitio: <<http://www.afjag.af.mil/shared/media/document/AFD-081009-010.pdf>>. (Consultado el 8 de abril de 2011, 18:37 h.).

⁵⁸⁷ MERON, T. *Op. cit.*, *supra* nota 665, pp. 266-73.

⁵⁸⁸ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (Adoptados por el *VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990); reproducimos algunos de los pasajes más importantes: «Disposiciones generales:

»1. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán y aplicarán normas y reglamentaciones sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego contra personas por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Al establecer esas normas y disposiciones, los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley examinarán continuamente las cuestiones éticas relacionadas con el empleo de la fuerza y de armas de fuego.

»2. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán una serie de métodos lo más amplia posible y dotarán a los funcionarios correspondientes de distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego. Entre estas armas deberían figurar armas incapacitantes no letales para emplearlas cuando fuera apropiado, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes. Con el mismo objetivo, también debería permitirse que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuenten con equipo autoprotector, por ejemplo, escudos, cascos, chalecos a prueba de balas y medios de transporte a prueba de balas a fin de disminuir la necesidad de armas de cualquier tipo. (...).

»4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

»5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

ello dejando siempre a salvo el derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva de los estados, consagrado, de acuerdo con la legalidad internacional, en el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Este sería, por así decirlo, un escenario de uso de la fuerza en situaciones distintas de la guerra o conflicto armado. Pensemos ahora en la intervención de las Fuerzas Armadas de determinado estado en una operación no bélica (de mantenimiento o consolidación de la paz, de asistencia humanitaria, etc.). ¿Cómo podríamos averiguar si el modo en que un estado autoriza el uso de la fuerza a los miembros de sus fuerzas armadas es legítimo? ¿Cómo podríamos identificar el uso ilegítimo de la fuerza llevado a cabo por un miembro de las Fuerzas Armadas de ese estado –y por tanto susceptible de responsabilidad individual nacional o internacional– de lo que constituye la política oficial de las autoridades? La respuesta la encontramos en las ROE impartidas a sus fuerzas armadas, sin lugar a dudas. Ya hemos visto que en la paz no hay distinción objetiva entre dos categorías de personas, esto es, entre combatientes y entre personas civiles. En este contexto, una simple ojeada a las ROE establecidas bastará para comprobar si el Estado considera que sus tropas se encuentran o no, de hecho, en una situación de conflicto armado. Para esto sería suficiente examinar las ROE y ver si las únicas referencias determinantes para el uso de la fuerza consisten en los supuestos de «acto hostil» o de «intento de acto hostil», por utilizar la terminología de la OTAN⁵⁸⁹. La validez de las ROE de conducta en aras a

»a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga.»b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana.»c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas.»d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas. (...).

»7. Los gobiernos adoptarán las medidas necesarias para que en la legislación se castigue como delito el empleo arbitrario o abusivo de la fuerza o de armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. (...).

»Disposiciones especiales.

»9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y solo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, solo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida». Véase esto en el sitio: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/fuerza.htm>>. (Consultado el 7 de abril de 2011, 12:45 h.).

⁵⁸⁹ El Manual *MC 362/I* de la OTAN define el «acto hostil» como «cualquier acto intencionado que cause un daño grave o ponga en serio peligro al personal de la OTAN o a las fuerzas dirigidas por la OTAN o a aquellas fuerzas o personas que determine la OTAN»;

determinar la legitimación del Estado tampoco acaba aquí. Cualquier acto que implique el uso de la fuerza por los miembros de sus fuerzas armadas y las consecuencias que de ello resulten podrá examinarse también a la luz de las ROE. Todo uso de la fuerza no amparado por las ROE permitirá identificar lo que de otro modo no son más que excesos o comportamientos individuales susceptibles de acción penal o disciplinaria, quedando intacto así de este modo el prestigio y autoridad del Estado. Otro aspecto a destacar de las ROE de conducta es el concepto de legítima defensa, asociado a su vez con los de «acto hostil» o «intento de acto hostil». En la doctrina oficial de la OTAN dos son los principios que han de servir de guía cuando se ejerce este derecho: necesidad⁵⁹⁰ y proporcionalidad⁵⁹¹. En este sentido, toda referencia explícita al derecho a la legítima defensa en las ROE establecidas permitirá averiguar que el Estado no reconoce encontrarse en guerra –pues de lo contrario no necesitaría justificar el uso de la fuerza amparándose en esto– y, además, si ha respetado los principios de necesidad y proporcionalidad en función a los medios cuyo uso autorice, limite o prohíba.

Todo lo anterior nos permite comprobar cómo en tiempo de paz resultan de verdadera utilidad los conceptos de «ROE de conducta», el binomio «acto hostil» e «intento de acto hostil» y, por último, el concepto de legítima defensa. De este modo, las ROE establecidas, como acto de declaración unilateral de voluntad por parte del Estado, y la medida en que las Fuerzas Armadas ajusten su conducta a cuanto estas limiten, prohíban o autoricen, serán testimonio fiel de la voluntad política, jurídica, moral y militar del Estado en aras al cumplimiento de la misión encomendada a sus fuerzas armadas, ya sea por mandato de la ONU o en virtud a cualquier otro compromiso internacional.

En tiempo de guerra o de conflicto armado son las ROE de estado las que garantizarán este prestigio del Estado y las que permitirán, a su vez, identificar aquellos comportamientos individuales que, por apartarse de las

en cuanto al «intento de acto hostil» este se define como «aquella amenaza cierta e identificable que puede percibirse sobre la base de las siguientes condiciones: a. capacidad y preparación... para infligir un daño y, b. evidencia... indicativa de la intención de... causar un daño». Esto en NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION, *op. cit.*, *supra* nota 169, p. 255.

⁵⁹⁰ «El uso de la fuerza debe ser solo como última medida, una vez comprobada la ineficacia de otros medios como la advertencia.» Esto en NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION, *op. cit.*, *supra* nota 169, p. 256.

⁵⁹¹ «La proporcionalidad se expresa generalmente a través del término ‘fuerza mínima’, limitada en cuanto a su intensidad, duración y ajustada a la medida de la amenaza que se percibe». Esto en NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION, *op. cit.*, *supra* nota 169, p. 256.

directrices oficiales, deban ser susceptibles de acción penal o disciplinaria contra los responsables. La dicotomía entre «ROE de estado» y «ROE de conducta» nos permite además comprobar, de hecho, el reconocimiento oficial por parte del Estado en torno a la existencia de un conflicto armado. Las ROE de conducta ya hemos visto que son esencialmente defensivas, muestra evidente que el Estado, vista la naturaleza de la misión militar, considera innecesario recurrir a la autoridad que de otro modo le brindaría aplicar el Derecho de la guerra. En oposición a esto, el establecimiento de unas ROE de estado donde se declare quién o quiénes constituyen «fuerza hostil» o «elemento hostil» –acto esencialmente político pero de indudables consecuencias jurídicas– será reflejo de la voluntad del Estado en considerar que la misión militar es de guerra. Esto es así porque unas ROE de estado no requieren apelar a la legítima defensa para justificar el uso de la violencia, tan solo el reconocimiento e identificación del elemento como «fuerza hostil». En estas situaciones ya hemos visto que prevalece el concepto de «objetivo militar» y, por consiguiente, las fuerzas actuarán guiadas por la única finalidad de conseguir su destrucción total o parcial, su captura o su neutralización. El concepto de «fuerza hostil» o «elemento hostil» propio de las ROE de estado tiene un uso arraigado en la doctrina de los Estados Unidos de América⁵⁹², no así en la de la OTAN, la cual la desconoce⁵⁹³. Lo que importa aquí es que el establecimiento de unas ROE de estado permitirá afirmar que nos encontramos de hecho ante una situación de conflicto armado, cualquiera que sea su carácter (internacional o no internacional), con independencia de lo que los resortes políticos del Esta-

⁵⁹² «Fuerza declarada hostil (FDH): cualquier persona civil, paramilitar, fuerza militar o terrorista que haya sido declarado hostil por la autoridad competente de los Estados Unidos. Una vez declarada una fuerza como ‘hostil’, las fuerzas de los Estados Unidos pueden enfrentarse a la misma sin necesidad que se produzca un acto hostil o un intento de acto hostil; por ejemplo, el presupuesto para el enfrentamiento cambia de conducta a estado. Identificada como fuerza declarada hostil una fuerza o individuo, es posible enfrentarse a la misma a menos que se rinda o se encuentre fuera de combate debido a encontrarse herido o enfermo.» Esto en THE JUDGE ADVOCATE GENERAL’S LEGAL CENTER AND SCHOOL, *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 75.

⁵⁹³ La doctrina oficial de la OTAN no resulta ser tan ofensiva como la nacional de los Estados Unidos de América. Esto no quiere decir que la doctrina de la OTAN no contemple una tipología de ROE lo suficientemente robustas, tales como el uso de la fuerza imprescindible para prevenir el abordaje, la detención o la captura de buques, aeronaves, vehículos o bienes propiedad de la OTAN; uso de medios químicos para el control de masas; uso de fuerza no letal para prevenir la interferencia en el cumplimiento de sus cometidos por el personal de la OTAN; uso de la fuerza imprescindible para evitar la comisión de delitos graves de carácter flagrante o cuya comisión sea inminente e, incluso, el ataque contra cualquier fuerza u objetivo que demuestre un intento de acto hostil. Esto en NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION, *op. cit.*, *supra* nota 169, p. 256.

do puedan haber reconocido o no de manera oficial. Lo anterior resultará determinante de cara a la exigibilidad jurídica de todos los deberes y obligaciones impuestas por el Derecho de la guerra tanto al Estado, como sujeto de Derecho internacional, como aquellos deberes y obligaciones que en su virtud deban cumplir u observar los miembros de sus fuerzas armadas. A mayor abundamiento, una lectura de las ROE también permitirá averiguar en estos casos el uso de qué medios o métodos ha autorizado o prohibido el Estado y, por consiguiente, si respeta o contraviene las normas del Derecho de la guerra. Al combatiente individual también le permitirá ejercer el derecho –o el deber– de salvar su responsabilidad no acatando aquellas órdenes que, con fundamento en que así lo permiten las ROE, entrañen la utilización de medios o métodos contrarios al Derecho de la guerra.

Llegado el caso: ¿Existe mejor prueba que, en efecto, el Estado actúa o no con sujeción a las normas y principios del Derecho de la guerra? ¿Existe mejor medio para demostrar que los miembros de sus fuerzas armadas han, o no, recibido instrucciones oficiales para burlar las normas y principios del Derecho de la guerra? Estas reflexiones nos permiten averiguar la importancia que las ROE tienen no solo como complemento del Derecho de la guerra o, en un nivel mucho más amplio, del Derecho internacional de los derechos humanos, sino para garantizar también el prestigio político, jurídico, moral y militar de los estados con fundamento en el modo que autorizan, limitan o restringen el desarrollo de las operaciones militares a través de las ROE, sean de conducta, en un escenario de pa, o de estado, en uno de guerra. Cuestión muy distinta es la que suscita la práctica seguida por algunos estados de declarar como materia clasificada⁵⁹⁴ las ROE vigen-

⁵⁹⁴ Esta parece ser la práctica seguida en países como Australia, donde la posición oficial del Gobierno es que «su divulgación podría hacer fracasar la misión o poner en peligro innecesariamente la vida del personal de la Australian Defence Force». Esto en COMMONWEALTH OF AUSTRALIA (2005), *Parliamentary Debates, House of Representatives, Official Hansard*, n.º 13, Canberra, pp. 1-210, p. 177. Véase esto en el sitio: <<http://www.aph.gov.au/hansard/reps/dailys/dr090805.pdf>> (Consultado el 11 de abril de 2011, 11:18 h.); en Canadá, donde ni siquiera los miembros del Comité de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional o del Comité de Defensa y Asuntos para los Veteranos de la Cámara Baja han llegado a tener acceso a las mismas «sin permiso del Gobierno». Esto en PARLIAMENT OF CANADA (2002), *Committee Evidence*, 37th Parliament, 1st Session, n.º 39, Ottawa, pp. 1005-1130, p. 1055. Véase esto en el sitio: <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=653043&Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1>>. (Consultado el 11 de abril de 2011, 12:13 h.); o en Gran Bretaña, donde ni siquiera es posible encontrar en la biblioteca del Parlamento de Westminster un ejemplar de las ROE permanentes de este país, recogidas en la publicación *Joint Service Publication 398, United Kingdom Compendium of National Rules of Engagement*, y donde la posición oficial del Gobierno en 2006 era que «es una política seguida [por el Gobierno] el no comentar detalles de las ROE.» Esto en THE HOUSE OF COMMONS (2006), *The UK «Deployment to Afghan-*

tes para una determinada misión o, incluso, las establecidas con carácter permanente, tal y como vimos que sucede en los Estados Unidos de América. Suele argumentarse, la mayoría de las veces, que con ello se pondría en peligro el éxito de la misión o la seguridad de las tropas desplegadas en la zona de operaciones⁵⁹⁵. Sin embargo, esto no deja de resultar irónico, pues su divulgación –y con ello la averiguación de si estamos ante unas ROE de conducta o unas ROE de estado–, haría saber al posible adversario hasta qué grado las tropas han sido autorizadas para hacer un uso de la fuerza simplemente justificado en la legítima defensa o si, por el contrario, gozan de la inmunidad que brinda el Derecho de la guerra para lograr la destrucción total o parcial, captura o neutralización, de todo objetivo militar que ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida. ¿O es que no se protege así mejor la seguridad física y jurídica de las tropas...? ¿O es que el contenido de las ROE no resultará obvio desde que se produzca el primer enfrentamiento con el posible adversario? Lo anterior nos permite afirmar que las ROE vuelven así a convertirse en una herramienta esencial para armonizar tanto el cumplimiento de la misión encomendada como la propia seguridad del personal de las Fuerzas Armadas, necesidades que como ya dijimos no son, y no deberían ser, antagónicas.

Otra cuestión interesante es la que suscitan las operaciones de paz y la aplicabilidad del criterio identificador ROE de conducta-ROE de estado en un contexto así. En principio, este tipo de operaciones son esencialmente defensivas y se desarrollan bajo un mandato que limita el uso de la fuerza a casos en que resulte necesario ejercer el derecho a la legítima defensa. Unas ROE de estado en operaciones de paz así serían *ab initio* inconcebibles pero no imposibles. De acuerdo con la doctrina oficial estadounidense «en operaciones de paz, tales como las de Somalia, Haití y Bosnia, la cuestión que se plantea es la de si resulta de aplicación el Derecho de la guerra. Lo importante no es tanto determinar la aplicabilidad del Derecho de la guerra [en una situación así] como si resultan de aplicación los tratados en su totalidad. A pesar de la posible inaplicación del Derecho de la guerra en operaciones que no tengan la consideración de conflicto armado, la posición de los Estados Unidos, de las Naciones Unidas y de la OTAN ha sido, no obstante, que sus fuerzas aplicarían el Derecho de la guerra en este tipo

istan: Government Response to the Committee's Fifth Report of Session 2005-06», *Sixth Special Report of Session 2005-06*. Londres, pp. 1-12, p. 3. Véase esto en el sitio: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm/cm200506/cmselect/cmdfence/1211/1211.pdf>>. (Consultado el 11 de abril de 2011, 13:42 h.).

⁵⁹⁵ Por ejemplo, las autoridades británicas argumentan, entre otros, que esto afectaría a la «capacidad, eficacia o seguridad de las Fuerzas Armadas». Véase esto en nota a pie 500.

de operaciones. Cuando se encuentren ante situaciones que no reúnen los requisitos tradicionales de conflicto armado (sea de carácter internacional o no internacional) que permitirían la aplicación del Derecho de la guerra, los asesores jurídicos deberían examinar todos los aspectos técnicos para averiguar cómo se puede cumplir con los preceptos del Derecho de la guerra de la mejor manera posible y de acuerdo con la práctica de los Estados Unidos»⁵⁹⁶. La doctrina de este país distingue debido a ello si en una operación de paz podría resultar de aplicación el Derecho de la guerra y con ello la posible autorización de unas ROE de estado, entre mantenimiento de la paz (*peacekeeping*) e imposición de la paz (*peace enforcement*), diferenciándose en que en las primeras «la fuerza solo puede emplearse en legítima defensa»⁵⁹⁷ mientras que las segundas pueden llevar consigo acciones de «combate, intervención armada o la amenaza física de intervención armada»⁵⁹⁸. Lo anterior permite concluir, por consiguiente, que en operaciones de simple mantenimiento de la paz no habría lugar a unas ROE de estado, solo de conducta. Por decirlo de otra manera, examinando las ROE que sean de aplicación en una operación de paz –término de por sí demasiado abstracto–⁵⁹⁹ podríamos averiguar si estamos ante un supuesto de mantenimiento en sentido estricto (porque las ROE establecidas son simplemente de conducta) o de imposición (porque las ROE establecidas sean de estado). En todo caso, la virtualidad de la distinción ROE de conducta-ROE de estado sigue siendo la misma, esto es, definen la posición oficial del estado que interviene en la operación y el grado hasta el cual autoriza, limita o prohíbe el uso de la fuerza a los miembros de sus fuerzas armadas. ¿Existe mejor manera de saber cuál es la posición de hecho del Estado ante la operación...? ¿Arriesgaría un estado su prestigio político autorizando unas ROE de estado ante lo que no es más que una operación para mantener la paz?

En parecidos términos se pronuncia la doctrina oficial británica, según la cual en este tipo de operaciones «el grado hasta el cual las fuerzas que llevan a cabo una operación en apoyo de la paz están sujetas al Derecho de

⁵⁹⁶ THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL. *Op. cit.*, *supra* nota 47, p. 13.

⁵⁹⁷ *Id.*, p. 55.

⁵⁹⁸ *Id.*, p. 56.

⁵⁹⁹ *Id.*, p. 54: «No existe una definición universalmente aceptada en torno a los conceptos relacionados con las operaciones de paz y las actividades en conexión con estas. (...) 'Operaciones de paz' es un término que comprende toda una serie de actividades. La publicación oficial *Joint Pub 3-0* define las operaciones de paz como 'operaciones multi-agencia y multinacionales que afectan a todos los instrumentos de poder nacionales' y que incluyen tanto operaciones de mantenimiento de la paz como operaciones de imposición de la paz».

los conflictos armados depende del hecho de que tomen parte en un conflicto armado con las Fuerzas Armadas de un estado o de una entidad que, a los efectos, tenga la consideración de estado. A pesar que las Naciones Unidas (y las organizaciones regionales) no son estado y por consiguiente no han suscrito los tratados relativos al Derecho de los conflictos armados, los estados que aportan contingentes en este tipo de operaciones sí que continúan obligados por esos tratados»; «Cuando las fuerzas en apoyo de la paz pasan a convertirse en parte en un conflicto armado por tomar partido a favor de tales fuerzas, entonces resultará de aplicación el Derecho de los conflictos armados en su totalidad. (...) Es el hecho de tomar partido por uno de los bandos enfrentados, más que la naturaleza del mandato originalmente recibido o las normas que establecieron la fuerza, lo que determina la aplicación del Derecho de los conflictos armados»⁶⁰⁰. De hecho, según la doctrina oficial de este país «una fuerza de apoyo a la paz que no sea parte en un conflicto armado no está sujeta al Derecho de los conflictos armados en cuanto tal. Esto es así incluso aunque ocurran incidentes los cuales incluyan actos de violencia contra la fuerza y sus miembros adopten medidas en legítima defensa, siempre que estas no superen el umbral de conflicto armado. Por consiguiente, por debajo de dicho umbral, los miembros de la fuerza podrán llevar a cabo acciones que incluyan el uso de la fuerza sin estar sometidos al Derecho de los conflictos armados»⁶⁰¹.

Lo anterior es solo un criterio más. Sea en todo caso el dato objetivo de incluir la operación de paz acciones de combate o el subjetivo de tomar partido por uno de los bandos enfrentados, el resultado práctico viene a ser el mismo, a saber: el tipo de ROE establecida, de conducta o de estado, permitirá averiguar la voluntad política del Estado interviniente en la operación y, por ello mismo, gran parte de su prestigio dependerá de esto, es decir, del tipo de ROE adoptada. A mayor abundamiento, la adopción de uno u otro tipo de ROE permitirá, a la larga, depurar responsabilidades ante la posible comisión de hechos contrarios al Derecho internacional de los derechos humanos o, en su caso, del que rige en los conflictos armados.

Llegado el caso: ¿Existe mejor manera de averiguar –y deslindar– las responsabilidades de unos y otros en caso de abusos contra los derechos humanos por parte de quienes participan en este tipo de operaciones...? ¿Existe mejor criterio para descifrar si el Estado considera que sus fuerzas se encuentran en estado de guerra? Juzgamos que no, desde luego, y que las mismas ventajas que ofrece el criterio ROE de conducta-ROE de estado

⁶⁰⁰ UK MINISTRY OF DEFENCE. *Op. cit.*, *supra* nota 485, p. 378 (y nota a pie 3).

⁶⁰¹ *Id.*, pp. 379-80.

para identificar la posición oficial de los estados en situaciones de estricta paz o de guerra, las ofrece también en estas situaciones en que haciéndose un posible uso de la fuerza militar, sin embargo, no exista, al menos en principio, una guerra internacional o no internacional en el sentido técnico al que se refieren los artículos 2 y 3, comunes a los cuatro Convenios de Ginebra⁶⁰².

b. ¿Combatiente o delincuente? Las ROE y la lucha contra el terrorismo internacional

Si existe un fenómeno tan letal como la guerra misma, ya sea mediante la utilización de sofisticadas armas de destrucción masiva o empleando algo tan simple como un fusil de asalto AK-47⁶⁰³, pero que sin duda plantea no pocos problemas desde la perspectiva del Derecho, ese es, desde luego, el denominado terrorismo internacional. En la doctrina española Rodríguez-Villasante y Prieto define el terrorismo como un «fenómeno de desviación social violento, que altera la paz pública de un sistema institucionalizado, utilizando medios comisivos capaces de infundir temor y causar un riesgo injusto a la comunidad social»⁶⁰⁴. ¿Conflicto armado o problema de orden público? ¿Estamos ante

⁶⁰² El hecho paradigmático al que aluden estos artículos 2 y 3, comunes a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, es (art. 2) que se produzca una guerra declarada o cualquier otro conflicto armado entre dos o más estados, así como en caso de ocupación total o parcial del territorio de un estado por las Fuerzas Armadas de otro. Del mismo modo, el citado artículo 3, común, hace extensibles las normas de los Convenios de Ginebra a los conflictos de carácter no internacional que tenga lugar en el territorio de un estado. Quizás no exista mejor circunstancia de hecho para determinar cuándo estamos ante una situación de «conflicto armado» que la promulgación de unas «ROE de estado», ya que, por el simple hecho de haber sido el adversario declarado como «fuerza hostil», las Fuerzas Armadas pasarán a actuar sin más sujeción que el Derecho de la guerra. Esto demuestra, una vez más, la utilidad que tiene el criterio «ROE de conducta-ROE de estado» a efectos del Derecho internacional, sobre todo por la trascendencia que estas últimas puedan tener en aras a que se produzca una «ruptura de las hostilidades» como hecho determinante que para la aplicación del Derecho de la guerra tuvieron en cuenta los redactores de los Convenios de Ginebra. Esta última aseveración compruébese en PICTET, J. (1952), «Commentary Geneva Convention I for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field». International Committee of the Red Cross. Geneva, p. 32. Véase esto en el sitio: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/GC_1949-I.pdf>. (Consultado el 12 de abril de 2011, 13:02 h.).

⁶⁰³ KEEGAN, J. (1993). *A History of Warfare*. Vintage Books. Londres, p. 57: «La producción en masa de armas como el [fusil de asalto] AK-47 y otras armas ligeras similares sobresalen como símbolos de finales del siglo xx relacionados con las guerras del ‘pueblo’».

⁶⁰⁴ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (1990). «Colaboración con banda armada, terroristas o rebeldes», *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo XI, Edersa. Madrid, p. 138.

combatientes o ante delincuentes? La dificultad presente en el debate en torno a si los ataques de alcance mundial llevados a cabo por sujetos distintos de los estados es o no subsumible en el concepto de conflicto armado internacional queda patente por el mosaico de opiniones que existen a este respecto. En la doctrina estadounidense, país que lidera —y donde se acuñó el término— la «lucha global contra el terrorismo internacional», existen tantas opiniones como posturas se quieran adoptar, bien a favor de su caracterización como hecho bélico, bien como hecho simplemente criminal. Autores como Falk consideran que se trata de un conflicto armado internacional y fundamentado esta lucha en el contexto del derecho a la legítima defensa de los Estados Unidos de América contra quienes de hecho gobernaban Afganistán en 2001, esto es, el conglomerado formado por Al Qaeda y los guerrilleros del Talibán⁶⁰⁵. Del mismo parecer es también Brown, que plantea esta lucha como una responsabilidad del Estado relacionada con el derecho a la legítima defensa⁶⁰⁶. Autores como Murphy consideran que las acciones de Al Qaeda constituyen ataques por derecho propio⁶⁰⁷. También existe quien plantea la cuestión como un problema de orden público que debe regirse por el Derecho internacional de los derechos humanos, no el de la guerra⁶⁰⁸, mientras que otros consideran que las organizaciones terroristas de implantación mundial constituyen objetivos de carácter militar susceptibles de ser perseguidos como tal⁶⁰⁹. En fin, hay quien opina que las operaciones desarrolladas en Afganistán en 2001, dirigidas contra el régimen imperante por entonces, revisten el carácter de intervención en un conflicto armado de carácter interno⁶¹⁰ o incluso suponen una «guerra civil

⁶⁰⁵ FALK, R. (2003). *The Great Terror War*. Olive Branch Press. Nueva York, p. 101.

⁶⁰⁶ BROWN, D. (2003). «Use of Force Against Terrorism After September 11th: State Responsibility, Self-Defense and Other Responses», *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, pp. 1-53, p. 6.

⁶⁰⁷ MURPHY, S. D. (2002). «Terrorism and the Concept of ‘Armed Attack’ in Article 51 of the UN Charter», *Harvard International Law Journal*, vol. 43, issue 1, pp. 41-52, p. 47.

⁶⁰⁸ SADAT, L. N. (2004). «Terrorism and the Rule of Law», *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, issue 1, pp. 135-154, p. 136. Véase esto en el sitio: <http://www.law.wustl.edu/wugslr/issues/volume3_1/p135Sadat.pdf>. (Consultado el 13 de abril de 2011, 9:05 h.).

⁶⁰⁹ BROWN, D. *Op. cit.*, *supra* nota 685, pp. 24-5: «Si un actor que no sea estado, como por ejemplo una organización terrorista, lleva a cabo un acto de agresión contra un estado y [siempre que] dicha agresión tenga suficiente entidad y repercusiones para equipararse a un ataque armado, entonces se puede considerar que dicha organización terrorista —a pesar de su estatuto legal de no combatiente— ha cometido [un acto de] agresión armada contra dicho estado».

⁶¹⁰ FITZPATRICK, J. (2002). «Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism», *The American Journal of International Law*, vol. 96, issue 2, pp. 345-354, p. 350.

internacionalizada»⁶¹¹. No vamos a entrar en esta polémica porque se excede de nuestro tema central, las ROE, como tampoco, y por las mismas razones, vamos a abordar los aspectos que esta lucha entraña desde la perspectiva estricta del *ius ad bellum*, pero desde luego sí que queremos significar, al menos, algunos aspectos que consideramos de interés. En primer lugar, si tomamos como punto de partida la división tradicional entre conflictos de carácter internacional –entre Estados exclusivamente– y conflictos de carácter interno –guerras civiles– que nos ha sido legada por los artículos 2 y 3, comunes a los cuatro Convenios de Ginebra, de 1949, esenciales para determinar su aplicación, entonces tenemos que descartar *prima facie* la aplicación del Derecho de la guerra a fenómenos internacionales como Al Qaeda, y sus diversas entidades asociadas en distintos lugares del mundo, y numerosos grupos locales autoconstituidos⁶¹². Estaríamos únicamente ante actos de violencia extrema que, produciéndose fuera del contexto de un conflicto armado, no dejan por ello de constituir una infracción al Derecho de la Paz⁶¹³. Esto nos lleva necesariamente

⁶¹¹ ROBERTS, A. (2002). «Counter-Terrorism, Armed Force and the Laws of War», *Survival*, vol. 44, issue 1, Spring, pp. 7-32, p. 16. Véase una edición digital en el sitio: <<http://essays.ssrc.org/sept11/essays/roberts.htm>>. (Consultado el 13 de abril de 2011, 13:07 h.).

⁶¹² REINARES NESTARES, F. (2006). *Dimensiones del Terrorismo Internacional, en Lucha contra el Terrorismo y Derecho Internacional*. Cuadernos de Estrategia, n.º 133, Instituto Español de Estudios Estratégicos, pp. 39-48, p. 40: «Es frecuente, por ejemplo, que se confundan terrorismo transnacional y terrorismo internacional cuando, en propiedad, aquel primero incluye a este segundo pero no al revés. Terrorismo transnacional sería el que de una u otra manera atraviesa fronteras estatales, básicamente porque quienes lo ejecutan mantienen estructuras organizativas o desarrollan actividades violentas en más de un país, incluyendo por lo común territorios sobre los cuales no tienen jurisdicción alguna las autoridades a que dirigen en última instancia sus demandas. Esto significa que los actos de violencia involucran a más de un país y con frecuencia a individuos de dos o más nacionalidades tanto por lo que se refiere a los terroristas como a sus víctimas»; p. 41: «Terrorismo internacional es, en primer lugar, el que se practica con la deliberada intención de afectar a la estructura y distribución del poder en regiones enteras del planeta o incluso a escala misma de la sociedad mundial. En segundo término, aquel 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»; p. 43: «Al Qaeda, sus diversas entidades asociadas en distintos lugares del mundo y numerosos grupos locales autoconstituidos configuran hoy el complejo entramado multinacional y multiétnico de ese terrorismo internacional». Véase esto en el sitio: <http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE_133_LuchaContraTerrorismoxDchoInternacional.pdf>. (Consultado el día 13 de abril de 2011, 16:15 h.).

⁶¹³ PÉREZ GONZÁLEZ, M. (2006). *Terrorismo y Conflictos Armados, La Prohibición de los Actos Terroristas por el Derecho internacional humanitario*. Cuadernos de Estrategia, n.º 133, Instituto Español de Estudios Estratégicos, pp. 81-102, p. 84-5: «Distinguibles por sus fines y sus autores, guerra y terrorismo no son nociones con fronteras tan herméticas que impidan, por ejemplo, que el Derecho de los conflictos armados se interese por el terrorismo como método de guerra ilícito hasta el punto de erigirlo, en el proyecto de Código de

a la conclusión de que en un escenario de paz, de aplicación del Derecho de la paz concretamente, las fuerzas armadas involucradas en la lucha contra el terrorismo internacional solo podrían operar al amparo de unas ROE de conducta, no de estado. No habría objetivo militar que perseguir, sino situaciones de hostilidad o de demostración de hostilidad a las que hacer frente, dejando a salvo siempre el derecho a la legítima defensa. ¿Qué nos dice esto? Que debido a las especiales condiciones en que se desenvuelven grupos como los que integran Al Qaeda, ocultos siempre entre la población civil y de cuya condición da cuenta el estadounidense Travaglio⁶¹⁴, las limitaciones que habrían de ser impuestas en cuanto al uso de la fuerza serían de tal magnitud que el actor militar únicamente podría operar en condiciones de estricta legítima defensa, so pena de poner en riesgo seriamente a la población civil, entre la que, como hemos dicho, estos grupos se ocultan sistemáticamente. Apremiar lo que es una «conducta hostil» o un «intento de acto hostil» en una situación así, donde el terrorista se aprovecha precisamente de la confusión que produce ocultarse entre la población civil, habría de complicar en exceso no solo la eficacia de la acción militar propiamente dicha, sino, lo que es aun más importante, llevar con facilidad a provocar incidentalmente cuantiosas bajas civiles, que es lo que esta lucha pretende evitar. En otras palabras, unas ROE en este contexto habrían de ser tan restrictivas que, por así decirlo, serían una herramienta inútil e inservible. Estaríamos ante un fenómeno semejante al que vimos que sucede con las ROE en países como Alemania, Japón o Israel, donde por limitaciones constitucionales las Fuerzas Armadas tienen vetado llevar a cabo acciones que no sean de carácter estrictamente defensivo. ¿Significa esto que la acción militar de los estados contra el terrorismo internacional está avocada necesariamente a ser conducida de acuerdo con el Derecho de la paz? De ningún modo. Veamos ahora cómo podría ser posible combatir al terrorismo con unas ROE de estado, al amparo del Derecho de la guerra y donde la eficacia de la acción militar sea compatible con la seguridad de los miembros de las Fuerzas Arma-

crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1996, en elemento constitutivo de un 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, no dejan de constituir una infracción al Derecho de la paz.» Véase esto en el sitio: <http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE_133_LuchaContraTerrorismoxDchoInternacional.pdf>.

(Consultado el día 13 de abril de 2011, 17:49 h.).

⁶¹⁴ TRAVAGLIO, G. M. (2000). «Terrorism, International Law, and the Use of Military Force», *Wisconsin International Law Journal*, vol. 18, issue 1, pp. 145-191, p. 187: «[Los terroristas no tienen la condición de combatientes] porque ni son miembros de las fuerzas armadas regulares de un estado, ni llevan las armas a la vista, ni tienen un signo distintivo fijo y reconocible a distancia, ni dirigen sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra».

das y con la de la población civil, contribuyendo todo esto al prestigio político, jurídico, moral y militar de los estados contra esta execrable lacra mundial.

En primer lugar, ya hemos dicho que, a simple vista, el Derecho de la guerra –los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977, para ser exactos– solo prevé dos escenarios posibles donde sus preceptos resultan de aplicación: un conflicto armado internacional que tenga lugar entre estados o un conflicto armado interno que tenga lugar entre las Fuerzas Armadas de un estado y la facción rebelde que se hubiere alzado en armas contra las autoridades de dicho estado. En efecto, este argumento podría ser utilizado para descartar la aplicación del Derecho de la guerra a grupos organizados como los que integran Al Qaeda, puesto que tienen la condición jurídico internacional de sujetos no estatales⁶¹⁵ y, por consiguiente, al no tratarse de sujetos de Derecho internacional por derecho propio ni tratarse de una facción rebelde alzada en armas contra su propio gobierno, no se les puede aplicar el Derecho de la guerra. No obstante, planteemos la cuestión desde otras coordenadas que juzgamos también posibles. En efecto, si bien es cierto cuanto argumentan quienes afirman la imposible aplicación de los Convenios de Ginebra a grupos organizados como los que integran Al Qaeda, sin embargo, no por ello deja de ser menos cierto que dichos convenios excluyan expresamente su aplicación a los actos de terrorismo. Antes al contrario, algunos preceptos se ocupan expresamente de estos actos para prohibirlos. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 33 de la IV Convención («Protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra») al prohibir «los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo», o el artículo 51.2 del Protocolo Adicional I de 1977 cuando prohíbe los actos o amenazas de violencia «cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil». La aplicación del Derecho de la guerra tampoco queda expresamente descartada en los instrumentos internacionales relativos específicamente a la lucha contra el terrorismo. Tal es el caso, por ejemplo, de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979, cuyo artículo 12 dispone que la misma no será de aplicación a un acto de toma de rehenes cometido durante conflictos armados siempre que «los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de la guerra o los protocolos adicionales a esos convenios sean aplicables a un acto determinado de toma de rehenes y que los estados partes en la presente convención estén obligados en virtud de esos convenios a procesar o entregar al autor de la toma de rehenes»; de la «Convención internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos

⁶¹⁵ ROBERTS, A. *Op. cit.*, *supra* nota 690, p. 11.

con bombas» de 1997, cuyo artículo 19.2 deja a salvo las «actividades de las Fuerzas Armadas durante un conflicto armado, según se entienden esos términos en el Derecho internacional humanitario y que se rijan por ese derecho y (...) las actividades realizadas por las fuerzas militares de un estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales»; o de la «Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo», cuyo artículo 21 establece que nada de lo dispuesto en la misma «menoscabará los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los estados y de las personas con arreglo al Derecho internacional, en particular los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, el Derecho internacional humanitario y otros convenios pertinentes». Es decir, que entre el Derecho de la guerra y el Derecho internacional contra el terrorismo no existe relación de complementariedad en el sentido de que uno sea la *lex specialis* de la lucha contra el terrorismo y el otro su *lex generalis*, sino, al contrario, allí donde hay una situación de conflicto armado es precisamente aquel el que resultará de exclusiva aplicación, no este, sin perjuicio que, tal y como afirma Sperotto⁶¹⁶, el Derecho general aplicable tanto en uno como en otro caso sea el Derecho internacional de los derechos humanos.

En segundo lugar, a simple vista sigue pareciendo imposible también aplicar, aun cuando ello no lo excluya el Derecho de la paz, los Convenios de Ginebra a los actos de terrorismo practicados por grupos organizados en torno a Al Qaeda, ya que, tanto por la táctica empleada o como por la condición de quienes participan en su ejecución, difieren de lo que pudieran ser actos llevados a cabo en el curso de una guerra o conflicto armado⁶¹⁷. A mayor abundamiento, las dos únicas excepciones que podrían invocarse en este contexto, la que se prevé en el artículo 1.4 del Protocolo Adicional I de 1977 en relación a los conflictos armados llevados a cabo por los pueblos que «luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas» y la recogida en el artículo 1.1 del Protocolo Adicional II de 1977 concerniente a «fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados» en el curso de un conflicto armado de carácter no internacional, dista mucho de predicarse respecto a estos grupos o bandas multinacionales, en especial Al Qaeda, que han hecho dogma precisamente del desprecio a las normas más elementales de humanidad y distinción entre

⁶¹⁶ SPEROTTO, F. (2009). «Counter-Insurgency, Human Rights, and the Law of Armed Conflict», *Human Rights Brief*, vol. 17, issue 1, pp. 19-23, p. 19. Véase esto en el sitio: <<http://www.wcl.american.edu/hrbrief/17/1sperotto.pdf?rd=1>> (Consultado el 13 de abril de 2011, 23:25 h.).

⁶¹⁷ TRAVALIO, G. M. *Op. cit.*, *supra* nota 693, p. 145.

la guerra y la paz o entre las Fuerzas Armadas y la población civil⁶¹⁸, por no añadir la hipótesis más que improbable –sería un auténtico sarcasmo– que por algún estado se reconociere una u otra condición respecto a quienes integran estos grupos terroristas.

Sin embargo, la cuestión no reside tanto en plantear la aplicabilidad subjetiva del Derecho de la guerra a los grupos y organizaciones terroristas como en hacerlo desde la perspectiva objetiva, es decir, la de sus hechos o acciones. En este sentido, incluso si un grupo u organización terrorista no admite ser calificado como «parte» en un conflicto armado, no por ello sus «actos» caen necesariamente fuera de la órbita del Derecho de la guerra. Esto podrá ser así, no obstante, siempre que existan elementos suficientes para atribuir tales «actos» a un estado en particular. Producida dicha premisa, nos encontraríamos ante una situación de conflicto armado entre estados y no entre un estado y un grupo u organización terrorista, quedando franqueada la aplicación del Derecho de la guerra. Los presupuestos de esta atribución ya han sido estudiados por la jurisprudencia internacional, pudiendo residir en conductas tales como que determinado estado muestre su conformidad o apruebe un acto de terrorismo en lugar de adoptar medidas en su contra⁶¹⁹, que ejerza algún tipo de control efectivo sobre la actividad de los terroristas⁶²⁰ o que participe en la organización, coordinación o planificación de las acciones terroristas⁶²¹. De todos estos criterios interesa destacar especialmente este último, por referirse en particular a la aplicación del Derecho de la guerra. Examinemos ahora las razones prácticas que aconsejan la aplicación del Derecho de la guerra en estos casos de posible atribución de las actividades de los grupos u organizaciones terroristas a un estado en particular. En primer lugar, en contra de lo que pudiera parecer, la aplicación del Derecho de la guerra en la lucha contra el terrorismo no presupone conceder a los terroristas el estatuto de comba-

⁶¹⁸ *Id.*, p. 84: «Osama bin Laden: ‘nosotros no distinguimos entre quienes llevan uniforme militar y los civiles; todos ellos son objetivos en esta *fatwa*’».

⁶¹⁹ Como sería el caso del asunto diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán (Tribunal Internacional de Justicia, Sentencia de 24 de mayo de 1980, TIJ Recueil 1980, disponible en el sitio: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf>. Consultado el 15 de abril de 2011, 9:18 h.).

⁶²⁰ Como sería el asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Tribunal Internacional de Justicia, Sentencia de 27 de junio de 1986, TIJ Recueil 1986, disponible en el sitio: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf>. Consultado el 15 de abril de 2011, 9:29 h.).

⁶²¹ Como sería el Asunto Duško Tadić (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sentencia de 15 de julio de 1999, IT 94-1 «Prijedor», disponible en el sitio: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Consultado el 15 de abril de 2011, 10:42 h.).

tiente –cuestión que abordaremos más adelante– y, por consiguiente, privilegio e inmunidad alguna, antes al contrario, actos de terrorismo típico como el ataque indiscriminado a personas civiles⁶²², a objetos civiles⁶²³, la toma de rehenes⁶²⁴, matar a combatientes o civiles a traición⁶²⁵ o la perfidia⁶²⁶ se encuentran expresamente prohibidos por el Derecho de la guerra y es una obligación de los estados buscar a sus autores y procesarlos o entregarlos, con independencia de su nacionalidad⁶²⁷, porque pueden ser, llegado el caso, responsables incluso de crímenes de guerra⁶²⁸. En segundo lugar, el que pertenece a un grupo u organización terrorista no posee ni la condición de combatiente legítimo⁶²⁹, ni siquiera circunstancial⁶³⁰, ni la de

⁶²² Art. 48 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares».

⁶²³ Art. 52.1 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2».

⁶²⁴ Art. 34 de la Convención de Ginebra IV (1949), relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra: «Está prohibida la toma de rehenes».

⁶²⁵ Art. 23.b del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, Anexo al Convenio de La Haya de 1907: «Además de las prohibiciones establecidas por convenciones especiales, está particularmente prohibido: (...) (b) Dar muerte o herir a traición a individuos pertenecientes a la nación o al ejército enemigo».

⁶²⁶ Art. 37.1 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «Queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios pérfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a este que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de Derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia los actos siguientes:

- a) simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición;
- b) simular una incapacitación por heridas o enfermedad;
- c) simular el estatuto de personal civil, no combatiente; y
- d) simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto».

⁶²⁷ Artículo 146 de la Convención de Ginebra IV (1949), relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

⁶²⁸ Artículo 147 de la Convención de Ginebra IV (1949), relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y artículo 85 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁶²⁹ Artículo 13 de la Convención de Ginebra I (1949), relativa a la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

⁶³⁰ Porque no estamos ante el supuesto de personas pertenecientes a la población civil de un territorio no ocupado que al acercarse el enemigo tome espontáneamente las armas para combatir a las tropas invasoras en el sentido que establece el artículo 13 de la Convención de Ginebra I (1949), relativa a la suerte que corren los heridos y los enfermos de

persona civil⁶³¹, sino la de combatiente ilegítimo⁶³² y, por consiguiente, no tiene derecho a participar directamente en las hostilidades⁶³³; su persona, medios e instalaciones de apoyo constituyen objetivo militar legítimo mientras participe directamente en las hostilidades y mientras dure esa participación⁶³⁴, aun a riesgo de que esto implique la producción de daños colaterales⁶³⁵, y su captura no implica *ipso facto* que deba ser considerado prisionero de guerra⁶³⁶, por lo que no gozaría de la inmunidad general que brinda el estatuto de combatiente por hechos anteriores a su captura⁶³⁷, si bien tendría derecho a las garantías mínimas previstas en el artículo 75 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949. No gozando de inmunidad o privilegio alguno derivado del Derecho de la guerra, el terrorista quedaría sujeto, por consiguiente, a responsabilidad criminal tanto por la comisión de infracción contraria a las leyes y usos de la guerra —perfidia, por ejemplo— como por infracción contraria a las leyes nacionales —delitos de terrorismo, por ejemplo— del estado víctima de sus acciones. En todo caso, lo que aquí interesa es resaltar que abierta la posibilidad de aplicar el Derecho de la guerra en la lucha contra el terrorismo internacional, siempre que tenga lugar la premisa de poder atribuir este fenómeno a un estado en particular, quedaría abierta una cobertura jurídica alternativa a la del Derecho de la paz. ¿Significa esto que la aplicación del Derecho de la guerra excluye la del Derecho de la paz? No, al contrario, significa que la decisión de aplicar el primero quedaría a discreción del estado víctima

las fuerzas armadas en campaña, y el artículo 4.a.6 de la Convención de Ginebra III (1949) relativa al trato debido a los prisioneros de guerra.

⁶³¹ Art. 50 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949. «1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.

2. La población civil comprende a todas las personas civiles.

3. La presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil».

⁶³² Art. 51.3 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación».

⁶³³ Artículo 43.2 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁶³⁴ Artículo 52.2 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁶³⁵ Artículo 51.5.b del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁶³⁶ Artículo 4.a de la Convención de Ginebra III (1949), relativa al trato debido a los prisioneros de guerra.

⁶³⁷ Artículo 85 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949 y artículo 87 de la Convención de Ginebra III (1949), relativa al trato debido a los prisioneros de guerra.

dentro de las normas generales del *ius ad bellum*⁶³⁸ y significa, además, que no por ello resulta descartada la aplicación de los tratados internacionales contra el terrorismo propios del tiempo de paz o de los tratados vigentes en materia de derechos humanos. La aplicación de uno u otro habrá de depender, tal y como hemos dicho, de la posibilidad de atribuir a un estado determinado las acciones concretas que lleven a cabo determinados grupos u organizaciones terroristas, quedando a salvo por consiguiente la aplicación del Derecho de la paz a cualquier otro supuesto que caería dentro de la represión internacional general de este fenómeno.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que el terrorista internacional puede —y creemos que debería— ser perseguido al amparo del Derecho de la guerra, sin que por ello pierda su condición de persona civil, si bien no protegida en cuanto tal, mientras participe directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. Cualquiera que sea la interpretación que en su caso se haga del concepto «tomar parte directa en las hostilidades», bien entendida con un cierto sentido de la permanencia por el solo hecho de pertenecer a un grupo u organización terrorista mientras este grupo u organización planea y cometa actos de terrorismo, bien restrictivamente en el sentido eventual de la participación en una acción concreta y particular, las consecuencias serían las mismas, esto es, el individuo sería considerado combatiente ilegítimo y pasaría a convertirse en objetivo militar legítimo. A mayor abundamiento, la aplicación del Derecho de la guerra en la lucha contra el terrorismo también tiene otra serie de consecuencias prácticas que juzgamos interesantes.

En primer lugar, planteada esta lucha como un conflicto armado ello permitiría que, una vez declarado un grupo u organización terrorista como fuerza o elemento hostil por la autoridad civil nacional, las fuerzas armadas involucradas en esta lucha pasarían a actuar bajo unas ROE de estado, lo cual significa autorizar el uso de la fuerza, incluso la letal, en persecución de individuos terroristas y de toda su infraestructura de apoyo y operativa hasta lograr su destrucción total o parcial, su captura o su neutralización. Esto no solo multiplica la eficacia de esta lucha al permitir que las fuerzas armadas busquen y se enfrenten al adversario —la respuesta ya no será a espera de

⁶³⁸ Cuyo punto principal de apoyo en el Derecho internacional reside en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas: «Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

cualquier «acto hostil» o «intento de acto hostil», como ocurre con las ROE de conducta–, sino que, al mismo tiempo, habría de redundar en beneficio de la propia seguridad personal y colectiva de los miembros y unidades de las Fuerzas Armadas. Por decirlo de otra manera, a mayor capacidad de acción e iniciativa, mayor podría ser el ahorro en vidas humanas y sacrificios materiales que esta lucha demanda. Si de las ROE puede afirmarse una idea central y esencial, esa es, sin lugar a dudas, el efecto «multiplicador de la fuerza» que tienen al proporcionar una sólida base política, jurídica y militar a todos los niveles de la cadena de mando. Esta idea, nada extravagante por cierto, ya aparece expuesta y analizada detalladamente en trabajos como los de los estadounidenses Hittinger⁶³⁹ o Drake⁶⁴⁰, simplemente añadir a lo dicho en la aportación de estos autores que la aplicación de unas ROE de estado a la lucha contra el terrorismo internacional tendría los beneficios de producir ese efecto «multiplicador de la fuerza» frente a otros planteamientos o tipos de ROE –las de conducta, desde luego– que limitan la capacidad de actuación de las fuerzas armadas a la espera, siempre, de un «acto hostil» o de un «intento de acto hostil». Siempre podrá argumentarse, como hacen los también estadounidenses Westhusing⁶⁴¹ o Sttaford,⁶⁴² que una lectura ge-

⁶³⁹ HITTINGER, W. R. (2000). «Rules of Engagement as a Force Multiplier». United States Marine Corps Command and Staff College, Marine Corps University. Quantico (USA). Véase esto en el sitio: <<http://smallwarsjournal.com/documents/hittinger.pdf>>. (Consultado el 19 de abril de 2011, 18:07 h.).

⁶⁴⁰ DRAKE, R. J. (1992). *The Rules of Defeat: The Impact of Aerial Rules of Engagement on USAF Operations in North Vietnam, 1965-1968*. School of Advanced Airpower Studies, Air University, United States Air Force. Montgomery (USA). Véase esto en el sitio: <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA425601&Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf>>. (Consultado el 20 de abril de 2011, 15:32 h.).

⁶⁴¹ WESTHUSING, T. (2003). «Taking Terrorism and ROE Seriously», *Journal of Military Ethics*, vol. 2, issue 1, pp. 1-19. Un borrador de este artículo puede consultarse en el sitio: <<http://isme.tamu.edu/JSCOPE03/Westhusing03.html>>. (Consultado el 20 de abril de 2011, 2309 h.). Para este autor la lucha contra el terrorismo internacional exige una equiparación de las ROE militares a las ROE que emplea la Policía Federal (FBI) en los Estados Unidos de América, es decir, basadas en un concepto amplio y extensivo de la legítima defensa propia y de terceros. Si bien estamos de acuerdo con la tesis principal de este autor, juzgamos, no obstante, que esto no sería suficiente en los supuestos en que exista un estado sospechoso de brindar apoyo a los grupos u organizaciones terroristas. Solo unas «ROE de estado» establecidas en el curso de un conflicto armado –es decir, aplicando el Derecho de la guerra– permitirían ir a buscar, capturar y destruir total o parcialmente al enemigo. Unas «ROE de conducta» establecidas en un contexto de paz, por muy generoso que se quiera ser en la lectura que se haga del derecho a la legítima defensa apelando a la jurisprudencia de los tribunales federales, seguirían dejando a las Fuerzas Armadas a la espera de un «acto hostil» o de un «intento de acto hostil».

⁶⁴² STTAFORD, W. A. *Op. cit.*, *supra* nota 53. Este autor plantea el uso de la fuerza en términos muy similares al anterior, defendiendo una mayor eficacia de la acción militar y de la seguridad de las fuerzas a través de unas ROE que amplíen el concepto de la legítima

nerosa del derecho a la legítima defensa propia y de terceros ampliaría la capacidad de actuación de las Fuerzas Armadas frente al terrorismo; sí, pero creemos que, aun así y con todo, esto resultaría insuficiente, pues podría ser válido en un contexto de paz, no de guerra, y plantearía además numerosos problemas de cara a la legislación interna de cada Estado cuando estamos ante fuerzas multinacionales. En este sentido, unas ROE de estado robustas y ofensivas permitirían al enemigo predecir el empeño de las fuerzas armadas en su búsqueda, captura y destrucción total o parcial. ¿Existe manera mejor de disuadir a quienes hacen del terror mundial un medio para el logro de sus criminales propósitos?

En segundo lugar, la aplicación del Derecho de la guerra –y por ello mismo de unas ROE de estado– robustece la autoridad jurídica y moral del Estado en la lucha contra el terrorismo internacional, ya que permite extender a este ámbito todas las limitaciones humanitarias impuestas por el Derecho de La Haya y el de Ginebra. ¿Existe manera mejor de garantizar que las Fuerzas Armadas no emplearán medios desproporcionados? ¿Existe manera mejor de garantizar que las Fuerzas Armadas no atacarán indiscriminadamente a la población civil? ¿Existe manera mejor de garantizar que las Fuerzas Armadas no ocasionarán sufrimientos innecesarios? En definitiva: ¿existe manera mejor de «aliviar los sufrimientos originados por la guerra» como finalidad última del Derecho internacional humanitario?⁶⁴³.

En tercer lugar, la aplicación del Derecho de la guerra a la lucha contra el terrorismo internacional robustece también la autoridad jurídica y moral del Estado al permitir que cualquier abuso por parte de los miembros de sus fuerzas armadas sea perseguido, bien como delito militar de acuerdo con la ley nacional⁶⁴⁴, bien, en su caso, como crimen de guerra sometido al principio de jurisdicción universal de los estados⁶⁴⁵ e, incluso, a la jurisdic-

defensa a lo que es norma común y consolidada en el ámbito de las fuerzas policiales de los Estados Unidos. En parte lleva razón, pero ni la legislación tejana ni la californiana están diseñadas para la guerra, sino para la paz.

⁶⁴³ Art. 13 de la Convención de Ginebra IV (1949), relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra: «Las disposiciones del presente título se refieren al conjunto de la población en conflicto, sin distinción desfavorable alguna, especialmente en cuanto a la raza, la nacionalidad, la religión o la opinión política, y tienen por objeto aliviar los sufrimientos originados por la guerra».

⁶⁴⁴ Artículos 69 a 78 del Código Penal Militar (español): «Delitos contra las leyes y usos de la guerra».

⁶⁴⁵ Art. 146 de la Convención de Ginebra IV (1949), relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra: «Las altas partes contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las

ción internacional⁶⁴⁶. ¿Existe mejor manera de hacer realidad el imperio de la ley nacional e internacional? ¿Existe mejor manera de garantizar la responsabilidad del Estado en las operaciones militares en el exterior? ¿Existe, en definitiva, mejor manera de garantizar que todo militar involucrado en esta lucha que cometa un crimen de guerra sea procesado o entregado a otro estado con independencia de su nacionalidad?

En cuarto y último lugar, la utilización de unas ROE –en este caso de estado– en la lucha contra el terrorismo internacional robustece la legitimidad del Estado frente a acusaciones infundadas cuya única finalidad sea la de desprestigiar o desacreditar la acción militar tanto en los foros nacionales como internacionales. En efecto, ya ha quedado dicho que las ROE ayudan a vertebrar los aspectos políticos, jurídicos y militares de toda operación militar y solo contando con unas ROE de estado que sean observadas –y hechas observar– rigurosamente podrá lograrse la máxima coordinación entre los niveles estratégico, operacional y táctico de la cadena de mando; controlar el uso de la fuerza; detectar, en fin, cualquier infracción individual y castigarla, y, en definitiva, garantizar el máximo respeto a la vida, la libertad y la dignidad humana como argumento jurídico y moral incontestable en los farragosos y polémicos «frentes» de la «guerra del Derecho», cuestión que pasamos a abordar a continuación.

c. Las ROE y la «guerra del Derecho».

Nos encontramos, como ya dijimos antes, ante otra construcción de la dogmática anglosajona que está relacionada con el Derecho, con las ROE y con las formas contemporáneas de operación militar, especialmente con la lucha global contra el terrorismo internacional. En cierto modo, parafraseando a Clausewitz, si la guerra es la continuación de la política por otros medios, entonces, del mismo modo, podríamos decir que la «guerra del Derecho» es la continuación del terrorismo por otros medios, no

personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra arte contratante interesada, si esta ha formulado contra ella cargos suficientes. (...)».

⁶⁴⁶ Art. 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: «1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión».

violentos, sí, pero potencialmente perjudiciales para el prestigio jurídico, político, militar y moral que ha de caracterizar la acción de los estados en esta lucha global. En contraste con su amplio estudio y debate en el mundo anglosajón, el concepto parece haber suscitado escaso interés aquí en España, al menos de forma pública y notoria en círculos jurídico militares, a excepción de Alía Plana, el cual hace una referencia sucinta en uno de sus trabajos⁶⁴⁷. En algunos países de Iberoamérica se denomina la «guerra jurídica»⁶⁴⁸ y aparece señalada como una forma de lucha subversiva librada por los movimientos revolucionarios. Nosotros hemos preferido denominarla «guerra del Derecho» por ser este, es decir, en la práctica del Derecho, el campo donde se desarrolla preferentemente, en lugar de utilizar la denominación «guerra jurídica» o «guerra judicial», ya que, si bien acertadas también, parecen indicar no obstante una cualidad de la guerra como institución jurídica.

Vamos a centrarnos ahora en cuatro de las aportaciones que juzgamos más relevantes para nuestro estudio. Tres de estas afirman la existencia de la «guerra del Derecho», apuntan a sus causas y proponen el modo de paliar sus perniciosos efectos, estas son las de los estadounidenses Dunlap⁶⁴⁹, Wheaton⁶⁵⁰ y Newton⁶⁵¹. La cuarta aportación, del británico Waters⁶⁵², no niega la existencia frecuente de procesos judiciales contra los miembros

⁶⁴⁷ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

⁶⁴⁸ Por ejemplo, los colombianos NAVARRO DEVIA, o BOTERO GÓMEZ cuando aluden a las maniobras de la guerrilla para desprestigiar la acción del Estado en la lucha contra el narcoterrorismo de las FARC. Véase esto en los sitios: <http://www.jorgeanavarrodevia.com/conceptos_guerra_juridica_1__2_.pdf>; <http://www.envozalta.org/C_-GUERRA_JURIDICA_Y_JUDICIAL__2_.pdf>; <<http://gran-colombia.tripod.com/magazin/id27.html>>. (Consultado el 22 de abril de 2011, 16:38 h.).

⁶⁴⁹ DUNLAP C. J. (2001). «Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts», *2001 Workshop Papers: Humanitarian Challenges in Military Intervention*. Harvard Kennedy School. Cambridge (USA), pp. 4-43. Véase esto en el sitio: <<http://www.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>>; DUNLAP, C. J. (2009). «Lawfare: A Decisive Element of 21st-Century Conflicts?», *Joint Forces Quarterly*, Issue 54, 3rd. Quarter, pp. 34-39. Véase esto en el sitio: <<http://www.ndu.edu/press/lib/images/jfq-54/12.pdf>>; DUNLAP, C. J. (2010). «Does Lawfare Need an Apologia», *Duke Law Working Papers*, Paper 54, pp. 1-17. Véase esto en el sitio: <http://scholarship.law.duke.edu/working_paper/54>. (Consultado el 23 de abril de 2011, 17:04).

⁶⁵⁰ WHEATON, K. D. *Op. cit.*, *supra* nota 341.

⁶⁵¹ NEWTON, M. A. (2011). «Illustrating Illegitimate Lawfare», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 43, pp. 1-18. Véase esto en el sitio: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1698322###>. (Consultado el 23 de abril de 2011, 18:30 h.).

⁶⁵² WATERS, C. (2008). «Is the Military Legally Encircled?», *Defence Studies*, vol. 8, issue 1, pp. 26-48. Véase esto en el sitio: <<http://law.anu.edu.au/UnitUploads/LAWS8163-7535-Waters%20-%20Legally%20encircled.pdf>>. (Consultado el 23 de abril de 2011, 19:22 h.).

de las Fuerzas Armadas –su estudio se centra en las británicas exclusivamente–, sobre todo, con ocasión de hechos sucedidos en el exterior, pero reconduce este fenómeno a la mayor transparencia y responsabilidad de los gobiernos occidentales, característica de nuestro tiempo.

Refiere Dunlap, autor que en algún lugar es calificado como autoridad en la materia⁶⁵³, que el término *lawfare* –juego de palabras derivado del inglés *warfare*, que significa guerra– se debe originalmente a los australianos Carlson y Yeomans⁶⁵⁴, quienes lo emplearon por vez primera en un trabajo suyo publicado en 1975 para aludir al cinismo de la Unión Soviética cuando apelaba a los tratados de Derecho internacional para suplir así su incapacidad militar, llegando estos a afirmar que «la guerra del Derecho sustituye a la guerra y el duelo no es con espadas sino con palabras»⁶⁵⁵. En efecto, Dunlap define metafóricamente la «guerra del Derecho» como el uso del Derecho como arma de guerra⁶⁵⁶ y como una forma de secuestrar el Derecho para convertirlo en otro modo de lucha en detrimento tanto de los valores humanitarios como del Derecho mismo⁶⁵⁷. Para este autor, fenómenos como la globalización o el auge de las tecnologías de la información constituyen retos verdaderamente importantes no solo para los gobiernos democráticos, sino, incluso, para aquellos que aun sin serlo dependan, de una u otra manera, del apoyo de otras instancias que tengan acceso a las fuentes globales de información⁶⁵⁸. De este modo, el flujo permanente de noticias en tiempo real, y especialmente de imágenes de los conflictos, puede llegar a superar la capacidad de los gobiernos para aclarar, investigar y en su caso explicar ante la opinión pública el origen y alcance de los hechos objeto de noticia. Esta –por así llamarlo– debilidad se convierte así en una causa de vulnerabilidad digna de ser explotada por los terroristas o por sus simpatizantes. No siendo capaces de enfrentarse militarmente –no digamos derrotar– a los Estados Unidos, razona Dunlap, sus enemigos recurren a una estrategia que podría denominarse «guerra del Derecho»⁶⁵⁹. Esta, continúa dicho autor, define un método de guerra donde el Derecho

⁶⁵³ WHEATON, K. D. *Op. cit.*, *supra* nota 341, p. 5.

⁶⁵⁴ CARLSON, J., y YEOMANS, N. (1975). «Whither Goeth the Law - Humanity or Barbarity», *The Way Out. Radical Alternatives in Australia*. Smith & Crossley eds., Lansdowne Press. Melbourne.

⁶⁵⁵ BARTMAN, C. S. (2010). *Lawfare: Use of the Definition of Aggressive War by the Soviet and Russian Federation Governments*. Cambridge Scholars Publishing. Newcastle upon Tyne (UK), p. 2 (nota a pie 5).

⁶⁵⁶ DUNLAP C. J. *Op. cit.*, *supra* nota 728 (*Law and Military...*), p. 5.

⁶⁵⁷ *Id.*, p. 6.

⁶⁵⁸ *Id.*, p. 9.

⁶⁵⁹ *Id.*, p. 10 (*lawfare* en el original).

es utilizado como medio para la consecución de un objetivo militar⁶⁶⁰. Su propósito no es otro que obtener un rendimiento político a base de explotar la imagen del Ejército de los Estados Unidos como un ejército insensible al Derecho de los conflictos armados y a los derechos humanos⁶⁶¹. Existirían distintas maneras de librar esta guerra contra los Estados Unidos, una de ellas sería la utilización involuntaria –otras voluntaria– de civiles como escudos humanos o la de utilizar instalaciones civiles como infraestructura operativa para eludir o evitar los ataques.

¿Qué relación guardan las ROE con todo esto? Juzgamos que esencial en tanto en cuanto la responsabilidad política, jurídica, militar y moral de los gobiernos quedará a salvo a través de las ROE precisamente. En primer lugar, porque sean unas ROE de conducta o unas ROE de estado las que se impartan, su acatamiento por las fuerzas militares es garantía que no existe «guerra sucia» contra el terrorismo, quedando intacto el prestigio de los estados frente a lo que pudieran ser comportamientos individuales contrarios a la ley. En este sentido es fundamental que las ROE no solo tengan plena eficacia jurídica desde el punto de vista interno, sino que, incluso, puedan ser divulgadas ante la opinión pública internacional. En segundo lugar, porque las ROE son sinónimo de legalidad en la conducción de las operaciones y a estos efectos, como opina Dunlap, es fundamental la labor que desempeñan los juristas militares tanto en el proceso de redacción de las ROE, aportando sus conocimientos profesionales, como posteriormente participando en asuntos tales como el proceso de selección de objetivos (*targeting*) o asesorando al mando en asuntos legales⁶⁶². En cuanto a esto último existen muchas facetas de esta «guerra del Derecho», según afirma Dunlap, pero una de las de mayor predilección por parte de quienes se oponen a los Estados Unidos es la de manipular maliciosamente el concepto de imperio de la ley y de los valores humanos que este representa. Más que buscar victorias en el campo de batalla, el enemigo «busca destruir la voluntad de lucha minando el apoyo indispensable de la población que la intervención militar del Estado exige en toda democracia»⁶⁶³. Una forma de minar esa voluntad es, precisamente, «hacer que parezca que los Estados Unidos están librando una guerra de forma contraria a la letra y espíritu del Derecho de los conflictos armados»⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ *Id.*, p. 11.

⁶⁶¹ *Id.*, p. 12.

⁶⁶² *Id.*, p. 16.

⁶⁶³ *Id.*, p. 11.

⁶⁶⁴ *Id.*, p. 11.

En conclusión: ¿existe herramienta más eficaz en esta «guerra del Derecho» que unas ROE detalladas, exhaustivas y explicadas a la opinión pública para contrarrestar las manipulaciones del adversario? ¿Existe manera mejor de acreditar que los gobiernos no están detrás de incidentes donde exista infracción del Derecho internacional? Parafraseando a Krulak y su concepto del «cabo estratégico», del que ya hemos hablado⁶⁶⁵, el jurista militar es a la «guerra del Derecho» lo que el «cabo estratégico» es a la guerra tradicional. De hecho, el paralelismo entre ambos es tal que podríamos considerar a aquel una especie de «abogado estratégico» por la labor que puede desempeñar en esta «guerra del Derecho» desmontando aquellas acusaciones que, sea por malicia o por razones filantrópicas, tan solo acaban por desprestigiar la acción de los estados en la lucha contra el terrorismo y otras lacras contemporáneas.

Esta idea del «abogado estratégico» nos lleva, a su vez, a la interesante aportación de Wheaton, la cual aparece centrada—como no podía ser de otro modo— en su concepto de «asesoramiento estratégico»⁶⁶⁶. Este autor considera que la «guerra del Derecho» comprende campos tan dispares como el recurso sistemático a métodos de guerra asimétricos que sean contrarios al Derecho de los conflictos armados, o las medidas adoptadas por ciertos estados en tiempo de paz para limitar la influencia de otros más poderosos a través de tratados internacionales, convenciones y otros instrumentos de Derecho internacional que incidan en su capacidad militar o la utilización maliciosa de instancias judiciales nacionales e internacionales para deslegitimar su acción militar. De esta manera—es su argumento— estados de poca o nula influencia en la escena internacional pueden concertarse para condicionar el poder e influencia de un gran estado. Por consiguiente, «los juristas militares no pueden ceder al enemigo el uso del Derecho como arma de guerra»⁶⁶⁷. La aportación de Wheaton gira principalmente en torno a su particular concepto de «asesoramiento estratégico» como rúbrica bajo la cual se incluyen todas las funciones que debe desempeñar el asesor jurídico militar contemporáneo o, por llamarlo de otro modo, el «abogado estratégico». Este tipo de asesoramiento es el que se presta en los centros de poder político y militar y su impacto en el desarrollo de la acción militar del Estado es decisivo. Es de resaltar la importancia que las ROE tienen a este nivel para desmontar todas las falacias o acusaciones infundadas contra los estados en materia del Derecho de los conflictos armados o de

⁶⁶⁵ KRULAK, C. C.. *Op. cit.*, *supra* nota 139 (*The Strategic...*).

⁶⁶⁶ WHEATON, K. D. *Op. cit.*, *supra* nota 341.

⁶⁶⁷ *Id.*, p. 7: «Thus, military attorneys cannot cede to the enemy the use of law as a weapon of war».

respeto a los derechos humanos. Qué duda cabe, añadimos nosotros, que un conocimiento a fondo de las ROE, su objeto, su propósito y su finalidad permitirá que el «abogado estratégico» demuestre el compromiso del Estado en cumplir y hacer cumplir el Derecho nacional e internacional en las operaciones militares. Pero los argumentos de Wheaton no acaban ahí. Para este autor, en esta guerra ideológica que es la «guerra del Derecho» tanto el Derecho mismo, como los abogados o como el buen criterio son cruciales. En este sentido, es de la opinión que existen dos formas de librar esta guerra: la defensiva, consistente en someter las decisiones del mando a consideración jurídica con objeto de «no ofrecer munición al enemigo que sirva para destruir la moral de los ciudadanos»⁶⁶⁸; y la ofensiva, consistente en que cualquier tipo de asesoramiento jurídico se preste teniendo en cuenta imperativos de estrategia nacional, de modo que sea coherente con dicha estrategia⁶⁶⁹. Ya hemos dicho –y visto– a lo largo del presente trabajo que las ROE son el resultado de consideraciones de tipo político, jurídico y militar. Pues bien: ¿Existe institución que mejor desvele y ponga de manifiesto los argumentos políticos, jurídicos y militares del Estado que unas ROE? ¿Existe mejor herramienta para demostrar de forma tangible la voluntad política, jurídica y militar del Estado? Pero el valor añadido que las ROE incorporan a esta forma de lucha tampoco acaba aquí. Ya hemos señalado que la «guerra del Derecho» cubre muchos frentes y que su objetivo es minar la voluntad de los ciudadanos en aquellos regímenes en que es precisamente esto de lo que depende la política seguida por los gobiernos. Las ROE se convierten así en la punta de lanza de esta guerra porque sirven a un doble propósito. En primer lugar, porque transmiten al operador militar aspectos políticos y jurídicos que, al incrustarse en la operación, fortalecen la legitimidad del Estado y tienen como resultado práctico una mayor conformidad de sus acciones con la legalidad internacional. En segundo lugar, porque permiten detectar mejor aquellos casos de comportamientos aislados que, de hecho, sí constituyan conductas contrarias al Derecho nacional e internacional que, por ello mismo, deban ser objeto de sanción penal o disciplinaria. En tercer y último lugar, la gran ironía detrás de esta «guerra del Derecho» que plantean sus partidarios es que, a nuestro juicio, el uso perverso de los tribunales en nombre precisamente del Derecho, al que tanto apelan, ha acabado por favorecer, en último extremo, un mayor control de los estados sobre sus fuerzas armadas. Que las ROE se deban precisamente a esto no ha de ser descartado.

⁶⁶⁸ *Id.*, p. 14.

⁶⁶⁹ *Id.*, p. 14.

Newton mantiene una tesis mucho más ecléctica al afirmar que la «guerra del Derecho» ha de ser librada sin cuartel; que cualquier intento de distorsionar y politizar los principios fundamentales del Derecho internacional humanitario no puede ser aceptado resignadamente como un mal necesario, y que no toda demanda ante un tribunal obedece siempre a este fenómeno, ya que, de ser esto así, acabaríamos por «olvidar que la quintaesencia del Derecho es precisamente servir como límite a los poderes del Estado»⁶⁷⁰. La «guerra del Derecho» –afirma– surgió como un concepto ideológicamente neutro a pesar de las connotaciones negativas que encierra para muchos observadores⁶⁷¹. Su transformación posterior en un arma idónea para ser utilizada en la guerra asimétrica contemporánea debe interpretarse como señal inequívoca de la importancia que tienen los aspectos legales de las operaciones militares, precisamente por la estrecha relación que existe entre el Derecho y la guerra moderna⁶⁷². En este sentido, Newton formula su tesis según la cual los comandantes militares son la pieza esencial de todo este engranaje, ya que, al ser conscientes de la relación existente entre el Derecho y las operaciones, emplearán a las tropas de forma mucho más eficiente cuando actúen sometidas a mecanismos de control⁶⁷³. A esto añadimos nosotros: ¿existe mecanismo de control más idóneo que unas ROE?

En opinión de Waters⁶⁷⁴, lo que se conoce como «guerra del Derecho» –en Gran Bretaña como el «cerco legal» al que están sometidos los militares– obedece a toda una amalgama de causas que abarcan desde la regulación progresiva de aspectos de la profesión militar tradicionalmente dejados a la discreción del mando o sujetos a ordenanza, hasta la intervención, cada vez más frecuente, de los tribunales civiles en disputas relativas al servicio, tales como declaraciones de invalidez en acto de servicio o compensaciones económicas y pensiones por daños y secuelas producidas en el ejercicio de la profesión. Este autor sostiene que el «cerco legal» al que tanto alude la clase política y militar de su país no obedece más que a una errónea percepción de la realidad, basada, entre otros, en el conflicto que existe entre los valores y principios éticos tradicionales de la profesión militar y la tendencia a equipararla a cualquier otra profesión o servicio público. La progresiva regulación impuesta por Westminster (o Bruselas), sostiene Waters, es un anatema a principios clásicos de la profesión mili-

⁶⁷⁰ NEWTON, M. A. *Op. cit.*, *supra* nota 730, p. 2.

⁶⁷¹ *Id.*, p. 3.

⁶⁷² *Id.*, pp. 3-4.

⁶⁷³ *Id.*, p. 4.

⁶⁷⁴ WATERS, C. *Op. cit.*, *supra* nota 731.

tar como la lealtad, la confianza en el mando y la voluntad de vencer⁶⁷⁵. Los efectos de este «cerco legal» al que aluden gran parte de los militares británicos⁶⁷⁶ –cerco imaginario según Waters– son, entre otros, la acumulación de denuncias y demandas civiles contra el Ministerio de Defensa o contra los mandos en particular. También apunta a las tensiones y antagonismos entre los asesores jurídicos y la policía militar, de un lado, y los combatientes, de otro. Según Waters «algunos oficiales siguen viendo a los asesores jurídico militares como la antítesis de la lógica militar. A mayor abundamiento, aun a pesar de su excelente formación, sigue existiendo la impresión entre algunos militares de que los asesores jurídicos no son verdaderos ‘oficiales’ y tampoco buenos abogados (de ser así trabajarían en la ‘City’))»⁶⁷⁷. En fin, sea como fuere, para este autor es un hecho que la percepción que tienen los militares –los británicos– de encontrarse metafóricamente «legalmente rodeados» es una idea equivocada. Primero, porque eclipsa lo que de otro modo no es más que un proceso de control de las fuerzas armadas a través de mecanismos jurídicos. Segundo, porque quizás los políticos y los militares no han sabido transmitir el mensaje inequívoco del deber que tiene el militar de cumplir y hacer cumplir la ley. Desde luego –y pese al parecer de la clase militar británica– las tesis de Waters abundan precisamente en cuanto venimos sosteniendo, es decir, que las ROE como forma sistemática de impartir órdenes y autorizaciones relativas al uso de la fuerza constituyen un elemento fundamental precisamente, al fin y a la postre, para el operador militar, cuya responsabilidad siempre podrá ser esclarecida y quedar a salvo con mucho más acierto con ellas que sin ellas.

VI. EPÍLOGO

Las reglas son la esencia del comportamiento en el campo de batalla: «combate al enemigo», «respeta a los civiles y a los heridos», «no uses esta o aquella clase de armamento sin autorización», «*no dispaes hasta que veas el blanco de sus ojos...*» Tras estas reglas encontramos siempre un porqué, una razón de ser. Que no se cause sufrimiento innecesario, que

⁶⁷⁵ *Id.*, p. 27.

⁶⁷⁶ Para este autor el «cerco legal» imaginario también incluye a las ROE, de las que en algún foro profesional nos dice que se ha llegado a decir: «Las ROE (Reglas de enfrentamiento) son muy simples. Puedes usar la fuerza letal si te sientes amenazado. (Pero) el Ministerio de Defensa se reserva el derecho a llevarte a los tribunales posteriormente con fines políticos o simplemente para pasar un rato divertido». *Id.*, p. 29.

⁶⁷⁷ *Id.*, pp. 40-1.

las pérdidas sean proporcionales a la ventaja militar que se espera obtener, la legítima defensa, etc. Si para Clausewitz la guerra era la continuación de la política por otros medios, entonces podemos añadir nosotros parafraseándole que la política de guerra ha quedado definitivamente institucionalizada con las ROE, es decir, estamos ante la continuación del Derecho por otros medios. Ante las armas las leyes ya no parecen guardar silencio. El signo de nuestro tiempo parece ser la guerra, pero una guerra metafórica que tiene muchos rostros con distinto nombre. La «guerra» se ha vuelto «legítima defensa», «hostilidades», «recurso a las armas», «guerra del Derecho», «acción de policía internacional», «lucha contra la piratería», «lucha global contra el terrorismo», «mantenimiento de la paz», «restablecimiento de la paz», «imposición de la paz», «asistencia en materia de seguridad», «asistencia humanitaria», etc. La «guerra» ya no se declara solemnemente y ya no existe un escenario único de guerra. Las tropas pueden estar ahora librando combate, ayudando a personas civiles y construyendo una escuela simultáneamente. Se trata simplemente, parafraseando de nuevo a Clausewitz, de la continuación de la guerra por otros medios. Ahora todo, y todos, forman parte del esfuerzo por alcanzar la victoria, desde el «cabo estratégico» al «abogado operacional». En toda esta confusión hay, desde luego, una institución llamada Reglas de enfrentamiento o ROE que ayuda a trazar y delimitar los contornos de lo que en esencia es la guerra, es decir, usar la fuerza hasta quebrantar la voluntad del enemigo y derrotarlo. Armamos y formamos a los profesionales de nuestras fuerzas armadas, les entrenamos, les enviamos a una misión con un objetivo determinado y al propio tiempo les decimos «volved pronto a casa», «cumplir con vuestro deber», «obedeced a vuestros jefes y no les abandonéis nunca», «dejar alto el pabellón nacional», mientras que, al propio tiempo, les exigimos un cumplimiento estricto y riguroso de la ordenanza. Es todo parte de la confusión de la guerra, es una parte de la «niebla de la guerra» que el genio de Clausewitz olvidó mencionar. Quizás para él resultara obvia o quizás para él no era más que reflejo del conjunto de elementos que integran la voluntad del enemigo. Como quiera que sea, el valor de las ROE no ha de pasar desapercibido, menos aún para el operador militar, porque orientan y aportan criterio allí donde ante las armas callaban las leyes, o al menos enmudecían paulatinamente. Norma jurídica, orden militar, directriz política..., da igual, para el operador militar esto no es más que una cuestión de nombres técnicos, lo que él tiene en mente no son debates doctrinales, sino afrontar el combate y alcanzar la victoria. Para él en la guerra solo existe una opción: la victoria. Las ROE le guiarán en el cumplimiento del deber, le dirán cuándo, cómo, y contra quién podrá o deberá hacer uso de la fuerza

legítimamente. Esto no es poco y menos aún para el combatiente bisoño, porque, como también decía Clausewitz, es de la mayor importancia que ningún soldado tenga que esperar a la guerra para verse expuesto a estos aspectos del servicio activo (experiencia, instrucción, acción real...) que le asombran y confunden la primera vez que se topa con ellos. Las ROE han venido así a cubrir una laguna para la que el Derecho de la guerra convencional no tenía respuestas definitivas –el control minucioso de la fuerza *ad hoc*– y, a la par, han venido a fortalecer y legitimar la acción militar del Estado al hacer acopio de todos los aspectos políticos, jurídicos y militares dignos de consideración.

CRÍMENES DE GUERRA Y JUSTICIA UNIVERSAL

Capitán auditor
Abraham Martínez Alcañiz

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la facultad, y en ciertos casos, obligación, que tienen los estados para enjuiciar determinados crímenes de guerra en aplicación del título jurisdiccional universal, en virtud de los distintos instrumentos internacionales existentes¹. Ciertamente, el actual desarrollo de la justicia universal y del derecho penal internacional se debe a la consideración de los crímenes de guerra como uno de los crímenes internacionales que puede ser perseguido mediante el principio de justicia mundial². Anteriormente, los crímenes de guerra podían ser reprimidos penalmente por los estados de la nacionalidad del responsable o por la del estado captor de aquel³. Estos supuestos supondrían la aplicación del principio de personalidad activa, protección o de beligerancia, no debiéndose confundir dichos títulos jurisdiccionales con el de universalidad. Has-

¹ Cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD (2000). «Aplicación del Derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales», en *Creación de una jurisdicción penal internacional*. Madrid, BOE, pág. 243, y J. B. ACOSTA ESTÉVEZ (2007). «Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra en el Derecho penal español bajo el principio de jurisdicción universal», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, pág. 19.

² K. C. RANDALL (1988). «Universal jurisdiction under international law», en *Texas Law Review*, vol. 66, pág. 816; G. WERLE (2005), «*Tratado de derecho penal internacional*». Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 128 y 129.

³ Cfr. T. J. MURPHY (1984), «Sanctions and enforcement of the humanitarian law of the four Geneva Conventions of 1949 and Geneva Protocol I of 1977», en *Military Law Review*, vol. 103, pág. 26; R. O'KEEFE (2009), «The grave breaches regime and universal jurisdiction», en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 7, pág. 822 ; E. ORIHUELA CALATAYUD (2000), «Aplicación de...», *loc. cit.*, pág. 250.

ta que no se aprobaron los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, no existía una norma internacional que obligase a los estados a buscar y enjuiciar a los responsables de la comisión de ciertos crímenes de guerra, con independencia de su nacionalidad, a fin de hacer efectivo el sistema de eficacia del Derecho internacional humanitario (en adelante, DIH)⁴. A su vez, hasta mediados del siglo xx no se crearon tribunales penales internacionales que juzgasen estos comportamientos punibles, circunstancia que originaba que las instancias judiciales nacionales fuesen la única herramienta capaz de hacer eficaz el Derecho internacional vigente, el cual prohibía la comisión de tales actos criminales e imponía la obligación de castigarlos, en tanto en cuanto se tratase de infracciones graves del DIH.

Actualmente, con la constitución de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) y de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y mixtos, se ha producido una descarga, teórica, sobre las jurisdicciones nacionales a la hora de perseguir estos crímenes, aunque resulta obligado en esta cuestión criticar la actitud pasiva de la mayoría de estados, los cuales no han perseguido las infracciones graves del DIH cometidas, salvo cuando estas afectasen a sus intereses. Este hecho denota la falta de sensibilidad de los estados para aplicar la justicia universal, normalmente, por cuestiones exclusivamente políticas o de relaciones internacionales⁵. Dicha descarga teórica es importante, ya que los tribunales penales internacionales, habitualmente, tienen como misión juzgar a los mayores responsables de los crímenes de guerra cometidos o los injustos más graves, dejando los casos de enjuiciamiento «menor», por razón de las personas responsables o por su menor gravedad, a las jurisdicciones nacionales, bien del *locus delicti* o de terceros estados⁶.

Como punto de partida, debemos establecer una definición del principio de justicia universal, mundial o cosmopolita. Así pues, puede definirse como «aquél que atribuye potestad a los tribunales estatales para juzgar determinados comportamientos punibles que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos internacionales, afectando a la paz y seguridad de la comu-

⁴ Cfr. F. PIGNATELLI y MECA (2003). *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Consideraciones sobre el capítulo III del título XXIV del «Libro II» del Código Penal*. Madrid, Ministerio de Defensa, pág. 63, como bien afirma este autor dichos Convenios de Ginebra de 1949 fueron los pioneros en arbitrar el sistema de jurisdicción universal.

⁵ A. REMIRO BROTONS. 2010, «Crímenes Internacionales, jueces estatales», en *Política exterior*, vol. XXIV, núm. 134, pág. 61 y ss.

⁶ Cfr. W. A. SCHABAS. 2012, *An Introduction to International Criminal Court*. Cambridge, Cambridge University Press, pág. 200 y ss.; cfr. *Situation in Kenya* (ICC-01/09) Decision Pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, párr. 60 y ss.

nidad internacional, con independencia de la nacionalidad del responsable y de la víctima, y de que el mismo no se haya cometido en su territorio». Este título jurisdiccional, a diferencia del resto de principios jurisdiccionales, no requiere vínculo o nexo alguno con el comportamiento punible⁷.

1. ASPECTOS GENERALES DE LOS CRÍMENES DE GUERRA

1.1. ANTECEDENTES

La regulación de los crímenes de guerra en el Derecho internacional no surge hasta el siglo XIX⁸. Anteriormente, con Francisco de Vitoria se produce un avance en la evolución del denominado *ius in bello*⁹, a causa de su obra *De Indis, sive De iure belli*, en donde afirma que el hecho de que exista una guerra justa no da pie a cometer cualquier atrocidad o medida

⁷ Podemos significar que el «principio de territorialidad» es de aplicación cuando el hecho punible se comete en el territorio del Estado, el «principio de personalidad pasiva» se aplica cuando la víctima del delito es nacional del Estado, el de «personalidad activa» cuando el responsable del delito es nacional del Estado y el «principio de protección de intereses» cuando el delito perjudica algún interés esencial del Estado.

⁸ Cfr. M.^a D. BOLLO AROCENA (2004), *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*. Bilbao, Universidad del País Vasco, pág. 179 y ss.; cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS (1955), «Tratado de derecho penal internacional e internacional penal». Madrid, CSIC, tomo. I, pág. 513; cfr. G. WERLE (2005), *loc. cit.*, pág. 426 y ss.; cfr. J. L. FERNÁNDEZ FLORES y DE FUNES (2001), *El derecho de los conflictos armados. De Iuri Belli. El Derecho de la guerra. El Derecho internacional humanitario. El Derecho humanitario bélico*. Madrid, Ministerio de Defensa, pág. 53 y 502 y ss.; cfr. L. OPPENHEIM (1961), *Tratado de Derecho Internacional Público*. Barcelona, Bosch, editada a cargo de H. LAUTERPACHT, tomo II, vol. I, pág. 232 y ss.; G. BOAS; J. L. BISCHOFF, y N. L. REID (2011), *International Criminal Law Practitioner Library*, vol. II. Cambridge, Cambridge University Press, pág. 213 y ss.; L. C. GREEN (1999), «International Regulation of Armed Conflict», en *International Criminal Law*. Editor: M. C. BASSIOUNI, Nueva York, Transnational Publishers, pág. 355 y ss. En el año 1139 surge una primera norma que tenía por finalidad la conducción de las hostilidades, nos referimos al II Concilio de Letrán, que prohibió el uso de ballestas en el campo de batalla, al ser consideradas «armas mortíferas y odiosas de Dios»; A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc. cit.*, tomo I, pág. 515. Las normas que surgieron en la Edad Media diferenciaban claramente entre cristianos y aquellos que no los eran, mereciéndose la protección debida los primeros y dejándose de lado cualquier atisbo de humanidad con respecto a los segundos. También podemos traer a colación lo expresado en el III Concilio de Letrán, por el cual se prohibía la esclavitud de los prisioneros de guerra en provecho propio, siempre que fueran cristianos, por lo que los sarracenos o enemigos de la fe podían ser objeto de cualquier horror o brutalidad.

⁹ El *ius in bello* hace referencia al conjunto de normas que regulan los conflictos armados; mientras que el *ius ad bellum* se refiere a las normas por las cuales se inicia un conflicto armado, cfr. J. L. FERNÁNDEZ FLORES y DE FUNES (2001), *loc. cit.*, pág. 45 y ss., y 145 y ss.

de ejecución. Los criterios de humanidad citados, con el paso del tiempo, dieron origen al denominado Derecho internacional humanitario¹⁰. Los ordenamientos jurídicos nacionales a principios del siglo XIX no previeron, en su mayoría, normas penales que sancionasen los crímenes de guerra¹¹. No obstante lo anterior, se aprobaron normas que prohibían ciertos comportamientos en el campo de batalla, como por ejemplo, el denominado *Código de Lieber*, de 24 de abril de 1863 (Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field)¹². En nuestro ordenamiento jurídico, el Reglamento para el Servicio de Campaña de 1882, constituyó una norma esencial sobre el comportamiento que debían tener los ejércitos en el campo de batalla. Esta norma configuró preceptos cuya finalidad era reducir los efectos destructivos de la guerra, proteger a los inocentes y fijar unos límites a la hora hacer la guerra¹³.

¹⁰ A. QUINTANO RIPOLLÉS (1955). *Loc. cit.*, tomo I, pág. 511 y ss.; cfr. M. C. BAS-SIOUNI (2008), «Introduction to international humanitarian law», en *International Criminal Law*. Leiden. Martinus Nijhoff Publishers, pág. 277 y ss.; L. OPPENHEIM (1961), *loc. cit.*, tomo II, vol. I, pág. 233; G. WERLE (2005), *loc. cit.*, pág. 428. A principios del siglo XIX, se dan los primeros pasos para reducir los actos de barbarie dentro y fuera del campo de batalla, ya que se tienen en cuenta tanto la estricta necesidad como la humanidad en las operaciones. Supuso un avance el considerar que la guerra era una pugna entre estados y no entre personas o individuos, los cuales estaban sujetos a derechos y obligaciones.

¹¹ En nuestro ordenamiento jurídico encontramos como antecedente más característico el Código Penal del Ejército de 1884, en cuyo art. 105 se sancionaba al «1. militar que obligare a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, les maltratare de obra, les injuriare gravemente o privare del alimento necesario; 2. el que atacare, sin necesidad, hospitales o asilos de beneficencia, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos; 3. el que destruye en territorio amigo o enemigo templos, bibliotecas, museos, archivos u obras notables de arte, sin exigirlo las operaciones de guerra; 4. el que de obra o palabra ofendiere a un parlamentario». Estas conductas también fueron sancionadas en el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 y en el Código de Justicia Militar de 1890.

¹² Cfr. B. M. CARNAHAN (1998). «Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity», en *American Journal of International Law*, vol. 92, n.º 2, pág. 213 y ss.; cfr. L. C. GREEN (1999), *loc. cit.*, pág. 363; cfr. G. BOAS *et al.* 2011, *loc. cit.*, pág. 223; cfr. R. CRYER; H. FRIMAN; D. ROBINSON, y E. WILMSHURST (2008), *An Introduction to International Criminal Law*. Cambridge, Cambridge University Press, pág. 221.

¹³ El art. 851 del Reglamento de campaña establecía que: «Las restricciones, las reglas de procedimiento y conducta para dañar al enemigo, las reservas de humanidad, convencionales, para reducir la devastación a lo meramente indispensable; la norma que asegura la lealtad de la lucha, constituyen lo que se llama leyes de guerra (...)»; el art. 852 disponía que: «La primera y más importante de estas leyes, es que la guerra se hace entre estados, y no entre los simples ciudadanos. Por consiguiente, los que no estén armados u organizados militarmente, no son considerados enemigos: siendo respetadas sus personas y, si es posible, sus propiedades»; así mismo, en los art. 853 y 854 se expresaba la obligación de respetar a las mujeres, inválidos, ancianos, niños, siempre que no tomen parte en el combate.

A pesar de lo dicho, el gran desarrollo del *ius in bello* se produce a través de los tratados internacionales ausentes hasta el momento¹⁴. La Convención de Ginebra de 22 de agosto de 1864 «Para el mejoramiento de la suerte de heridos y enfermos en los ejércitos de campaña», supuso la piedra angular del denominado Derecho de Ginebra. Tras esta convención, surgieron otra serie de instrumentos internacionales de igual importancia, por ejemplo, el Convenio de Ginebra del año 1906 y el del año 1929 relativos a los prisioneros de guerra. Con posterioridad a estos convenios se aprobaron los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. El conjunto de estos tratados es considerado actualmente Derecho consuetudinario¹⁵. Lo mismo no puede decirse del Protocolo Adicional I, de 8 de junio de 1977, a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, PAI) y del Protocolo Adicional II, de 8 de junio de 1977, a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (en adelante, PAII)¹⁶. Empero lo dicho, puede afirmarse que determinados principios de ambos instrumentos internacionales forman parte del Derecho

¹⁴ Parte de la doctrina considera que aun a pesar de la inexistencia de instrumentos internacionales que regulasen el comportamiento debido de los beligerantes durante un conflicto armado, los principios que se recogían en las normas domésticas formaban parte del Derecho consuetudinario, cfr. L. C. GREEN (1999), *loc. cit.*, pág. 363.

¹⁵ Cfr. M. C. BASSIOUNI (2008). *Loc. cit.*, pág. 280; cfr. T. J. MURPHY (1984), *loc. cit.*, pág. 45, este autor indica que los Convenios de Ginebra reflejaron el Derecho consuetudinario de la época, siendo aceptados de manera universal por los estados; T. MERON (1987), «The Geneva Conventions as customary law», en *American Journal of International Law*, vol. 81, n.º 2, pág. 350; en la Resolución de la AGNU de 8 de diciembre del año 1977, aprobada en su 97.ª sesión plenaria, relativa al estado de las firmas y las ratificaciones de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, se manifestó que: «convencida del valor permanente de las normas humanitarias establecidas relativas a los conflictos armados, en particular las de las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, el Protocolo de Ginebra de 1925 y los Convenios de Ginebra del año 1949»; cfr. *Prosecutor v. Delalic et al.*, ICTY Judgment Appeal Chamber (IT-96-21-A), 20 February 2001, párr. 112 y 113; cfr. *Prosecutor v. KANG Guek Eav alias Duch*, Judgment ECCC, 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 July 2010, párr. 405, en donde se afirma la naturaleza consuetudinaria de las infracciones graves del DIH, al codificar principios básicos de Derecho internacional. También se puede observar que en el Informe presentado por el secretario general de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del CSNU, pfo. 37, se dijo que: «Los convenios de Ginebra (...) constituyen el núcleo del Derecho consuetudinario aplicable a los conflictos armados de carácter internacional»; cfr. R. CRYER *et al* (2008), *loc. cit.*, pág. 222; T. MERON (1987), «The Geneva...», *loc. cit.*, pág. 348, sostiene que hay más estados parte de los Convenios de Ginebra que miembros de las Naciones Unidas.

¹⁶ Cfr. R. CRYER *et al* (2008). *Loc. cit.*, pág. 223, sin embargo hemos de afirmar que muchos preceptos de los Protocolos Adicionales de 1977 han cristalizado en derecho consuetudinario, como por ejemplo el art. 75 del PAI, cfr. *Handam v. Rumsfeld* 126 S ct 2749 (2006).

consuetudinario¹⁷, al tener por finalidad la protección de principios básicos del DIH que ostentan una eficacia *erga omnes*. A modo de ejemplo podemos citar el principio de distinción, el respeto de la dignidad de las personas y la prohibición de atacar a la población civil. Junto al Derecho de Ginebra apareció el denominado Derecho de la Haya. Si bien es cierto que en un primer momento estas normas tenían finalidades distintas, hoy en día puede apreciarse que las mismas se confunden, al establecerse en ellas tanto normas de restricción de las hostilidades como de protección de la población y beligerantes¹⁸. A pesar de ello, los más importantes tratados del Derecho de la Haya, son las Convenciones de la Haya de 1899¹⁹ y de 1907²⁰, las cuales son también Derecho consuetudinario²¹. El Derecho de

¹⁷ Cfr. M. C. BASSIOUNI. (2008). *Loc. cit.*, pág. 283; cfr. V. CHETAIL (2003), «La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho internacional humanitario», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 850, pág. 235 y ss.

¹⁸ M. PÉREZ GONZÁLEZ (2007). «El Derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto», en *Derecho internacional humanitario*, Coordinador: J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO. Valencia, Tirant Lo Blanch, pág. 30; cfr. L. C. GREEN (1999), *loc. cit.*, pág. 365 y ss.

¹⁹ Relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y reglamento anejo al convenio sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899, *Gaceta de Madrid*, núm. 326, de 22 de noviembre de 1900.

²⁰ Entre las más importantes podemos resaltar las siguientes: Convención VI de la Haya, relativa al régimen de los navíos de comercio enemigos al principio de las hostilidades, de 1907; Convención VII, relativa a la transformación de buques de comercio en barcos de guerra, de 1907; Convención IX, relativa al bombardeo por las fuerzas navales en tiempo de guerra, de 1907; Convención XI, relativa a ciertas restricciones en cuanto al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima, y Convención XIV, relativa a la prohibición de lanzar proyectiles y explosivos desde globos, de 1907.

²¹ Cfr. G. BOAS *et al* (2011). *Loc. cit.*, pág. 225, hemos de reseñar que los tribunales internacionales más importantes de los últimos tiempos (TMIN y TPIY) han utilizado y justificado sus sentencias en aplicación de este instrumento internacional, el cual regula los principios por los que deben regirse las Fuerzas Armadas; J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007), «Fuentes del Derecho internacional humanitario», en *Derecho internacional humanitario*, coordinador: J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO. Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 52, quien afirma que el derecho de La Haya es tan antiguo como la propia guerra; cfr. G. WERLE (2005), *loc. cit.*, pág. 432; cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS (1955), *loc. cit.*, tomo I, pág. 575; la sentencia del TMIN indicó que: «las reglas de la guerra terrestre contenidas en la Convención de la Haya realizaron ciertamente un progreso de Derecho internacional, pero de sus propios términos resulta que se trató de una iniciativa para revisar las leyes y costumbres de la guerra cuya existencia era ya ha tiempo reconocida. En 1939, pues, esas reglas contenidas en la Convención eran ya admitidas por todos los estados civilizados y consideradas por ellos como la exposición codificada de las leyes y costumbres de guerra a que se refiere la letra b) del art. 6 del Estatuto de Londres», cfr. «Judgment of Nüremberg» (1947), en *American Journal of International Law*, vol. 41, n.º 1, pág. 248 y 249; cfr. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 9 de julio del 2004, sobre «las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina», párr. 78 y 89.

la Haya y de Ginebra se denominó «Derecho de los conflictos armados» (en adelante, DCA), evolucionando posteriormente al DIH, que es aquella rama del Derecho internacional conformada por normas jurídicas que regulan los derechos y deberes de los que participan en un conflicto armado, los medios y modos de combatir, la protección de las personas y de los bienes; todo ello integrado por principios intrasgredibles, aplicables en todas circunstancias, que limitan el uso de la fuerza, sin afectar al estatuto jurídico de las partes en conflicto²².

1.2. CONCEPTO

Los crímenes de guerra fueron las primeras manifestaciones de crímenes internacionales, antes incluso que el genocidio o los crímenes de lesa humanidad. La evolución de los crímenes de guerra ha ido en paralelo junto con el progreso del DIH²³, lo que implicará que aquellos comportamientos cometidos en el seno de una contienda armada que contravengan gravemente normas del DIH, que hayan alcanzado el *status* de *ius cogens* y ostenten una eficacia *erga omnes*, deberían ser considerados crímenes de guerra, y, por lo tanto, sancionables universalmente por cualquier estado. Oppenheim consideró que los crímenes de guerra eran aquellos actos hostiles que podían ser castigados por el enemigo en el momento de la captura de los ofensores, en tales actos se incluían aquellos que eran contrarios al Derecho internacional, perpetrados en violación del derecho del propio estado del criminal, así como los actos criminales contrarios a las leyes de la guerra cometidos por orden y en beneficio del estado enemigo²⁴. Kelsen distinguió entre crimen de guerra en sentido amplio y estricto; el primero estaría constituido por todas las violaciones al Derecho internacional cometidas por los estados o por los individuos, mientras que el segundo sería toda violación a las reglas del Derecho internacional relativa a la guerra, que constituye al mismo tiempo violación del Derecho doméstico²⁵. Quintano Ripollés entendió que un crimen de guerra era la acción u omisión voluntaria perpetrada o consentida contra las personas o derechos fundamentales de los beligerantes o civiles de un

²² J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007). «Fuentes del...», *loc cit.*, pág. 53; cfr. T. J. MURPHY (1984), *loc. cit.*, pág. 10.

²³ Cfr. G. BOAS *et al* (2011). *Loc. cit.*, pág. 219; cfr. R. CRYER *et al* (2008), *loc. cit.*, pág. 225.

²⁴ L. OPPENHEIM (1961) *Loc. cit.*, tomo II, vol. I, pág. 117 y 118.

²⁵ Cfr. H. KELSEN (1943). «Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals», en *California Law Review*, vol. 31, pág. 537.

país en guerra, en ocasión de esta y en violación de las normas internacionales que la regulan, susceptibles de estimación judicial penal²⁶. Para Werle, el crimen de guerra es toda violación de una regla de derecho humanitario cuya punibilidad surge directamente del Derecho internacional humanitario²⁷. Bassiouni entiende que los crímenes de guerra son las más serias violaciones del Derecho consuetudinario²⁸. Mettraux afirma que los crímenes de guerra son violaciones graves de las leyes y usos de la guerra que entrañan responsabilidad penal bajo el Derecho internacional²⁹. Un aspecto a tener en cuenta de la definición anterior es la necesidad de que el Derecho internacional aprecie que dicho comportamiento atraiga responsabilidad penal. El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR), en su obra *El Derecho internacional humanitario consuetudinario*, establece en su norma 156 que: «Las violaciones graves del Derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra»³⁰. Como se puede apreciar, el CICR no entiende que puedan considerarse como crímenes de guerra cualquier violación del DIH³¹, siendo en todo caso necesario que sea grave. De la misma forma se pronunció el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia (en adelante, TPIY) en el caso Tadic al afirmar que «para que un delito pueda ser juzgado por un tribunal, la violación ha de ser grave, es decir, debe constituir una violación de una norma que proteja valores importantes, y la violación debe entrañar consecuencias graves para la víctima»³². Por ello, entiendo que cualquier crimen de guerra debe suponer una violación grave del DIH, si no estaríamos hablando de una mera trasgresión de las normas del DIH, que podrían ser reprimidas en sede disciplinaria.

²⁶ A. QUINTANO RIPOLLÉS (1955). *Loc. cit.*, tomo I, pág. 573.

²⁷ G. WERLE (2005). *Loc. cit.*, pág. 424; en sentido similar Y. DINSTEIN afirma que los crímenes de guerra son aquellas violaciones del DCA que entrañan responsabilidad penal, cfr. Y. DINSTEIN (2010), *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*. Cambridge. Cambridge University Press, pág. 263.

²⁸ Cfr. M. C. BASSIOUNI (2008). *Loc. cit.*, pág. 281.

²⁹ G. METTRAUX (2005). *International Crimes and the ad hoc Tribunals*. Oxford. Oxford University Press, pág. 29.

³⁰ Cfr. J. M. HEANCKAERTS, y L. DOSWALD-BECK (2007). *El Derecho internacional humanitario Consuetudinario*, vol. I: «Normas». Buenos Aires. Comité Internacional de la Cruz Roja, pág. 643.

³¹ En el mismo sentido, cfr. Y. DINSTEIN (2010). «The conduct...», *loc. cit.*, pág. 263, quien entiende que no toda violación de una norma de DIH constituye un crimen de guerra, sino solo aquellas violaciones graves.

³² Cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 94. Los Estatutos del TMIN y del TMILO tampoco requerían, para considerar un hecho como crimen de guerra, que este fuese una violación grave de las leyes y usos de guerra, tal como se infiere del art. 6.b) del TMIN y del art. 5.b) de la carta de constitución del TMILO, los cuales, solo hacían referencia a «violaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra».

Así pues, podemos definir los crímenes de guerra como todo «acto u omisión doloso, cometido con ocasión de un conflicto armado, que vulnera gravemente una norma esencial del DIH que tiene por finalidad la protección de determinados bienes jurídicos y que genera responsabilidad penal con base en el Derecho internacional». La definición establecida es amplia, ya que pretende abarcar toda violación grave del DIH que lesione o ponga en peligro un bien jurídico internacional, llevada a cabo mediante una acción u omisión. Asimismo, se ha excluido voluntariamente la imprudencia como forma de culpabilidad, toda vez que consideramos que el conjunto de normas internacionales que regulan los crímenes de guerra tienen por finalidad la represión de conductas cometidas voluntariamente y con conocimiento, no por inobservancia de la norma de cuidado, es decir, por negligencia. Esta última cuestión es muy debatida, ya que el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia sostuvo que determinados tipos penales relativos a los crímenes de guerra podían ser cometidos por *recklessness*³³. En mi opinión, la falta de diligencia debida podría quedar reducida al ámbito disciplinario o englobar otro tipo penal distinto al crimen de guerra, como, por ejemplo, un homicidio imprudente o un delito de lesiones imprudente. Para finalizar, en la definición mantenida no se hace distinción alguna entre conflicto armado de carácter internacional o interno, ya que entendemos que el crimen de guerra se colma en cualquier clase de contienda armada, requiriéndose que el hecho constituya una violación grave de las normas del DIH.

1.2.1. *¿Existen diferencias entre los crímenes de guerra y las infracciones graves del Derecho internacional humanitario, en particular, de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales?*

En un primer momento, los crímenes de guerra eran considerados como todo acto u omisión criminalizado por el Derecho internacional y llevado a cabo durante una guerra, mientras que las infracciones graves consistían en serias violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949 que hacían surgir determinadas obligaciones dentro del Derecho doméstico de

³³ Cfr. *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T, judgment Trial Chamber, 3 March 2000, párr. 152. Parte de la doctrina considera que la *recklessness* es una forma de dolo eventual (A. CASSESE), otros entienden que forma parte de la imprudencia y, por último (FLETCHER), otros consideran que se trataría de una tercera forma de culpabilidad situada entre el dolo y la imprudencia consciente (ROXIN y K. AMBOS).

los estados partes³⁴. En un sentido técnico, por crimen podemos entender todo acto u omisión que la ley hace punible, mientras que una infracción es solo aquel acto u omisión que infringe una obligación legal. Así pues, podríamos afirmar que un crimen conlleva una infracción, pero no toda infracción es igual a un crimen. Además, un crimen puede conllevar consecuencias penales internacionales y nacionales, mientras que una infracción podría no tenerlas. En cualquier caso, sí las tendría si se tratase de una infracción grave del DIH, pero a nivel nacional, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 49 del CGI, 50 del CGII, 129 del CGIII y 146 del CGIV. A pesar de lo anterior, resulta evidente que ambos términos tienden a confundirse, ya que, por ejemplo, en el art. 8 del Estatuto de la CPI se regulan los crímenes de guerra, comprendiéndose en el apartado 2.a) las infracciones graves de los Convenios de Ginebra. Esto significa que las infracciones graves del DIH han evolucionado dentro del Derecho internacional hasta convertirse en auténticos crímenes de guerra³⁵. Las posibles causas de confusión de tales figuras jurídicas podrían resumirse en que ambas constituyen violaciones del DIH y tienen consecuencias penales. A mayor abundamiento, el art. 85.5 del PAI dispone que «(...) las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra». Dicho esto, no cabe duda alguna de que las infracciones graves del DIH son auténticos crímenes de guerra.

La principal diferencia entre los crímenes de guerra y las infracciones graves del DIH radica en que los primeros pueden cometerse tanto en conflictos armados internacionales (en adelante, CAI) como en conflictos armados no internacionales (en adelante, CANI), mientras que las segundas, solo pueden darse en los CAI³⁶, ello es así toda vez que las infracciones graves enumeradas en los arts. 50 CGI, 51 CGII, 130 CGIII, 147 CGIV³⁷ y 85 PAI están referidas a hechos ocurridos con ocasión de un conflicto armado internacional. En la actualidad, las infracciones graves y los crímenes de guerra han evolucionado a un mismo concepto, ya que en el art. 8.2.a) del ECPI se regulan aquellas como crímenes de guerra en sentido estricto, por lo que se

³⁴ Cfr. M. D. ÖBERG (2009). «The absorption of grave breaches into war crimes law», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 9, pág. 163 y ss.

³⁵ *Ibid.*, pág. 167.

³⁶ *Ibid.*, pág. 170.

³⁷ El GI es el Convenio I de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos en campaña; el GII es el Convenio II de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para mejorar a suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en la mar; el GIII es el III Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra; el GIV es el Convenio IV de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

puede afirmar que las mismas son una modalidad de los crímenes de guerra existentes, con unas características propias que las diferencia de estos; en concreto, que tales infracciones graves ponen en marcha el sistema de eficacia del DIH, es decir, la justicia universal. De otra parte, en el Estatuto de la CPI se tipifican de manera precisa como crímenes de guerra las infracciones graves del DIH, a diferencia de los Convenios de Ginebra de 1949, los cuales deben ser considerados como una guía para que los estados tipifiquen en su ordenamiento penal dichas conductas reprochables³⁸, no constituyendo tipos penales, a diferencia de los crímenes de guerra previstos en el art. 8.2 del ECPI.

1.2.2. *Las infracciones graves, las violaciones graves y otras contravenciones de los Convenios de Ginebra del año 1949 y del Protocolo Adicional de 1977.*

Resulta interesante hacer referencia al art. 90.2.c.i) del PAI, que dispone «La comisión tendrá competencia para: i) proceder a una investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave tal como se define en los Convenios o en el presente Protocolo o como cualquier otra violación grave de los Convenios o del presente Protocolo». Del precepto normativo anterior se deduce que dentro de los Convenios de Ginebra de 1949 y del PAI existen tanto infracciones graves como violaciones graves del DIH³⁹, por lo que nos tenemos que preguntar cuáles son las diferencias entre dichas figuras jurídicas. En primer lugar, podemos sostener que las infracciones graves del DIH son todas aquellas conductas enumeradas en los Convenios de Ginebra y en el PAI como tales, por lo que son *numerus clausus*, al no poder incluirse ninguna otra distinta. En segundo lugar, las violaciones graves del DIH serían todos aquellos actos u omisiones que contravienen gravemente preceptos o principios del DIH, los cuales merecen represión penal. Tales violaciones graves deben diferenciarse, a su vez, de aquellas otras violaciones a las que se hace mención en los arts. 49.3.º CGI, 50.3.º CGII, 129.3.º CGIII y 146.3.º CGIV, que es-

³⁸ M. BOTHE (2002). «War crimes», en *The Rome Statute of the International Criminal Court*. Editores: A. CASSESE, P. GAETA, y J. R. W. D. JONES. Oxford, Oxford University Press, pág. 391 y ss.; M. D. ÖBERG (2009), *loc. cit.*, pág. 169.

³⁹ Cfr. Y. SANDOZ (1999). «Penal Aspects of International Humanitarian Law», en *International Criminal Law*. Editor: M. C. BASSIOUNI. Nueva York, Transnational Publishers, pág. 403; I. BANTEKAS, y S. NASH (2007), *International Criminal Law*. Londres, Routledge-Cavendish, pág. 113.

tablecen que «Cada parte contratante adoptará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las prescripciones del presente Convenio, distintas de las infracciones graves enumeradas en el artículo siguiente». Según mi parecer, no podemos confundir las infracciones graves, las violaciones graves y aquellas otras contravenciones de los convenios que no sean ni las unas ni las otras con base en lo siguiente:

- a. Las infracciones graves del DIH pertenecen a una lista *numerus clausus*, no pudiéndose ampliar a otras distintas de las contempladas en los preceptos que las regulan, siendo consideradas los quebrantamientos más graves del DIH⁴⁰.
- b. Las violaciones graves comprenden todas las contravenciones de los Convenios de Ginebra y de los PAI y PAII distintas de las infracciones graves, que reúnen un plus de gravedad suficiente para no ser consideradas como meras irregularidades del DIH. Estas violaciones graves pueden ser juzgadas y castigadas por los estados parte, en aplicación de lo dispuesto en los ars. 49.3.º CGI, 50.3.º CGII, 129.3.º CGIII y 146.3.º CGIV.
- c. Aquellas otras contravenciones a las que se hace mención podrían constituir cualquier irregularidad de los convenios que no ostentasen gravedad suficiente como para que se ponga en marcha un proceso penal, bastando, en principio, una intervención disciplinaria del estado parte para reprender el injusto cometido. En cualquier caso, estas otras contravenciones del DIH solo serían aplicables a conductas que no pusieran en peligro o lesionasen valores relevantes del DIH.
- d. Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra hacen entrar en juego los mecanismos estipulados en los arts. 49.2.º del CGI, 50.2.º del CGII, 129.2.º del CGIII y 146.2.º del CGIV, en el sentido de aplicarse el principio de justicia universal obligatoria⁴¹, o extraditar al presunto responsable de las infracciones graves (*aut dedere aut iudicare*). Por otro lado, las violaciones graves y aquellas otras contravenciones no graves no dan lugar al sistema de eficacia mun-

⁴⁰ Cfr. G. BOAS *et al* (2011). *Loc. cit.*, pág. 226.

⁴¹ Cfr. Y. SANDOZ (1999). «Penal Aspects...», *loc. cit.*, pág. 414; cfr. G. BOAS *et al* (2011), *loc. cit.*, pág. 227; existen resoluciones judiciales de tribunales penales internacionales que reconocen la jurisdicción universal sobre las infracciones graves del DIH, cfr. *Prosecutor v. KAING Guek Eav alias Duch*, Judgment ECCC, 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 July 2010, párr. 403; cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 80.

- dial, pudiendo solamente el estado parte conocer de estos comportamientos con base en el principio de territorialidad y personalidad activa o pasiva, sin perjuicio de la jurisdicción universal facultativa que corresponde a los estados para las violaciones graves que sean crímenes de guerra según su ordenamiento jurídico⁴².
- e. Las infracciones graves del DIH implican la comisión de una serie de actos tasados, pero exigen que se cometan contra «personas protegidas o bienes protegidos por el Convenio», según establecen los arts. 50 CGI, 51 CGII, 130 CGIII y 147 CGIV y art. 85 del PAI⁴³. De otra parte, las violaciones graves y las meras contravenciones del DIH abarcan un campo de aplicación más amplio, al no exigirse que la persona o bien afectado tenga la condición expresa de persona o bien protegido.
- f. Según la jurisprudencia emanada del TPIY (caso Tadic), para que se produzca una violación grave⁴⁴, deben reunirse los siguientes requisitos: violación de una norma de Derecho internacional; que la norma pertenezca al Derecho consuetudinario o al convencional; la violación debe ser seria, es decir, conllevar la vulneración de valores importantes para el perjudicado y ocasionarle graves perjuicios, y, por último, dicha violación debe conllevar responsabilidad penal.
- g. Las infracciones graves del DIH solo pueden cometerse en el seno de un conflicto armado internacional, mientras que las violaciones graves y las meras infracciones del DIH podrían ser cometidas tanto en conflictos internacionales como domésticos. Una muestra de lo anterior lo encontramos en el art. 3, común de los Convenios, ya que la violación de dicho precepto no es una infracción grave *in strictu sensu*, puede cometerse en una contienda armada no internacional⁴⁵ y protege unos bienes jurídicos que en caso de vulnerarse los mismos en una contienda armada internacional serían infracciones graves del DIH.

⁴² Cfr. C. V. D. WYNGAERT (1991). «The suppression of war crimes under Additional Protocol I», en *Humanitarian Law of Armed Conflict*. Editors: AJM DELISSEN y G. J. TANJA. Dordrecht, Martinus Nijhoff, pág. 197.

⁴³ I. BANTEKAS, y S. NASH (2007). *Loc. cit.*, pág. 114.

⁴⁴ Cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 94.

⁴⁵ Cfr. B. V. A. RÖLING (1960). «The law of war and the national jurisdiction since 1945», en *Recueil des Cours*, n.º 325, pág. 342. Lo relevante en todo momento es que las infracciones graves del DIH originan una obligación de represión penal, mientras que las violaciones graves u otras infracciones del DIH dan lugar a un derecho de represión penal, por lo que nos encontraríamos ante la jurisdicción universal facultativa.

- h. Las infracciones y violaciones graves del DIH y cualquier tipo de contravención son comportamientos antijurídicos, toda vez que los mismos entran en contradicción con lo dispuesto en el DIH. Sin embargo, solo las infracciones y violaciones graves del DIH son actos materialmente antijurídicos que pueden dar origen a la jurisdicción universal, al lesionar o poner en peligro bienes jurídicos supraindividuales que afectan a la comunidad internacional. Aquellas otras contravenciones del DIH ponen en peligro otra serie de bienes jurídicos distintos que podrían, en muchos casos, salvaguardarse por otra serie de mecanismos extrapenales.
- i. Acudiendo al Estatuto de la CPI podemos afirmar que las infracciones y violaciones graves del DIH tipificadas en el Convenio de Roma son crímenes internacionales, en concreto, crímenes de guerra. Empero, aquellas otras infracciones del DIH no ostentarán la condición de crimen internacional, pudiendo constituir delitos ordinarios o incluso ilícitos disciplinarios, no perseguibles universalmente.

1.3. REQUISITOS DE LOS CRÍMENES DE GUERRA

1.3.1. *Existencia de un conflicto armado*

Para hablar de un crimen de guerra debe existir un conflicto armado⁴⁶, ya sea de índole internacional o no⁴⁷, por lo que es preciso delimitar dicho término. Antiguamente, en vez de utilizarse el término conflicto armado se empleaba la expresión «guerra». Concretamente, siguiendo a Fernández-Flores y de Funes, las normas consuetudinarias se referían al término de «guerra», sin definirlo, al suponer que al hablar del mismo todo el mundo sabría a qué se refiere, por lo que hubo que acudir a criterios doctrinales para afirmar que la «guerra» es la lucha armada entre estados para un fin particular⁴⁸. En la actualidad, la definición de guerra todavía sigue sin de-

⁴⁶ Cfr. F. PIGNATELLI Y MECA (2003). «La sanción...», *loc. cit.*, pág. 158 a 177; J. L. FERNÁNDEZ FLORES Y DE FUNES (2001), *loc. cit.*, pág. 357 a 385; G. WERLE (2005), *loc. cit.*, pág. 450 a 466; cfr. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007), «Ámbito de aplicación del Derecho internacional humanitario. Delimitación de los conflictos armados», en *Derecho internacional humanitario*, coordinador: J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO. Valencia. Tirant lo Blanch, pág. 151 a 190; cfr. M.^a D. BOLLO AROCENA (2004), *loc. cit.*, pág. 209 y ss.

⁴⁷ G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 30.

⁴⁸ J. L. FERNÁNDEZ FLORES Y DE FUNES (2001). *Loc. cit.*, pág. 365 y 366.

finirse convencionalmente⁴⁹, pero lo más importante es que la evolución del DIH y de las contiendas armadas ha provocado que en lugar de hablar de guerra hablemos de «conflictos armados», término que tampoco ha sido definido en instrumento internacional alguno. Oppenheim sostuvo que la guerra, en cualquier caso, era una contienda o lucha violenta mediante el uso de la fuerza armada entre dos o más estados⁵⁰. Para Fernández-Flores y de Funes hay un conflicto armado cuando hay un enfrentamiento armado, sea entre fuerzas de dos o más estados, con declaración o sin ella, y cuando se enfrentan fuerzas de un estado contra los pueblos que luchan contra su dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas⁵¹. Según Rodríguez Villasante, el conflicto armado implica una acción violenta persistente, integrada por la lucha armada entre dos o más partes en el conflicto con intención hostil⁵². Siguiendo un criterio jurisprudencial, el TPIY en el asunto Tadic, sostuvo que un conflicto armado existe siempre que hay un recurso a la fuerza armada entre estados, o una situación de violencia prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un estado⁵³. Del criterio jurisprudencial anterior se deduce que existen diversos tipos de conflictos armados: los internacionales o interestatales y los no internacionales o internos, ya sean estos entre las Fuerzas Armadas de un Estado y grupos armados organizados o entre ellos entre sí.

Los conflictos armados internacionales surgen cuando un estado ejerce cualquier tipo de violencia armada contra otro estado en el ámbito protegido del Derecho internacional, resultando irrelevante la extensión de la fuerza ejercida, ya que el DIH empezará a aplicarse desde el «primer tiro», quedando fuera del ámbito de aplicación las meras amenazas. También hemos de precisar que ciertos conflictos domésticos pueden degenerar en contiendas internacionales, bien porque un tercer estado se implique directamente en la contienda ejerciendo un control general sobre una de las partes⁵⁴, o bien por-

⁴⁹ Y. DINSTEIN (2008). *War, Aggression and self-defence*. Cambridge. Cambridge University Press, pág. 4; cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 31.

⁵⁰ L. OPPENHEIM (1961). *Loc. cit.*, tomo II, vol. I, pág. 208 y 209.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 367 y 368.

⁵² J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007). «Ámbito de...», *loc. cit.*, pág. 155.

⁵³ *Caso Tadic* IT-94-1-AR72. Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 70; en el mismo sentido, cfr. *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, judgment (TPIY) 16 november 2005, párr. 24.

⁵⁴ G. METTRAUX (2005), *Loc. cit.*, pág. 57; cfr. *Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, IT-98-34-T, trial judgment 31 March 2003, párr. 189 (en este caso se necesita que dicho tercer estado ejerza un control sobre una de las partes en contienda mediante la financiación, apoyo logístico, envío de fuerzas, planeamiento de operaciones militares, esta-

que una de las partes en conflicto se ha convertido en un estado propio. Con respecto a esta última hipótesis es preciso que la parte secesionista reúna las características propias de todo estado según el Derecho internacional, es decir, existencia de una población, de un territorio definido, de un gobierno y la capacidad para mantener relaciones con otros estados soberanos⁵⁵. Si la parte secesionista reúne estos presupuestos, la contienda doméstica podrá convertirse en un conflicto internacional. Las principales normas internacionales humanitarias que regulan tales conflictos son los Convenios de Ginebra de 1949 y el PAI, los cuales establecen un mecanismo de represión penal universal por la comisión de infracciones graves del DIH. Resulta significativo indicar que con la aprobación del PAI se realizó *de facto* una ampliación de las clases de CAI, toda vez que con base en el art. 1.4 del PAI, además de aplicarse el referido protocolo a las situaciones previstas en el art. 2, común de los Convenios de Ginebra, también era de aplicación en aquellos conflictos que conllevaban una lucha armada contra la dominación colonial y la ocupación extranjera, y contra los regímenes racistas en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.

Así pues, podemos afirmar que los CAI se pueden dividir en interestatales, internacionales por extensión y de situación de ocupación bélica⁵⁶.

En cuanto a los conflictos internos, estos pueden dividirse en ordinarios, generalizados, globalizados y prolongados. El «ordinario» hace referencia a las denominadas guerras civiles dentro de un estado. A causa de la inexistencia de protección alguna sobre las víctimas en dichas contiendas armadas se incluyó el art. 3, común de los Convenios de Ginebra de 1949, aplicable a «los conflictos armados que no sean de índole internacional y que surja en el territorio de una de las altas partes contratantes». Normalmente, las partes en conflicto serán las Fuerzas Armadas del gobierno y otra serie de grupos armados organizados que pueden ser denominados por el Gobierno como rebeldes, sediciosos, insurgentes o grupos disidentes⁵⁷.

blecimiento de fuerzas o asesores militares en la zona de combate, etc.). El control general referido es más amplio que el control específico argumentado por la Corte Internacional de Justicia, cfr. Sentencia de la CIJ, *caso Nicaragua v. EE.UU* de 1986, párr. 115.

⁵⁵ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO (2002). *Instituciones de Derecho internacional público*. Madrid, Tecnos, pág. 219 y ss.; *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, IT-02-54-T, decision on motion for judgment of acquittal 16 June 2004, párr. 85 y ss.; cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 58; cfr. artículo 1 de la Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados de la Conferencia Interamericana de Montevideo de 26 de diciembre de 1933; cfr. M.^a D. BOLLO AROCENA (2004), *loc. cit.*, pág. 214 a 221.

⁵⁶ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007). «Ámbito de...», *loc. cit.*, pág. 158 y 159.

⁵⁷ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007). «Ámbito de...», *loc. cit.*, pág. 161; un caso ejemplar para determinar cuándo es de aplicación el art. 3, común de

Empero lo dicho, también es posible que el conflicto se desarrolle entre grupos organizados armados sin la participación de las Fuerzas Armadas estatales, que pueden quedar al margen de la contienda, desarrollándose las actividades bélicas en un determinado espacio territorial que no está sometido al control estatal⁵⁸. El conflicto armado interno «generalizado» es aquel que se produce cuando surgen enfrentamientos armados entre las Fuerzas Armadas de un estado y grupos organizados armados con un mando responsable que ejerce el control operativo sobre una parte del territorio del Estado, pudiendo aplicarse con ello las normas del DIH; tales requisitos aparecen contemplados en el art. 1.1. del PAII. Este tipo de conflicto requiere de unos presupuestos más exigentes que los conflictos internos del art. 3, común a los Convenios de Ginebra de 1949⁵⁹. La contienda armada interna «globalizada» abarca una dimensión internacional, al participar en la misma fuerzas multinacionales de otros estados o incluso de organizaciones internacionales. El conflicto armado no deja de ser doméstico, sin embargo, su globalización se produce por la participación ajena de otras fuerzas, sin que constituya una contienda armada internacional⁶⁰. El conflicto armado interno «prolongado» tiene su origen en el art. 8.2.f) del ECPI, que tipifica como crímenes de guerra determinadas conductas que solo pueden darse en una contienda armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. Estos conflictos no requieren el necesario control sobre una determinada parte del territorio de un estado, ni la existencia de un mando responsable, solo se requiere que haya un enfrentamiento armado «prolongado» entre las partes en contienda⁶¹. Por prolongado deberíamos entender todo con-

los Convenios de Ginebra de 1949, fue el denominado «caso La Tablada», cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe n.º 55/97, caso 11.137*, de 18 de noviembre de 1997, párr. 152 y ss.

⁵⁸ J. PEJIC (2011). «The protective scope of Common article 3: more than meets the eye», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 93, n.º 881, pág. 5.

⁵⁹ A. CULLEN (2008). «The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)», en *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 12, n.º 3, pág. 441; un ejemplo clásico de conflicto armado interno del art. 3, común a los Convenios de Ginebra de 1949, es el ataque al Cuartel Militar de La Tablada (República de la Argentina) ocurrido los días 23 y 24 de enero de 1989, cfr. *Informe n.º 55/97, caso 11.137 Juan Carlos Abella*, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 1997, párr. 147 y ss.

⁶⁰ Cfr. J. PEJIC (2011). *Loc. cit.*, pág. 6; cfr. R. GEISS, y M. SIEGRIST (2011). «¿El conflicto armado en Afganistán ha afectado las normas relativas a la conducción de las hostilidades», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 93, n.º 881, pág. 4.

⁶¹ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007). «Ámbito de...», *loc. cit.*, pág. 162; en sentido contrario se expresa SCHABAS, quien sostiene que los crímenes de

flicto armado de larga duración que alcanza cierta intensidad y pone en peligro los intereses de la comunidad internacional, lo que justifica una cierta intromisión en la soberanía estatal⁶². Así mismo, existen determinadas situaciones que no reúnen el umbral necesario para considerarlas como conflicto armado, nos referimos a los disturbios y tensiones internas, tales como los motines u otros actos esporádicos y aislados de violencia⁶³. En todo caso, no hay duda de que estaríamos ante un conflicto interno, pero no sería armado, por lo que el DIH no podría aplicarse. En la práctica dichas situaciones constituyen una «zona gris» difícil de delimitar.

Las normas de carácter humanitario que se aplican en las contiendas armadas internas son el art. 3, común a los Convenios de Ginebra del año 1949 y el PAII. A diferencia de lo estipulado para los conflictos armados internacionales, en las normas humanitarias que regulan los conflictos internos no existe un mecanismo de represión penal universal para la comisión de infracciones graves de dichos instrumentos internacionales, por un simple motivo: no existen tales infracciones graves. Sin embargo, con la aprobación del Estatuto de la CPI, podríamos afirmar que actualmente sí existen violaciones graves de las normas básicas del DIH en las contiendas armadas internas, como se demuestra en el art. 8.2.c) y e) del Convenio de Roma. Así mismo, los injustos tipificados en el Estatuto de la CPI forman parte del Derecho consuetudinario⁶⁴, toda vez que muchos de ellos ya han sido considerados crímenes internacionales en otras normas penales internacionales⁶⁵. A pesar de todo lo dicho, no existe norma convencional

guerra previstos en el art. 8.2.e) del ECPI traen causa del PAII, por lo que deben reunir los presupuestos de dicho texto internacional, cfr. W. A. SCHABAS (2012), *loc. cit.*, pág. 143; también en sentido contrario, cfr. A. CULLEN (2008), *loc. cit.*, pág. 444, al considerar que los crímenes de guerra previstos en el art. 8.2.e) del ECPI se aplican a los conflictos armados internos del art. 3, común a los Convenios de Ginebra de 1949, principalmente, porque reflejan el Derecho consuetudinario existente y por la utilización del término «otras violaciones de las leyes...» empleado en el art. 8.2.e) del ECPI, que equivaldría a equiparar ambos tipos de contienda armada sin necesidad de establecer umbrales distintos.

⁶² G. WERLE (2005). *Loc. cit.*, pág. 454.

⁶³ Y. MOMTAZ (1998). «Las normas humanitarias mínimas aplicables en período de disturbios y tensiones interiores», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 147, pág. 493 a 501; cfr. *Informe n.º 55/97, caso 11.137 Juan Carlos Abella*, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 1997, párr. 154 y ss., donde califican los hechos ocurridos en el Cuartel de La Tablada como hechos sujetos al DIH, por las acciones de los atacantes, participación directa de las Fuerzas Armadas y por la naturaleza y grado de violencia de los hechos en cuestión. Se trató de una operación militar contra un objetivo militar.

⁶⁴ Cfr. A. CULLEN (2008). *Loc. cit.*, pág. 443 y 444, entiende que los crímenes de guerra del art. 8.2 del ECPI reflejan el Derecho consuetudinario existente.

⁶⁵ Cfr. J. M. HEANCKAERTS, y L. DOSWALD-BECK (2007). *Loc. cit.*, norma 156, pág. 667 y 668; cfr. Estatuto del TPIY, Estatuto del TPIR y Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

alguna que obligue a la persecución universal de estos crímenes internacionales. La única posibilidad es que mediante la jurisdicción universal facultativa los estados se atribuyan competencia para juzgarlos y castigarlos⁶⁶.

Cuestión distinta son los estados parte del Estatuto de la CPI, quienes para cumplir con el principio de complementariedad tendrían que juzgar los crímenes de guerra tipificados en el art. 8.2 del ECPI. A este respecto, el Estado del *locus delicti* sería el preferente para enjuiciar tales injustos, sin perjuicio de que el resto de estados parte, en aplicación del principio de justicia universal u otros títulos jurisdiccionales, puedan también enjuiciarlos.

1.3.2. Conexión entre el conflicto armado y el crimen de guerra

No todo delito cometido durante una contienda armada puede ser considerado como crimen de guerra, es necesario un nexo o causa de relación entre el crimen en sí y el conflicto armado⁶⁷. Según Werle «solo existe un crimen de guerra cuando la conducta de que se trata está en una relación funcional con un conflicto armado»⁶⁸. Así mismo, la jurisprudencia del TPIY ha manifestado que el crimen de guerra debe estar en estrecha o evidente relación con el conflicto⁶⁹ y que la existencia del conflicto armado debe ser de fundamental importancia para la capacidad del autor de cometer el delito, para su decisión de cometerlo, para el modo de cometerlo o para la finalidad del acto⁷⁰. Este nexo imprescindible, que debe existir entre el acto ilícito y la contienda armada, ha sido reflejado en los «elementos de los crímenes» relativos a los tipos penales de crímenes de guerra del Estatuto de la CPI. Los comportamientos que se lleven a cabo sin la conexión requerida con el conflicto armado podrán ser delitos ordinarios, pero en ningún caso crímenes de guerra⁷¹. Como guía básica para acreditar que un comportamiento punible está relacionado con una contienda armada, se pueden enumerar los siguientes hechos: que el responsable sea un combatiente, que la víctima sea parte de la población civil o una persona protegida, que el acto tenga

⁶⁶ J. M. HEANCKAERTS, y L. DOSWALD-BECK (2007). *Loc. cit.*, norma 157, pág. 683 y ss.

⁶⁷ G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 38; cfr. M.^a D. BOLLO AROCENA (2004), *loc. cit.*, pág. 228.

⁶⁸ G. WERLE (2005). *Loc. cit.*, pág. 461.

⁶⁹ *Prosecutor v. Múćic et al.*, judgment 16 November 1998, párr. 193; *Prosecutor v. Tadić*, judgment 7 may 1997, párr. 573; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, judgment 12 June 2002, párr. 402; *Prosecutor v. Brđjanin*, judgment 1 September 2004, párr. 121; *Prosecutor v. Blaskić*, IT-95-14-T, judgment 3 march 2000, párr. 69.

⁷⁰ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, judgment 12 June 2002, párr. 58.

⁷¹ G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 38 y 39.

por finalidad obtener una ventaja militar o que el comportamiento sea llevado a cabo dentro de las funciones de un mando militar⁷². El conflicto armado debe haber jugado un papel sustancial en la capacidad del responsable para cometerlo, para realizarlo de una manera concreta o en relación al propósito del mismo⁷³. También, hemos de significar que el crimen de guerra no es necesario que se ejecute en el área de combate o en sus proximidades, solo se requiere que esté relacionado con las hostilidades o con las partes del territorio controladas por una parte beligerante⁷⁴. La responsabilidad penal y la conexión necesaria con la contienda armada no es solo para los miembros de las fuerzas armadas beligerantes, sino que cualquier persona que haya podido participar, directa o indirectamente en dicho conflicto, puede ser perfectamente responsable por tales crímenes de guerra⁷⁵. En suma, el contexto del conflicto armado debe entenderse como un elemento objetivo normativo del tipo, debiendo los tribunales determinar si existe esta contienda armada o no para poder apreciar los tipos penales y, además, solo se requerirá que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias del hecho que establezcan su existencia⁷⁶.

1.3.3. *El elemento subjetivo del tipo*

En todo crimen de guerra, el autor del mismo, quien podrá ser un combatiente⁷⁷ o un civil⁷⁸, tendrá que tener conocimiento de las circunstancias de hecho que resultan del conflicto armado⁷⁹. Así pues, la contienda armada, además de ser un elemento objetivo del tipo, debe reflejarse en la conciencia del

⁷² *Prosecutor v. Kunarac et al.*, judgment 12 June 2002, párr. 59.

⁷³ G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 39.

⁷⁴ *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T, judgment 3 march 2000, párr. 69 y 70.

⁷⁵ *Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana*, judgment 21 may 1999, párr. 174 y ss; *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, trial judgment 2 September 1998, párr. 640, en donde se afirma que los civiles pueden ser responsables penales bajo el art. 4 del Estatuto del TPIR.

⁷⁶ F. PIGNATELLI Y MECA (2003). «La sanción...», *loc. cit.*, pág. 178 y 179.

⁷⁷ A. GIL GIL (2003). *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Editores: K. AMBOS y EZEQUIEL MALARINO, Fundación Konrad Adenauer, pág. 350. Hemos de precisar que actualmente los crímenes de guerra pueden ser cometidos tanto por civiles como por militares o personas movilizadas, cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 42.

⁷⁸ Cfr. *Prosecutor v. Vasiljevic*, IT-98-32-T, judgment 29 November 2002, párr. 57; cfr. H. H. JESCHECK (1982), «War Crimes», en *Encyclopedia of Public International Law*. Editor: Bernhardt, pág. 294; M.^a D. BOLLO AROCENA (2004), *loc. cit.*, pág. 240, considera que los civiles pueden cometer crímenes de guerra si están vinculados con una de las partes en la contienda; cfr. *Prosecutor v. Celebici case* IT-96-21-T, trial judgment 16 de november 1998, párr. 241, en donde se manifiesta que no es necesario que los responsable penales sean miembros de las Fuerzas Armadas o tengan el título de combatientes.

⁷⁹ M.^a D. BOLLO AROCENA (2004). *Loc. cit.*, pág. 233.

responsable. A su vez, no es necesario que el responsable tenga conocimiento de las circunstancias en las cuales se basa el conflicto armado, es decir, si es de carácter internacional o no⁸⁰. Con carácter general los crímenes de guerra deben cometerse dolosamente, incluido el dolo eventual, no castigándose la comisión imprudente de los mismos, salvo que el tipo penal pueda inferirse lo contrario, como podría suceder con el crimen de guerra de alistar o reclutar niños menores de 15 años tipificado en el Estatuto de la CPI. Asimismo, el TPIY ha considerado que el crimen de guerra de homicidio intencional puede ser cometido mediante la *recklessness*, la cual podría semejarse a la imprudencia temeraria o imprudente⁸¹. En relación a los crímenes de guerra tipificados en el art. 8 del ECPI, estos deben cometerse con dolo, tal y como se deduce del art. 30 del ECPI, al establecer que «una persona será penalmente responsable (...) únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento». Huelga afirmar que según la doctrina emanada de la CPI, los crímenes internacionales de su competencia no pueden ser cometidos mediante el denominado *dolus eventualis*⁸².

1.3.4. Gravedad del hecho punible

El último requisito necesario para la existencia de un crimen de guerra es que el acto llevado a cabo reúna una gravedad determinada, es decir, no vale cualquier infracción del DIH; solamente serán crímenes de guerra aquellos actos que entrañen una gravedad tal que pongan en peligro o lesionen bienes

⁸⁰ G. WERLE (2005). *Loc. cit.*, pág. 465 y 466.

⁸¹ Sentencia del TPIY (Trial Chamber) de fecha 16 de noviembre de 1998, *Prosecutor v. Celebici* pára. 439.

⁸² Cfr. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2000). «Los principios generales del Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Revista Española de Derecho Militar*; n.º 75, pág. 417 y ss.; cfr. *Prosecutor v. Stakic* de 31.07.03, IT-97-24-T, párr. 587; cfr. H. OLÁSULO (2009). *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*. Oxford, Hart Publishing, pág. 282 y 283; al respecto hay que significar que en el caso Bemba la CPI indicó que el dolo eventual no tenía cogida en el art. 30 de su estatuto, toda vez que no se ha recogido literalmente en dicho precepto, cfr. *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba*, confirmation of charges, de 15 de junio del 2006, ICC-01/05-01/08-424, párr. 362 a 369. Así mismo, en la sentencia de Lubanga se vuelve a excluir el dolo eventual, por lo que puede afirmarse que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional no rige dicha forma de dolo, hecho desde mi punto de vista erróneo; cfr. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, judgment of 14 of march 2012 pursuant to article 74 of the statute, ICC-01/04-01/06, párr. 1011; cfr. K. AMBOS (2012), «The first Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor v. Lubanga*): A comprehensive analysis of the legal issues», en *International Criminal Law Review*, n.º 12, pág. 149.

jurídicos relevantes o valores importantes para la comunidad internacional⁸³. Este criterio es razonable, ya que muchos crímenes de guerra están vinculados con la jurisdicción universal, toda vez que estos han sido considerados ilícitos que ponen en peligro la paz y seguridad de la comunidad internacional. Por lo anterior, entiendo que el crimen de guerra deberá consistir en una vulneración grave del DIH, dando lugar con ello a la posibilidad de aplicar la jurisdicción universal para su enjuiciamiento. Sin embargo, cuando un estado decide tipificar dentro de su ordenamiento jurídico un determinado hecho, el cual no es grave, como crimen de guerra, considero que si bien no hay impedimento legal alguno para hacerlo, no es menos cierto que el mismo no podría ser objeto de persecución universal, al no reunir el presupuesto necesario de gravedad suficiente. La gravedad del comportamiento podemos deducirla en virtud de la forma en que fue ejecutado el hecho criminal, los métodos usados, su reiteración, los valores protegidos, la posición de poder o superioridad del responsable, las consecuencias del acto en la víctima, los motivos del responsable o el contexto de los crímenes⁸⁴. Así mismo, no debemos confundir que el comportamiento reprochable sea grave con la necesidad de que el mismo sea cometido a gran escala o de forma sistemática, requisitos que podrían conducirnos a un crimen internacional distinto, como son los crímenes de lesa humanidad⁸⁵. Como conclusión, podemos reseñar que para considerar los crímenes de guerra como crímenes internacionales, aquellos deberán reunir los presupuestos establecidos por el TPIY en su jurisprudencia, entre los que se encuentran la gravedad del hecho punible⁸⁶.

2. PERSECUCIÓN UNIVERSAL DE LAS INFRACCIONES GRAVES DEL DIH

La aprobación de los Convenios de Ginebra de 1949 se debió al fracaso que supusieron los anteriores convenios del año 1929 sobre los heridos y

⁸³ Cfr. G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 50.

⁸⁴ *Prosecutor v. Aleksovski*, appeal judgment IT-95-14/1-A, 24 march 2000, pára 36 y ss.; cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 51.

⁸⁵ Cfr. M.^a D. BOLLO AROCENA (2004). *Loc. cit.*, pág. 234 y 235, como bien apunta esta autora pueden existir infracciones graves del DIH que exijan que se cometan a gran escala, como por ejemplo la prevista en el art. 50 GI al disponer: «la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas a gran escala...».

⁸⁶ Cfr. *Prosecutor v. Tadic*. Decisión of the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction del TPIY, 2 October 1995, párr. 94 y *Prosecutor v. Kvočka et al*, IT-98-30/1-PT, decision on preliminary motions filed by Mlado Radic and Miroslav Kvočka Challenging jurisdiction, 1 April 1999, párr. 9.

enfermos de los ejércitos en campaña y el del tratamiento de los prisioneros de guerra⁸⁷. Ambos instrumentos internacionales no procuraron herramientas suficientes para castigar los nuevos comportamientos criminales cometidos durante la II Guerra Mundial⁸⁸. Del mismo modo, a causa de los conflictos armados surgidos en la época de la Guerra Fría, la comunidad internacional observó que ciertas normas del DIH no ofrecían protección suficiente a la población civil, la cual seguía siendo objeto de numerosos ataques de manera indiscriminada. En este nuevo contexto internacional se desarrollaron más profundamente las infracciones graves del DIH, teniendo como base principal el art. 85 del PAI, que regula la represión de las infracciones graves del citado protocolo. Lo más sugerente del artículo referido es que con su aprobación se produjo un aumento de las denominadas infracciones graves del DIH, que eran muy escasas en los Convenios de Ginebra⁸⁹. Con la aprobación del PAI se incluyen once nuevas infracciones graves del DIH, «siempre que se cometan intencionadamente en violación de las disposiciones pertinentes del Protocolo y causen la muerte

⁸⁷ Cfr. T. J. MURPHY (1984). *Loc. cit.*, pág. 27.

⁸⁸ Cfr. Y. SANDOZ (2009). «The history of the grave breaches regime», en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 7, pág. 673.

⁸⁹ Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, reguladas en los arts. 50 CGI, 51 CGII, 130 CGIII y 147 CGIV, son las siguientes: «homicidio intencional, tortura, tratos inhumanos incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes no justificados por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas enemigas, el hecho de privar a un prisionero de guerra del derecho de ser juzgado legítima e imparcialmente, la deportación o traslado ilegal, la detención ilegal, el forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas enemigas o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente y la toma de rehenes»; se significa que tales actos deben cometerse contra las personas y bienes protegidos en los referidos convenios. El art. 85.3 del PAI dispone que: «Además de las infracciones graves definidas en el artículo 11, se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes, cuando se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud: a) hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles; b) lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii; c) lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii; d) hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas; e) hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate; f) hacer uso péfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo».

o atenten gravemente a la integridad física o a la salud (art. 85.3 del PAI), o cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo (art. 85.4 del PAI)». Aparte, se incorporan otros injustos como infracciones graves del DIH en el art. 11 del PAI⁹⁰. Resulta llamativo cómo en el apartado 5.º del art. 85 del PAI se afirma que las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y del Protocolo se considerarán crímenes de guerra. Aquí se aprecia la evolución de esta categoría de injustos dentro del Derecho internacional. Desde mi punto de vista, con la aprobación del PAI se corrigieron notablemente las carencias de los Convenios de Ginebra y se formalizó la consagración de los principios de distinción y de humanidad que deben regir en toda contienda armada, alcanzando incluso el *status* de normas de *ius cogens*. En definitiva, los ataques solo pueden ir dirigidos contra los objetivos militares y siempre con la precaución que disponen las normas del Derecho humanitario (arts. 57 y 58 del PAI). Si bien es cierto que los Convenios de Ginebra forman parte del Derecho consuetudinario⁹¹, no podemos decir lo mismo del PAI. Ciertamente, la totalidad del PAI no tiene naturaleza consuetudinaria, sin embargo, algunos principios del protocolo sí, en concreto, los preceptos que regulan los crímenes de guerra. Algunas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante, AGNU)⁹² y del CSNU⁹³ han establecido diversos principios de cumplimiento obligatorio, sin que hubiese oposición por los estados, lo que demuestra la convicción sobre la norma. Estos principios relativos al DIH habrían adquirido el rango de normas de *ius cogens*, hablamos del principio de distinción, de la prohibición de lanzar ataques contra civiles

⁹⁰ El art. 11 del PAI prohíbe «someter a las personas que están en poder de la parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier forma a causa de una situación prevista en el art. 1 del citado protocolo, a cualquier acto médico que no esté indicado por un estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas; en concreto, se prohíben las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científico y las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes, salvo si estos están justificados; asimismo constituirá, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 4 del PAI, infracción grave «toda acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una parte distinta de aquella de la que depende, sea que viole cualquiera de las prohibiciones señaladas en los párrafos 1 y 2, sea que no cumpla las exigencias prescritas en el párrafo 3».

⁹¹ Cfr. V. CHETAIL (2003). *Loc. cit.*, pág. 235 a 269; cfr. *Informe del secretario general*, S/25704, de 3 de mayo de 1993, que presenta el Estatuto del TPIY, en el párrafo 35; cfr. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia «sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares» de 19 de julio de 1996, párr. 86; cfr. Opinión Consultiva de la CIJ sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio Palestino ocupado, de fecha 13 de julio del 2004, párr. 157.

⁹² Resolución 2444 (XXIII) y Resolución 2675 (XXV) de la AGNU, entre otras.

⁹³ Resoluciones 564, 771, 794, 819, 853, 904 del CSNU, entre otras.

y de los ataques indiscriminados⁹⁴, por lo que los crímenes de guerra que contemplan estos actos deberían considerarse parte del Derecho consuetudinario. El TPIY en el caso Kupreskic afirmó que los crímenes de guerra eran normas de *ius cogens*, por lo que tenemos que entender que aquellas normas humanitarias que desarrollan los crímenes de guerra también son normas de *ius cogens*, por ejemplo, los arts. 48, 49, 50 y 51 del PAI.

Así pues, con los Convenios de Ginebra de 1949 y el PAI se instauran unos mecanismos de protección mayores, regulando exhaustivamente el *status* de las personas protegidas y las consecuencias penales que acarrea la comisión de las infracciones graves del DIH. La finalidad por la cual solo se extendió el sistema de represión universal, exclusivamente, a las infracciones graves del DIH se debió a evitar que otros estados pudieran inmiscuirse en decisiones que solo concernirían al estado implicado y sus ciudadanos⁹⁵. Los arts. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII y 146 CGIV de los Convenios de Ginebra de 1949 regulan lo que se puede denominar jurisdicción universal⁹⁶ absoluta⁹⁷ y obligatoria⁹⁸, ya que en los mismos se dispone que «Cada una de las partes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas (...)». Los estados parte tienen una obligación que cumplir en virtud del principio *pacta sunt servanda*, regulado en el art. 26 de la Convención de Viena de 1969; sin embargo, cabe hacer hincapié en un aspecto relevante, que no es otro que la naturaleza consuetudinaria que han adquirido los Convenios de Ginebra de 1949, por lo que todos los estados en el actual momento tienen la obligación de juzgar a los presuntos responsables de haber cometido

⁹⁴ Cfr. J. M. HEANCKAERTS, y L. DOSWALD-BECK (2007). *Loc. cit.*, norma 1 a 6 y normas 11 a 13.

⁹⁵ G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 55; *Prosecutor v. Celibici case*, appeal judgment IT-96-21-A, 20 February 2001, párr. 79.

⁹⁶ Cfr. X. PHILIPPE (2006). «Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 862, pág. 5; cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 54.

⁹⁷ Por jurisdicción universal absoluta entendemos aquella que no requiere la presencia del responsable en el territorio para iniciar una causa penal contra el mismo por la comisión de crímenes de guerra; cfr. F. PIGNATELLI Y MECA (2003). «La sanción...», *loc. cit.*, pág. 64, quien sostiene que es necesaria la presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende juzgarlo.

⁹⁸ Cfr. R. O'KEEFE (2009). *Loc. cit.*, pág. 814, así mismo, este autor recalca la importancia de los Convenios de Ginebra como punto de inflexión en la justicia universal para la persecución de crímenes de guerra, al ser un instrumento internacional único hasta el momento; cfr. *Prosecutor v. Tadic*, decision of the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction del TPIY, 2 October 1995, párr. 80.

las infracciones graves reguladas en los arts. 50 GI, 51 GII, 130 GIII y 147 GIV⁹⁹. Dicha obligación de represión universal¹⁰⁰ viene afirmada por lo establecido en el art. 1, común a los referidos Convenios de Ginebra, que manifiesta el compromiso de los estados de «respetar y hacer respetar» los mencionados Convenios¹⁰¹. En primer lugar, los estados tienen la obligación de tipificar en su ordenamiento jurídico las infracciones graves del DIH antedichas, establecer penas correspondientes para las mismas y dotar a sus órganos judiciales de competencia suficiente (principalmente jurisdicción universal) para enjuiciar tales injustos¹⁰². En segundo lugar, si lo prefieren, podrán extraditar al responsable a otro estado que tenga cargos suficientes contra el mismo. Todo lo anterior confirma la idea de que la jurisdicción universal consagrada en estos instrumentos internacionales es primaria¹⁰³ y concurrente, no siendo un corolario de la regla *aut dedere aut iudicare*; toda vez que no se requiere la no extradición para ejercer la jurisdicción penal, esta debe aplicarse preferentemente, antes incluso que la propia extradición, que es subsidiaria¹⁰⁴.

Un extremo relevante es el hecho de que la jurisdicción universal instaurada en los Convenios de Ginebra de 1949 es concurrente¹⁰⁵. Dicha afirmación tiene su fundamento en los propios convenios, los cuales manifies-

⁹⁹ A. CASSESE (2003). «Is the bell tolling for universality? A plea for a sensible notion of universal jurisdiction», en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 1, pág. 591.

¹⁰⁰ Cfr. J. B. ACOSTA ESTÉVEZ (2007). *Loc. cit.*, pág. 21.

¹⁰¹ En el mismo sentido E. ORIHUELA CALATAYUD (2005). «Crímenes de guerra y justicia universal: avances y retrocesos en la lucha contra la impunidad», en *Derechos y Libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*. Editora: C. RAMÓN CHORNET. Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 175; J. B. ACOSTA ESTÉVEZ (2007), *loc. cit.*, pág. 17; y J. JORGE URBINA (2008), «Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado», en *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, pág. 259.

¹⁰² Cfr. R. O'KEEFE (2009). *Loc. cit.*, pág. 816.

¹⁰³ *Ibid.*, pág. 821. Por jurisdicción universal primaria entendemos aquella que no requiere previamente solicitud alguna de extradición para juzgar un crimen de guerra, sino que desde que el Estado tenga conocimiento de su comisión, surge la obligación de perseguir al responsable del comportamiento punible.

¹⁰⁴ En sentido contrario PIGNATELLI Y MECA, quien sostiene que la jurisdicción universal consagrada en los Convenios de Ginebra de 1949 surge con arreglo a la regla *aut dedere aut iudicare*, cfr. F. PIGNATELLI Y MECA (2003), «La sanción...», *loc. cit.*, pág. 63; Y. DINSTEIN (1998), «The Universality principle and war crimes», en *International Law Studies*, vol. 71, The law of armed conflict: into the next millennium. Editores: M. N. SCHMITT & L. C. GREEN. Newport Rhode Island, Naval War College, pág. 23, al entender que la jurisdicción universal es obligatoria en los convenios de Ginebra de 1949 pero que también es alternativa con la regla *aut dedere aut iudicare*.

¹⁰⁵ Cfr. Y. DINSTEIN (1998). «The Universality...», *loc. cit.*, pág. 26, este autor entiende que la concurrencia de jurisdicciones surge de la universalidad de represión instaurada en los Convenios de Ginebra de 1949.

tan que «Cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves...». Como puede observarse, tal mandato se dirige a cada estado parte, no a uno en concreto o a otros que puedan tener ciertos vínculos o nexos con el injusto. Por ello, desde el momento en que cualquier estado tenga conocimiento de la comisión de una infracción grave del DIH debería iniciar una causa penal para investigarla. Llegados a este punto, huelga sostener que ante la ausencia de criterios de preferencia jurisdiccional establecidos convencionalmente¹⁰⁶ deberían aplicarse ciertos principios generales, como la preferencia de jurisdicción del Estado del *locus delicti*, siempre que éste puede llevar a cabo un proceso justo, equitativo y eficaz. Lo anterior no impide que existan varios procesos en vigor en distintos estados, sobre un mismo hecho, debiéndose respetar el principio de cosa juzgada en cualquier caso. Cada órgano judicial tendría que aplicar criterios de cooperación judicial con el resto de órganos judiciales que conociesen de los mismos hechos, a fin de determinar qué jurisdicción es la preferente, todo ello siendo posible en virtud del principio de reciprocidad, aparte de otros posibles criterios convencionales¹⁰⁷.

Un hecho problemático es el relativo a la persecución universal de las violaciones graves del DIH tipificadas en el Estatuto de la CPI, ya que no están incardinadas en el sistema de persecución universal consagrado en los meritados Convenios de Ginebra. Los estados deberían por iniciativa propia y con base en su potestad soberana considerar la necesidad de implementar en su ordenamiento jurídico penal aquellas otras violaciones graves del DIH como crímenes de guerra, y dotar a sus tribunales de competencia suficiente para juzgarlos, incluso bajo el principio de justicia universal. Esta necesidad se ve amparada a causa del principio de complementariedad impuesto en el art. 17 del ECPI¹⁰⁸. Lo anterior está en estrecha relación con la denominada jurisdicción universal facultativa, empero, considero necesario reiterar la norma 157 del estudio de DIH consuetudinario, llevado a cabo por el CICR, en la que se dispone que «Los estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal

¹⁰⁶ Cfr. S. MENDOZA CALDERÓN (2007). «La aplicación de la ley penal en el espacio: la trascendencia del principio de justicia universal en España», en *Revista Penal*, n.º 20, pág. 129.

¹⁰⁷ Cfr. I. BLANCO CORDERO (2007). «Report General sobre Jurisdicción Universal», en *Revista Internacional de Derecho Penal*, vol. 79, pág. 117, como bien indica este autor, en el ámbito regional europeo podría ser de aplicación el Convenio europeo sobre transferencia de procesos en materia penal de 15 de mayo de 1972.

¹⁰⁸ Cfr. S. MENDOZA CALDERÓN (2007). *Loc. cit.*, pág. 128; cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD (2000), «Aplicación del ...», *loc. cit.*, pág. 252.

en materia de crímenes de guerra». La norma no se refiere a una obligación de los estados, todo lo contrario, considera que a causa del principio de soberanía estatal y de conformidad con el Derecho internacional, si lo cree oportuno un determinado estado, este puede conferir a sus tribunales competencia universal para enjuiciar crímenes de guerra. Esta jurisdicción facultativa ha sido reforzada con la aprobación del Estatuto de la CPI, principalmente, por lo dispuesto en su preámbulo¹⁰⁹.

Una cuestión nada pacífica sobre las infracciones graves del DIH es si los estados están obligados a perseguirlas aun cuando no guarden relación alguna con ellos. Como se indicó anteriormente, desde mi punto de vista no hay duda alguna sobre la confirmación de tal obligación¹¹⁰. Hemos de partir de la idea de que los estados del *locus delicti* son los preferentes para juzgar los crímenes de guerra cometidos en su territorio. Pero no es anormal que muchos de los injustos cometidos hayan sido llevados a cabo con la aquiescencia del Gobierno, o incluso con su participación, lo que conllevará todo tipo de desinterés para investigarlos¹¹¹, debiendo, por lo tanto, terceros estados implicarse en su investigación mediante la jurisdicción universal, entre otros títulos de jurisdicción. Así pues, una interpretación literal de los arts. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII y 146 CGIV nos conduce a la obligación de instaurar y aplicar la justicia universal¹¹². La presencia del responsable en el territorio del estado que pretende juzgar la comisión de infracciones graves del DIH no es un requisito exigido por los Convenios de Ginebra de 1949, ni por el PAI. Cierta parte de la doctrina considera ne-

¹⁰⁹ El preámbulo del Estatuto de la CPI establece, entre otras cosas que «Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz y seguridad y bienestar de la humanidad, afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia (...)».

¹¹⁰ Cfr. R. O'KEEFE (2009). *Loc. cit.*, pág. 813 y J. B. ACOSTA ESTÉVEZ (2007), *loc. cit.*, pág. 19, quien entiende que los Convenios de Ginebra dispensan una justicia universal obligatoria *self-executing*, sin condicionarse a ningún otro título competencial.

¹¹¹ J. JORGE URBINA (2008). *Loc. cit.*, pág. 258.

¹¹² No podemos dejar de lado la interpretación llevada a cabo por JESCHECK sobre los preceptos citados, quien sostuvo que «According to the Geneva Conventions of 1949, signatory States are not only empowered to punish war crimes, but also are obliged to do so, unless the accused is extradited to another signatory State. The duty to punish attaches not only to the States to which the accused owes his allegiance or to the injured State, but to all the signatory States; this duty even extends to neutrals in armed conflict, and exists without regard to the nationality of the perpetrator or victim or the place where the crime took place»; cfr. H. H. JESCHECK (1982), *loc. cit.*, pág. 294 a 297.

cesaria la presencia del responsable¹¹³, otra no¹¹⁴, incluso, se ha sostenido que la aplicación de una jurisdicción universal absoluta conllevaría la persecución *urbi et orbi* de todos los crímenes de guerra, siendo esto ineficaz, irrazonable e inoperante¹¹⁵. En este orden de cosas, considero que la justicia universal implementada en los referidos instrumentos internacionales es absoluta, no requiriéndose la presencia del responsable en el territorio, ni ser esta una *conditio sine qua non* exigida por el Derecho internacional para que se investigue e inicie un procedimiento penal por la presunta comisión de infracciones graves del DIH¹¹⁶. Lo anterior se justifica por lo siguiente:

- a. La finalidad de los referidos tratados no es otra que «respetar y hacer respetar el presente convenio en todas las circunstancias», *ex art. 1*, común a los cuatro Convenios de Ginebra.
- b. Una interpretación lógica y razonable de los Convenios, teniendo en cuenta la finalidad, objeto y fin de los mismos, según establece el art. 31.1. del Convenio de 1969 sobre el Derecho de los tratados, no puede partir del requerimiento de la presencia del responsable en el territorio del estado que pretende juzgarle, toda vez que los convenios no lo requieren en ningún momento. Cuestión distinta será que los estados, en el seno de su legislación, lo incorporen, en cuyo caso, desde mi punto de vista, podrían estar desnaturalizando los convenios meritados.
- c. No hay en el Derecho internacional convencional ni consuetudinario norma alguna que prohíba la denominada jurisdicción universal absoluta¹¹⁷.

¹¹³ M. ABAD CASTELOS (1998), «La actuación de la Audiencia Nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y Chile: un paso adelante para desandar la impunidad», en *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 2, pág. 55 y 56; J. FERRER LLORET (2003), «El principio de justicia universal: su aplicación en España», en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, pág. 54 a 56.

¹¹⁴ Cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD (2000). «La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, pág. 197.

¹¹⁵ Cfr. J. JORGE URBINA (2008). *Loc. cit.*, pág. 262; y cfr. J. B. ACOSTA ESTÉVEZ (2007), *loc. cit.*, pág. 22, este autor sostiene que los Convenios de Ginebra sí establecen la persecución *urbi et orbi*.

¹¹⁶ J. JORGE URBINA (2008). *Loc. cit.*, pág. 263; cfr. M.^a D. BOLLO AROCENA (2004), *loc. cit.*, pág. 358.

¹¹⁷ Dissenting opinion of Judge V. D. WYNGAERT, *case concerning the Arrest Warrant*, judgment of the International Court Justice of 14 february 2002, párr. 44 del voto

- d. La obligación de «buscar» a los responsables de la comisión de infracciones graves del DIH para hacerlos comparecer ante los tribunales de justicia, que se traduce en la implementación de una jurisdicción obligatoria, es una jurisdicción primaria. La primera obligación del Estado es buscar al responsable, fuera o dentro de su territorio, para posteriormente juzgarlo y, en su defecto, siempre que así lo prefiera, podrá extraditarlo. Lo anterior conlleva que no sea necesaria la presencia del responsable en el territorio en un primer momento, toda vez que la jurisdicción universal instaurada no trae a colación la regla *aut dedere aut iudicare*, sino que se impone antes la obligación de buscar que cualquier otro acto judicial, particularmente, la extradición¹¹⁸.
- e. Por último, de manera indirecta, los convenios inciden en la no necesidad de presencia en el territorio del presunto responsable. En el inciso segundo de los arts. 49 del CGI, 50 del CGII, 129 del CGIII y 146 del CGIV, se dice que «Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra parte contratante interesada, si esta ha formulado contra ellas cargos suficientes». Partiendo de la idea de que los estados parte tienen la obligación de buscar a los responsables de dichos hechos punibles, los Convenios de Ginebra ofrecen a aquellos la posibilidad de entregarlos a otros distintos, con el único requisito de que se hayan formulado cargos suficientes. Como puede apreciarse, se está legitimando la persecución de tales hechos punibles aunque la persona responsable no esté en el territorio, ya que solo se exige la existencia de cargos para solicitar la extradición y, evidentemente, desde que hay cargos contra una persona existe un procedimiento penal contra ella. Por ello, entiendo que para iniciarse un procedimiento penal por la comisión de infracciones graves del DIH, los Convenios de Ginebra no requieren la presencia del responsable en el territorio del estado que pretende juzgarle. En todo caso en el juicio oral sí se requerirá la presencia del imputado.

Si bien es cierto que ni los Convenios de Ginebra de 1949 ni el PAI establecen unas reglas de competencia a la hora de perseguir las infracciones del DIH, no es menos cierto que pueden seguirse determinados criterios

particular y dissenting opinion of Judges HIGGINS, KOOIJMANS and BUERGHENTAL, *Arrest Warrant*, pto. 45.

¹¹⁸ C. KREß. 2009. «Reflections on the iudicare limb of the grave breaches regime», en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 7, pág. 796.

razonables que ayudarían a solventar posibles conflictos de jurisdicción entre jurisdicciones nacionales, poniéndose en peligro ciertos derechos fundamentales, como el *non bis in ídem*. De todo punto parece lógico que el Estado del *locus delicti* sea el primero en conocer del crimen de guerra, bien por cuestiones procesales, económicas e incluso soberanas (mantenimiento de la seguridad y respeto de las leyes en su territorio). Si tal estado no puede «eficazmente»¹¹⁹ enjuiciar dichos injustos, deberían terceros estados proceder a desarrollar las investigaciones judiciales correspondientes. Considero que en ausencia del Estado del *locus delicti*, los estados que tengan alguna conexión, principalmente de nacionalidad, con las víctimas o con el responsable del crimen de guerra podrían proceder judicialmente contra este, y, en defecto de todo lo anterior, cualquier estado debería juzgar al responsable en aplicación de la justicia universal¹²⁰.

3. EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

3.1. TRATAMIENTO DE LOS CRÍMENES DE GUERRA

El Estatuto de la CPI representa la culminación del Derecho penal internacional y de los crímenes de guerra. La CPI tiene competencia para juzgar los crímenes internacionales contenidos en el art. 5 del ECPI, siempre que se den los requisitos estipulados en los arts. 12 y 13 y el hecho reúna la gravedad suficiente, *ex art. 17.1.d*) del ECPI. De lo contrario, los órganos judiciales nacionales deberían ser los encargados de enjuiciar los crímenes internacionales tipificados en el Convenio de Roma. Lo más destacado del Estatuto de la CPI es la evolución que han sufrido los crímenes de guerra dentro del Derecho internacional, al tratarse como crímenes de guerra *in strictu sensu* violaciones graves del DIH ocasionadas en una

¹¹⁹ Principalmente, el art. 17 del ECPI determina las causas que pueden conllevar que una investigación judicial no sea eficaz, *cf.* X. PHILIPPE (2006), *loc. cit.*, pág. 7 a 11; *cf.* E. ORIHUELA CALATAYUD (2000), «Aplicación del...», *loc. cit.*, pág. 239 y 240, y *cf.* W. A. SCHABAS (2012), *loc. cit.*, pág. 190 y ss.

¹²⁰ J. JORGE URBINA (2008). *Loc cit*, pág. 264 y 265. Así mismo, la praxis seguida por la comunidad internacional a la luz de los instrumentos internacionales aprobados es otorgar, en primer lugar, competencia al Estado del *locus delicti*; en segundo lugar, al de la nacionalidad del responsable; en tercer lugar, al de la nacionalidad de las víctimas, y, en cuarto lugar, a cualquier otro Estado, bien en virtud de la regla *aut dedere aut iudicare* al estar presente en su territorio, o bien sin sujeción a dicha máxima, al instaurarse una jurisdicción universal absoluta –como ejemplo podemos citar el art. 6 de la Convención de 1997 de represión de atentados terroristas con bombas, aunque dicho tratado no consagra la denominada jurisdicción absoluta–.

contienda armada internacional y doméstica. La contribución que tuvo el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 (en adelante, PCPSH) en el Estatuto de la CPI es evidente, ya que la tipificación de los crímenes de guerra del Convenio de Roma se inspiró en el citado proyecto¹²¹. Para que la CPI pueda conocer de los crímenes de guerra es necesario que estos se cometan «como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes», *ex art.* 8.1 del ECPI. De ello se deduce que, en principio, la CPI solo podrá conocer de los crímenes de guerra que alcancen un *status* relevante, ya sea por cometerse a gran escala o por ser parte de un plan o política. En suma, los términos «plan», «política» y «comisión» en gran escala, son elementos objetivos que deben concurrir en el tipo penal¹²². Igualmente, Rodríguez Villasante considera que los crímenes de guerra del Estatuto de la CPI deberían alcanzar un umbral de gravedad suficiente, es decir, no todos pueden ser juzgados por la CPI¹²³. A pesar de ello, el término empleado de «en particular» podría conllevar que la CPI conociese de los crímenes de guerra cuando concudiesen los elementos objetivos del tipo genérico, es decir, un plan, política o comisión a gran escala de los mismos. Incluso, en los supuestos en que tales crímenes sean de gran relevancia, en suma, graves, la CPI podría juzgarlos con base en una interpretación *sensu contrario* del art. 17.1.d) del ECPI, cuando estimase que el asunto resulta de la gravedad suficiente como para no resolver la inadmisibilidad del mismo¹²⁴. El mayor avance del Convenio de Roma es que en este se tipifican crímenes de guerra que pueden cometerse tanto en un conflicto armado internacional como en uno doméstico¹²⁵.

Respecto a los crímenes de guerra enumerados en los apartados c) y e) del art. 8 del ECPI, conviene señalar que estos establecen un concepto de

¹²¹ Cfr. F. PIGNATELLI Y MECA. (2000). «El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra», en *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 75, pág. 229 y ss.

¹²² *Ibid.*, pág. 236.

¹²³ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (1999). «Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional», Jornadas celebradas del 21 al 23 de junio de 1999 en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, pág. 223 y 224.

¹²⁴ Cfr. F. PIGNATELLI Y MECA (2000). «La sanción...», *loc. cit.*, pág. 235 y 238; cfr. *Situation in Mali art. 53 (1) report*, 16 January 2013, The office of Prosecutor of International Criminal Court, párr. 142 y ss., en donde se analiza la gravedad de los comportamientos investigados por la Fiscalía de la CPI que dan origen a la apertura de la investigación en Malí.

¹²⁵ Esta decisión tuvo su origen en la jurisprudencia del TPIY, cfr. G. WERLE (2005), *loc. cit.*, pág. 445. La crueldad de ciertos comportamientos no podía depender de la naturaleza del conflicto armado, toda vez que lo considerado inhumano en las contiendas internacionales también lo es en las internas.

contienda armada doméstica más amplia que el regulado en el PAII. Este último instrumento internacional exige más requisitos que el Convenio de Roma para considerar una situación concreta como una contienda armada no internacional. En particular, requiere la existencia de un mando responsable que dirija a una de las partes del conflicto y el control sobre una de las partes del territorio, a fin de que puedan desarrollar operaciones militares sostenidas y concertadas, pudiéndose aplicar el PAII. Esta diferencia, a mi juicio, es acertada, ya que la finalidad del Convenio de Roma es otorgar mayor protección a las víctimas de los conflictos armados, ya sean de índole internacional o no, y, por consiguiente, en el caso de que tuvieran que concurrir todos los presupuestos del PAII para considerar un hecho como crimen de guerra de los estipulados en el art. 8.2.c) y e), las víctimas de tales contiendas estarían más desamparadas. De esta forma, al exigirse menos presupuestos que en el PAII, se concede una mayor protección a las personas protegidas en los mismos y, a su vez, se previene mejor la comisión de tales crímenes. Los crímenes de guerra enumerados en el apartado c) y e) del art. 8.2 del ECPI tienen una diferencia importante entre sí, y esta es el ámbito de aplicación de los mismos. Mientras que los crímenes del apartado c) son de aplicación en contiendas no internacionales, quedando fuera las situaciones de disturbios o tensiones internas, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar, sin añadirse nada más, en el apartado f) se dispone que «El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a... los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos». Como puede deducirse, en los crímenes tipificados en el apartado e) se exige que el conflicto armado interno sea prolongado, circunstancia que no se exige en los crímenes del apartado c). Lo anterior conlleva que para castigarse un crimen de guerra tipificado en el art. 8.2.e) del ECPI, la contienda armada ha de ser prolongada, sin perjuicio de que mientras no tuviese dicha consideración se hayan podido cometer los crímenes enunciados en el apartado c), que no exigen este «elemento temporal» nuevo¹²⁶.

¹²⁶ Cfr. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007). «Ámbito de...», *loc. cit.*, pág. 162. Si acudimos a la jurisprudencia del TPIY podemos afirmar que el término de conflicto prolongado se asimila a la intensidad del conflicto, es decir, a la gravedad de los ataques, aumento de hostilidades, extensión de los ataques en el territorio, incremento de las fuerzas gubernamentales o de los insurgentes, rebeldes, etc., cfr. *Prosecutor v. Limaj et al.*, Trial Chamber, Judgment 30 November 2005, párr. 90. En cualquier circunstancia, habrá que estudiar caso por caso para decidir si una contienda armada es prolongada.

3.2. COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y DE LAS JURISDICIONES NACIONALES

La creación de la CPI está basada en un ideal de justicia y en la convicción de que ante los crímenes más atroces que preocupan y perjudican a la comunidad internacional, la impunidad es inaceptable¹²⁷, ya que tales crímenes «constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad». La instauración de una CPI permanente no conlleva que los tribunales nacionales dejen de enjuiciar y perseguir a criminales de guerra, toda vez que la competencia que tiene atribuida la CPI es complementaria de las nacionales¹²⁸. Así pues, nos tenemos que preguntar qué significa una jurisdicción complementaria de las nacionales. La respuesta a la pregunta planteada hay que enfocarla teniendo en cuenta la opinión que tenían los estados en el momento en que se estaba discutiendo la creación de la CPI. El principal escollo que se encontró el Comité Especial encargado de la redacción del Estatuto de la CPI, fue que los estados tenían miedo a perder parte de su soberanía, en concreto, el hecho de que un delito cometido en su territorio no pudiera ser juzgado por sus tribunales. Por ello, una de las soluciones que se plantearon fue el de la aprobación de una jurisdicción complementaria, que conlleva que cuando un estado parte no puede, no quiere o está impedido para enjuiciar a un presunto criminal de guerra, la CPI se encargaría de enjuiciarlo. De esta forma se salvaba el problema de la soberanía de los estados, ya que la CPI podría conocer subsidiariamente de tales crímenes, quedando la competencia principal para conocer de estos en los tribunales nacionales; todo ello sin perjuicio de la competencia originaria que tiene la CPI en aplicación del art. 13 del ECPI¹²⁹.

¹²⁷ Cfr. O. SOLERA (2002). «Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 845; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: La Corte Penal Internacional», en *Crimen Internacional y jurisdicción Universal, el caso Pinochet*, coordinadores: M. GARCÍA ARÁN, y D. LÓPEZ GARRIDO. Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 257 a 264.

¹²⁸ Cfr. X. PHILIPPE (2006). *Loc. cit.*, pág. 7 y ss., este autor define la complementariedad como aquel principio funcional destinado a otorgar jurisdicción a un órgano subsidiario cuando el principal no puede ejercer su primacía de jurisdicción; cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD (2000), «Aplicación del...», *loc. cit.*, pág. 240; el preámbulo del Estatuto de la CPI dispone que «Destacando que la CPI establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales (...)».

¹²⁹ Cfr. W. A. SCHABAS (2012). *Loc. cit.*, pág. 168 y ss.; como bien afirma este autor, la CPI será competente para conocer de ciertas situaciones remitidas por el CSNU o por los estados parte, no de casos particulares.

La cuestión de la complementariedad opera como eje transversal del Estatuto de la CPI, estando presente tanto en el preámbulo como en el articulado¹³⁰. La finalidad básica de lo precitado es evitar la impunidad de dichos criminales, al estar sometidos tanto a la justicia nacional como a la de la CPI. El equilibrio entre la soberanía nacional y la competencia de la CPI viene determinada por las reglas relativas a la competencia de la Corte y las cuestiones de admisibilidad de un asunto, así como con la inhibición del fiscal de la CPI a favor de las jurisdicciones nacionales¹³¹. Llegados a este punto, podemos significar que los estados parte no han perdido la capacidad para perseguir determinados crímenes internacionales, en especial los crímenes de guerra, de ahí que el Estatuto de la CPI sea una herramienta más a tenerse en cuenta para la persecución de estos injustos¹³². Ahora bien, la cuestión principal a resolver es si en el Estatuto de la CPI hay algún precepto del cual se desprenda la posibilidad de aplicar la jurisdicción universal. En mi opinión, no. Empero lo precitado, el hecho de que expresamente no se indique nada al respecto no conlleva que implícitamente no se pueda entender cierta obligación de los estados parte para juzgar los crímenes de guerra enumerados en el art. 8 del Estatuto de la CPI. No hay que olvidar que los crímenes de guerra tienen una norma convencional que los regula, imponiendo obligaciones concretas. La mayoría de los convenios internacionales de carácter humanitario prevén la aplicación de la justicia universal, ya sea de forma potestativa u obligatoria, normalmente, cuando el presunto responsable se encuentra en su territorio y no se le extradita. Además, a fin de cumplir con el principio de complementariedad, resulta necesario que los tribunales estatales puedan juzgar todos los crímenes de competencia de la CPI, para que esta no se sature con causas que pueden ser ventiladas en una instancia nacional. Del preámbulo del Estatuto de la CPI¹³³ se puede deducir una serie de compromisos que tienen los estados parte, que se pueden resumir de la siguiente forma:

¹³⁰ C. QUESADA ALCALÁ (2005). *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*. Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 316.

¹³¹ *Ibid.*, pág. 318.

¹³² Cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD (2000). «Aplicación del...», *loc. cit.*, pág. 245, esta autora defiende la postura de que la CPI no tendrá un alcance universal, por lo que los estados seguirán teniendo un papel principal en la persecución de los crímenes recogidos en dicho estatuto; además, que la competencia de la CPI no alcanza a todos los hechos punibles que pueden ser perseguidos y castigados mediante la justicia universal.

¹³³ Parte de dicho preámbulo dispone que «Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo, y que a tal fin hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia... Recordando que es deber de todo estado ejercer su jurisdicción penal contra los respon-

- a. Reconocimiento de que los crímenes internacionales enumerados en el Estatuto de la CPI no pueden quedar sin castigo.
- b. Adopción de medidas de carácter doméstico para someter a la justicia a los presuntos responsables de crímenes internacionales; entre dichas medidas, es lógico pensar que se encuentre la facultad, y obligación cuando el responsable se encuentre en su territorio y no se le extradite, de juzgarlo en aplicación de cualquier título jurisdiccional aplicable, entre ellos el de justicia universal.

Todos los compromisos enunciados nos conducen a pensar que los estados parte deberían juzgar los crímenes de guerra enumerados en el art. 8 del ECPI, cuando la CPI no proceda a ello, por lo que aquellos tendrán que tener tipificados estos hechos punibles en su legislación penal y deberán haber dotado a sus tribunales de competencia suficiente para juzgarlos, aun cuando no haya conexión alguna entre el crimen y el estado que pretende juzgar el mismo¹³⁴.

4. CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDAS SOBRE LA PERSECUCIÓN UNIVERSAL DE LOS CRÍMENES DE GUERRA COMETIDOS DURANTE UNA CONTIENDA ARMADA NO INTERNACIONAL QUE CONSTITUYAN VIOLACIONES GRAVES DEL DIH

Actualmente, las principales contiendas armadas son de índole doméstica, es decir, se trata de conflictos armados internos. Esta circunstancia conlleva un grave problema, toda vez que el sistema de eficacia del DIH instaurado en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el art. 85 del PAI no cubre las violaciones graves del DIH que se cometan en los conflictos armados domésticos. En síntesis, el principio de justicia universal obligatoria no rige en las contiendas armadas domésticas, por lo que las atrocidades que se cometan en el desarrollo de la misma solo podrán ser juzgadas por los tribunales del Estado territorial del *locus delicti*, por otros tribunales

sables de crímenes internacionales... y destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales...».

¹³⁴ Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la Ley núm. 26.200, de 13 de diciembre del 2006 de la República de la Argentina, por la que se implementa el Estatuto de la CPI, y la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* de 29 de junio de 2000 del Estado de Canadá.

extranjeros en virtud del principio de personalidad, por los tribunales penales internacionales que se puedan instaurar para reprimir dichos comportamientos punibles y por la Corte Penal Internacional¹³⁵. Una excepción a lo anterior es el caso de que los estados se atribuyan una jurisdicción universal facultativa para reprimir dichas violaciones graves del DIH¹³⁶.

Durante mucho tiempo se consideró que los crímenes de guerra solo podían cometerse en conflictos armados internacionales¹³⁷, ya que ni el art. 3, común a los Convenios de Ginebra ni el PAII establecían una jurisdicción universal para perseguir las violaciones graves del DIH. Incluso, se dudó de que pudiera derivarse de la violación de estos instrumentos internacionales algún tipo de responsabilidad penal¹³⁸. Todo lo antedicho ha cambiado, reconociéndose sin mayores problemas que la violación del art. 3 común y de ciertos preceptos del PAII acarrear la correspondiente responsabilidad penal¹³⁹, y aún más, esas violaciones graves del DIH serán consideradas crímenes de guerra. En cualquier caso, es preciso distinguir entre responsabilidad penal, jurisdicción y sanción penal, ya que, a mi juicio, es evidente que la violación del art. 3 común y de algunas disposiciones del PAII pueden ocasionar la responsabilidad penal, al ser hechos punibles en la mayoría de legislaciones penales. Lo que no es tan claro o evidente es qué tipo de jurisdicción puede aplicarse para juzgar estos injustos, así como el castigo que debe imponerse a los responsables. La consagración como crimen de guerra de las violaciones graves del art. 3 común y del PAII se produjo con la aprobación del Estatuto de la CPI, en cuyo art. 8.2 se tipifican crímenes de guerra cometidos en contiendas armadas domésticas. Sin embargo, no podemos olvidar la importancia del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR), ya que fue la primera norma penal internacional que tipificaba dichos in-

¹³⁵ E. LA HAYE (2008). *War crimes in internal armed conflicts*. Nueva York, Cambridge University Press, pág. 216.

¹³⁶ La jurisdicción universal facultativa deberá estar fundamentada en una norma de Derecho internacional, convencional o consuetudinaria, que no prohíba la extensión de la ley penal doméstica y, a su vez, también deberá existir una norma internacional permisiva que permita aplicar dicha ley en el extranjero, todo ello con base en la sentencia del caso Lotus del año 1927. La norma permisiva de Derecho internacional que permite actuar a los estados para reprimir los comportamientos prohibidos en el art. 3, común de los Convenios de Ginebra, es el art. 49.3.º del GI, precepto que faculta a los estados a adoptar cualquier medida para hacer cesar dichas violaciones del DIH.

¹³⁷ G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 130.

¹³⁸ T. MERON (1995). «International Criminalization of Internal Atrocities», en *American Journal of International Law*, vol. 89, pág. 559.

¹³⁹ *Ibid.*, pág. 561.

justos¹⁴⁰. Ciertamente, no todos los comportamientos que son punibles en una contienda armada internacional son sancionables en una doméstica, por lo que no podemos realizar una trasportación total de los crímenes de guerra cometidos en un CAI a los llevados a cabo en una CANI¹⁴¹. Empero lo antedicho, los tribunales penales internacionales *ad hoc* en ocasiones han manifestado que las normas fundamentales de los CAI pueden aplicarse en una contienda doméstica¹⁴²; en mi opinión, se refieren a las normas de *ius cogens*.

4.1. EL ART. 3, COMÚN A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949

Como primera aproximación, conviene analizar las normas convencionales aplicables en los conflictos armados internos. El punto de partida lo constituye el art. 3, común a los Convenios de Ginebra, el cual resulta esencial a la hora de comprender el actual DIH¹⁴³, ya que en este se recogen los principios básicos y elementales del Derecho internacional humanitario, aquellas normas primarias que deben ser respetadas en todo momento. El meritado art. 3, común a los Convenios de Ginebra de 1949, tiene un ámbito de aplicación limitado, ya que solo protege a un número determinado de personas y solo es de aplicación cuando se cometen unos comportamientos muy tasados, los cuales han de ser graves¹⁴⁴. Con respecto al ámbito de aplicación personal, el mismo es amplio, ya que protege a la población civil y a las personas que han depuesto las armas o están fuera de combate, incluidos los detenidos, llegando a sostenerse que en caso de duda sobre la condición de una persona se la tendrá que considerar civil y por ende sujeta al referido art. 3 común¹⁴⁵. En síntesis, este precepto protege a aquellas personas que están contempladas en el sistema de infracciones

¹⁴⁰ Cfr. G. METTRAUX (2005). *loc. cit.*, pág. 131; cfr. E. LA HAYE (2008), *loc. cit.*, pág. 317 y 318.

¹⁴¹ Cfr. *Prosecutor v. Hadzihasanovic*, IT-01-47-AR72, decision on interlocutory appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility 16 July 2003, párr. 12; cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 131.

¹⁴² Cfr. *Prosecutor v. Celebici case*, IT-96-21-A, appeal judgment 20 February 2001, párr. 161; cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 132.

¹⁴³ J. S. PICET (1952). *Commentary Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field*. Geneva, International Committee of the Red Cross, pág. 38; este autor llega a afirmar que el art. 3, común a los convenios de Ginebra es uno de los preceptos más importantes de los referidos convenios.

¹⁴⁴ Cfr. G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 138.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pág. 136.

graves del DIH, así como a las personas protegidas por el PAII¹⁴⁶. La Corte Internacional de Justicia se refirió al art. 3 común, como aquellas «consideraciones elementales de humanidad»¹⁴⁷. Este precepto básico¹⁴⁸ podemos afirmar que forma parte del Derecho consuetudinario¹⁴⁹, constituyendo una norma de *ius cogens* y eficacia *erga omnes*, por la materia y valores que regula, afectando a la comunidad internacional su correcta aplicación. La trasgresión del art. 3 común, puede constituir una violación de las leyes y usos de guerra, en definitiva, de un crimen de guerra de carácter consuetudinario. El TPIY en el caso Tadic afirmó que la costumbre internacional impone la responsabilidad criminal por las violaciones graves del art. 3 común¹⁵⁰. La labor del TPIY en el análisis del citado art. 3 y de su aplicación en los conflictos internos ha sido muy importante¹⁵¹. Pero más importante todavía ha sido el estudio de cómo ciertos principios del DIH, aplicables en contiendas armadas internacionales, también son de aplicación en las no internacionales. Nos referimos a la prohibición de atacar a la población civil, el respeto del principio de distinción y el respeto de las personas que no participan directamente en las hostilidades.

4.2. VIOLACIONES GRAVES DEL PAII

Aparte de los quebrantamientos del art. 3, común a los Convenios de Ginebra, existen otra serie de injustos constitutivos de violaciones graves del DIH. Estas violaciones graves se encuentran actualmente tipificadas en el art. 8.2.c) y e) del Estatuto de la CPI. Normalmente, las violaciones graves del PAII pueden ser perseguidas universalmente por cualquier es-

¹⁴⁶ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Trial Judgment 2 September 1998, párr. 629.

¹⁴⁷ *Nicaragua v. United States of America*, case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua, sentencia de la CIJ de 26 de noviembre de 1984, párr. 218.

¹⁴⁸ Cfr. G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 134; el TPIR ha sostenido que tal artículo forma una especie de convención en miniatura que debe ser observada en todo momento por los estados, cfr. *Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Trial Judgment 21 May 1999, párr. 165.

¹⁴⁹ EVE LA HAYE (2008). *Loc. cit.*, pág. 52; y M. PÉREZ GONZÁLEZ (2006), «La protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto: el parámetro del Derecho internacional humanitario», en *Foro Nueva Época*, núm. 4, pág. 16; *Prosecutor v. Akayesu*, Judgment ICTR-96-4-T, de 2 de septiembre de 1998, párr. 608.

¹⁵⁰ *Prosecutor v. Tadic*, decision of the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction del TPIY, 2 October 1995, párr. 134.

¹⁵¹ El TPIY confirmó su posición sobre el significado del art. 3, común de los Convenios de Ginebra en el caso *Prosecutor v. Celebici case*, IT-96-21-A, Appeal Judgment 20 february 2001, párr. 153 a 174.

tado, eso sí, de forma facultativa, no obligatoria. Lo anterior se debe a que determinados preceptos del PAII son normas de *ius cogens* y eficacia *erga omnes*. Aun así, la naturaleza consuetudinaria del PAII en su conjunto no ha sido confirmada actualmente por ningún tribunal internacional, siendo además debatida¹⁵². Sin embargo, el TPIR, en el caso Akayesu, afirmó que si bien la totalidad del PAII todavía no había alcanzado el *status* de norma consuetudinaria, no era menos cierto que existían algunas normas del mismo que sí podían haber cristalizado en Derecho consuetudinario¹⁵³. Dentro de estas normas de naturaleza consuetudinaria, se regulan ciertos principios básicos del DIH, tales como el de dignidad humana, el respeto del principio de distinción y la prohibición de atacar a la población civil. El TPIR afirmó que el art. 4 del PAII formaba parte del Derecho consuetudinario¹⁵⁴. El precepto citado evidencia la clara influencia que tiene en el DIH el denominado Derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH), ya que en aquel se incorpora una serie de derechos esenciales que aparecen contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP). Tales derechos solo surtirán efecto entre aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de participar en ellas. En el caso de los combatientes, evidentemente, no regirán. De igual forma, puede advertirse una clara influencia del art. 3, común de los Convenios de Ginebra, en el art. 4 del PAII, aunque puede apreciarse que la lista de actos prohibidos es más amplia en el PAII que en el art. 3, común¹⁵⁵, lo que denota el progreso del DIH en esta materia. Los actos que se prohíben, en toda circunstancia, en relación a las personas protegidas por el art. 4 del PAII, podemos afirmar que la gran mayoría de ellos constituyen infracciones punibles en las legislaciones penales nacionales. Además, los valores que se protegen en el art. 4 del PAII son esenciales, al afectar a la dignidad humana, sobre todo, en relación a aquellas personas que no participan en las hostilidades. A la vista de lo anterior, no sería extraño afirmar que la violación del contenido del art. 4 del PAII constituya una violación grave del DIH. A mayor abundamiento, la mayoría de los actos prohibidos en el artículo citado aparecen

¹⁵² E. LA HAYE (2008). *Loc. cit.*, pág. 53.

¹⁵³ *Prosecutor v. Akayesu*, Judgment ICTR-96-4-T, Trial Judgment 2 September 1998, párr. 609; cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 139, quien defiende que varios preceptos del PAII son normas consuetudinarias en esencia.

¹⁵⁴ Cfr. M. PÉREZ GONZÁLEZ (2006). «La protección...», *loc. cit.*, pág. 17.

¹⁵⁵ J. S. PICET (1987). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva, International Committee of the Red Cross, pág. 1368 y 1372.

tipificados en el art. 8.2.c) y e) del ECPI, por lo que constituyen también crímenes internacionales, en concreto, crímenes de guerra.

También hay otras disposiciones del PAII que en mi opinión pueden haber alcanzado el *status* de Derecho consuetudinario. Me refiero a los arts. 6 y 13 del PAII, los cuales establecen unas garantías mínimas exigibles para respetar a las personas privadas de libertad, a los acusados por infracciones del PAII y a la población civil. El art. 6 del PAII también tiene una clara influencia del DIDH y está previsto, en parte, en el art. 8.2.c). iv) del ECPI, por lo que entiendo que pudiera ser considerado Derecho consuetudinario, ya sea por los valores que protege o por los instrumentos internacionales en los que también se recogen estas garantías penales, básicas en cualquier legislación.

Con respecto a las violaciones graves del DIH cometidas en contiendas armadas internas y relacionadas con el principio de distinción, conviene indicar que el mismo es una de las piezas angulares del DIH. Es la piedra angular sobre la cual se vertebra uno de los principios más elementales de dicha rama del Derecho internacional, a saber, la protección de la población civil frente a las contiendas armadas y las hostilidades que se derivan de la misma. La única forma existente para que la población civil pierda su protección es que participen directamente en las hostilidades. Por desgracia, la población civil normalmente suele ser objeto de numerosos ataques, convirtiéndose en uno de los principales objetivos de las partes en contienda¹⁵⁶. En la práctica, aquellos estados que han sufrido un conflicto armado interno normalmente han asegurado que no se ha atacado a la población civil, por lo que en cierta forma dicha aseveración podría considerarse como una *opinio iuris* del Estado¹⁵⁷. Ello demuestra que las partes en conflicto en

¹⁵⁶ Cfr. E. LA HAYE (2008). *Loc. cit.*, pág. 57.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pág. 58. En la Guerra Civil española las partes en conflicto negaron en todo momento que ellos hubiesen atacado a la población civil; en el conflicto de Nigeria ocurrió un tanto de lo mismo, al igual que en el conflicto de Chechenia. Esto nos demuestra que las partes en conflicto se sienten obligadas a cumplir con lo dispuesto en el art. 13 del PAII; cfr. *Prosecutor v. Tadic*, decision of the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction del TPIY, 2 October 1995, párr. 101 y 102. Durante el conflicto armado existente en el Congo en los años 1964 y siguientes el Gobierno legítimo del país se obligó a cumplir los principios básicos del DIH derivados de los Convenios de Ginebra, en concreto, la protección de la población civil; durante la contienda armada ocurrida en Nigeria a mediados de los años sesenta, el gobierno del país promulgó la norma *operational code of conduct for nigerian armed forces*, en donde se indicó que las Fuerzas Armadas estaban obligadas a respetar las normas de los Convenios de Ginebra y a cumplir el principio de respetar a la población civil durante las acciones armadas. En la contienda acaecida en Uganda, en el año 1986, también se promulgó un código de conducta militar que tenían que observar las Fuerzas Armadas del país, relativo a la disciplina militar y al debido comportamiento hacia la población civil (prohibición de cualquier abuso,

una contienda armada interna se sienten obligadas a cumplir lo establecido en el art. 13 del PAII.

De otra parte, las resoluciones emanadas de los distintos órganos internacionales también nos orientan a entender la obligación de cumplir con la norma de no atacar a la población civil. La Asamblea de la Sociedad de Naciones en el año 1938, a consecuencia de la guerra civil española y de la chino-japonesa, aprobó unánimemente una resolución que indicaba que el bombardeo intencional de la población civil era ilegal, que los objetivos visualizados desde el aire deben ser militares e identificables y que cualquier ataque sobre objetivos legítimos militares debe ser llevado de tal manera que la población civil situada en las cercanías no sea bombardeada por negligencia¹⁵⁸. El CSNU, en relación a los conflictos armados internos, en numerosas ocasiones se ha pronunciado sobre la obligación que tienen las partes en conflicto de respetar los principios básicos del DIH¹⁵⁹, condenando ciertos actos que han considerado y calificado como serias violaciones del DIH, que son los siguientes: prohibición de ataques indiscriminados contra la población civil; ataques sobre el personal de Naciones Unidas, así como sobre objetivos no militares, y ataques sobre áreas seguras y ciudades indefensas. Así pues, podemos afirmar que la posición del CSNU es uniforme y general, condenando los ataques sobre la población civil¹⁶⁰ y calificando tales injustos como graves violaciones del DIH que conllevan responsabilidad penal. Desde mi punto de vista, resulta de vital importancia la apreciación que efectúa el CSNU sobre las consecuencias que se derivan de los ataques a la población civil, ya que estos pueden constituir una amenaza para la paz y la segu-

insulto, maltrato, asesinato...). Code of Conduct for the National Resistance Army, *Legal Notice*, n.º 1 of 1986, de 7 de abril de 1987.

¹⁵⁸ League of Nations, *Official Journal Spec. Supp.* 183, 1938, pág. 135 y 136; *Prosecutor v. Tadic*, decision of the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction del TPIY, 2 October 1995, párr. 101; E. LA HAYE (2008), *loc. cit.*, pág. 64.

¹⁵⁹ Las resoluciones del CSNU son numerosas, podemos citar en relación al conflicto de la antigua Yugoslavia las siguientes: Res. 769 del CSNU de 7 de agosto de 1992, Res. 770 del CSNU de 13 de agosto de 1992, Res. 802 del CSNU de 25 de enero de 1993 y Res. 1009 del CSNU de 10 de agosto de 1995; en el conflicto de Ruanda la Res. 912 del CSNU de 21 de abril de 1994, Res. 935 del CSNU de 1 de julio de 1994; del conflicto de Somalia la Res. 794 del CSNU de 3 de diciembre de 1993; del conflicto de Liberia la Res. 950 de 21 de abril de 1994, la Res. 1001 de 30 de junio de 1995; del conflicto de Angola la Res. 804 de 29 de enero de 1993, la Res. 1237 de 7 de mayo de 1999; del conflicto de Afganistán la Res. 1193 de 28 de agosto de 1998, la Res. 1214 de 8 de diciembre de 1998, entre otras.

¹⁶⁰ Cfr. E. LA HAYE (2008). *Loc. cit.*, pág. 63; la Resolución 1894 (2009) de 11 de noviembre del CSNU, en donde se exige que las partes en un conflicto armado –sin concretar si tiene que ser internacional o basta que sea interno– tienen el deber de proteger y respetar a la población civil.

ridad internacional¹⁶¹. Esto nos demuestra que las prohibiciones establecidas en el art. 13 del PAII, las cuales están tipificadas como crímenes de guerra en el art. 8.2.e) i) del ECPI, protegen valores supranacionales que afectan a la comunidad internacional en su totalidad. También la AGNU se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la protección que se tiene que dispensar a la población civil en caso de una contienda armada interna. La AGNU, en la resolución 2444 (XXIII), de 19 de diciembre de 1968, sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, indicó que «está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal». Del mismo modo, en la resolución 2675 (XXV), de 9 de diciembre de 1970, afirmó que «las poblaciones civiles como tales no deberán ser objeto de operaciones militares». Como puede observarse, ya desde antes de la aprobación del PAII la AGNU entendía que en el desarrollo de los conflictos armados internos se tenían que respetar una serie de normas esenciales cuya finalidad es salvaguardar a la población civil del flagelo de las hostilidades. Además del CSNU y de la AGNU, el secretario general de las Naciones Unidas también ha condenado en numerosas ocasiones los ataques producidos contra la población civil en el seno de una contienda armada doméstica, como ocurrió en los conflictos de Ruanda, Kosovo, Sierra Leona y Sudán¹⁶².

Los tribunales penales internacionales *ad hoc* también se han pronunciado sobre estas cuestiones. El TPIY, en el caso Kupreskic, indicó que la protección de los civiles en tiempos de guerra, ya sea por una contienda internacional o interna, constituye la piedra angular del actual Derecho humanitario¹⁶³. En el caso Blaskic sostuvo que hay una prohibición absoluta en el Derecho internacional consuetudinario de atacar a la población civil¹⁶⁴. A mayor abundamiento, el TPIY, en el caso Struga, afirmó que no había dudas de que el art. 51 y 52 del PAI y el art. 13 del PAII constituían una reafirmación y reformulación de la existencia de ciertas normas de Derecho internacional consuetudinario que prohíben los ataques sobre personas y bienes civiles¹⁶⁵. A mi juicio y con base en todo lo precitado,

¹⁶¹ Res.1894 (2009) de 11 de noviembre del CSNU, párr. 3.

¹⁶² Cfr. UN Doc. S/1994/640 de 31 de mayo; UN Doc. S/1994/1125 de 4 de octubre, en relación al conflicto de Ruanda; UN Doc. S/1998/834 de 4 de septiembre y UN Doc. S/1999/779 de 12 de julio en relación al conflicto de Kosovo; UN Doc. S/1998/836 de 30 de julio en relación al conflicto de Sierra Leona, y Un Doc. S/2004/947 de 3 de diciembre, en relación al conflicto del Sudán.

¹⁶³ *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, IT-95-16-T, Trial Judgment 14 January 2000, párr. 521.

¹⁶⁴ *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-A, Appeal Judgment 29 July 2004, párr. 109.

¹⁶⁵ *Prosecutor v. Pavle Strugar*, IT-01-42-PT, Trial Chamber decision on defence preliminary motion challenging jurisdiction, 7 June 2002, párr. 21; confirmada posteriormente por la Appeal Chamber decision on interlocutory appeal de 22 de noviembre del 2002, IT-01-42-AR72, párr. 10.

podemos afirmar que el art. 13 del PAII ha alcanzado el *status* de norma consuetudinaria.

4.3. JURISDICCIÓN UNIVERSAL FACULTATIVA SOBRE LAS VIOLACIONES GRAVES DEL DIH COMETIDAS EN UN CONFLICTO ARMADO INTERNO

Como hemos indicado anteriormente, la jurisdicción universal obligatoria no rige en las violaciones graves del DIH acaecidas en contiendas armadas domésticas. Sin embargo, los estados están facultados para enjuiciar dicho injustos¹⁶⁶. Los argumentos para sostener esta posición son los siguientes:

- a. Los derechos humanos en liza son idénticos tanto en un conflicto internacional como en uno interno, no pudiéndose dar una mayor protección a la vida en el seno de una contienda armada internacional que en una doméstica, ya que el DIDH no hace distinción alguna entre los conflictos armados existentes.
- b. Los derechos que preserva el DIH en relación a la población civil, en su mayoría, son normas de *ius cogens*, por lo que tienen que ser cumplidas irrevocablemente. Asimismo, las obligaciones que se desprenden de las mismas son *erga omnes*, todo ello hace pensar que la jurisdicción universal facultativa para perseguir dichos comportamientos es posible y recomendable.

¹⁶⁶ G. WERLE (2005). *Loc. cit.*, pág. 440; A. CULLEN (2008), *loc. cit.*, pág. 444; *Prosecutor v. Dusko Tadic*, decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 80. El TPIY sostuvo que el sistema de justicia universal obligatorio no era de aplicación a los conflictos armados internos, pero con respecto a otro tipo de jurisdicción «no obligatoria» dejó las puertas abiertas. Este hecho es relevante, toda vez que en virtud del art. 8 del Estatuto del TPIR los tribunales nacionales tenían jurisdicción para conocer de las violaciones graves del DIH cometidas en Ruanda en un determinado período de tiempo (único requisito impuesto, sin hacer mención alguna a la nacionalidad de la víctima o del responsable penal, así como del lugar de comisión del hecho punible); cfr. M.^a D. BOLLO AROCENA (2004), *loc. cit.*, pág. 382; M. BOTHE (1994), «War crimes in non international armed conflicts», en *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 24, pág. 247; C. MEINDERSMA (1995), «Violations of Common Article 3 of the Geneva Conventions as Violations of the Laws or Customs of War under Article 3 of the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia», en *Netherlands International Law Review*, vol. XLII, pág. 375 y ss.; aunque el TPIY apuntó ciertos elementos que podían originar un cambio en dicha afirmación, en el sentido de que la costumbre internacional podría conllevar que el sistema de represión universal obligatoria de los Convenios de Ginebra fuese de aplicación a los conflictos armados internos, cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 83.

- c. La justicia universal se aplica a comportamientos punibles que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de la comunidad internacional, entre los que estarían incluidos las violaciones graves del DIH cometidas en contiendas armadas domésticas.
- d. La resolución del CSNU por la que se aprobó el TPIR es muy importante¹⁶⁷, ya que contempló la jurisdicción concurrente, indicándose que los tribunales nacionales tendrían jurisdicción para enjuiciar a las personas que hubiesen cometido violaciones graves del DIH en el territorio de Ruanda, encontrándose entre estas el quebrantamiento del art.3, común de los convenios de Ginebra y del PAII. Esto hace presumir que la intención del CSNU fue que los tribunales nacionales considerasen como crímenes internacionales dichos comportamientos, pudiendo ser reprimidos mediante la jurisdicción universal.
- e. Es una obligación de los estados el reprimir las violaciones del art. 3, común, en virtud de lo dispuesto en el art. 1 de los Convenios de Ginebra de «respetar y hacer respetar el convenio en todas las circunstancias», el cual es de aplicación a los conflictos no internacionales, tal y como indicó la CIJ en el caso Nicaragua¹⁶⁸.

Hemos de recordar que durante la elaboración de los Convenios de Ginebra los estados se negaron a regular un sistema de represión penal universal en relación a las infracciones graves del DIH cometidas en un conflicto interno, ya que ello podría conllevar una intromisión ilegítima en la soberanía estatal, de ahí que surgiese la creación del art. 3, común, precepto que intentó paliar los defectos normativos relativos a las contiendas armadas domésticas¹⁶⁹. Las violaciones graves del DIH en los conflictos armados internos no fue criminalizada, a diferencia de las cometidas en una contienda internacional¹⁷⁰. Sin embargo, si efectuamos una lectura pausada del contenido del art. 3, común, y de los arts. 4, 6 y 13 del PAII, podemos observar que el contenido básico de estos aparece contemplado en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo Adicional I, así como en la mayoría de legislaciones penales, en donde se castigan tales

¹⁶⁷ Cfr. T. MERON (1995). «International Criminalization...», *loc. cit.*, pág. 555.

¹⁶⁸ *Nicaragua v. United States of America*, case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua, sentencia de la CIJ de 26 de noviembre de 1984, párr. 114; cfr. T. MERON (2006), «The humanization of international law...», *loc. cit.*, pág. 126.

¹⁶⁹ R. CRYER *et al.* (2008). *Loc. cit.*, pág. 227; cfr. T. MERON (1995), «International Criminalization...», *loc. cit.*, pág. 554.

¹⁷⁰ R. CRYER *et al.* (2008). *Loc. cit.*, pág. 230.

conductas. En virtud de todo esto no podemos aplicar una interpretación restrictiva y limitada de los convenios de DIH, todo lo contrario, muchas de las normas referidas a los conflictos armados internos son actualmente parte del Derecho consuetudinario, derivándose de ello la posibilidad de que los estados se atribuyan una jurisdicción universal, a fin de reprimir estos injustos. Los Convenios de Ginebra imponen una obligación a las partes para reprimir penalmente las infracciones graves del DIH, de esto no hay duda alguna¹⁷¹. Pero con respecto al resto de violaciones no hay un mandato explícito, se deja a la voluntad de las partes el castigar o hacer cesar dichas violaciones¹⁷², se origina un derecho de los estados a castigar dichas violaciones graves del DIH que no son infracciones graves del DIH, como ocurre con el art. 3 común. Que los convenios de Ginebra no digan nada al respecto, no implica que los estados no puedan atribuirse jurisdicción universal para castigar las violaciones graves del DIH, ya que dicha medida no contravendría el Derecho internacional, estaríamos hablando de una jurisdicción facultativa en todo caso¹⁷³.

La jurisdicción universal es de aplicación excepcional, por lo que solamente puede aplicarse para crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales que perjudican a la comunidad internacional. Las violaciones graves del DIH cometidas en conflictos armados internos ponen en peligro, amenazan y perjudican a la comunidad internacional, de ahí que no deba resultar extraño la posibilidad de que los estados se atribuyan competencia universal para enjuiciar estos crímenes. Evidentemente, este tipo de jurisdicción debe ser subsidiaria respecto de la competencia territorial que debe aplicar el Estado en donde se han cometido dichos hechos punibles, pero en el supuesto en que los mismos no sean perseguidos por cualquier circunstancia, terceros estados pueden y deberían perseguirlos. La legitimación para perseguirlos deberá estar contemplada en la legislación interna, ya que actualmente solamente la Convención de Nueva York de 1994 sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y del Personal asociado, y el Protocolo II a la Convención sobre protección de bienes culturales de 1954, prevén la justicia universal para unas concretas violaciones del DIH en conflictos armados internos, significándose que la justicia universal contemplada sería territorial, es decir, resultaría necesario la presencia del responsable en el

¹⁷¹ M.^a D. BOLLO AROCENA (2004). *Loc. cit.*, pág. 381.

¹⁷² T. MERON (1995). «International Criminalization...», *loc. cit.*, pág. 564.

¹⁷³ Como apuntó el Juez RÖLING, una de las principales diferencias entre las infracciones graves del DIH y aquellas otras que no lo son es que las primeras obligan a los estados a reprimirlas, y las segundas solo conllevan una facultad o potestad para ello, cfr. B. V. A. RÖLING (1960), *loc. cit.*, pág. 342.

territorio. No hay precepto alguno en ningún convenio que expresamente contemple la justicia universal para enjuiciar crímenes de guerra cometidos en contiendas domésticas. La aprobación del Estatuto de la CPI constituye el principal medio para reprimir universalmente las violaciones graves del DIH cometidas en un CANI, ya que en el art. 8.2.c) y e) se tipifican determinados crímenes de guerra cometidos en contiendas armadas internas, los cuales, al considerarse la CPI como complementaria de las nacionales, deberán estar tipificados a su vez en las legislaciones internas, a fin de que puedan ser perseguidos por los tribunales nacionales. El referido principio de complementariedad sería, en mi opinión, un mecanismo que facultaría a los estados a extender su ley penal a las violaciones graves del DIH cometidas en un CANI, respetándose así el Derecho internacional. Esta circunstancia, desde mi punto de vista, constituye una de las principales razones por la que podemos justificar la necesidad de que las legislaciones nacionales atribuyan competencia extraterritorial a sus tribunales para juzgar tales hechos, principalmente, entiendo que debería incluirse la jurisdicción universal. Como se ha indicado en otros apartados, el cumplimiento del DIH no depende exclusivamente de los tribunales internacionales, estos no pueden sustituir a los tribunales estatales, que son quienes tienen la competencia primaria para juzgar tales violaciones graves del DIH¹⁷⁴. En cumplimiento de lo dispuesto en el preámbulo del ECPI, y a fin de homogeneizar la legislación penal interna del Estado con lo dispuesto en dicho estatuto, se han aprobado por los estados parte numerosas leyes que implementan los crímenes de guerra contemplados en el Convenio de Roma dentro de su ordenamiento jurídico, atribuyéndose, incluso, una jurisdicción universal, normalmente con base en el *iudex apprehensionis*. A modo de ejemplo, Nueva Zelanda¹⁷⁵, Suráfrica¹⁷⁶, Australia¹⁷⁷, Trinidad y Tobago¹⁷⁸, Canadá¹⁷⁹, Filipinas¹⁸⁰ o Alemania¹⁸¹ han

¹⁷⁴ T. MERON (1995). «International Criminalization...», *loc. cit.*, pág. 555.

¹⁷⁵ New Zeland International Crimes and International Criminal Court Act 2000, Section 8.1.c).

¹⁷⁶ Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act 27 of 2002, Chapter 2 Article 4 (3): Jurisdictions of South African courts and institution of prosecutions in South African Courts in respect of crimes.

¹⁷⁷ Australian, International Criminal Court Act 2002, que conllevó la modificación del Criminal Code Act 1995, Section 268.117: Geographical Jurisdiction: Section 15.4.

¹⁷⁸ Trinidad y Tobago, International Criminal Court Act 2006, Section 8.1.c).iii.

¹⁷⁹ Canada, Crimes Against Humanity and War Crimes Act 2000, Section 8.b).

¹⁸⁰ Republic Act of Philippines n.º 9851 An Act Defining And Penalizing Crimes Against International Humanitarian Law, Genocide And Other Crimes Against Humanity, Organizing Jurisdiction, Designating Special Courts, And For Related Purposes 2009, Section 17.

¹⁸¹ Código Penal Internacional alemán (Völkerstrafgesetzbuch, VStGB), art. 1.

aprobado leyes que incorporan los crímenes de guerra del art. 8.2 del ECPI a su ordenamiento penal, pudiendo enjuiciarlos, incluso, en algunos casos, no estando presente el responsable dentro del territorio.

Los crímenes de guerra de los que podría conocer un estado en aplicación de la justicia universal facultativa serían los contemplados en el art. 8.2.c) y e) del ECPI, toda vez que las normas internacionales que prohíben dichos comportamientos han alcanzado el *status* de *ius cogens*, teniendo una eficacia *erga omnes*¹⁸². Ahora bien, la jurisdicción universal facultativa propuesta para las violaciones graves del DIH cometidas en un conflicto armado interno entiendo que debería estar sujeta a ciertos requisitos, como, por ejemplo, que no exista procedimiento penal alguno en curso en el territorio en donde se cometió el hecho punible, en el territorio de la nacionalidad de alguna de las víctimas o del responsable del crimen, o en un tribunal penal internacional. Dicho proceso penal debe ser efectivo, imparcial y no estar sujeto a un fraude de ley, es decir, con la finalidad de buscar la impunidad del responsable. Así mismo, resultaría necesaria la presencia del responsable antes de la vista oral o juicio, sin perjuicio de que se pudieran desarrollar ciertas actuaciones judiciales sin la presencia del responsable¹⁸³.

5. CONCLUSIONES

- i. Hemos de diferenciar las infracciones graves del DIH, las violaciones graves del DIH y otras contravenciones del DIH. Las dos primeras deben reprimirse penalmente, mientras que las últimas pueden ser objeto de reproche disciplinario.
- ii. Las infracciones graves y las violaciones graves del DIH son crímenes de guerra, mientras que las contravenciones del DIH no lo serían.
- iii. Solamente las infracciones graves del DIH están sujetas al principio de justicia universal obligatoria instaurado en los Convenios de Ginebra de 1949.
- iv. La jurisdicción universal de dichos convenios es obligatoria, absoluta, primaria y concurrente.
- v. Las violaciones graves del DIH podrían ser perseguidas bajo el principio de justicia universal facultativo. En cuanto a las cometi-

¹⁸² G. WERLE (2005). *Loc cit*, pág. 447.

¹⁸³ Cfr. A. CASSESE (2003). *Loc. cit.*, pág. 593.

das en el seno de una contienda armada no internacional, tampoco habría inconveniente alguno, dada la naturaleza consuetudinaria de ciertos preceptos del PAII relativas a las violaciones graves del DIH.

- vi. El principio de complementariedad del Estatuto de la Corte Penal Internacional es un mecanismo idóneo para que los estados parte se atribuyan jurisdicción universal para perseguir los crímenes de guerra tipificados en el Convenio de Roma.
- vii. Para aplicarse la justicia universal facultativa sería necesario que el Estado del *locus delicti* u otros preferentes no estén conociendo de los crímenes de guerra cometidos. Así mismo, sería necesaria la presencia del responsable en el estado que ejerce su jurisdicción antes de iniciarse el juicio oral.

LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ADECUADA DE LA FIGURA DE LA EMPRESA MILITAR Y DE SEGURIDAD PRIVADA

Daniel Marín Mohino

Sumario

- I. Caracterización de la figura de la empresa militar y de seguridad privada.
- II. Razones del auge de estas empresas.
- III. Regulación actual y responsabilidad de estas empresas por sus acciones.
- IV. Propuestas para una adecuada regulación de las empresas militares y de seguridad privadas.
- V. Conclusiones.
- VI. Bibliografía.

I. CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA DE LA EMPRESA MILITAR Y DE SEGURIDAD PRIVADA

El término «empresa militar y de seguridad privada» (EMSP) no es pacífico en la doctrina. No existe una noción legal de EMSP dada la ausencia de categoría específicamente descrita como tal en los instrumentos jurídicos vigentes¹. Lo cierto es que los tratados internacionales relativos a materias conexas con el Derecho de los conflictos armados, a la tipificación de

¹ El término «empresa militar y de seguridad privada» no existe en las normas internacionales actuales, salvo un proyecto de convención redactado por el grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre el tema de los mercenarios, presentado de conformidad con la Resolución 10/11, de 26 de marzo de 2009, en la que se pide al grupo de trabajo que informe

conductas internacionalmente punibles o a la limitación de armamentos no contemplan esta terminología ni abordan frontalmente su realidad. Precisamente esta falta de definición consensuada ha obstaculizado tanto el análisis de la ampliación del alcance de la privatización o externalización de la seguridad como el desarrollo de nuevas estructuras legales internacionales.

Este nuevo actor ha complicado notablemente la regulación legal del conflicto armado. Hay autores que afirman que la EMSP no es más que la clásica figura del mercenario con otra configuración, según otras opiniones estamos ante un fenómeno totalmente diferente². Aun considerándola una evolución de la figura del mercenario clásico, es, por otra parte, fundamentalmente distinta, constituyendo el factor analítico crítico su forma de corporación comercial moderna³. En ambas concepciones, junto con el análisis puramente jurídico, se entremezclan ideas preconcebidas, intereses nacionales y comerciales, improntas históricas, ideología... que marcan las diferentes posturas respecto a esta industria, haciendo trascender su enfoque más allá del Derecho y dificultando notablemente la adopción de una regulación adecuada. El resultado práctico es que, en su mayor parte, esta industria se autorregula o bien está sometida únicamente a las reglas del mercado.

El sector de las EMSP está compuesto por un amplio grupo de entidades heterogéneas diferentes entre sí y que no sirven a los mismos mercados. Se ha hecho clásica la división de las EMSP en tres tipos en función de los servicios que proveen y del lugar respecto de las hostilidades, diferenciándose así entre empresas proveedoras militares, que se sitúan en el área de operaciones, esto es, en el ámbito táctico; empresas consultoras militares que se sitúan en el teatro de guerra, y empresas militares de apoyo, que operan en el teatro general. A estos tres tipos se puede añadir un cuarto, formado por proveedores que proporcionan servicios altamente especializados con aplicación militar, pero que no son en sí mismos esencialmente militares o paramilitares en organización o métodos. A pesar de esta categorización, uno de los aspectos más difíciles al describir esta industria es

sobre los avances logrados en la elaboración de un proyecto de instrumento jurídico para su debido examen y actuación por el Consejo de Derechos Humanos.

² Vide SALZMAN, Z., «Private Military Contractors and the Taint of Mercenary Reputation», 874-891, 40 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 853, 2008, argumentando que los contratistas deberían ser vistos a menudo como mercenarios. Para la postura contraria, vide SINGER, P. W., «War, Profits and the Vacuum of Law: Privatized Military firms and International Law», 42 *Colum. J. Transnat'l L.*, 2004, págs. 521, 525-6.

³ Vide SINGER, P. W., *Corporate Warriors: the Rise of the Privatized Military Industry*. Ithaca and London, Cornell University Press, 2003, pág. 8 y ss.

el hecho de que no hay definiciones universalmente aceptadas ni siquiera de los términos más extensamente usados.

Las EMSP no encajan en la definición de mercenario, aunque sí puedan llegar a serlo, en algunos casos excepcionales, sus empleados individualmente considerados, quedando indefinidas bajo el Derecho internacional, por lo que la responsabilidad primaria respecto de su regulación recae en el plano estatal. La definición legal de mercenario tiene su base en el artículo 47 del Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra⁴. Para ser considerado mercenario de acuerdo con el apartado segundo de este artículo, un sujeto debe satisfacer los seis criterios acumulativos enumerados en este, no teniendo derecho al estatuto de prisionero de guerra si es catalogado como tal. Los parámetros establecidos en este artículo producen una definición muy restrictiva, hasta el punto de ser prácticamente inaplicable. Por otra parte, solo es aplicable en los conflictos internacionales, incluyendo la ocupación. El Derecho internacional humanitario no se refiere al estatuto de los mercenarios en los conflictos de carácter no internacional. Es más, el estatuto de prisionero de guerra no existe en estos conflictos, por lo que no tendría sentido la afirmación de que alguien no tiene derecho al mismo.

El tema de los mercenarios es también tratado en dos convenciones internacionales (llamadas comúnmente «convenciones mercenarias»)⁵ que buscan su eliminación mediante la criminalización de las actividades mercenarias. La definición contenida en la Convención de la Unión Africana (antigua OUA) repite, tal cual, el artículo 47 del Protocolo Adicional I, salvo la exigencia de que la retribución sea considerablemente superior; por su parte, la Convención Internacional Contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Entrenamiento de Mercenarios, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1989, deja fuera el apartado 2 b (que de hecho tome parte en las hostilidades), pero lo añade como un elemento del delito. Por ello, el concepto de mercenarismo no es de mucha ayuda para resolver el dilema de cómo regular las EMSP.

El grupo de trabajo sobre el tema de los mercenarios, aun reconociendo los problemas de definición e incluyendo tanto las empresas militares

⁴ Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados, 1977.

⁵ Convención internacional contra el reclutamiento, uso, financiación y entrenamiento de mercenarios, aprobada por Resolución de la Asamblea General de la ONU el 4 de diciembre de 1980.

Convención de la OAU para la eliminación del mercenarismo en África, Libreville, 03 de julio de 1977. <<http://www.icrc.org/>>.

como las de seguridad privadas, las define como «las empresas privadas que prestan todo tipo de servicios de asistencia, formación, provisión y consulta sobre temas de seguridad, es decir, servicios que van desde el apoyo logístico no armado hasta los guardias de seguridad armados, así como los servicios propios de las actividades defensivas u ofensivas de carácter militar y/o relacionadas con la seguridad, particularmente en zonas de conflicto armado y en situaciones posteriores a los conflictos⁶. También es destacable la definición aportada por el Documento de Montreux, según la cual «las EMSP, como quiera que se describan a sí mismas, son entidades comerciales privadas que prestan servicios militares y/o de seguridad. Los servicios militares y/o de seguridad incluyen, en particular, los servicios de guardia armada y de protección de personas y objetos, como convoyes, edificios y otros lugares; el mantenimiento y la explotación de sistemas armamentísticos; la custodia de prisioneros, y el asesoramiento o la capacitación de las fuerzas y el personal de seguridad locales»⁷.

⁶ Cf. Doc. A/HRC/7/7, de 9 de enero de 2008, *Informe del grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, párr. 3. Esta definición, mantenida en el Informe de 2009 (cf. Doc. A/HRC/10/14, de 20 de enero de 2009, *Informe del grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, párr. 3), mejora sustancialmente la contenida en el Informe de 2007, en el que se definían estas empresas como «empresas privadas que prestan todo tipo de servicios de asistencia, seguridad, entrenamiento, abastecimiento y asesoría, incluido el apoyo logístico no armado, los guardas de seguridad armados y los que intervienen en actividades militares defensivas u ofensivas» (cf. Doc. A/HRC/4/42, de 7 de febrero de 2007, *Informe del grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, párr. 3). Por otra parte, en el «Proyecto de posible convención sobre las EMSP», art. 2, se propone por parte del grupo de trabajo definir una EMSP como «la entidad empresarial que presta servicios militares y/o de seguridad remunerados por medio de personas físicas y/o personas jurídicas». Los servicios militares referidos son servicios especializados vinculados con actividades militares, como planificación estratégica, inteligencia, investigación, reconocimiento terrestre, marítimo o aéreo, vuelos de todo tipo, tripulados o no, vigilancia por satélite, cualquier tipo de transferencia de conocimientos con aplicaciones militares, apoyo material y técnico a las Fuerzas Armadas y otras actividades conexas, mientras que los servicios de seguridad son la guardia y protección armadas de edificios, instalaciones, propiedades y personas, cualquier tipo de transferencia de conocimientos con aplicaciones en los ámbitos de seguridad y la policía, el desarrollo y la aplicación de medidas de seguridad de la información y otras actividades conexas. *Vide Informe del grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, A/HRC/15/25, de 5 de julio de 2010.

⁷ El Documento de Montreux es el resultado de la iniciativa suiza, a la cual se hace referencia más adelante, siendo el primer documento internacional que describe cómo debe ser aplicado el Derecho internacional a las actividades de las EMSP, siempre que estas estén presentes en el contexto de un conflicto armado.

Los aspectos comunes en el sector pueden situarse en el hecho de que todas las EMSP comparten una estructura comercial común de empresas que actúan por beneficio, que proveen servicios profesionales a sus clientes basados en relaciones contractuales y que, por definición, son privadas, esto es, propiedad de actores no estatales. No existe una definición común globalmente aceptada de esta industria. Aunque hay un debate sobre su caracterización, bien como civiles, o bien como combatientes, lo que es prácticamente innegable es que los parámetros legales relativos a los mercenarios no son aplicables al sector.

II. RAZONES DEL AUGUE DE ESTAS EMPRESAS

El fundamento de muchos intentos para controlar o eliminar las EMSP reside en la errónea creencia de que son una aberración que debería ser corregida. Pero el crecimiento de esta industria es parte de una tendencia mucho más general, como consecuencia de un amplio movimiento hacia la privatización y la reestructuración neoliberal de la actividad estatal. La privatización es vista por los gobiernos de todo el mundo como un paso adelante en la eficiencia económica, produciéndose un realineamiento económico entre lo público y lo privado. La globalización económica va acompañada de la expansión de esta industria en tres aspectos principales: la búsqueda de la maximización de la eficiencia, control estatal reducido y el deseo de las empresas multinacionales de afrontar ciertos riesgos en busca de beneficios. La apertura de mercados legítimos para las EMSP parece menos una transferencia de poder desde el sector público al privado, que una nueva regulación de la oferta de seguridad, un cambio en la forma de regulación desde el Derecho internacional humanitario o de los derechos humanos hacia el Derecho civil y contractual⁸. En definitiva, supone una quiebra del monopolio estatal sobre el ejercicio de la violencia o, al menos, una reconfiguración del mismo⁹. Quizás se está produciendo el tránsito desde el modelo tradicional en el que el Estado actúa como un proveedor de seguridad de forma monopolista a otro modelo en el que el Estado es

⁸ Vide WALKER, C., y WHYTE, D. «Contracting out war? Private military companies, law and regulation in the United Kingdom», *54 Int'l & Comp. L. Q.* 651, 2005, pág. 689.

⁹ AVANT, D. *The Market for Force: The consequences of Privatizing Security*. Cambridge University Press, 2005, págs. 3-4. Dicho monopolio de la fuerza nunca ha sido absoluto. Vide ZÁRATE, J. C., «The Emergence of a New Dog of War: Private International Security Companies, International Law, and the New World Disorder», *34 Stanford. J. Int'l L.* 75, 1998, pág. 82.

únicamente el gestor del contexto legal en el que los distintos actores públicos y privados pueden utilizar legítimamente la fuerza armada¹⁰.

En la actualidad, las EMSP comparten con el Estado el monopolio del uso de la violencia¹¹ en un mundo en el que el concepto de seguridad es mucho más amplio, con nuevas amenazas de carácter multidimensional, disperso y difuso tanto en su configuración como en su ámbito¹², y la participación de una multiplicidad de actores que han complicado su gestión hasta el punto de dejar obsoletas las estructuras militares y de seguridad vigentes durante la Guerra Fría.

La aparición de las EMSP tiene sus raíces en los años setenta, aun con antecedentes anteriores, su número se incrementó tras el fin de la Guerra Fría y dicho incremento se aceleró tras los ataques del 11 de septiembre de 2001¹³. Entre los factores que han fomentado esta expansión exponencial se suelen citar la reducción de los ejércitos tras el fin de la Guerra Fría; la creciente dependencia tecnológica respecto de los contratistas para el mantenimiento de las armas modernas y la provisión de apoyo de los sistemas de armas; la «revolución de los asuntos militares» o «revolución tecnológica militar»¹⁴; la

¹⁰ KRAHMANN, E. *Private Security Companies and the State Monopoly on Violence: A Case of Norm Change?* Peace Research Institute Frankfurt (PRIF), PRIF Report, n.º 88, 2009. Disponible en <<http://www.humansecuritygateway.com/documents/>>.

<PRIF_Prvt_Security_and_The%20State_Monopoly_on_Violence.pdf>.

¹¹ Con la expansión de la privatización, el universo de las actividades gubernamentales, visto como irremediamente público, y, por tanto, indefectiblemente inapropiado para la privatización, ha disminuido drásticamente. La «revolución privatizadora» legitimó la externalización de las funciones militares y de seguridad que previamente habían sido áreas intocables del Estado. *Vide* SINGER, P. W., *Corporate Warriors: the Rise of the Privatized Military Industry*, *op. cit.*, págs. 66-70.

¹² JORDÁN ENAMORADO, J. «Una nueva era en la historia del conflicto», artículo publicado en la *Revista Aeronáutica y Astronáutica*, diciembre 2001, págs. 966 y ss.

¹³ El final de la Guerra Fría en los años noventa produjo grandes cambios en la función de las EMSP en la arena internacional, pero su génesis y utilidad se remonta a los tiempos de la guerra de Vietnam. Este conflicto marcó el inicio de un incremento significativo y de una tendencia de personal militar de alto rango pasándose al sector privado y proveyendo servicios a las Fuerzas Armadas.

¹⁴ Los ejércitos occidentales, al mismo tiempo que se producía la reducción en el número de efectivos, iniciaron una profunda transformación para adaptarse a los retos producidos por la «revolución de la información» y los cambios tecnológicos asociados a la misma. Durante la última década del siglo pasado y los primeros años del siglo XXI, algunos estudiosos trataron de conceptualizar esta transformación de las Fuerzas Armadas y del modo de llevar a cabo la guerra a través de la denominada «revolución de los asuntos militares» (RMA en sus siglas en inglés), entendida como un cambio radical en el diseño de nuevas armas y equipos y en la orgánica y adiestramiento de sus ejércitos, así como en la forma en que los gobiernos se relacionan con el estamento militar. Con el término RMA se intentaba describir cómo las nuevas tecnologías de la información, aplicadas al mando y control de las unidades militares en operaciones, transformaban el modo de

tendencia hacia la externalización o privatización¹⁵ de funciones para la mejora de la eficiencia, liberando así fondos para el sostenimiento y modernización de los programas de armamento; el incremento de los tiempos operativos...

Pero, realmente, la privatización o externalización no se rigen solo o ni siquiera principalmente por el deseo de ahorro de dinero. Este presunto ahorro tiene que ser probado caso por caso, ya que estas empresas operan en un mercado disfuncional al ser muy irregular e imperfecto, pues adolece de falta de competencia, colusión, ineficiencia, falta de supervisión y transparencia, términos contractuales generosos y falta de uso o uso irregular de las sanciones del mercado. Tampoco por la presunta eficiencia operativa de estos actores privados, pues a sus ventajas operativas, como despliegue rápido, disminución de la reticencia pública al uso de la fuerza y actuación como contrapeso al Ejército local en un estado con instituciones políticas débiles, hay que contraponer el peligro de que su uso erosione capacidades y habilidades esenciales de las Fuerzas Armadas y genere problemas de operatividad, coordinación, confianza y seguridad entre los miembros de las mismas y los contratistas que operen a su lado pero no bajo su mando.

La razón de más peso para la expansión exponencial de su uso por los estados es más bien la conveniencia política, esto es, el deseo de evitar decisiones políticas controvertidas derivadas de las necesidades militares y las consecuencias humanas de los conflictos armados (privatización táctica)¹⁶. Ello permite a los estados poderosos llevar a cabo una política exterior por representación, beneficiándose de sus aspectos positivos, minimizando los negativos y, en muchos casos, de forma gratuita, directamente o a través de organizaciones internacionales. Por otra parte, estados débiles, sometidos a conflictos internos acuden a las EMSP debido al desenganche oficial de los Estados occidentales respecto de conflictos en los que sus intereses nacionales no estén clara y directamente afectados. Los otros dos ámbitos principales de uso de las EMSP, el efectuado por empresas privadas y por

entender la guerra. Sin embargo, en los últimos años, los expertos militares e intelectuales han superado en cierta medida el debate sobre la RMA, centrandolo en la explotación de las nuevas tecnologías en beneficio de la implementación de aspectos prácticos en las Fuerzas Armadas y en la conducción de la guerra. *Vide* LATHAM, A., «The Transformation of War», incluido en SNYDER, C. A. (editor). *Contemporary Security and Strategy*, segunda edición, Palgrave Macmillan. Nueva York, 2008.

¹⁵ Para la diferenciación entre privatización y externalización, *vide* LAGUNA SANQUIRICO, F., «Delimitación conceptual relativa a la presencia privada en el marco estatal de la Defensa», obra conjunta, *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las «empresas militares y de seguridad privadas»*. Bosch Editor, 2009, págs. 44-46.

¹⁶ MICHAELS, J. D. «Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic Problems with Privatizing War», *82 Wash U. L. Q.* 1001, 2004, págs. 1037-38.

ONG, no constituyen más que otra muestra de su imbricación en el sistema de seguridad tanto a nivel nacional como internacional¹⁷.

III. REGULACIÓN ACTUAL Y RESPONSABILIDAD DE ESTAS EMPRESAS POR SUS ACCIONES

Hasta la fecha, los esfuerzos legales internacionales se han centrado casi exclusivamente en la eliminación de los mercenarios sobre la base de que sus actividades amenazan la autodeterminación y la descolonización. Con la legislación vigente, la comunidad internacional debe aceptar y tratar con la idea de que la existencia y contratación de empresas militares y de seguridad privadas es ilegal solo en unos pocos casos marginales, ya que no hay regla alguna de Derecho internacional que prohíba el despliegue de EMSP o la privatización de tareas y servicios militares, siempre y cuando el personal empleado no sean mercenarios.

El principal argumento para la debilidad de la legislación sobre las EMSP, cuando la hay, es que el Estado quiere asegurarse un margen de maniobrabilidad en la contratación y uso de las EMSP (léase «denegación plausible»¹⁸). Combinado con esto, otros estados que en la actualidad pueden no estar usando EMSP pueden buscar asegurar que la opción está disponible en el futuro. Debido a ello, hasta muy recientemente los niveles de voluntad política han sido más bien inexistentes. Esto es cierto, aunque un número limitado de países han llevado a cabo avances en su normativa interna para establecer modos de regulación. Un ejemplo claro lo vemos en la legislación nacional más extensa y asentada como es la de Estados Unidos¹⁹ que, aun así, adolece de multitud de defectos y vericuetos, como

¹⁷ Sobre el uso de servicios de seguridad privados por organizaciones humanitarias, *vide*, por ejemplo, COCKAYNE, J., *Commercial Security in Humanitarian and Post-Conflict Settings: An Exploratory Study*. International Peace Academy. Nueva York, marzo 2006.

¹⁸ YEOMAN, B. (2003). «Soldiers of Good Fortune: They Fly Helicopters, Guard Military Bases, and Provide Reconnaissance. They're Private Military Companies – and They're Replacing U.S. Soldiers in the War on Terrorism», *Mother Jones* 28 (3), pág. 39.

¹⁹ Arms Export Control Act, Title 22, United States Code, e International Traffic in Arms Regulation, Title 22, Code of Federal Regulations, Parts 120-120. Los servicios militares fueron incluidos en la Ley mediante una enmienda en los años ochenta al descubrirse por parte del Departamento de Estado que algunas compañías privadas estaban proporcionando entrenamiento a individuos de países con los que los Estados Unidos no tenían buenas relaciones.

Military Extraterritorial Act de 2000 (MEJA), Military Extraterritorial Jurisdiction, Capítulo 212. Public Law 106-523. 106th Congress EEUU, 22 de noviembre de 2000. Disponible en <www.pubklaw.com/hi/pl106-523.pdf>.

pueden ser su focalización inicial en el control de bienes, no de servicios; la falta de mecanismos de supervisión una vez la licencia ha sido otorgada; la *political question doctrine*; la *Government Contractor Defense* o la *Garrity immunity*, por nombrar tan solo algunos de sus *caveats*, que proporcionan una inmunidad *de facto* a estas empresas. Otro ejemplo paradigmático, Sudáfrica²⁰, adolece de muchos de los mismos defectos. En lo que respecta a los países de operación de las EMSP (territoriales), solo dos tienen legislación específica sobre las mismas, Sierra Leona²¹ y Afganistán²², lo cual no deja de ser sorprendente.

Ciertamente, a pesar de esta privatización táctica, o tal vez por eso mismo, hay que tener en cuenta que mientras que la responsabilidad penal internacional solo existe en el plano internacional en relación con los crímenes de guerra y ciertas violaciones graves de derechos humanos, los estados pueden ser responsables por cualquier violación del Derecho internacional. En el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Actos Ilícitos Internacionales²³ se exige, en todo caso, que se trate de la conducta de un órgano del Estado (art. 4); de personas o entidades que ejercen elementos de autoridad gubernamental pues han sido apoderadas para dicho ejercicio por la ley interna de ese estado (art. 5); o bien la conducta de personas llevada a cabo bajo las instrucciones del Estado o dirigida o controlada por dicho estado (art. 8). En sentido general, el Derecho internacional humanitario no impide que los estados contraten EMSP para llevar a cabo ciertas actividades. Sin embargo, cuando lo

Uniform Code of Military Justice (UCMJ), disponible en <www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ucmj.htm>.

²⁰ Foreign Military Assistance Act (FMAA). Republic of South Africa, *Government Gazette*, vol. 395. Ciudad del Cabo, 20 de mayo de 1998, n.º 18912; n.º 15 de 1998: Regulation of Foreign Military Assistance Act (1998).

South Africa's Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of Certain Activities in Areas of Armed Conflict Act, n.º 27, *Government Gazette*, Republic of South Africa, 30477; 1083 Prohibition on mercenary activities and prohibition and regulation of certain activities in areas of armed conflict Act.

²¹ Ley Nacional de Seguridad y de Inteligencia Fundamental (National Security and Central Intelligence Act), *Supplement to the Sierra Leone Gazette*, vol. CXXXII, n.º 42, de 04 de julio de 2002. La aplicación de esta ley se coordina con la Ley de 1955 sobre Armas y Munición.

Sierra Rutile Act, Acuerdo ratificado por el Gobierno de Sierra Leona por el Rutile Agreement (Ratification) Act, 2002. *Supplement to the Sierra Leone Gazette*, vol. CXXXIII, n.º 5, de 31 de enero de 2002. Derechos muy similares fueron concedidos por un decreto de 1995, el Koidu Kimberlite Project, a una empresa transnacional diamantífera.

²² *Procedures for Regulating Activities of Private Security Companies in Afghanistan*, febrero de 2008 (Dalw 1386). Ministerio del Interior, República Islámica de Afganistán.

²³ International Law Commission's Draft on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN GAOR 55th Sess. Supp., n.º 10, A/56/10.

hacen, siguen siendo responsables del cumplimiento de sus obligaciones legales. En el artículo común 1 de las Convenciones de Ginebra de 1949 los estados asumen la obligación de respetar y asegurar el respeto del Derecho internacional humanitario. Pero lo que se deriva de la praxis y de la actividad jurisprudencial es que, en muchos casos, los estados logran sus objetivos de política internacional sin responsabilidad alguna aun a pesar del principio de que siguen siendo responsables aunque externalicen en actores privados.

El Derecho internacional humanitario abarca las reglas que gobiernan la apropiada conducción de la guerra. Así mismo, limita el uso de ciertos métodos de guerra. No le concierne la legalidad de su iniciación, sino que se basa en la premisa de que el conflicto ya ha comenzado. Aunque este cuerpo legal contiene elementos del Derecho de los derechos humanos, está separado y es distinto de este cuerpo jurídico. Una vez el conflicto ha comenzado, el Derecho internacional humanitario provee las directrices que gobiernan lo que constituye una conducción aceptable del mismo y, muy importante, lo que no. Está compuesto principalmente por los Convenios de Ginebra de 1949 junto con los Protocolos Adicionales de 1977²⁴, y sigue siendo el instrumento jurídico que mejor garantiza asistencia y protección a las víctimas de los conflictos armados. El objetivo básico de este derecho es mitigar los inevitables males derivados del conflicto bélico. Ahora bien, para que sea efectivo y se mantenga vigente tiene que adaptarse y desarrollarse al mismo tiempo que se transforma la naturaleza de los conflictos armados. Las leyes internacionales, confeccionadas hace ya bastantes decenios para prohibir el mercenarismo, se muestran inadecuadas para tratar el fenómeno de las EMSP, y constituyen incluso un obstáculo para su regulación²⁵. Al calor de la denominada «revolución de los asuntos militares», han surgido nuevos actores

²⁴ I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las FAS en campaña, de 12 de agosto de 1949.

II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las FAS en el mar, de 12 de agosto de 1949.

III Convenio de Ginebra relativo al trato de prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949.

IV Convenio de Ginebra para la protección de personas civiles en tiempos de guerra, de 12 de agosto de 1949.

Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados, 1977.

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

²⁵ MORGAN, R. «Professional Military Firms under International Law», *9 Chi. J. Int'l.* 213, 2008, pág. 237.

cuyas funciones han dejado, en parte, obsoleto a este cuerpo normativo, especialmente, a nuestros efectos, las empresas militares y de seguridad privada. Por una parte, no están contempladas por el Derecho internacional humanitario, por otra, tampoco están obligadas por los estándares del mismo.

En el Derecho internacional humanitario, como en general en todo el ámbito del Derecho internacional, se usan muchos términos que, bien por su laxitud, politización, ambigüedad o falta directa de definición, causan confusión. Así, como ejemplos, podemos citar: «participación directa en las hostilidades», «participación activa en las hostilidades», «combatir», «conflicto armado», «combatiente ilegal», «actividades esencialmente gubernamentales o estatales» o, como ya se ha señalado, el propio término EMSP y sus sinónimos o expresiones equivalentes. Los teóricos y los juristas pueden encontrar formas creativas de adaptar los mecanismos existentes de este cuerpo jurídico a estas nuevas realidades sociales. Sin embargo, esa agilidad teórica tal vez no pueda repetirse en las pesadas burocracias de las estructuras de mando militar, que suelen caracterizarse por su inercia conceptual.

De acuerdo con la lógica del Derecho internacional humanitario, toda persona es, bien un combatiente, o bien un civil, y si los empleados de las EMSP no pudieran ser catalogados como combatientes, entonces son civiles, pero los civiles no tienen el derecho de participar directamente en las hostilidades. Este derecho reconoce solo estas dos categorías de personas con respecto al conflicto: combatientes y civiles, una dicotomía que debe soportar imperativos tanto humanitarios como de derechos humanos, manteniendo al mismo tiempo la legítima necesidad de seguridad y justicia en el panorama actual de insurgencia, terrorismo y conflicto.

El estatuto de combatiente es consustancial con la pertenencia a las Fuerzas Armadas de una parte en el conflicto, o la pertenencia a una milicia o fuerza voluntaria que pertenezca a una parte en el conflicto y que cumpla unos criterios específicos. Cuando se evalúa el estatuto de los empleados de las EMSP es, por tanto, esencial analizar su integración (bajo el artículo 4A (1) de la Tercera Convención de Ginebra o el artículo 43 del Protocolo Adicional I) en las Fuerzas Armadas, o su capacidad para cumplir los requisitos para cualificarse como milicia en el sentido del artículo 4 A (2) de la Tercera Convención de Ginebra. Teniendo en cuenta que tanto las Convenciones de Ginebra como el Protocolo Adicional I y las convenciones mercenarias se dirigen a individuos y no a personas legales, el estatuto de estos empleados es ambiguo y, en el mejor de los casos, inadecuado.

El Reino Unido ha adoptado un enfoque creativo respecto a este tema. La Reserve Forces Act de 1996²⁶ requiere que una porción específica de los empleados de un contratista gubernamental sean miembros de un componente de la reserva militar. En función de este acuerdo, en tiempo de necesidad, el Gobierno británico «patrocina» a los empleados de las EMSP reservistas movilizándolos y desplegándolos como miembros uniformados de las Fuerzas Armadas, operando bajo mando y control militar. Como miembros de las Fuerzas Armadas, tienen derecho a tomar parte directa en las hostilidades y al estatuto de prisionero de guerra en caso de ser capturados.

Se ha sugerido que la preocupación en esta área probablemente se base menos en determinar si una persona reúne los criterios para corresponder a la categoría de mercenario y se concentre más en cuestiones de responsabilidad corporativa, derecho contractual y responsabilidad penal individual de conformidad con el Derecho de los conflictos armados. Así, cabe diferenciar diversos ámbitos posibles de responsabilidad:

A. Responsabilidad penal corporativa en el ámbito nacional

De acuerdo con el ampliamente aceptado principio *nulla poena sine lege*, el encausamiento y condena de las corporaciones por violaciones del Derecho internacional humanitario están sujetos a la existencia de dichos tipos penales en los sistemas legales nacionales, así como a su aplicabilidad a las personas jurídicas, aspecto este último bastante raro. En el ámbito del Derecho penal internacional no es posible perseguir corporaciones en la arena internacional. En este sentido, los estatutos de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia²⁷ y para Ruanda²⁸ proveían expresamente que tenían jurisdicción «sobre personas naturales». De igual modo, el artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁹ establece idénticamente jurisdicción «sobre personas naturales», negando implícitamente, al menos para su propia jurisdicción, la posibilidad de castigo de corporaciones y otras entidades jurídicas, aunque los proyectos previos

²⁶ Reserve Forces Act, 1996, en <www.hmso.gov.uk/acts/acts1996>.

²⁷ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (S/RES/827, 1993). Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (S/RES/955 (1994)).

²⁸ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (S/RES/955 (1994)).

²⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, documento constitutivo de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 durante la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y en vigor desde el 1 de julio de 2002.

a su aprobación muestran que algunos de los estados partícipes en la negociación consideraron la posibilidad de implementar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

B. Responsabilidad civil nacional corporativa

La responsabilidad civil tiene ventajas sobre la penal, como su aplicación sin restricción *ratione personae*; estándar de prueba más bajo que el penal; ofrece una fuente independiente de compensación económica a las víctimas a cargo de la EMSP infractora, y el hecho de que son las víctimas las que inician los procedimientos en lugar del fiscal. Pero también tiene importantes limitaciones, como su limitación *ratione temporis*; consideraciones jurisdiccionales más severas; no está gobernada por mecanismos de jurisdicción universal, y aunque la mayoría de los países aplican el principio de la *lex loci delicti* (aplicación del derecho del país donde se produjo el daño), los tribunales nacionales pueden aplicar estándares diferentes (la ley del país con una mayor relación con las partes, o la ley del país donde ha aparecido el daño), existiendo por ello cierta incertidumbre sobre las normas que regulan la disputa. Por último, la jurisdicción extraterritorial respecto a reclamaciones civiles es mucho más rara y limitada en ámbito que respecto a los delitos penales. Un ejemplo sería la *US' Alien Tort Claims Act o Alien Tort Statute* (ATCA o ATS). Esta ley confiere jurisdicción a los tribunales estadounidenses respecto a «cualquier acción civil por un extranjero solo por un daño cometido en violación de la ley de las naciones o de un tratado de los Estados Unidos»³⁰.

C. Responsabilidad de los superiores

En el tema de la responsabilidad, un aspecto fundamental es la «responsabilidad de los superiores» por violaciones graves del Derecho internacional humanitario, expresamente reconocida en el artículo 86(2) del Protocolo Adicional I. El concepto de responsabilidad del superior también fue reconocido en el artículo 7(3) del Estatuto del Tribunal Penal Inter-

³⁰ En Estados Unidos, las compañías pueden ser demandadas civilmente bajo la US Alien Tort Claims Act por graves violaciones del Derecho internacional humanitario. *Vide* TZEUTSCHLER, G. G. A., «Corporate violator: The alien tort liability of transnational corporations for Human Rights abuses abroad», *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 30, 1999, págs. 411-12.

nacional para la Antigua Yugoslavia, en el artículo 6(3) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y en el artículo 28 del Estatuto de Roma, por el que se constituye la Corte Penal Internacional; y fue la base de varias causas ante los dos primeros tribunales *ad hoc*. La responsabilidad tanto disciplinaria como penal de los superiores por violaciones graves del Derecho internacional humanitario, expresamente reconocida en los citados cuerpos legales, no era nada nuevo, pues tras la Segunda Guerra Mundial se llevaron a cabo varios procesos basados en esta noción de «responsabilidad superior» bajo el Derecho nacional. En este ámbito, dado que las empresas actúan a través de sus empleados, la clave de la cuestión radica en la aplicación de dos principios clásicos de la «culpa» en Derecho civil. En primer lugar, la culpa *in eligendo*, por la que existe responsabilidad corporativa en la medida que las violaciones son cometidas por el personal de EMSP escasamente capacitado, con escaso control, y que realiza funciones militares sin entender claramente las líneas de control. En segundo lugar, la culpa *in vigilando*, según la cual, del mismo modo las EMSP son responsables de la falta de verificación y control de las actividades ilegales de sus empleados³¹. A todo ello hay que añadir la exigencia de responsabilidades directas por la violación de los derechos sociales de los trabajadores de estas compañías.

En definitiva, para poder reclamar uno y otro tipo de responsabilidad es necesario un buen sistema legislativo y de justicia a escala nacional, con el añadido de que, en este caso, no solo tiene que actuar el estado receptor de las fuerzas de seguridad privada, sino también el de origen.

IV. PROPUESTAS PARA UNA ADECUADA REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS

La compañía militar y de seguridad privada se ha convertido en un valioso instrumento del Estado y cualquier intento de regulación debe reflejar esta realidad. Una legislación internacional efectiva debe reflejar tanto el deseo de minimizar los peores elementos del conflicto armado como la tendencia a la privatización del sector público³².

A pesar de la creciente presencia de actores no estatales en la mayoría de los conflictos armados, el Derecho internacional humanitario sigue

³¹ Vide MACÍAS CASTILLO, A. «Culpa in eligendo y culpa in vigilando», *Actualidad Civil*, n.º 15, 2007, págs. 1830-1833.

³² RILEY, J., y GAMBONE, M. «Men with guns», *28 Wis. Int'l L. J.*, 39, 2010.

estando basado en el Estado, y los mecanismos de responsabilidad penal que han sido establecidos se centran principalmente en los individuos, no dejando espacio para el reconocimiento de violaciones de este derecho por las corporaciones en el nivel internacional. Más allá de esta falta estructural de responsabilidad penal, es necesario explorar canales alternativos de responsabilidad debido a la creciente preocupación de la comunidad internacional sobre las implicaciones del uso de EMSP.

Desde el punto de vista internacional, se han propuesto diferentes aproximaciones para la regulación de esta industria. Algunas han sugerido una prohibición general de ciertas actividades. Sin embargo, los críticos han señalado que estas empresas cumplen una función necesaria y los estados no parecen dispuestos a ilegalizar completamente el uso de ninguna clase de actividad de las mismas. Otra propuesta es la de crear un organismo internacional para regularlas, pero esto implicaría que los estados tendrían que ceder su tradicional monopolio sobre la elaboración de normas sobre las exportaciones de carácter militar, lo cual no parece realista.

También se ha sugerido una convención para especificar los estándares mínimos para la supervisión y control que incluiría un sistema de licencias con un listado preciso de los servicios prestados por estas empresas, notificación previa a la presentación de la oferta de prestación de servicios y registro de los individuos que trabajan para las mismas; los requerimientos mínimos para el otorgamiento de licencias en relación con la contratación de personal, la estructura corporativa de la empresa, su competencia y política respecto del Derecho de los conflictos armados y derechos humanos; supervisión parlamentaria y/o independiente de las actividades que desarrollan; los requerimientos mínimos de competitividad y transparencia en los procesos de obtención, oferta y contrato. Esta es la postura del grupo de trabajo sobre el tema de los mercenarios, cuyo proyecto de posible convención³³ tiene como objetivo primordial poner de relieve las obligaciones

³³ Informe A/HRC/15/25, de 05 de julio de 2010, en el que plantea un «proyecto de posible convención sobre las EMSP». Presentado de conformidad con la Resolución 10/11, de 26 de marzo de 2009, en la que se pide al grupo de trabajo que informe sobre los avances logrados en la elaboración de un proyecto de instrumento jurídico, para su debido examen y actuación por el Consejo de Derechos Humanos. Fue debatido en septiembre de 2010. El grupo de trabajo también presentó otro informe en la Tercera Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas en noviembre del mismo año, *Informe del grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios a la Asamblea General de Naciones Unidas*, A/65/325. El informe a la Asamblea General incluye en anexo los elementos que deberían formar el marco de una convención internacional sobre la regulación, vigilancia y supervisión de las EMSP.

que detentan los estados respecto a las EMSP y su personal, y se aplicaría a todas las situaciones y no solo a los conflictos armados³⁴.

Desgraciadamente, no hay una solución única omnicomprendiva para tratar los aspectos multidimensionales planteados por la provisión transnacional de servicios de seguridad y militares privados en conflictos y en otras situaciones inestables, pero, básicamente, una legislación internacional adecuada debería abarcar y desarrollar los siguientes elementos:

- Registro internacional de EMSP: podría tomar los datos directamente de los registros nacionales o/y ser complementario a los mismos. El Registro de Armas Convencionales de la ONU de 1991³⁵ podría ser tomado como ejemplo para ello.
- Listado de actividades permitidas (legales y que no sean esencialmente gubernamentales o estatales).
- Sistema de licencia tanto de la propia empresa para poder operar legalmente como por cada uno de los contratos a los que pretenda licitar.
- Organismo supervisor y de control.
- Organismo de *rating*. Puede ser el mismo que el anterior o diferente.
- Mecanismos de rendición de cuentas.
- Mecanismos de sanción tanto administrativos como judiciales.

³⁴ El Consejo de Derechos Humanos examinó este proyecto de posible convención durante su decimoquinto período de sesiones, celebrado del 13 de septiembre al 1 de octubre de 2010, en Ginebra. Se adoptó el proyecto de resolución presentado por Nigeria, en nombre del grupo de África, por 32 votos a favor, 12 en contra y 3 abstenciones (Resolución 15/26, de 1 de octubre). Dicha resolución prevé la creación de un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, con el mandato de elaborar un instrumento legal vinculante. Más tarde, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución enmendada propuesta por la Tercera Comisión (Doc. A/C. 3/65/L.54/Rev.1, de 18 de noviembre de 2010), por 127 votos a favor, 52 en contra y 5 abstenciones, por la que se alienta a los gobiernos a que consideren la propuesta del grupo de trabajo de un posible instrumento jurídico internacional que regule las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas.

³⁵ En 1991, la Asamblea General aprobó la Resolución 46/36 L, en la que pidió al secretario general que estableciera y mantuviera un registro de armas convencionales universal y no discriminatorio que incluyera datos sobre las transferencias internacionales de armas. Este registro abarca siete categorías de las principales armas convencionales y ha estado en funcionamiento desde 1992. De todas formas, debe quedar claro que las EMSP no son «traficantes de armas», pues estas son solo parte de un «paquete» de servicios integrados que se ofrecen al cliente, pero no son el único servicio que se presta. Así, la diferencia estriba en el objeto central del contrato: para un vendedor de armas es el suministro de las mismas siendo el entrenamiento en el uso de las mismas algo periférico; por el contrario, el objeto principal de una EMSP es proporcionar servicios de seguridad, que pueden incluir o no la venta de armas, con lo que la venta de las mismas se convierte en algo secundario.

- Mecanismo de financiación de todo este sistema, en el cual se podrían incluir tasas a estas empresas a fin de que sufraguen parcialmente los gastos de gestión.

Por otra parte, esta regulación internacional podría y debería ser complementada con un sistema similar a nivel regional y/o nacional. La elaboración de dichos elementos fundamentales no es complicada, el problema reside en el control y supervisión en la práctica. Todo esto debería ser llevado a cabo sin olvidar la coordinación de las políticas nacionales; aunque no sea en términos operacionales, sí, al menos, en consistencia general de terminología y estándares. A esta coordinación podrían ayudar de forma decisiva las organizaciones regionales actuando como bisagra entre el ámbito nacional y el internacional, por una parte, coordinando las políticas nacionales de los estados miembros, y, por otra, adoptando una postura única en nombre de dichos estados, para la regulación internacional.

Una regulación adecuada en el plano nacional de las EMSP debería seguir el mismo esquema expuesto para el ámbito internacional, basándose en una licencia de operación o/y requerir autorización para cada contrato, o bien notificación, más el registro de todos los empleados. Se deben establecer las actividades que pueden ser llevadas a cabo por las EMSP. La provisión de seguridad para la protección de recursos (personas, información, equipamiento o suministros) en áreas hostiles es una función «inherentemente gubernamental» si involucra situaciones de alto riesgo impredecibles o incontroladas, en las que el éxito depende de cómo se lleven a cabo las operaciones y, por ello, debería reservarse al Estado. Es necesario destacar que la noción de «funciones inherentemente gubernamentales o estatales» no es un concepto claro e inequívoco, por lo que su uso no está exento de controversia. En lo que respecta al control del uso de la fuerza armada, la cuestión de si se trata de una obligación implícita en la soberanía del Estado (y no del Gobierno) pivota sobre si estamos ante un atributo de la «forma del estado» o de un calificativo propio del «Estado democrático de Derecho» («forma de gobierno»). Parece que el uso legítimo de la fuerza no corresponde a la forma de gobierno, sino a la forma de estado³⁶. Se debería establecer un registro de estas empresas, el

³⁶ GÓMEZ DEL PRADO, J. L., y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*. Fundación privada Centro de Estudios Internacionales, Marcial Pons, 2011, págs. 99-102. *Vide también*, APARICIO PÉREZ, M. A., y BARCELÓ I SERRA-MALERA M. (coords.), *Manual de Derecho Constitucional*. Atelier. Barcelona, 2009, pág. 109.

cual nutria al registro centralizado internacional a la par que completara sus lagunas tomando datos del mismo.

Podría también establecerse un mecanismo para la supervisión de las actividades de las EMSP, así como sanciones por operar sin licencia o por su violación. Un mecanismo fundamental para su control es el contrato, mediante el cual se puede vincular a la empresa no solo al cumplimiento operativo, sino también al cumplimiento de las obligaciones relativas a derechos humanos y Derecho internacional humanitario.

La legislación nacional aplicable puede también imponer obligaciones a las EMSP bajo el Derecho internacional humanitario, en virtud de su incorporación dentro del Derecho nacional. La aproximación estatal no exige la cooperación de otros países y, en principio, resulta más sencilla de aplicar. Tiene la ventaja de que no depende de la negociación internacional, que frecuentemente se traduce en la aceptación de un común denominador mínimo y poco efectivo. Sin embargo, las regulaciones internas de los estados no son suficientes, ya que en muchas ocasiones la elección de la sede de estas empresas responde a una táctica de «escapismo legal», también conocida como *Charter Shopping*, buscando sedes de prestigio que les permitan vender el producto de la legitimidad, pero con legislaciones flexibles tanto respecto a la conducta del personal como al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción y capacidad de supervisión de las autoridades públicas sobre el escenario de prestación del servicio³⁷. Por otra parte, nos encontramos ante la necesidad de la extraterritorialidad de esta legislación para su aplicabilidad, sin olvidar su debilidad derivada en muchos casos de la propia debilidad del Derecho internacional, al cual se suelen remitir íntegramente.

Una opción complementaria para la adecuada regulación de esta industria serían los códigos voluntarios, tales como los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos (empresas del sector extractivo), Código de Conducta de Sarajevo para las Empresas de Seguridad Privadas, Códigos

Por su parte, la Federal Activities Inventory Reform Act (FAIR) de los Estados Unidos, de 1998, define como «funciones inherentemente gubernamentales» aquellas militares, diplomáticas y otras actividades que «significativamente afecten a la vida, libertad o propiedad de las personas privadas».

³⁷ GÜELL PERIS, S. «Contextualización de las empresas militares y de seguridad privadas en el marco del Derecho internacional humanitario», *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las empresas militares y de seguridad privadas*, op. colectiva. J. M. Bosch, 2009, pág. 222. *Vide* también la entrevista a Andrew Bearpark por Toni Pfanner (editor en jefe de la *International Review of the Red Cross*), *International Review of the Red Cross*, Londres, 17 de octubre de 2006, vol. 88, n.º 863, septiembre 2006.

go de Conducta de la International Stabilization Operations Association (ISOA)³⁸, Carta de la British Association of Private Security Companies (BAPSC)³⁹... Es de resaltar una nueva iniciativa liderada por la propia industria privada con el apoyo del Gobierno suizo, el Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF) y la Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos⁴⁰. Esta iniciativa trata de desarrollar un código de conducta internacional que, conforme al Derecho de los derechos humanos y al Derecho internacional humanitario, supere las debilidades identificadas. Por otra parte, tenemos las normas de *Soft Law*, como el «Proyecto de normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos», aprobado por la Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos de la ONU 2003⁴¹; las *Guidelines for*

³⁸ En lo que se refiere a la ISOA (anteriormente IPOA), fundada en abril de 2001, su código de conducta establece que busca asegurar las normas éticas de las compañías miembros de la Asociación Internacional de Operaciones de Paz (IPOA) que operan en conflictos y ambientes posconflicto de modo que puedan contribuir con sus valiosos servicios para beneficiar a la paz internacional y la seguridad humana. Además, les guían a los firmantes todas las reglas internacionales humanitarias pertinentes y las leyes de derechos humanos, incluidos los que se exponen:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- Convenciones de Ginebra (1949).
- Convención Contra la Tortura (1975).
- Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra (1977).
- Convención para las Armas Químicas (1993).
- Principios Voluntarios sobre Seguridad y los Derechos Humanos (2000).
- Documento de Montreux sobre las Compañías Militares y de Seguridad Privada (2008).

³⁹ La Carta de la BAPSC establece que «sus miembros acuerdan seguir las reglas del Derecho humanitario y de los derechos humanos que sean aplicables, así como todos los convenios y protocolos relevantes, y además acuerdan suscribir y estar vinculados por los códigos éticos prácticos de la Asociación. *Vide* en <www.bapsc.org.uk>.

⁴⁰ Esta iniciativa de un conglomerado de EMSP, con el apoyo de la Confederación Helvética y la participación del Centro de Ginebra para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas, de elaboración de un «código global de autorregulación», con mecanismo de queja incluido. El «Grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación», uno de los cuarenta procedimientos especiales de las Naciones Unidas que funcionan dentro del Consejo de Derechos Humanos, ha participado activamente en las consultas efectuadas, estimando que debería ir acompañado de un órgano fiscalizador independiente y autorizado. El texto del proyecto con fecha de 10 de enero de 2010 se puede consultar en: <https://www.dcaf.ch/privatisation-security/psc_pmc-coc_draft_11.01.2010.pdf>.

⁴¹ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Derechos Económicos, Sociales y Culturales: «Normas sobre las responsabilidades de corporaciones transnacionales y otras empresas de negocios con respecto a los derechos humanos», UN Doc. (E/CN.4/

Multinational Enterprises 2000 and Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones 2006, de la OCDE⁴²; los Principios del Grupo Wolfsberg⁴³; los «Principios voluntarios sobre seguridad y derechos humanos para empresas extractivas»⁴⁴; el *Código de Conducta para la Exportación de Armas Convencionales 1998*, de la Unión Europea⁴⁵, sin olvidar el ya citado Documento de Montreux, fruto de la iniciativa del Departamento de Exteriores suizo junto con el Comité Internacional de la Cruz Roja y la participación de las principales asociaciones de EMSP y los principales países sede de estas empresas⁴⁶.

Sub.2/2003/12/Rev.2), 2003. Es de destacar lo dispuesto en los párrafos 3 y 4, según los cuales «3. Las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales no participarán y no se beneficiarán de los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, tortura, desaparición forzosa, trabajos forzados, toma de rehenes, ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, otras violaciones del Derecho humanitario y otros crímenes internacionales contra las personas tal como son definidos por el Derecho internacional, en particular derechos humanos y el Derecho humanitario. 4. Las medidas de seguridad para las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales observarán las normas de derechos humanos, así como las leyes y estándares profesionales del país o países en los que operan».

⁴² OECD, *Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones* (09 de junio de 2006), disponible en <<http://www.oecd.org/dataoecd/26/21/36885821.pdf>>.

⁴³ El Grupo Wolfsberg de bancos, denominado así en honor a la ciudad suiza donde se formó, representa a un grupo de bancos privados internacionales que ha establecido un conjunto de principios aplicables a la banca. <www.wolfsberg-principles.com>.

⁴⁴ Estos principios voluntarios constituyen un marco de trabajo en el ámbito de la seguridad para compañías del sector extractivo que abarca a representantes de organizaciones de derechos humanos, sindicatos, compañías petroleras y de los Gobiernos de Estados Unidos, Reino Unido, Holanda y Noruega. En términos normativos, los Principios ayudan en el trazado de unos estándares internacionales que las EMSP han de cumplir, y las obligaciones respecto de los derechos humanos cuyo cumplimiento las compañías extractivas deberían asegurar cuando usen EMSP. *Vide* <www.voluntaryprinciples.org>.

⁴⁵ *Código de conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas*, aprobado el 8 de junio de 1998 por el Consejo de Ministros de la Unión Europea. Recoge una serie de criterios aplicables en la exportación de armas a terceros países. Se basa en los criterios comunes acordados por los quince en los consejos europeos de Luxemburgo y Lisboa de 1991 y 1992 respectivamente. El anuncio de la propuesta de un código sobre este tema se produjo en la reunión del grupo PESC del Consejo sobre Exportación de Armas Convencionales (COARM) de 12 de septiembre de 1997. El texto definitivo del Código fue aprobado por el Consejo de Asuntos Generales de 25 de mayo, entrando en vigor el 8 de junio. *Vide* en este tema MUÑOZ MARTÍNEZ, R., «El Código de conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas», en *Boletín Económico de ICE*, 21 al 27 de febrero de 2000, págs. 9 y ss.

⁴⁶ El Documento de Montreux sobre las Compañías Militares y de Seguridad Privada, fue aprobado por el «Encuentro de alto nivel de consejeros legales de los gobiernos participantes», 17 de septiembre de 2008. UN Doc. A/63/467. Fue acordado por 17 países: Afganistán, Angola, Australia, Austria, Reino Unido, Canadá, China, Francia, Alemania, Irak, Polonia, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia,

V. CONCLUSIONES

Una conclusión general estaría marcada por el hecho de que el estatuto legal bajo el Derecho internacional humanitario depende de la relación contractual entre la EMSP y el cliente, el tipo de cliente y la clase de servicios provistos. Muchas de estas empresas operan en una zona gris, sin supervisión parlamentaria ni códigos de conducta oficiales. Están en muchos aspectos fuera de los sistemas reguladores del país de origen y de la comunidad internacional, y, a menudo, actúan en estados débiles donde la responsabilidad ante la ley es, en muchos casos, inexistente. En estos momentos, parece claro que para que una regulación internacional como la Convención sobre EMSP propuesta por el Grupo de Expertos en el tema de los mercenarios⁴⁷ tenga éxito, será necesario un amplio consenso entre los estados, algo que no parece, al menos en teoría, fácil a corto plazo, dados los precedentes de otras convenciones⁴⁸.

En la actualidad nos enfrentamos a una mercantilización de la mayoría de los bienes públicos, incluyendo la seguridad⁴⁹. Se dice que es la evolución lógica del capitalismo, pero más bien parece un neo mercantilismo en el que el conflicto armado y los negocios son interdependientes entre sí. La seguridad como negocio no afronta las causas de la violencia, sino que se vende como un producto o un servicio, no como el resultado de un consenso social. Estas empresas pueden incluso intensificar la violencia entre facciones, bien por el cortoplacismo en sus acciones, o bien por su propio interés comercial en su escalada.

Suiza, Ucrania y los Estados Unidos. Con posterioridad a la publicación del Documento, otros 17 países se fueron uniendo progresivamente a la iniciativa. Por orden de firma, son: Macedonia, Ecuador, Albania, Países Bajos, Bosnia y Herzegovina, Grecia, Portugal, Chile, Uruguay, Liechtenstein, Qatar, Jordania, España, Italia, Uganda, Chipre y Georgia. En lo que respecta a España, es signataria de este documento desde el 20 de mayo de 2009. *Vide* Departamento Federal de Asuntos Exteriores, Gobierno de Suiza. <<http://www.eda.admin.ch/psc>>.

⁴⁷ Presentado de conformidad con la Resolución 10/11, de 26 de marzo de 2009, en la que se pide al grupo de trabajo que informe sobre los avances logrados en la elaboración de un proyecto de instrumento jurídico, para su debido examen y actuación por el Consejo de Derechos Humanos.

⁴⁸ La Unión Europea, el Reino Unido y Estados Unidos no apoyaron ni el proyecto de una posible convención ni la recomendación de establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta. GÓMEZ DEL PRADO, J. L., y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, *op. cit.*, pág. 83.

⁴⁹ Incluso los últimos bastiones del sistema, las Fuerzas Armadas, no son inmunes a los procesos de mercantilización que han sido previamente aplicados a funciones esenciales como policía y prisiones.

Tras el análisis efectuado, es necesario proceder a la elaboración de una propuesta que pueda resultar adecuada para la regulación de estas corporaciones. Esta regulación se debe asentar sobre cuatro pilares básicos. En primer lugar, la responsabilidad fundamental de los estados en la implementación efectiva de los estándares de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Por otra parte, la necesidad de complementar –no suplantar– la regulación estatal. En tercer lugar, la necesidad de añadir valor para otros interesados incluyendo a la propia industria y la sociedad civil. Finalmente, la necesidad de usar incentivos adecuados para influir en la conducta de los accionistas de esa industria que incluyan pero a la vez vayan más allá de las fuerzas del mercado.

Si bien se puede considerar que las empresas militares y de seguridad privadas son una consecuencia y no las causantes de la debilidad estatal, su existencia no hace más que fortalecer esta tendencia. Sin embargo, todo parece indicar que no van a desaparecer a corto plazo, por lo que urge una regulación adecuada de las mismas, y aprovechar sus aspectos positivos limitando sus claros inconvenientes.

NOTAS. COMENTARIOS

LA PERCEPCIÓN DE MILITARES DE NUEVE PAÍSES SOBRE CÓMO FUNCIONAN Y CÓMO MEJORAR LAS *RULES OF ENGAGEMENT*¹

Rafael Martínez Martínez
*Catedrático de Ciencia Política y de la Administración
Universidad de Barcelona*

«Si las tropas arrasan al enemigo es porque están fuera de sí.
(...) la mejor política es la de tomar al Estado intacto; aniquilarlo no es más que un
mal menor.

(...) los que son expertos en el arte de la guerra someten al ejército enemigo sin
combate. Toman las ciudades sin efectuar el asalto y derrocan un estado sin operaciones
prolongadas.

(...) en una batalla emplea tu fuerza normal para trabar el combate, y emplea tu
fuerza extraordinaria para obtener la victoria»

Sun Tzu, *El arte de la guerra*

1. Introducción.
2. Opiniones sobre las ROE de militares con experiencia en operaciones internacionales.
3. Conclusiones.

¹ El presente trabajo nace de un estudio que fue posible gracias a una ayuda del ICIP (Institut Català Internacional per la Pau), expediente 2010RICIP13. Proyectos de investigación en el ámbito de la paz de 2010. Igualmente queremos agradecer la imprescindible ayuda y colaboración brindada por el IEIEE (Instituto Español de Estudios Estratégicos) del Ministerio de Defensa. Este trabajo se integra en el proyecto internacional comparado *Asymmetric Warfare*, dirigido por Giuseppe Caforio (Universidad de Pisa) y auspiciado por el Research Committee n.º 1 (Armed Forces and Conflict Resolution) de la International Sociological Association (ISA) y el Working Group Military Profession del European Research Group on Military and Society (ERGOMAS).

1. INTRODUCCIÓN

Las misiones internacionales, más en concreto las integrables en el ámbito de las operaciones de paz, no han sido concebidas *stricto sensu* como intervenciones de naturaleza militar². Sí que son realizadas por personal militar y gran parte de sus funciones son de esta naturaleza, pero los cometidos que se les pueden encomendar son mucho más amplios y versátiles. Durante la Guerra Fría nunca pasaban de ser una simple administración de un alto el fuego entre dos partes. Hoy, al albur del espinoso «derecho-deber de injerencia humanitaria», una única misión comprende actividades militares, policiales, de ayuda humanitaria, de organización y control electoral, de índole civil, político-diplomáticas, de implantación y protección de los derechos humanos, etc. Es pues evidente que una operación de este calibre trasciende la naturaleza militar, es multidimensional y, por lo tanto, cada nueva operación es distinta de las anteriores³. Tan es así, que el informe que fue entregado en el Fórum 2004 de las Culturas a Javier Solana, en tanto que alto representante de política exterior y de seguridad de la UE, por parte del Study Group on Europe's Security Capabilities⁴, abogaba por la creación de una «Human Security Response Force» permanente y europea compuesta por civiles y militares para poder acometer con versatilidad y garantías las, actualmente, multidisciplinarias exigencias de una operación de paz.

Pese a que cada operación es distinta en sí misma y pese a que el tipo de actividades que en cada una se requieran sean divergentes, a todas ellas se les pueden atribuir, y requerir, unas características básicas comunes: legitimidad jurídica⁵,

² La administración norteamericana catalogaba a las operaciones de paz, hasta 1990, como *Military Operations in Low Intensity Conflict*. Hoy debido a lo erróneo de considerarlas como operaciones militares son llamadas MOOTWA (Military Operations Other Than War).

³ Sin pretensión de exhaustividad podemos hablar de al menos seis tipos de misiones internacionales bajo este patrón: (i) *Conflict Prevention*, (ii) *Peace Making*, (iii) *Peace-Keeping*, (iv) *Peace-Enforcement*, (v) *Peace-Implementation* and (vi) *Peace-Building*.

⁴ Grupo auspiciado por la London School of Economics y dirigido por Mary Kaldor.

⁵ Se concibe por tal el sometimiento al Derecho internacional y la cobertura de un organismo internacional. Este respaldo es, sin duda, uno de los elementos más importantes que definen este tipo de misiones y lo que las convierte en lícitas o ilícitas. Hay que tener en cuenta que el principio básico de las relaciones internacionales es la «no intervención», luego el respaldo de la ONU, de la UE, etc., otorga una causa de justificación a la violación del principio de respeto de la soberanía de los estados. Pero esta legitimidad alcanzada con el respaldo del organismo internacional no es ilimitada, posee objetivos concretos y tiene límites jurídicos y sociales infranqueables. De hecho, todas las reales o supuestas violaciones al Derecho de la guerra, así como los «daños colaterales» (daños producidos a cosas o personas ajenas a un objetivo militar) pueden desarrollar un efecto deslegitimador que puede llegar a invalidar todo lo realizado por más que la cobertura jurídica sea impecable (FOJÓN LAGO, 1998).

legitimidad social⁶, multinacionalidad⁷, implementación rápi-

El salto desde la prevención, el consentimiento de las partes y la no injerencia a la intervención, la imposición y la injerencia humanitaria nos advierte del peligro que la discrecionalidad supone. El vértigo de algunos acontecimientos nos está haciendo comprensivos con acciones de base humanitaria, aparentemente legítimas, y volcadas en solventar las consecuencias más que en resolver las causas del conflicto, aunque sin una cobertura legal muy nítida. Por eso, aunque parezca poco humanitario, conviene no bajar la guardia de la legalidad, puesto que al albur de la discrecionalidad, estamos viendo cómo es posible un rebrote intervencionista unilateral bajo la cobertura de defensa los derechos civiles (JIMÉNEZ PIERNAS, 2000). Al mismo tiempo, y en sentido contrario, quedarnos cercados por un positivismo ortodoxo carente de la flexibilidad que situaciones imprevisibles requieren nos dejará abonados a la inacción. Ser capaces de no renunciar a la legalidad, pero de disponer de un equilibrado margen de flexibilidad jurídica es el reto.

⁶ Junto a la cobertura jurídica es imprescindible contar con respaldo popular; o como mínimo plantear una actuación que no genere rechazo social. El apoyo de la opinión pública es indispensable para desarrollar con éxito cualquier misión internacional (ECHEVARRÍA RODRÍGUEZ, 1992). Una confianza que se beneficia del escaso riesgo que se prevé para las tropas que participan y más fácil de obtener cuanto más alejado esté el conflicto. A más lejanía más indiferencia por el tema, mayor grado de desconocimiento, menor impacto social y, por lo tanto, rechazo. En general, las operaciones de paz son altamente valoradas y aceptadas; pero ello no implica que no se perciban los riesgos.

La opinión pública es favorable si sólo participan tropas profesionales, si la misión encomendada no genera mucho riesgo y si no se siente parte del conflicto. Como contrapartida, las bajas propias, la cercanía y los daños colaterales pueden provocar un cambio de sesgo vertiginoso en la opinión pública. La cercanía, porque provoca mayor grado de conocimiento del conflicto, una mayor percepción de la complejidad y de la dimensión civil del enfrentamiento y, por lo tanto, más posibilidades de rechazo. Y el control en empleo de las armas se considera vital para mantener el respaldo de la opinión pública, porque los daños colaterales sensibilizan a la sociedad con la faceta más humana del conflicto, pasando a segundo plano la vertiente política, por muy legítima que esta sea.

Al igual que a la legitimidad jurídica le pedimos la suficiente holgura como para que no se convierta en un corsé insoportable, a la legitimidad social le debemos requerir concreción; si no, como advierte REINARES (2000), corremos el riesgo de pasar de la inoperancia a la desmesura. Por ello, urge determinar bajo qué condiciones resulta verosímil plantearse la legitimidad de una operación de paz. Es imprescindible establecer cuándo y por qué se va a actuar. PÉREZ CASADO (2000) propone que la salvaguarda de los derechos fundamentales, en tanto que patrimonio universal, debe legitimar la injerencia. Pero cada operación representa un coste económico y, lamentablemente, asumirlas ante cualquier menoscabo a los derechos fundamentales o según la presión popular puede ser una locura, además de una ruina. De ahí, que sea básico determinar intereses estratégicos y un régimen general de intervención. Si un determinado hecho encaja en esos parámetros habrá que considerar entonces el apoyo social. Pero el camino que lleva desde el apoyo social a la intervención es manipulable y, por tanto, potencialmente peligroso.

⁷ El contingente militar ha de ser multinacional. Una garantía de la legitimidad jurídica es la de forzar a participar en la decisión, pero también en la implementación al mayor número posible de Estados. En esa línea, la EU apuesta por la seguridad compartida y por la resolución de conflictos en marcos multilaterales.

Es cierto que la mezcla de diversos ejércitos puede hacer perder un tanto de operatividad, pero también evitamos la identificación de una misión con un país, si bien es habitual determinar el liderazgo de un país o grupo de países. La misión es de un organismo inter-

da⁸, lapso temporal y coste económico predeterminado⁹, transparencia¹⁰ y violencia defensiva¹¹. Gran parte de estas exigencias vienen recogidas en dos documentos esenciales en cualquier misión: (i) el Estatuto para el Personal de las Fuerzas Multinacionales (tal es el caso del SOFA –Status of Forces Agreement– en el caso de NATO) y (ii) las Reglas de

nacional y es este el que actúa. Por ello, todas las tropas han de estar convenientemente identificadas con los distintivos del organismo internacional que ha determinado la misión, y diferenciadas del resto del personal que opere en la zona. Además, puesto que la misión es de pacificación, un requisito básico en su actuación es la imparcialidad, ya que la pérdida de esta puede tener como resultado un desbordamiento incontrolable del conflicto.

⁸ Una gran parte de la efectividad de la intervención viene dada por la rapidez con que se produzca el despliegue de tropas. La inmediatez de la respuesta evita el recrudecimiento de la crisis. No obstante, el envío de un contingente de tropas multinacionales en operación de paz es una operación muy compleja que exige por parte de las FAS (i) conocimiento de la situación (terreno, condiciones meteorológicas...), (ii) coordinación de la acción, generalmente con la utilización de procedimientos operativos estandarizados, (iii) maniobrabilidad y versatilidad, lo cual permite a las tropas realizar sus cometidos incluso en condiciones adversas y además reciclarse hacia tareas que en principio no les estaban ni asignadas ni previstas y (iv) protección activa (destrucción de armamento, desminado, etc.) y pasiva (blindaje, fortificación, etc.) (SAÑUDO ALONSO DE CELIS, 1998). En este camino están los compromisos europeos de participación modular en la EUROFOR (European Rapid Operational Force) o la EUROMARFOR (European Maritime Force) creada por Italia, Francia, Portugal y España.

⁹ Tanto la financiación como la duración han de estar prefijadas como garantía de que ni habrá abusos ni habrá actividades sin responsable. Nunca una misión puede durar más tiempo del estrictamente necesario para asegurar la vida de las personas amenazadas. Por lo tanto, carece de sentido la permanencia inveterada en el territorio del conflicto una vez que se ha alcanzado el objetivo humanitario perseguido. Las misiones internacionales no se pueden convertir en protectorados o colonias. Uno de los baremos directamente relacionados con la eficacia es el tiempo transcurrido hasta que la zona en conflicto vuelve a la normalidad. Por su parte, el acuerdo sobre los costes impide que nadie apruebe la operación sin padecer coste humano y económico alguno, y evita que esta se encarezca a través de variación de medios y/o objetivos.

¹⁰ Por tal presupongo que todos los ejércitos de la fuerza multinacional han de estar al corriente de la misión: motivaciones, intenciones, objetivos, variaciones... Una operación de este calibre implica, en plano de igualdad, a un conjunto de países que, al margen de su mayor o menor participación, asumen la misma responsabilidad sobre los objetivos, medios y resultados de la operación. Ello ha de ser el producto de un flujo eficaz de información. No tendría esta naturaleza una intervención militar pensada, gestionada y llevada a la práctica por un único país. Ni incluso en el supuesto de que pidiese apoyo logístico a terceros. En este caso se trataría de una acción de un solo país que utiliza la colaboración de terceros sin explicarles e implicarles en su objetivo.

¹¹ El uso de la fuerza ha de ser limitado y además, el último recurso. La disuasión, la negociación, incluso las medidas represivas han de ser argumentos utilizados antes de dar paso al empleo de la fuerza. En definitiva, la mentalidad militar en estos supuestos debe transformarse radicalmente, debe abandonar gran parte de su capacidad guerrera, de lucha, y adquirir una sensibilidad estrictamente defensiva, en la que no son normalmente formados. Esto requiere, por tanto, un entrenamiento muy específico. No va a ser un ejército basado en la fuerza, sino en la capacidad de forzar el diálogo entre las partes y de no responder a las constantes provocaciones y quiebras de lo pactado.

enfrentamiento (ROE: *Rules of Engagement*). El Estatuto es «el instrumento legal que regula el régimen jurídico del contingente desplazado, con carácter de permanencia o como participante en una operación, en el país o países anfitriones» (Jáudenes Lameiro, 1998: 200). Entre sus principales contenidos destacan la regulación de los aspectos (i) penales-disciplinarios; (ii) administrativos, entendiendo por tales los asuntos de naturaleza económico-financiera; los indemnizatorios y asistenciales, y (iii) los privilegios y exenciones de la Fuerza Multinacional.

En cambio, con las ROE se garantiza que el empleo de la fuerza sea prudente: en situaciones de extrema necesidad y como último recurso. La importancia de las ROE radica en que (i) son un elemento técnico preestablecido para alcanzar los objetivos y además (ii) son una referencia jurídica para la legitimación de la acción (Fojón Lagoa, 1998) El contenido de estas reglas deberá estar basado en los tres principios básicos del Derecho de la guerra: necesidad, proporcionalidad y evitación de sufrimientos innecesarios¹². Sin embargo, no son pocas las veces que la literatura recoge críticas por el entorpecimiento que las ROE provocan en el normal desarrollo de estas misiones. Azari, Dandeker y Greenberg son clarísimos al respecto: «Concretamente, en las operaciones de apoyo de paz, la ambigüedad de los roles y las Reglas de enfrentamiento pueden dar lugar a un aumento de los sentimientos de frustración e impotencia» (2010:589). Mandel parece rebatir este argumento cuando afirma que en este tipo de teatro de operaciones, en ocasiones, no es fácil identificar a los oponentes y, por ello, cree necesario restringir el uso de la fuerza mediante unas robustas *rules of engagement* o el criterio del mando. Sin embargo, acto seguido, recuerda la paradoja que este tipo de normas encierran: «Podemos relajar las Reglas de enfrentamiento con el fin de mejorar el cumplimiento de la misión o de protección de la fuerza a través de una mayor libertad en la aplicación de la potencia de fuego, pero esto disminuye potencialmente la seguridad de los no combatientes. Por el contrario, cuando se aumenta la seguridad de los no combatientes, a través de restricciones en el uso del poder de fuego, nuestras tropas se convierten en, potencialmente, más vulnerables y su misión en algo más difícil de lograr» (2004:520). Vogelaar y Kramer (2004) también apuntan la idea de que la inadecuación de las ROE dificulta el éxito de las operaciones de apoyo a la paz, aunque también precisan que puede que los militares no sean los más indicados para hacer frente a las complejidades de este tipo de misiones. Ahondando en

¹² Últimamente, la protección del medio ambiente se está convirtiendo también en un factor determinante en el planeamiento del empleo de la fuerza y, por lo tanto, de las ROE, aunque es obvio que no alcanza el carácter de principio básico de los tres citados.

los militares, Britt y Adler (2003) analizan qué tipo de problemas de salud mental han creado en las tropas las operaciones de paz y el sometimiento a ROE que les constreñían en su respuesta natural. Campbell, D. J. y Campbell, K. M. advierten de la mayor complicación que las ROE ofrecen en este tipo de escenarios: «Las relativamente sencillas Reglas de enfrentamiento para programas de combate dan paso a las relativamente complicadas Reglas de enfrentamiento para mantenimiento de la paz o construcción del Estado. Decisiones automáticas y reacciones instintivas basadas en el entrenamiento de combate ceden el paso a los juicios considerados y reacciones medidas sobre la base de entendimientos culturales» (2010:341-2). Blocq, a la luz de las operaciones en África y del constreñimiento que las ROE suponen habitualmente, analiza si los soldados occidentales están preparados para proteger a los civiles ante violaciones de derechos: «Mientras la norma no refleje la obligación de utilizar la fuerza, la autorización en combinación con los mandatos hace ciertamente oportuno buscar alternativas contra las violaciones físicas de los derechos humanos» (2010:293). Van der Meulen y Soeters recuerdan el caso del sargento holandés que fue juzgado en un consejo de guerra por matar a un civil iraquí involucrado en saqueos. El sargento cayó bajo la sospecha de no haber seguido correctamente las Reglas de enfrentamiento. El sentir público dominante era que si los soldados que tienen que tomar decisiones vitales en fracciones de segundo corren el riesgo de ser juzgados en consejo de guerra, su seguridad estaba en peligro real. «En la medida en que los soldados están siendo vistos como enemigos en vez de amigos, la misión corre el riesgo de perder su viabilidad, así como su legitimidad. En tal escenario, la aceptación política y pública de las nuevas víctimas se reduciría rápidamente, no por su número en sí (aunque eso podría desempeñar su papel), sino porque el frágil equilibrio entre el logro de la misión y la protección de la fuerza sería visto como insostenible» (2005:550). Seguramente, como nos recuerda Sookermany (2011) al recoger el parágrafo 0614 de la doctrina operativa conjunta de las Fuerzas Armadas noruegas: «Las operaciones complejas de hoy en día no pueden ser completamente cubiertas por los manuales y Reglas de enfrentamiento. Nuestra capacidad para cumplir con nuestras tareas depende más bien de personas cuyo juicio esté bien desarrollado y maduro».

Por ello, por la indiscutible necesidad de unas ROE para llevar a término este tipo de misiones internacionales y por la controversia que, al mismo tiempo, suscitan entre quienes deben cumplirlas, el objetivo de este estudio es desentrañar cuál es la razón de ser –intuimos más política que militar– de las ROE en este tipo de operaciones y cuál es la percepción que tienen de las mismas soldados, suboficiales y oficiales de bajo ran-

go que han participado en este tipo de misiones. En concreto, queremos saber, desde su personal experiencia de trabajo bajo su régimen, el grado de adecuación que han observado en ellas y, en su caso, qué tipos de disfunciones han percibido al verse obligados a aplicarlas. Las respuestas que nos van a permitir afrontar nuestros objetivos de investigación provienen de la base de datos internacionales generada por el proyecto de ISA RC n.º 1 y ERGOMAS WG *Military Profession: Asymmetric Warfare*, en el que ha participado el grupo español de investigación GRAPA que realizó las entrevistas a militares españoles¹³. Este proyecto arrancó en más de una veintena de países y tenía por objetivo conocer la realidad operativa de las guerras asimétricas a través de los integrantes –sin responsabilidad de alto mando– de los contingentes militares a ellas enviados. Cada país debía realizar un centenar de entrevistas en profundidad, semiestructuradas, a militares que hubieran participado en misiones internacionales, principalmente de aquellas que responden a un conflicto del tipo guerra asimétrica¹⁴, entre los años 2000 y 2010. El cuestionario utilizado constó de 21 preguntas, en las que, además de obtener datos socio-demográficos, se interrogaba a los

¹³ Group of Research and Analysis on Public Administration. Grupo de investigación reconocido de la Universidad de Barcelona. (<www.ub.edu/grapa>). Los miembros de GRAPA que han realizado el estudio del caso español han sido Rafael Martínez (dir.), Marién Durán, Antonio Díaz, Isabel Adé, Fernando Padilla e Inmaculada Bayarri. El trabajo completo puede encontrarse en:

<<http://www20.gencat.cat/docs/icip/Continguts/Publicacions/Documents%20i%20informes/Arxius/Resultats%20de%20Recerca%2003.pdf>>

¹⁴ Somos plenamente conscientes, y fue fruto de no pocas discusiones mientras se configuraba el proyecto, de lo difuso y esquivo que todavía resulta el concepto «guerra asimétrica». Y que conceptos como «nuevas guerras» (KALDOR, 2003) o MOOTWA (Military Operations Other Than War) del Ejército estadounidense están más aceptados; pero el equipo internacional creyó que la asimetría era el concepto que mejor describía el tipo de misión que se pretendía analizar. Entendiendo por tal el conflicto entre actores que presentan diversas fortalezas, valores y tácticas. Se trata de una lucha no demasiado convencional, en ocasiones, entre beligerantes desiguales. Lo que implica una gran desproporción de fuerzas, desigual estatus, desigualdad numérica, formas de combate distintas, métodos, procedimientos y medios disimiles, motivaciones y alianzas dispares, factores geográficos que supongan una distinta familiaridad con el terreno, y estrategias y tecnología desigual. No se debe confundir con el término disimetría, el cual nos indica la desproporción simple de la fuerza o de calidad entre dos actores, pero nunca en la diferencia en la cantidad de medios y la forma de actuar (LIND, 1989; NYE, 1996; MCINNES, 1999, 2006; KALDOR, 2001; DUFFIELD, 2004; BELLAMY, 2004; SHAW, 2004, y MÜNKLER, 2005). El concepto de guerra asimétrica se retoma y recobra actualidad tras los atentados del 11-S y, pese a que la mayoría de los análisis que se han elaborado desde entonces se han centrado exclusivamente en estudiar conflictos como el de Irak o Afganistán, las guerras asimétricas pueden estructurarse en una amplia tipología que abarca multitud de conflictos. Incluso podríamos afirmar que la inmensa mayoría de los conflictos contemporáneos son asimétricos. Sin embargo, el estudio se circunscribe a aquellos casos en los que participa el Estado; es decir, cuando existe, por tanto, participación de las Fuerzas Armadas.

militares sobre aspectos como su motivación para participar en las misiones, las experiencias adquiridas y su valoración sobre el contacto mantenido con los actores en el teatro de operaciones, entre otros. Para poder citar lo expresado por los entrevistados sin vulnerar su intimidad optaré por el modo de cita utilizado en el proyecto internacional. Es decir, cada fuente oral individual es citada con tres letras mayúsculas que corresponden al nombre del país en inglés (por ejemplo, «SPA» es el correspondiente a España), seguido de «A», «B» o «C» (según se trate del Ejército del Aire, de la Armada o del Ejército de Tierra, respectivamente) y finalmente un número correlativo que se le asignó aleatoriamente a cada entrevistado. Para el estudio de las respuestas se ha utilizado, internacionalmente, el *software* de análisis de discursos NVivo8 y, además, en el caso español se han tabulado las respuestas y se ha generado una matriz estadística que hemos analizado mediante el SPSS. Finalmente, hemos sido nueve los países que hemos concluido el estudio del caso (Bulgaria, Corea del Sur, Dinamarca, Eslovenia, España, Filipinas, Italia, Sudáfrica y Turquía), y no todos han cumplido con el número exigido de entrevistas, lo que ha supuesto disponer solo de un total de 541 entrevistados.

Al objeto de acotar una mínima precisión terminológica, conviene fijar, someramente, algún concepto. Así, cuando hablamos de enfrentamiento, hablamos de lucha, de combate, pero también hablamos de compromiso, del deber, de la obligación adquirida. Por otro lado, como indica Mandel, «las tradicionales armas militares requieren que los mandos hagan el difícil *trade off* de decisiones que contemplen el equilibrio adecuado entre el cumplimiento de la misión, la protección de la fuerza y la seguridad de los no combatientes» (2004:520). Por lo tanto, las Reglas de enfrentamiento son las reglas de los mandos para el uso de la fuerza. De acuerdo con la OTAN las podemos definir como las circunstancias, condiciones, grado y manera en que la fuerza –incluso letal–, o acciones que pudieran interpretarse como una provocación, pueden ser aplicadas por las Fuerzas Armadas durante una operación militar¹⁵. Las ROE implementan decisiones de política estratégica. «Las ROE proporcionan dirección política a la conducción de las operaciones militares, incluyendo las autorizaciones para o limitaciones a la amenaza o al uso de la fuerza o la acción que pudiera interpretarse como una provocación. El propósito de las ROE es asegurar que la aplicación de la fuerza está controlada por dirigir el grado de restricción o de libertad permitida cuando se lleva a cabo una misión asignada» (NATO,

¹⁵ Véase MC362/1 *NATO Rules of Engagement* documento aprobado por el Consejo de la OTAN el 30 de junio de 2003.

2010:258). Para ello las ROE deben ser breves, claras, precisas y comprensibles por militares de cualquier nivel y evitar, por tanto, contradicciones, ambigüedades o confusiones. Las ROE deben ser un instrumento flexible diseñado para apoyar mejor a la misión en sus diversas fases operativas y deben, igualmente, reflejar los cambios en la amenaza.

Sin privar a los militares de su derecho a la legítima defensa¹⁶, las ROE pueden limitar el uso de la fuerza, máxime en operaciones de pacificación. De ahí que su mayor riesgo sea el de una infrareacción o una sobreactuación ante una situación. «Las ROE están diseñadas para asegurar que las actividades del personal militar se mantienen dentro de la ley y están en consonancia con la política del Gobierno; no son una declaración exhaustiva de la ley o la política, aunque se tienen en cuenta a ambas. Las ROE definen las restricciones impuestas a las actividades militares, así como las libertades permitidas, y reflejan el contexto operativo en el que se prevé que se puede utilizar la fuerza. Un compañero permanente de las ROE es el inherente e inalienable derecho de actuar en defensa propia, cuando esa actividad es, a la vez, razonable y necesaria» (Ministry of Defence, 2008, Chapter 1:16).

De lo dicho se desprende que al diseñar las ROE se combinan requerimientos legales, operacionales y políticos y aparecen siempre los conceptos necesidad y proporcionalidad. Con todo ello se busca reducir los daños colaterales, las bajas y, en definitiva, aumentar la efectividad de las operaciones. Las ROE son un instrumento de control civil sobre las Fuerzas Armadas y permiten a los líderes políticos anteponer, sobre el terreno y ante las amenazas, los objetivos político-estratégicos a los procedimientos militares en el uso de la fuerza. Ello no elimina el que en cada nivel de la jerarquía operativa se determinará un responsable (mando) de la toma de decisiones y de su ejecución. Aunque limiten su capacidad de decisión, las ROE nunca relevan a los mandos militares de sus responsabilidades. Pero, como es de suponer, en los casos de Multinational and International Military Missions different to War las ROE son más restrictivas en la aplicación de la fuerza de combate. Igualmente, el sometimiento de las ROE al derecho es absoluto. Nunca bajo su paraguas pueden justificarse acciones ilegales y no pueden regular ni en contra los derechos estatales ni en contra del Derecho internacional (Alía Plana, 2009). De hecho, si en una operación multilateral las ROE colisionan con algún derecho de los estados

¹⁶ «Empleo de la fuerza proporcional y necesaria, incluyendo una fuerza crítica, para defender sus fuerzas y el personal contra un ataque o un inminente ataque» OTAN (1998).

participantes, este podría plantear una *caveat* y anular ese aspecto concreto para sus fuerzas armadas.

En la confección de las ROE suele haber dos procederes. O bien se regulan *ex novo* para cada misión concreta, o bien, en operaciones bajo el auspicio de ONU, UE o OTAN, se seleccionan aspectos concretos de las, previamente redactadas y aprobadas, SROE (*Standing Rules Of Engagement*)¹⁷. Las SROE configuran un compendio de posibles respuestas en el uso e intensidad de la fuerza ante hipotéticas situaciones y, en buena medida, adelantan objetivos globales que cada organización pretende ante las operaciones¹⁸. Cuando ante una concreta misión se elabore el OPLAN (Operation Plan), según el análisis del concreto escenario en el que esta se va a desarrollar, será el momento en el que se elijan las medidas de las SROE que se entiendan más oportunas y se integren como ROE dentro de ese OPLAN.

Según lo dicho, las ROE pueden limitar el uso de la fuerza en función del tipo de misión que se vaya a desarrollar, de los objetivos políticos que se quieran alcanzar y de la normativa que le sea aplicable. Pero las ROE nunca pueden cercenar el mínimo fijado en el acrónimo RAMP (R: Return Fire with Aimed Fire, A: Anticipate Attack, M: Measure the amount of Force, P: Protect with deadly force only human life)¹⁹. Fórmula que, garan-

¹⁷ Las SROE de ONU, UU y OTAN son MC 362/1 *NATO Rules of Engagement*, June 30, 2003; EUMC Mtg. Doc. 67/1/05 REV1, February 20, 2006 and UN MD/FGS/0220.0001(2000) *UNDPKO, Guidelines for the Development of Rules of Engagement for Peace Keeping Operations*.

¹⁸ Es decir, la ONU muestra un *character restrictive*: «In the volatile and potentially dangerous environments into which contemporary peacekeeping operations are often deployed, these ROE should be sufficiently robust to ensure that a United Nations peacekeeping operation retains its credibility and freedom of action to implement its mandate. The mission leadership should ensure that these ROE are well understood by all relevant personnel in the mission and are being applied uniformly» (UN, 2008), y la UE muestra mucha preocupación por los derechos humanos: «Human rights elements should be incorporated into the full range of planning documents for ESDP (European Security and Defence Policy) missions, including CONOPS (Concept of Operations), OPLAN (Operation Plan) and rules of engagement. These documents should incorporate elements related to both respect for human rights by ESDP missions and the way in which the mission should promote respect for human rights in the mission area» (EU; 2008).

¹⁹ «Devuelva fuego con fuego dirigido: devuelva fuerza con fuerza, Vd. siempre tiene derecho a repeler actos hostiles con la fuerza necesaria. Anticipe el ataque: sea el primero en usar la fuerza, pero solamente si percibe claros indicios de intentos hostiles. Mida la cantidad de fuerza que va a utilizar, si el tiempo y las circunstancias lo permiten. Use solamente la cantidad de fuerza necesaria para proteger las vidas y cumplir la misión. Proteja con fuerza mortífera solamente la vida humana y la propiedad designada por su comandante. Detenga la fuerza mortal cuando proteja otros bienes» (Headquarters, Department of the Army, 2000, Chapter 8:15).

tizando la legítima defensa, lleva implícita, al mismo tiempo, la exigencia de necesidad y proporcionalidad en la fuerza utilizada para defenderse²⁰.

Finalmente, como nos advierte McClung (2004), si las ROE no son entendidas y entrenadas pueden tener un efecto desastroso en la ejecución de la misión. El entrenamiento y la formación previos resultan cruciales para cualquier misión: «La formación y difusión de las ROE deberán ser parte de la formación general y del entrenamiento específico de la misión de las tropas. La difusión de las ROE está evidentemente limitada por razones de clasificación; pero el conocimiento de las Standing ROE, la planificación, la interpretación y la estructura de la ROE es evidentemente un tema necesario de los entrenamientos genéricos» (NATO, 2010:261-2). Igualmente podríamos decir del mínimo conocimiento de la fórmula RAMP para la legítima defensa.

2. OPINIONES SOBRE LAS ROE DE MILITARES CON EXPERIENCIA EN OPERACIONES INTERNACIONALES

En el estudio *Asymmetric Warfare*²¹ una de las preguntas realizadas en las entrevistas ha sido: ¿Qué opinión le merecen las ROE (Reglas de enfrentamiento) de la misión? Con ella se buscaba que cada entrevistado nos contase cuál había sido su experiencia con las ROE en el/los teatros de operaciones en los que hubiese participado. Se esperaba que, desde la no integración de sesgo alguno por parte del entrevistador, el militar explicase, con radical libertad, sus opiniones y experiencias en el manejo de las ROE. Así ha sido en siete de los nueve países (Dinamarca, Italia, Filipinas, Eslovenia, Sudáfrica, Corea de Sur y España). En cambio, Turquía y Bulgaria introdujeron modificaciones en la pregunta que alteran la información

²⁰ Por un lado, la «necesidad» nos exige que el uso de la fuerza sea imprescindible, el último recurso, para asegurar la autodefensa. «El principio de necesidad permite participar a las Fuerzas Armadas solamente contra aquellas fuerzas que cometen actos hostiles o que demuestra claramente la intención hostil. Las definiciones de acto hostil y la intención hostil completan el sentido de la necesidad. Un acto hostil es un ataque o cualquier otro uso de la fuerza. Intención hostil es la amenaza del uso inminente de la fuerza.» (Headquarters, Department of the Army, 2000, Chapter 8:5). Por otro, el requerimiento de «proporcionalidad» en el uso de la fuerza permite solo la mínima fuerza con la que garantizar la defensa. «El principio de proporcionalidad exige que la fuerza utilizada sea razonable en intensidad, duración y magnitud, basándose en todos los hechos conocidos por el comandante en el momento, para contrarrestar de manera decisiva el acto hostil o intención hostil y para garantizar la seguridad permanente de las Fuerzas Armadas» (Headquarters, Department of the Army, 2000, Chapter 8:6).

²¹ Véase nota 1.

recibida. En el caso de Turquía el entrevistador le precisaba al entrevistado algunos ejemplos prácticos de lo que podría representar su respuesta²², lo cual, lógicamente, ha introducido un sesgo en el tipo de respuestas sobre la inadecuación de las *Rules of Engagement* que luego veremos. En Bulgaria se modificó la pregunta. En lugar de mantener la pregunta y analizar con posterioridad qué tipos de respuestas se producían y a dónde nos llevaba el análisis, se optó por entender que las respuestas solo nos debían conducir a «en qué casos las ROE habían creado dificultades» y así se preguntó²³. Ello no anula las respuestas, pero sí que nos ha privado de información, recogida en el resto de los países, que discrimina entre aquellos entrevistados para los que las ROE han sido inadecuadas, adecuadas o los que han evitado valorarlas, admitiendo que las conocen y las obedecen.

Tal y como refleja la tabla 1, una quinta parte de los entrevistados no ha respondido a esta pregunta. Los entrevistados surcoreano, casi de modo unánime (94%), no aportan valoración sobre las ROE, en tanto que españoles (6,5% de No sabe/No contesta) y búlgaros (6,8%) son los que menor problema han tendido para responder. Bajo el epígrafe «No sabe/No contesta + Materia clasificada» he integrado a todos aquellos que se han negado a responder o a los que han manifestado no tener nada que decir o han respondido que nunca se han visto en la tesitura de tener que aplicarlas y no tienen opinión al respecto. «No hemos tenido contacto y no esperaba ningún contacto con el ‘enemigo’, así que no tenemos ninguna relación con la ROE. Yo las conozco, pero no las esperaba usar» (DKA02). «Nunca las he utilizado» (SAA15). «Nunca he tenido ocasión de aplicarlas» (ITC92). También ha habido algún caso aislado que ha explicitado que eso era materia reservada y que había trasladado informe a su superior jerárquico y por ello no nos respondía. Así, por ejemplo, ante la pregunta formulada en Bulgaria sobre si les generaron dificultades en el trabajo (BGC16) responde: «Sí, en muchos casos. No quiero dar ejemplos aquí. Ya lo he indicado en el informe clasificado». En todo caso, un 79,3% sí que nos ha respondido a la pregunta y nos ha facilitado con ello información sobre la adecuación o inadecuación que, en su opinión, tienen las ROE y, caso de percibir problemas, nos han advertido de qué tipo han sido estos.

Hemos catalogado como «Sin problemas» aquellas respuestas en las que el entrevistado ha ofrecido un razonamiento de corte burocrático.

²² Teniendo en cuenta los diferentes países mando o los cambios de tiempo o cambios en la situación política, ¿cambiaron las ROE?

²³ ¿Hubo casos en que las restricciones nacionales a las reglas de conducta (ROE) durante la misión le crearon dificultades en su trabajo en el entorno multinacional / o de la coalición? Sírvase proporcionar ejemplos.

Tabla 1.- ¿Qué opinión le merecen las ROE (Reglas de enfrentamiento) de la misión?

	Bulgaria		Dinamarca		Italia		Filipinas		Eslovenia		Sudáfrica		Corea Sur		España		Turquía		TOTAL	
	%	(n)	%	(n)	%	(n)	%	(n)	%	(n)	%	(n)	%	(n)	%	(n)	%	(n)	%	(n)
No sabe/No contesta +	6,8	(4)	13,5	(5)	26,5	(22)	0	(0)	0	(0)	21,3	(20)	94	(47)	6,5	(6)	23,5	(8)	20,7	(112)
Materia clasificada																				
Responde a la pregunta	93,2	(55)	86,5	(32)	73,5	(61)	100	(41)	100	(50)	78,7	(74)	6	(3)	93,5	(87)	76,5	(26)	79,3	(429)
TOTAL	100	(59)	100	(37)	100	(83)	100	(41)	100	(50)	100	(94)	100	(50)	100	(93)	100	(34)	100	(541)
a/ Sin problemas	25	(8)	11,5	(7)	53,7	(22)	32	(16)	45,9	(34)	33,3	(1)	20,7	(18)	23	(6)	29,9	(6)	29,9	(112)
b/ Adecuada	80	(44)	(1)	70,5	(43)	4,9	(2)	20	(10)	13,5	(10)	--	--	34,5	(30)	11,5	(3)	28,6	(107)	
28,1																				
c/ Inadecuada	20	(11)	46,9	(15)	18	(11)	41,5	(17)	48	(24)	40,5	(30)	66,6	(2)	44,8	(39)	65,4	(17)	41,4	(155)
TOTAL	100	(55)	100	(32)	100	(61)	100	(41)	100	(50)	99,9	(74)	99,9	(3)	100	(87)	99,9	(26)	99,9	(374)
(i) Inexplicadas	36,4	(4)	--	--	--	--	5,9	(1)	8,3	(2)	--	--	--	--	15,4	(6)	--	--	7,8	(13)
(ii) Restrictivas	45,5	(5)	73,3	(11)	54,5	(6)	35,3	(6)	20,8	(5)	36,7	(11)	--	--	46,2	(18)	23,5	(4)	39,8	(66)
(iii) Inespecíficas	18,2	(2)	6,7	(1)	45,5	(5)	11,8	(2)	62,5	(15)	23,3	(7)	100	(2)	25,6	(10)	70,6	(12)	33,7	(56)
(iv) Indefensión	--	--	20	(3)	--	--	35,3	(6)	8,3	(2)	33,3	(10)	--	--	12,8	(5)	--	--	15,7	(26)
(v) Falta formación	--	--	--	--	--	--	11,8	(2)	--	--	6,7	(2)	--	--	--	--	5,9	(1)	3	(5)
TOTAL	100	(11)	100	(15)	99,9	(11)	100	(17)	99,9	(24)	100	(30)	100	(2)	100	(39)	100	(17)	100	(166)

(1) Bulgaria cambió la pregunta, y aquí agregamos todos los que manifestan no haber tenido problemas con las ROE.

(2) No hemos considerado los resultados de Bulgaria por no poder desagregar entre los que responden adecuado y los que las obedecen sin más.

(3) Turquía introduce un ejemplo en la formulación de la pregunta que lleva a muchos entrevistados a responder no sobre las ROE, sino sobre si estas eran o no cambiantes según el país aliado, la misión o la evolución del teatro de operaciones.

(4) Sí que hemos considerado los 11 casos de Bulgaria que las estiman no adecuadas.

«Todos conocemos las ROE y somos capaces de aplicarlas» (ITC57E). «Algunas ROE cambiaron bastante. No tengo una opinión, solo las sigo» (SPAC45). «Las seguimos» (ITC29). «No es relevante/aplicadas» (DKC19). «Fáciles de entender» (ITA03). «Las ROE eran muy claras y sonaban. No nos obstaculizaron el trabajo de ninguna manera. Eran los reglamentos y procedimientos en los casos en que las armas iban a ser utilizadas.» (SIC10). La obediencia, como principio básico que rige entre los militares, aparece en este modelo de respuesta. «Había un procedimiento estándar determinado por la EUFOR. Llevamos a cabo todas las misiones de acuerdo con ese procedimiento» (TURA26). «Parte de mi trabajo, yo tenía claras las reglas cuando se trata de vida o muerte» (DKB05). «Yo no sé todas las reglas de conducta. Acabamos de conocer algunas de ellas después de volver de la misión. Pero adaptamos nuestro trabajo conforme a bajo qué mandato estábamos: la ONU, la OTAN, etc. Mi opinión al respecto es que debemos obedecerlas, porque nuestro deber como personal militar es obedecer órdenes» (SPAB04). «Conozco las ROE, las respeto, las asumo y no las discuto»: un tipo de respuesta que evita manifestarse sobre la adecuación y únicamente asume su existencia, conocimiento y cumplimiento. «No tuvimos problemas o dificultades para comprender y actuar de acuerdo con las Reglas de enfrentamiento» (DKC07). «Fueron lo suficientemente claras y trabajé estrictamente según las ROE» (SIC25). «Sabíamos perfectamente a lo que íbamos y qué íbamos a hacer» (SPAB17). «Creo que debemos poner en práctica las ROE con el fin de evitar errores» (SPAC10).

De entre el 79,3% que responde a la cuestión sobre las Reglas de enfrentamiento, un 30% adopta este modo de respuesta. Sudafricanos (45,9%) y filipinos (53,7%) son los que en mayor medida adoptan esta manera de responder hasta el punto de que se convierte en su principal modelo de respuesta. «Siempre llevábamos encima las reglas» (SAA16). «Respecto de las Reglas de enfrentamiento, no había ningún problema, ya que era una misión de mantenimiento de la paz» (SAB12). «Las ROE eran parte de nuestra rutina diaria, conocerlas y obedecerlas» (SAC07). «Se nos han dado órdenes estrictas de seguir las ROE. Sean cuales sean las reglas del lugar, las seguimos. No las violentamos. Solo porque seamos militares no significa que podamos violarlas. Les decimos a todos nuestros soldados que sean las que sean las normas del lugar, nosotros seguimos las ROE. Esto hace que nuestra estancia con ellos sea más pacífica» (FHC01). «Se hace mucho énfasis en mantener a los civiles a salvo. Aconsejamos a los hogares individual es no albergar rebeldes en sus casas» (FHC06). «Tenemos cuidado en no violar los derechos humanos. Esto afectaría a nuestro

ejército. Si usted hizo algo mal, por ejemplo, poniendo una mano sobre un civil, una causa (administrativa o civil) será incoada contra usted. Es por eso que seguimos estrictamente las ROE» (FHC23).

Bajo el epígrafe «Adecuadas» hemos integrado todas aquellas respuestas que consideran, explícitamente, a las ROE como adecuadas para el tipo de misión que se ha desarrollado. En líneas generales, los que reconocen la valía de las ROE no suelen explayarse argumentando el porqué. Incluso los hay que lo hacen expresando dudas respecto de si han de valorarlas o no: «No es mi trabajo juzgarlas; pero en todo caso parecían adecuadas» (ITC04). Pero hay excepciones que, junto con la apreciación como adecuadas, integran el argumento que sustenta esa valoración. Normalmente, se refieren al hecho de que facilitan los objetivos de la misión: «Como Sudáfrica es sofisticado, las ROE ayudaron mucho en la liberación de la mente de las partes en conflicto, especialmente los grupos rebeldes (Maimais)» (SAC06). «Aunque es diferente de la guerra convencional normal, nos guiamos por un capítulo en particular. La falta de cumplimiento con el mandato puede desembocar en la pérdida de fe en la Organización por parte de la población local» (SAC16). «Adecuada y coherente con los límites que nuestro gobierno declaró para nuestra misión» (ITA02). «Nos dijeron que nuestras ROE eran para una misión de imposición de la paz. Ellos no nos iban a disparar a menos que les disparásemos. Y no nos sucedió en esta misión. Servimos principalmente como un amortiguador entre las diferentes fuerzas armadas que operan en la zona» (SAC54). Pero también las hay que encuentran otros argumentos para estimarlas adecuadas: «Adecuada; son una buena ayuda para el comportamiento» (ITC85). «Siendo católico, agradecí las limitaciones creadas para evitar daños colaterales a la población local» (ITC27). Salvo para los italianos, que utilizan este tipo de respuesta como la mayoritaria (70,5%), entre el resto de los que responden, esta apreciación de las ROE es la menos utilizada de las tres (28,6%)²⁴.

En oposición a «Adecuada» aparece, claro está, «No adecuada». Opción que ha resultado la mayoritaria, siempre que no agreguemos las dos categorías previas (aceptación sin cuestionamiento y valoración positiva) que sumadas alcanzan el 59%. Así, un 41% de los que responden se inclinan por valorar las ROE como inadecuadas, destacando turcos y sudafrica-

²⁴ Tal y como he advertido, Bulgaria modificó la pregunta inicial (“Were there cases where national restrictions of rules of conduct (ROE) during the mission to create difficulties in your work in a multinational environment / coalition? Please, provide examples») y por esta razón no hemos podido distinguir entre las respuestas que consideran que las ROE son adecuadas y aquellas que las han aceptado con obediencia militar; pero evitan en su respuesta referirse a su adecuación, las que hemos catalogado como «Sin problemas».

nos que alcanzan las dos terceras partes. Las respuestas que determinan la inadecuación las hemos agrupado en cinco categorías diferentes en función de las razones que exponen: (i) Inexplicada, (ii) Restrictiva, (iii) Inespecífica, (iv) Indefensión y (v) Falta de formación.

Como «Inexplicada» hemos recogido aquellos entrevistados que no dan ninguna explicación (7,8%). Solo las ven mal sin especificar razón alguna, sin precisar un porqué. «Restrictiva» es el epígrafe que agrupa todos los que apuntan a restricciones, a la insuficiencia de las ROE, a la frustración que les provocan, a las sensaciones de inoperatividad a que se han visto sometidos por tener que seguirlas o incluso al ridículo militar que les ha supuesto no actuar como los militares que son. Los que han tenido que poner a un lado sus impulsos militares y han tenido que hacer un ejercicio de contención que les ha resultado frustrante. Se trata de la principal causa de inadecuación que resulta de las respuestas obtenidas. Un 40% de los que perciben inadecuación alegan esta causa. Más de la mitad en el caso de los italianos (54,5%) y tres cuartas partes de los daneses (73,3%). «Ellos son bastante limitantes para las unidades del ejército: de hecho, no pueden arrestar a alguien, ya que tienen que actuar a través de las fuerzas libanesas» (ITC24). «Nuestras ROE son bastante limitantes: el principal problema es la diferencia entre las ROE de diferentes países. Las fuerzas locales no siguen ninguna ROE y actúan como ellos quieren» (ITC30). «Pero el hecho de que no podía disparar/participar antes de ser disparado era ridículo para mí» (SAB19). «Advertencias nacionales se imponen para limitar la participación de las tropas búlgaras en situaciones peligrosas. Esto es un problema» (BGC02). «Podía, en ciertas situaciones, provocar sentimientos de frustración e impotencia» (DKA03). «Creo que las Reglas imponen una restricción innecesaria a los soldados en casos en los que la población local tiene que estar protegida contra la violación, el asesinato, etc. A un mando debe dársele más mano libre para actuar proactivamente según la estrategia militar» (SAC02). «Me quedé impresionado con nuestro mandato, ya que no podíamos atacar o impedir que los rebeldes aterrorizaran a las mujeres y niños que estaban indefensos. Realmente siento que las fuerzas de paz deben ser autorizadas a abrir fuego contra los rebeldes. Hubo un momento en que los rebeldes llegaron a un campamento en busca de personas que huyeron de su cautiverio. Esto no habría sucedido si los rebeldes supiesen que iban a ser expulsados por las fuerzas de paz» (SAC40). «(las ROE) No pueden ser siempre fieles a la situación y, a veces, no permiten al mando adoptar las mejores decisiones en el campo» (ITC73). «Las ROE son muy estrictas para nosotros. Nuestras ROE nacionales son muy rígidas y, a veces, creo que nos impiden hacer nuestro trabajo» (TURA18). «Considero

que limitan la capacidad de defensa propia y ampliada. En mi opinión, limitan el uso de la fuerza de una forma tan restrictiva, y la autorización lleva tanto tiempo, que la respuesta armada se da tarde. Ellas nos atan las manos, considero que, como estándar, deben tener un nivel de ejecución más bajo y deben mejorar nuestra situación para permitir una mejor defensa propia; eso significa que el poder político debe confiar mucho más en los mandos en el campo» (SPAB14). «Sinceramente, creo que casi no dejan margen de maniobra para enviar comandos cuando debemos tomar decisiones delicadas, como en la experiencia de secuestro del Alakrana²⁵» (SPAB10). «Las ROE se hacen para unificar los diferentes criterios de las unidades que participan en la misión. Puede ocurrir que la diferencia de tiempo entre el pedir autorización y el permiso lleve algún tiempo, y puede afectar a la acción» (SPAB32). «Las ROE son demasiado estrictas. Según ellos hay que ser demasiado ‘diplomático’» (SPAC47). «Las ROE deben ser más permisivas para que garanticen una mayor seguridad a nuestras tropas y estén respaldadas por la ley. Las ROE deben ser ofensivas, no defensivas» (SPAC16). «Frustrante bajo la ONU. No se nos permitía hacer nada. Debíamos notificar la conducción de la columna a las autoridades locales. DanBat no tenía apoyo aéreo. La seguridad es central y tiene que ser alcanzada. No hemos de ser unidades logísticas, sino unidades militares operativas» (DKC22).

Como «Inespecífica» hemos agrupado las respuestas que perciben a las ROE como poco claras o específicas. Es decir, demasiado genéricas y no ajustadas a cada misión. No se distinguen según el escenario o según las evoluciones que el escenario va teniendo según avanza la misión. «No siempre son comprensibles, porque están escritas por los políticos» (ITC16). «En cuanto a las reglas de combate, las ROE deben ser reguladas de manera más realista teniendo en cuenta las situaciones locales de la nación para ser desplegados. Creo que las ROE deben ser diferentes según la situación de la nación» (KRC01). «No son muy claras. En teoría, en Italia no teníamos advertencias, pero por vía oral era: «no te atrevas a disparar», etc. Las peticiones ISAF fueron para misiones de apoyo a las fuerzas terrestres, pero tuvimos que pedir permiso a Italia y nos decían ‘no estás haciendo esta misión’» (ITA06). «Nosotros aplicábamos dos conjuntos de reglas: las ROE de la misión y las normas nacionales. En algunos casos, estos dos conjuntos de reglas son contradictorios, y nadie en Eslovenia podría decir qué conjunto de normas prevalece en algunas situaciones. Según las primeras reglas se nos permitió abrir fuego, mientras que según el

²⁵ Barco pequeño español capturado por piratas.

otro conjunto de reglas solo se permitía dar advertencias» (SIC03). «Para las tareas que tuvimos eran lo suficientemente claras, pero si algo iba mal las ROE eran muy rígidas y no tan claras sobre qué hacer en ciertas situaciones. Esto creó tensiones sobre cómo actuar en caso de que algo extraño estuviera pasando, y no se sabía cómo reaccionar ante esto» (SIC23). Estamos ante la segunda razón, en volumen de respuesta (33,7%), que los entrevistados utilizan para argumentar la inadecuación de las reglas que regulan el uso de la fuerza. Para los eslovenos (62,5%) y los turcos (70,6%) se trata de la principal razón de inadecuación, muy por delante del supuesto carácter restrictivo. Sin duda, en este último caso el cambio que se produjo en la pregunta ha generado un sesgo definitivo hacia este modelo de respuesta entre los que valoran problemáticas las *Rules of Engagement*.

Hemos calificado de «Indefensión» las respuestas de aquellos que, bajo fuego enemigo o en una situación de riesgo potencial, han sentido que la prohibición del uso de la fuerza les ha puesto en peligro. «No muy bien. Los talibanes han aprovechado nuestro débil liderazgo que ha costado vidas» (DKC10). «Las ROE no son suficientes, en muchos casos te dejan bastante desprotegido» (SPAC26). «Los perfiles de vuelo son muy vulnerables a los ataques, las rutas normalizadas y puntos de encuentro abren la vulnerabilidad» (SAA05). «En una ocasión tuve mucho miedo porque estábamos en la línea de fuego de los rebeldes y tuvimos que proteger a la familia de nuestro ministro y no había mucho que pudiéramos hacer; de nuevo, porque no se nos permitía disparar» (SAB06). «En ocasiones, para una persona parece suicida una misión de paz, ya que a veces doblas tus brazos mientras sabes que podrías luchar. En cambio, para ellos no hay reglas de combate» (SAB07). «Cuando nos enfrentábamos a los enemigos no había Reglas de enfrentamiento. La cuestión no es si había o no civiles. Los derechos humanos se convirtieron en un problema solo cuando hubo quejas contra nosotros. Seguramente había mujeres y niños combatientes. Por lo tanto, cuando nos enfrentamos a un fuego enemigo, la cuestión de si hay mujeres o niños ya no es importante» (PHIB09). «Creo que en general las ROE españoles son muy ligeras, que no te dan capacidad de reacción. Te dejan bastante indefenso. Como te dije, yo no patrullé, pero sé que no se puede utilizar la fuerza hasta que tu vida está realmente en peligro. En ese sentido, creo que estamos un poco indefensos» (SPAC07). «Las ROE son una cosa muy difícil de mantener. Hay que ser valiente para manejar la situación y actuar en consecuencia. También creo que es más difícil cuando se trata de niños soldados, porque son muy rápidos apuntando con sus rifles a las tropas de mantenimiento de la paz» (SAC25). «Siempre he pensado que es una misión suicida, porque esa gente, que a veces pagan sus

frustraciones con nosotros y que nosotros esperamos que tengan siempre una sonrisa en su cara y estén tranquilos, nos arrojan piedras» (SAC32). «Estaba frustrado de que nosotros (Dinamarca) fuésemos los únicos que tuviéramos un enfoque muy restrictivo en la frontera con Pakistán. Esto significa que en determinadas situaciones no éramos capaces de ayudar a las unidades aliadas si eran atacadas; ¡muy insatisfactorio!» (DKA06). Un 15,7% del total de los entrevistados que valoran inadecuadas las ROE arguyen esta causa. Sin embargo, ningún búlgaro, italiano, turco o surcoreano utiliza este argumento, y un tercio de los filipinos y sudafricanos y un quinto de los daneses sí que lo hace.

Finalmente, como «Falta de formación» hemos recogido aquellos que estiman que deberían explicarse antes, más y mejor en qué consisten las ROE y cuándo y cómo han de utilizarse. Únicamente dos casos en Filipinas, otros dos en Sudáfrica y uno en Turquía han apuntado a esta razón como explicación a la inadecuación que perciben en las ROE. «Tal vez, en Turquía se necesita más capacitación sobre las ROE» (TURA05). «Nosotros no recibimos información sobre las ROE. Solo estábamos instruidos en no confiar en las historias tejidas por los lugareños. No teníamos compromisos con los locales. No nos dieron instrucciones explícitas sobre cómo reaccionar si nos comprometían en un tiroteo» (PHIB15). «Mi opinión es que no se dedica suficiente tiempo en explicar las ROE a las fuerzas propias, lo que provoca una comprensión simplista en el nivel más bajo de la tropa. Durante el despliegue hubo incidentes de miembros expuestos a fuego colateral que confundieron a algunos miembros» (SAB03).

La existencia de un acusado rechazo hacia las ROE unido a un buen número que evitan valorarlas, así como las aceptaciones por obediencia, han de invitar a la reflexión. No conviene olvidar, o merece la pena incidir más para que se entienda el sentido último de las ROE, que la actual formación cotidiana que reciben los militares no está pensada para ejercer en una misión internacional de paz –en sus diversas variantes–, sino como instrumento del monopolio de la violencia estatal con el que defender el territorio y la identidad colectiva. Por ello, no ha de resultar anómalo que –sobre todo para un mando– las ROE sean limitativas, ineficaces o contrarias a lo que, según su formación e instrucción, es la respuesta esperable de un militar en un escenario bélico. Lo que ocurre es que una misión internacional, un conflicto asimétrico, no es una guerra estatal y el objetivo final no es vencer a un supuesto enemigo y restablecer el *statu quo*. En este tipo de escenarios, de ahí su enorme complejidad, el militar no es utilizado como tal, sino como el instrumento que, sin ser adecuado, mejor se ajusta a las necesidades de la situación. Y, por idénticas razones, no se busca un

perdedor de la contienda, sino la viabilidad final como Estado del lugar al que se ha acudido. Esas razones son las que subyacen tras las limitaciones y restricciones que implican las ROE para los ejércitos. Por ello, no es de extrañar —máxime si su modo de entender la milicia es institucional y no ocupacional—, pensando en la formación e instrucción que los oficiales reciben durante años, su respuesta. Pero al mismo tiempo debería reflexionarse más y mejor, por parte de los estados y de los organismos internacionales bajo cuyas banderas se acude a estas misiones, en la manera de hacer comprensible tanto a la opinión pública como a los ejércitos la diferente naturaleza, respecto de las guerras convencionales, que tienen o han de tener estas actuaciones internacionales en las que participan coaliciones interestatales y en las que, repito, las FAS son un instrumento válido, pero no el estrictamente adecuado. Es necesario explicar que para preservar los objetivos últimos de las misiones se cercenen las naturales respuestas militares de uso de la fuerza mediante las ROE.

Por todo lo expuesto, no ha de resultar sorprendente que los militares estén quejosos —o solo se manifiesten obedientes— respecto de las ROE; pero sí que nos advierte de la necesidad de incidir, intensamente, durante la formación y preparación para estas misiones, en qué son, qué representan y qué pretenden las ROE. Hacer comprensibles los objetivos finales de la misión convertirán a las ROE en un instrumento mucho más aceptado pese a que seguirá contemplando, porque no puede ser de otro manera, limitaciones al uso de la fuerza de los militares.

Por otro lado, debemos exigir de las ROE una mayor adaptación al escenario concreto en el que se van a aplicar. Por ello, que las ROE sean idénticas de misión en misión, teniendo en cuenta que los escenarios son cambiantes o que, dentro de una misión que se prolonga durante muchos años, no exista un cierto dinamismo adaptativo por parte de estas nos está advirtiendo, igualmente, de otro problema. Y este no compete a los militares que están en el teatro de operaciones, sino a los responsables políticos y militares que diseñan en los despachos unas *rules of engagement* sin la suficiente flexibilidad como para adaptarse a los sustanciales cambios que se producirán sobre el terreno.

3. CONCLUSIONES

Tal y como hemos visto, las Reglas de enfrentamiento determinan cuándo, dónde, contra quién y cómo se usa la fuerza, incluso letal, durante una operación militar. Las ROE in MOOTWA se convierten en más restric-

tivas en razón de los objetivos político-estratégicos que se pretenden con la misión y que trascienden lo estrictamente militar. Ello es lógico y así se observa en las SROE de UNO, UE y OTAN. Sin embargo, la literatura, tal y como hemos referido, recoge un cierto tono crítico contra las ROE en este tipo de misiones. Y, por otro lado, de los datos de nuestras entrevistas se desprende que entre los militares existe también esa crítica percepción de la pertinencia de estas reglas respecto de las funciones que les corresponde desempeñar.

Casi un tercio de los entrevistados manifiesta que, como soldados, tienen el deber de cumplir con las ROE y lo hacen. El mero hecho de que no quieran ir más allá en su respuesta y pongan la obediencia como pantalla, unido al hecho de que una quinta parte no responde a esta pregunta y solo un 28,6% las haya considerado adecuadas, dice muy poco a favor de las reglas que están determinando el uso de la fuerza de las Fuerzas Armadas en misiones internacionales. En otras palabras, nos anuncian la existencia de un problema, o en su confección, o en su explicación.

Dos quintas partes de los que responden a la pregunta –un 28,7% si nos referimos al total de los entrevistados– entienden que las ROE que han manejado en las misiones son inadecuadas. Al analizar las causas que los entrevistados usan para explicar la inadecuación observamos como su presunto carácter restrictivo y contrario a lo que sería la respuesta natural (la habitualmente entrenada) de un militar aparece como principal razón. Incluso, en algunos países, la sensación de indefensión que ellas provocan aparece especialmente apuntada. Igualmente, la falta de especificidad de las ROE según sea la misión, o según esta evolucione, aparece como el otro principal argumento en la valoración de inadecuación que se hace de las Reglas de enfrentamiento. Indudablemente, se trata de tres argumentos diferentes que merecen, por tanto, reflexiones distintas. Por un lado, la queja sobre su carácter restrictivo nos habla de algo que debiera parecernos obvio y no problemático, puesto que se trata de una de las razones de ser de la existencia de estas reglas. Pero si se convierte en una queja, indudablemente nos remite a un problema de índole formativo. Ello es una cuestión no menor a la que debería prestarse un mayor empeño, pues resulta cada vez más crucial.

La queja sobre la indefensión debiera tener peso si el número de bajas que el cumplimiento de las ROE ha ocasionado está tras ese motivo; pero únicamente dos entrevistados nos han apercibido sobre esa consecuencia. Todos los demás aluden a una sensación, una valoración subjetiva que entendemos debe incrementarse cuando su capacidad de fuerza es suficiente para poder erradicar la amenaza antes de convertirse en realidad o para

poder repeler sin mayores complicaciones el fuego enemigo al que se está siendo sometido. Pero no conviene olvidar que una de las razones de ser de las ROE es evitar que la intervención de las tropas internacionales radicalice, aún más, el conflicto, y por ello el uso de la fuerza está tan constreñido. Por consiguiente, se limita el uso de la fuerza salvo que con ello las tropas estén poniendo en riesgo su vida, que no parece el caso.

Cuestión diferente es el tema de la inespecificidad, inmutabilidad o invariabilidad. De lo expresado en algunas entrevistas parece desprenderse que las ROE hayan sido idénticas entre dos misiones o que no se adecuaban al escenario en el que se aplicaban, o que eran excesivamente genéricas, o que quedaban desfasadas por los acontecimientos. Si los responsables de elaborar las ROE no hacen bien su trabajo, si no hay un análisis previo intenso de a dónde se va y qué se debe hacer, si por imposibilidad de llegar a acuerdos se decide adoptar unas ROE tan genéricas como inservibles o tenemos un teatro de operaciones con tantas ROE como países participantes, o si no se articula la flexibilidad o análisis suficientes como para mutar las ROE según evolucione la misión; si todo este tipo de rigideces existen y no se corrigen, se deslegitima todo el supuesto empeño de limitación de la fuerza en beneficio de objetivos político-estratégicos que las ROE suponen y se convertirán en un formalismo en el que, a la larga, nadie creará –creciendo las críticas–, o peor aún, incumplirá.

En definitiva, un buen diseño de las ROE es imprescindible para la consecución de los objetivos políticos que se pretenden con las misiones multilaterales internacionales. Esa configuración exige un trabajo previo, durante y posterior. El trabajo previo será el que nos permita adecuar las previsiones del uso de la fuerza a la realidad con la que los militares se van a topar. Y, por lo tanto, el que faculte para dar información a la sociedad de qué se pretende alcanzar con la misión y para brindar una formación precisa y completa a las unidades antes de acudir al teatro de operaciones. El «durante» es el que facilitará la transparencia ante la opinión pública. El mejor modo de evitar la pérdida de la legitimidad social es poder narrar cómo lo acometido por las tropas se ha desarrollado bajo el paraguas de las ROE. Además, durante la misión se deberá ir comprobando y testando la efectividad y eficacia de las ROE. El trabajo posterior será el de ir modificando, en la medida que las necesidades y los cambios de escenario lo hagan imprescindible, las pautas de uso de la fuerza que inicialmente se habían previsto con las ROE. Sin esa información, esa formación y esa adaptabilidad la trayectoria de las ROE será la de hacer crecer el descontento entre los militares y la deslegitimación de estas misiones entre la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALÍA PLANA, M. (2009). «Las Reglas de enfrentamiento (ROE)», *Cuaderno Práctico de Estudios*, n.º 1 mayo-agosto. Escuela Militar de Estudios Jurídicos (Centro de Investigación y Doctrina Legal), Ministerio de Defensa. Madrid.
- AZARI, J.; DANDEKER, Ch., y GREENBERG, N. (2010). «Cultural Stress: How Interactions With and Among Foreign Populations Affect Military Personnel», *Armed Forces and Society*, 36.
- BELLAMY, A. J. (2004). «Protecting non-combatants in war», *International Affairs*, 80 (5), 829-850.
- BLOCQ, D. (2010). «Western Soldiers and the Protection of Local Civilians in UN Peacekeeping Operations: Is a Nationalist Orientation in the Armed Forces Hindering Our Preparedness to Fight?», *Armed Forces and Society*, 36.
- BRITT, T. W., y ADLER, A. B. (eds.) (2003). *The Psychology of the Peacekeeper: Lessons from the field*. Westport, CT, Praeger.
- CAMPBELL, D. J., y CAMPBELL, K. M. (2010). «Soldiers as Police Officers/Police Officers as Soldiers: Role Evolution and Revolution in the United States», *Armed Forces and Society*, 36.
- DUFFIELD, M. (2004). *Las nuevas guerras en el mundo global*. Madrid, Catarata, Serie Relaciones Internacionales.
- ECHEVARRÍA RODRÍGUEZ, Carlos (1992). «El papel de las Fuerzas Armadas como cascos azules de mantenimiento de la paz». Cuadernos de Estrategia, n.º 56. Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa.
- FOJÓN LAGO, J. E. (1998). «La actuación de la fuerza: consideraciones sobre el ejercicio de la fuerza». Cuadernos de estrategia, n.º 94. Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa.
- HEADQUARTERS, DEPARTMENT OF THE ARMY (2000). *FM/27-100. Army Field Manual. Legal Support to Operations*. General Dennis J. Reimer Training And Doctrine Digital Library.
- JÁUDENES LAMEIRO, J. A. (1998). «La actuación de la fuerza: conclusiones». Cuadernos de estrategia, n.º 94. Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa.
- JIMÉNEZ PIERNAS (2000) (2000). «Comunicación», en NAVARRETE MORENO et alt. (comp.), *Nuevas misiones de la defensa: un análisis politológico*, (I Encuentro de politólogos españoles para el análisis de las intervenciones armadas por la paz y en defensa de los derechos

- humanos). Ed. Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología y Maosprint, Ventas de Retamosa.
- KALDOR M. (1999). *New and Old Wars*. Cambridge, Polity; en castellano (2001), *Las nuevas guerras. Violencia organizada en la era global*. Barcelona, Tusquets.
- KALDOR M. (2003). *Global Civil Society. An Answer to War*. Cambridge, Polity Press.
- KALDOR M. (2010). *El poder y la fuerza. La seguridad de la población civil en un mundo global*. Barcelona, Ensayo Tusquets eds.
- LIND, William S.; Keith NIGHTENGALE; John F. SCHMITT; Joseph W. SUTTON, and Gary I. WILSON. (1989). «The Changing Face of War: Into the Fourth Generation», *Military Review* 69, no. 10, 2-11.
- MANDEL, R. (2004). «Nonlethal Weaponry and Post-Cold War Deterrence», *Armed Forces and Society*, 30.
- McCLUNG, K. J. (2004). «Law and Land Warfare and Rules of Engagement: A Review of Army Doctrine and Training Methodologies», *USAWC Strategy Research Project*. US Army War College, Pennsylvania.
- McINNES, C. (1999). «Spectator Sport Warfare», *Contemporary Security Policy*, 20:3, 142-165.
- McINNES, C. (2006). *Spectator-Sport War: The West and Contemporary Conflict*. Boulder, CO., Lynne Rienner.
- MINISTRY OF DEFENCE (2008). *British Defence Doctrine*. Joint Doctrine Publication 0-01 (3rd Edition).
- MÜNKLER, H. (2005). *Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia*. Madrid, Siglo XXI.
- Dialogue, 35 (2). 173-189. NATO (2010) *NATO Legal Deskbook* (2nd Edition). NATO ed. ACT Staff Element Europe, Belgium.
- OTAN (1998). *Manuel de l'Otan*. Bruselas, OTAN Edition du 50eme, anniversaire.
- PÉREZ CASADO (2000). «Comunicación», en NAVARRETE MORENO *et alt.* (comp.), *Nuevas misiones de la defensa: un análisis politológico*. «I Encuentro de politólogos españoles para el análisis de las intervenciones armadas por la paz y en defensa de los derechos humanos». Ed. Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología y Maosprint, Ventas de Retamosa.
- REINARES, F. (2000). «Comunicación», en NAVARRETE MORENO *et alt.* (comp.), *Nuevas misiones de la defensa: un análisis politológico*. «I Encuentro de politólogos españoles para el análisis de las intervenciones armadas por la paz y en defensa de los derechos humanos». Ed.

- Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología y Maosprint, Ventas de Retamosa.
- SAÑUDO ALONSO DE CELIS, V. (1998). «La actuación de la Fuerza: un nuevo tipo de operaciones». Cuadernos de estrategia, n.º 94. Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa.
- SHAW, M. (2004). «The state of globalizations: towards a theory of state transformation», en SINCLAIR, T. J., *Global Governance. Critical Concepts in Political Science*. London, Routledge, 2004, tomo I, pp. 210-225.
- SOOKERMANY, A. Mc. (2011). «The Embodied Soldier: Towards a New Epistemological Foundation of Soldiering Skills in the (Post) Modernized Norwegian Armed Forces», *Armed Forces and Society*, 37.
- STUDY GROUP ON EUROPE'S SECURITY CAPABILITIES (2004). *A Human Security Doctrine for Europe*. Barcelona, 15 de septiembre de 2004.
- UNITED NATIONS (2008). *United Nations Peacekeeping Operations. Principles and Guidelines*. United Nations, Department of Peacekeeping Operations & Department of Field Support.
- VAN DER MEULEN, J., y SOETERS, J. (2005). «Dutch Courage: The Politics of Acceptable Risks», *Armed Forces and Society*, 31.
- VILANOVA, Pere (2000) (2000). «Comunicación», en NAVARRETE MORENO *et alt.* (comp.), *Nuevas misiones de la defensa: un análisis politológico*. «I Encuentro de politólogos españoles para el análisis de las intervenciones armadas por la paz y en defensa de los derechos humanos». Ed. Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología y Maosprint, Ventas de Retamosa.
- VOGELAAR, Ad L. W.; Kramer, E.-H. (2004). «Mission Command in Dutch Peace Support Missions», *Armed Forces and Society*, 30.

EL PERSONAL LABORAL ADSCRITO A LOS ESTABLECIMIENTOS MILITARES: EVOLUCIÓN DE LA «APLICABILIDAD» NORMATIVA

Francisco Jiménez Rojas

Sumario

- I. Introducción.
- II. Los derechos constitucionales en juego.
- III. El «tracto» jurídico aplicativo: incidencia de los convenios colectivos y los pronunciamientos jurisprudenciales. 1.–Aproximación a la teleología del reglamento. 2.–El análisis de la norma específica: concepto transversal y postulados esenciales. 3.–Los convenios colectivos y demás normas de aplicación.
- IV. Conclusiones.
- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

1. La idea generatriz que subyace en el presente estudio de investigación relacionado con el ámbito de la «defensa», el sustrato de la materia que, en esencia, le sirve de fundamento, consiste en responder a la razón por la cual la normativa específica aplicable al personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares (PCNF), cuya regulación se halla en el Real Decreto (RD) 2205/80¹, pese a revelarse consistente y compacta en el conjunto de su articulado –inmutable, por otra parte, en su

¹ El RD 2205/80, de 13 de junio de 1980, fue publicado en el *BOE* n.º 251 de 18 de octubre de 1980.

ya dilatada trayectoria—, ha sido desplazada prácticamente en su totalidad por una normativa que se ha venido pactando, primero bajo el impulso de unos órganos de representación unitaria de los trabajadores, exclusivos y excluyentes, diseñados por la propia norma para el ámbito del Ministerio de Defensa, y en una fase posterior, rozando ya el ocaso del siglo xx, mediante la iniciativa de elementos ordinarios de representación sindical con implantación y capacidad de irradiación en toda la esfera estatal².

La regulación jurídico-laboral de este colectivo de personal data de hace un siglo³. Sin embargo, tal tipo de relación, ciertamente compleja, ha conocido diversas fórmulas de carácter laboral, con la consideración de «especial» en la Ley rectora de las Relaciones Laborales (LRL) inmediatamente antes que el Estatuto de los Trabajadores (ET)⁴, y actualmente en una especie de «régimen intermedio» entre la potestad normativa del Estado —en cuanto a condiciones de trabajo de sus empleados— y la facultad de negociar convenios colectivos (CCOL)⁵, siquiera sea con la pretensión de homologar las (inferiores) condiciones de trabajo que en todo caso deben darse con respecto a los trabajadores de la esfera civil, en materias de índole económica, laboral y asistencial, pero no «sindical», materia está última inicialmente innegociable.

Una primera aproximación al tema sugiere que esa misma posibilidad ambivalente del Estado, la de producir normas imperativas, unas veces, y negar, conceder o transigir, otras, ha sido la que a la postre ha permitido que la normativa reguladora específica —el RD 2205/80 y sus numerosas normas puntuales de aplicación y desarrollo⁶— se haya visto ampliamente

² El primer CCOL para el personal laboral en el ámbito del Ministerio de Defensa (PLMD) fue suscrito en 1984; el último de los cuatro firmados lo fue en 1992. A partir de diciembre de 1998 los sucesivos CCOL denominados «Únicos» para el personal laboral de toda la Administración General del Estado (PLAGE), sustituyen a los convenios de ámbito ministerial (u organismos dependientes de ellos).

³ Un análisis exhaustivo y en profundidad sobre la relación de trabajo del PCNF en establecimientos militares puede consultarse en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares (coordinadas y peculiaridades de su régimen jurídico)*, Univ. de Murcia, Murcia, 1996; y también en GARCÍA VALVERDE, M. D., *Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares*, Comares, Granada, 2000. Acerca de esta cita concreta, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *La relación laboral...*, cit., pág. 189 (nota a pie 93) y 495-496.

⁴ Art. 3.1.h) de la LRL, Ley 16/76, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

⁵ Así consta en el preámbulo (o la exposición de motivos) del RD 2205/80. En palabras de la doctrina, MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, decimotercera edición, Tecnos, Madrid 1992, pág. 508, «a medio camino entre los contratos especiales y los comunes con particularidades».

⁶ Sirvan de ejemplo la Orden 25/84, de 12/4; la Orden 12/85, de 6/3; la Instrucción 23/85, de 24/12; la Orden Ministerial 23/86, de 13/3 de marzo; la Instrucción 724/09457/86, de 23/4, entre otras muchas.

superada en la actualidad, hasta el punto de que los CCOL aplicables a este tipo de relación son los mismos que extienden su ámbito a todo el «personal laboral» de la Administración General del Estado (AGE) en su conjunto⁷. No obstante, han tenido que transcurrir más de tres décadas para llegarse a equiparar el régimen de derechos colectivos y sindicales del trabajo en los establecimientos militares, con el que se presta –también en régimen laboral– en otros ministerios o dependencias públicas, o en el ámbito civil; además, siempre bajo la atenta mirada de la cláusula de salvaguarda de la «defensa nacional» y sus intereses, concepto jurídico extraordinariamente amplio e indeterminado⁸ que, desde luego, sigue teniendo vigencia, si bien ahora bajo una perspectiva jurídica más objetiva, delimitada, concreta y, consecuentemente, menos arbitraria.

En fin, de no haber sido por las múltiples y tempranas aportaciones de la jurisprudencia y la doctrina científica, y a remolque de ellas, de los posicionamientos de última hora del legislador (orgánico), tal vez la realidad jurídico-social de este colectivo, en lo que a derechos constitucionales se refiere, seguiría siendo en nuestros días tan sombría e incierta como lo era en los inicios de la norma, sobre todo en materias de índole colectiva y sindical, y en cuestiones de tan amplio calado como los derechos de representación y participación en la empresa, la negociación colectiva o la huelga.

2. No ofrece dudas que la trayectoria que ha venido describiendo la normativa laboral común desde los años ochenta del siglo pasado –las sucesivas y profundas modificaciones en el ET y en sus normas de desarrollo– ha terminado penetrando en la coraza inmovilista diseñada por la última reglamentación del trabajo dirigida al personal laboral de los establecimientos militares, el RD 2205/80, a fuerza naturalmente de acumular «desfases», cada vez mayores, entre las condiciones de trabajo experimentadas por la relación laboral ordinaria de los trabajadores del ámbito civil, y la específica desarrollada en el espacio de estos acuartelamientos, por cierto –y afortunadamente– cada vez con menos «materia gruesa» que pueda llamarse peculiar.

En el personal laboral que presta sus servicios, adscrito a cualquier dependencia militar, concurren circunstancias jurídico-normativas que no resultan fáciles de conciliar. En ocasiones, por su relación con el personal militar, con el que viene colaborando habitualmente desde hace muchas décadas, pero que, dada la naturaleza de su función, proyecta su participación en la Administración Pública bajo claves jurídicas distintas. Otras

⁷ A ese respecto, las distintas versiones del denominado CCOL «Único» para el PLAGE.

⁸ Así lo entiende SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *La relación laboral...*, cit., pág. 203.

veces, por su coincidencia «locativa» (geográfica) en el ámbito del trabajo con el personal funcionario; o, incluso, el estatutario en ocasiones (hospitales militares, por ejemplo), regido también por normas distintas –al mismo tiempo diferentes a las de los militares–, pero comunes en ciertos aspectos de índole económica, asistencial o participativa (entiéndase así, en el Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP). Y, para mayor complejidad aún, bajo una relación jurídica que no es ordinaria pero tampoco (formalmente) especial, sino «peculiarísima», que evoluciona con cierto dinamismo hacia un régimen de empleo público cada vez con menos asideros en el recurso a la «defensa nacional», pero también más deslaboralizado, en el sentido de más cercano a un estatus «cuasifuncionarial», en áreas coincidentes de regulación, propias de los empleados públicos en general, y especialmente en lo que afecta a órganos de representación, negociación colectiva y participación (electoral). El resultado de todo ello configura una relación compleja –ya se ha dicho–, a veces de oscuros contornos, por la dificultad que presenta tanto el fenómeno de la regulación cuanto el de la aplicación normativa concurrente (así, reglamentación de trabajo, instrucciones y órdenes del Ministerio de Defensa, CCOL, normativa estatal...).

Todas estas vicisitudes que se acaban de enunciar serán analizadas lo más escuetamente posible, dada la extraordinaria dimensión de la materia y la lógica limitación de este trabajo, a lo largo de las páginas que siguen.

II. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN JUEGO

3. La vigente Constitución afirma tener su fundamento en la «indisoluble unidad» de la Nación española, y en cuanto «patria común e indivisible» (art. 2 CE) encarga a las Fuerzas Armadas (FAS) la misión de garantizar su soberanía e independencia, defender la integridad territorial y el ordenamiento constitucional (art. 8.1 CE)⁹. El Estado tiene competencia exclusiva en esta materia, «Defensa y Fuerzas Armadas», igual que la tiene sobre legislación laboral, sin perjuicio de que su ejecución se lleve a

⁹ El art. 8.2 CE establece que una LO debe regular las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución. Actualmente, la materia viene regulada por la LO 5/2005, de 17/11, de Defensa Nacional, que ha derogado a la anterior LO 6/80, de 1/7. Asimismo, la LO 9/2011, de 27/7, de Derechos y Deberes de los Miembros de las FAS; la Ley 39/2007, de 19/11, de la Carrera Militar; la Ley 8/1998, de 2/12, del Régimen Disciplinario de las FAS y el RD 96/2009, de 6/2, que aprueba las RROO para las FAS, completan la normativa sustantiva más relevante del personal militar.

cabo por los correspondientes órganos de las comunidades autónomas (art. 149.1.4.^a y 7.^a CE, respectivamente).

Por otra parte, el Gobierno dirige la Administración militar y la defensa del Estado (art. 97 CE); en todo caso, corresponde a su presidente dirigir la política de defensa y ejercer, respecto de las FAS, las funciones previstas en la legislación reguladora de la defensa nacional y de la organización militar¹⁰. El «desarrollo constitucional» llevado a cabo por el legislador orgánico ha establecido que, actualmente, la organización de las FAS¹¹, respondiendo a los principios de jerarquía, disciplina, unidad y eficacia, tenga como finalidad de su «política de defensa» proteger –entre otros aspectos esenciales– la Constitución y los valores superiores que esta diseña (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político; art. 1.1 CE), el pleno ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, además de la garantía, independencia e integridad territorial de España (EM y art. 1, LO 5/05).

No ha querido proporcionar la norma ahora vigente, concepto alguno de lo que pueda considerarse la «defensa nacional», cosa que sí hizo la anterior (art. 2 LO 6/80), que contemplaba expresamente como tal la

«... disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación, ante cualquier forma de agresión», ligadas a esa misma finalidad que se acaba de citar: unidad, soberanía e independencia, integridad territorial y ordenamiento constitucional, «protegiendo la vida de la población y los intereses de la patria».

En punto a las exigencias de la «seguridad y defensa nacional» (art. 1 LO 9/11), el militar guardará y hará guardar la Constitución, cumpliendo sus obligaciones y las de la Ley Orgánica de Defensa Nacional (LODN) (art. 5 LO 5/05), y quedando sujeto al deber de «neutralidad política», razón por la que no puede fundar ni afiliarse a partidos políticos, y debe mantener una estricta neutralidad pública en relación con la actuación de estos. Tiene prohibido, asimismo, ejercer el derecho de sindicación y, por ello, tampoco puede fundar ni afiliarse a sindicatos o realizar actividades sindicales ni permitir el ejercicio de tales actividades en el ámbito de las FAS, excepto –he aquí la diferencia sustancial introducida por la actual LO 9/11, que acoge expresamente la doctrina constitucional con respecto

¹⁰ Art. 2.2.f. Ley 50/1997, de 27/11, del Gobierno. Asimismo, LO 5/5, de 17/11, art. 6.

¹¹ BAYLOS GRAU, A. *Derecho de huelga y servicios esenciales*. Tecnos. Madrid, 1987, pág. 80; considera que la concepción de FAS reviste una «fuerza atractiva» como elemento autónomo y estructuración constitucional de derechos y deberes, que se traduce en una «inmunidad» que llega a extenderse a «la neutralización del soporte geográfico, el lugar militar, también frente a terceros, más allá del ámbito personal que le es propio».

a las normas que la preceden— las que para el «personal civil» (laboral y funcionario) se contemplan en la Ley orgánica 11/85 de Libertad Sindical (LOLS) —modificada recientemente al efecto— y demás legislación aplicable. «En todo caso ha de mantener su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos».

Tampoco podrán los miembros de las FAS recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Ni será lícito para ellos realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las FAS (art. 7 LO 9/11). Por su parte, de acuerdo con la redacción actual de la LOLS (DA 3.^a), el personal civil que ejerza el derecho a la «actividad sindical» (reconocida en el art. 2.1.d. LOLS) en unidades, buques y demás establecimientos militares deberá tener en cuenta y respetar el principio de «neutralidad política y sindical de los miembros de las FAS y ajustarse a las normas sobre actividad sindical de los empleados públicos»¹².

De cuanto se lleva expuesto, no parece colegirse que, *prima facie*, «los intereses de la defensa nacional» tengan una relación directa o puedan decidirse ordinariamente en toda clase de establecimientos, dependencias militares y similares, y menos aún, que el personal laboral que presta sus servicios en ellos pueda incidir de manera notable en tales intereses; como tampoco parece plausible que la salvaguarda de aquellos se aleje demasiado de las decisiones que, al respecto, compete tomar al núcleo gestor de la defensa nacional, es decir los «poderes del Estado» investidos para ello de las atribuciones que les confiere la LODN (Corona, Cortes, Presidente del Gobierno, ministro de Defensa, Consejo de Defensa Nacional...; art. 3 a 8 LO 5/05).

Así parece haberlo entendido, por fin, el legislador orgánico, que, haciéndose eco de la opinión doctrinal y las interpretaciones constitucionales¹³, se ha determinado a contemplarlo expresamente en la LOLS, ponien-

¹² Redacción actual introducida por LO 9/11, DF 2.^a

¹³ Véase la STC 101/91, de 13/5, cuyo FJ 4 establece que «... la finalidad que persigue la LOLS al prohibir la actividad sindical en el interior de los ‘establecimientos militares’ es la preservación de la neutralidad sindical de las Fuerzas Armadas»; ello se deduce de las normas que regulan materias conexas, Real Decreto-ley 10/1977, de 8/2, que expresamente prohíbe (art. 1) «actividades políticas o sindicales dentro de los recintos, establecimientos, buques y aeronaves de las Fuerzas Armadas», y la Ley 85/1978, de 28/12, aprobatoria de las RROO, cuyo art. 182 «obliga al militar a mantener su neutralidad, no solo absteniéndose de participar en actividades políticas o sindicales, sino también ‘no tolerando aquellas que se refieran a grupos políticos o sindicales dentro de los recintos militares’»; principio de

do con ello fin a la extemporánea prohibición –desprovista de cualquier matiz en su literalidad– de ejercer la actividad sindical «en el interior» de los establecimientos militares, en sintonía con el precepto contenido en la DA 1.ª del Real Decreto-ley 17/77 (respecto del derecho de huelga), y alineada también con otras normas «de transición» constitucional ya derogadas (art. 1.º Real Decreto-ley 10/77 y Ley 85/78)¹⁴, clarificando de ese modo bastante el panorama teórico-normativo que se ha venido arrastrando desde entonces hasta no hace mucho tiempo.

4. En el orden constitucional vigente, los sindicatos de trabajadores (y también las asociaciones empresariales), mediante el libre ejercicio de su actividad con respeto a la Constitución y a la ley, contribuyen a la defensa y promoción de los intereses que les son propios (art. 7 CE)¹⁵. «Todos» tienen derecho a sindicarse libremente¹⁶, si bien la ley que regule este derecho¹⁷ puede «limitar o exceptuar» su ejercicio a las fuerzas e institutos armados y otros cuerpos sometidos a disciplina militar (la Guardia Civil) –así ha venido ocurriendo¹⁸–, y también ha de regular la ley las «peculiaridades» de su ejercicio para los funcionarios públicos¹⁹. Tal clase de libertad

neutralidad que «encuentra su justificación en los fines que el art. 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas (STC 97/1985, 107/1986, 161/1987 y 77/1988)».

¹⁴ Efectivamente, el art. 182 de las RROO para las FAS (Ley 85/1978, de 28/12), para preservar la neutralidad política y sindical, no permitía ejercer ni toleraba en modo alguno la divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales dentro de los recintos militares.

¹⁵ Sobre el alcance del término «todos» véase BAYLOS GRAU, A., *Sindicalismo y Derecho Sindical*, 4.ª edición. Bomarzo. Albacete, 2009, pág. 17-19. Con respecto a los trabajadores, la regulación se encuentra en la LOLS (LO 11/1985, de 2/8). El régimen jurídico de los empresarios, excluidos del derecho de sindicación, se halla en la Ley 19/77, de 1/4, y en el RD 873/77, de 22/4.

¹⁶ En el art. 1.2 de la LOLS se establece que «a los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario» al servicio de las AAPP.

¹⁷ La reserva de ley en relación con los derechos y libertades reconocidos en los art. 14 a 29 (cap. 2.º tít. I) CE, respetando al contenido esencial del derecho que se regule, está contemplada en el art. 53.1 CE. Así mismo, en el art. 81.1 CE está prevista la reserva de LO –por mayoría absoluta del Congreso–, entre otras, respecto de las leyes que «desarrollen derechos fundamentales y libertades públicas» (art. 15 a 29 de la CE). Considera GARCÍA MURCIA, J., «Sobre el desarrollo de la actividad sindical en los establecimientos militares y otros aspectos de la libertad sindical (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1991, de 13 de mayo)», REDT, n.º 53, mayo-junio 1992, pág. 446, que ambos artículos «actúan, pues, en planos distintos».

¹⁸ El derecho de sindicación no puede ser ejercido por los militares. Actualmente, LO 9/2011, de 27/07, en particular su preámbulo y el art. 7.

¹⁹ Al respecto, el art. 103.3 CE establece que «la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos (...) las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación». Véase la Ley 9/1987, de 12/6, de Órganos de Representación, Determinación de Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LORAP).

comprende desde el plano constitucional, en el ámbito individual, el derecho a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, y, en el colectivo, el de formar confederaciones los sindicatos, así como fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a ellas. Desde la vertiente negativa del derecho, «nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato» (art. 28.1 CE)²⁰.

La libertad sindical que conocemos a partir de la entrada en vigor del texto constitucional de 1978 tiene su antecedente legislativo en la Ley 19/77 reguladora del derecho de asociación sindical (no derogada expresamente, sino en lo que se oponga a la LOLS, según la disposición derogatoria –DD– de esta última). La disposición adicional (DA) del Real Decreto-ley 19/77 contempla la exclusión de su ámbito del personal militar (apartado 1), al tiempo que establece que «el ejercicio del derecho de asociación sindical por los funcionarios públicos y por el personal civil al servicio de la Administración militar se regulará por disposiciones específicas» (apartado 2)²¹.

Sobre ejercicio de derechos de actividad sindical, negociación colectiva, representación y participación institucional y derecho de reunión de los empleados públicos, Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), art. 15 y 31 a 46.

Los jueces, magistrados y fiscales tienen prohibido terminantemente, en tanto se hallen en activo, pertenecer a un sindicato (art. 127.1 CE y 1.4 LOLS). En cuanto a la Policía, la LO 2/1986, de 13/3, sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, establece su régimen jurídico sindical, si bien su art. 52.2 hace una excepción respecto de la Policía local (Ley 7/1985, de 2/4, de Bases del Régimen Local), admitiendo expresamente la aplicación de la Ley 9/87 sobre el ejercicio de derechos sindicales.

²⁰ Acerca de los derechos relativos a la libertad sindical, BAYLOS GRAU, A., *Sindicalismo y Derecho Sindical...*, cit. Una exposición detallada sobre la jurisprudencia relativa a la LOLS en ALBIOL MONTESINOS, I. (coordinador); ALFONSO MELLADO, C.; BLASCO PELLICER, A., y GOERLICH PESET, J. M., *Normas laborales básicas concordadas con la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, págs. 959-995.

²¹ En desarrollo de la Ley 19/77, de 1/4, el RD 500/78, de 3/3, reguló aspectos relativos al ejercicio del derecho de asociación del personal civil al servicio de la Administración militar. «Dentro del término Administración militar quedan comprendidos todos los establecimientos, centros, unidades y dependencias encuadrados orgánicamente en el Ministerio de Defensa, así como los organismos autónomos dependientes del mismo» (art. 2.º). El personal civil a que se refiere la norma incluye los tres colectivos o grupos siguientes: a) funcionarios civiles, de los cuerpos generales y especiales; b) personal contratado en régimen de derecho administrativo, y c) personal civil no funcionario laboral (art. 3). Las asociaciones que se constituyan al amparo de esta norma «no podrán (...) acudir en ningún caso a la huelga» (art. 5.º). «Podrán ser suspendidas o disueltas por resolución del Ministerio de Defensa, basada en la realización de actividades determinantes de su ilicitud o en otras causas previstas en las leyes o en los estatutos. Las resoluciones ministeriales de no aprobación, suspensión o disolución de las asociaciones serán recurribles en vía contencioso-administrativa» (art. 7.º).

En principio, el derecho al ejercicio de la actividad sindical –tanto fuera como dentro de la empresa–²², que comprende en todo caso los derechos de negociación colectiva, ejercicio de huelga, planteamiento de conflictos individuales y colectivos y presentación de candidaturas electorales²³, quedó prohibido «en el interior de los establecimientos militares», lo mismo para funcionarios que para personal laboral (DA 3.^a LOLS); a tal efecto, habría que determinar reglamentariamente el concepto de establecimientos militares²⁴. Dicha prohibición ha venido justificándose, como se dijo antes, por la necesidad de preservar la neutralidad sindical y política en las FAS (art. 8.1 CE)²⁵. Sin embargo, ha tenido que transcurrir más de un cuarto de siglo para que la LOLS –modificada al respecto por LO 9/2011, de 27 de julio–, reconozca de manera paladina y expresa que el personal civil (ya sea funcionario o laboral) pueda ejercer el derecho a la actividad sindical en unidades, buques y demás establecimientos militares, si bien deberá ejercerlo teniendo en cuenta y respetando este principio impuesto a los miembros de las FAS, así como «ajustarse a las normas sobre actividad sindical de los empleados públicos».

Al respecto de este RD, opina MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo...*, *cit.*, pág. 509, que tal norma «debería seguramente entenderse derogada por la Const.». En la misma línea, GARCÍA VALVERDE, M. D., *Personal civil no funcionario...*, *cit.*, pág. 573-574. Por su parte, ALBIOL MONTESINOS, I., «Los derechos colectivos del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares», *REDT*, n.º 10, 1982, pág. 172, considera que «el Convenio 87 OIT (...) no permite esa versión reductiva de la libertad sindical» del RD 500/78.

²² Sobre el «posible contenido del derecho a la actividad sindical», véase GARCÍA MURCIA, J., «Sobre el desarrollo de la actividad sindical...», *cit.*, en las págs. 439-442.

²³ El art. 4.1 del RD 3149/1977, de 6/12, de Elección de Representantes de los Trabajadores en el Seno de las Empresas (derogado por ET/80), excluye de su ámbito de aplicación a los establecimientos militares.

²⁴ De nuevo STC 101/91, FJ 4.º, que afirma que el concepto legal de establecimiento militar no puede ser «desarrollado por la potestad reglamentaria de forma ilimitada» contraviniendo la reserva legal del art. 81.1 en relación con el 53.1 CE. Su posible extralimitación está sujeta al control jurisdiccional, y «subsidiariamente al recuso de amparo para proteger los derechos a la igualdad y libertad sindical...».

El mandato expreso de desarrollo reglamentario no se ha llegado a cumplir, pese a la intención manifestada en los CCOL de Defensa. En cualquier caso, «no puede confundirse establecimiento militar con Administración militar» (STC 11/81, FJ 25). Actualmente la LO 9/11, de 27/07, en su DF 2.^a ha dado nueva redacción a la DA 3.^a de la LOLS, desapareciendo así la previsión reglamentaria contenida en ella.

²⁵ En el recurso de inconstitucionalidad promovido por el defensor del pueblo contra el 2.º párrafo de la DA 3.^a de la LOLS, el TC en su Sentencia 101/91 falló desestimando el recurso, si bien orientó su interpretación (FJ 4.º), en el sentido finalista y sistemático de «preservar la neutralidad sindical» de las FAS, que encuentra su justificación en los fines que el art. 8 CE encomienda a estas.

Entretanto, el desarrollo de la actividad sindical del personal laboral dentro de las dependencias militares ha ido evolucionando de manera paralela, o incluso simultánea, al ordenamiento jurídico-laboral y administrativo en su conjunto, lo que ha propiciado la negociación y aplicación de la legislación ordinaria –ET, normas estatales y CCOL– en el ámbito del personal al servicio de la Administración General del Estado (AGE), en detrimento cada vez mayor de la normativa (reglamentaria) específica constituida por el RD 2205/80 y sus normas de desarrollo, como tendremos ocasión de analizar más adelante.

5. Constitucionalmente, se reconoce también, al máximo nivel, «el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses». La ley reguladora del ejercicio de este derecho debe establecer las «garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad» (art. 28.2 CE)²⁶.

El Tribunal Constitucional (TC) ha sostenido al respecto que la proclamación de la huelga como derecho subjetivo y además como derecho de carácter fundamental, significa, entre otras cosas, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) –y con los cánones hermenéuticos que proporciona el art. 10.2 CE²⁷–, legitimar

²⁶ La regulación del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo es preconstitucional. Se encuentra en el Real Decreto-ley 17/1977, de 4/3, sobre Relaciones de Trabajo, cuya legalidad fue sometida a la consideración del TC, que en la importante Sentencia (Pleno) 11/81 de 8/4, declaró su constitucionalidad, si bien declaró inconstitucionales u orientó la correcta interpretación de algunos de sus preceptos (art. 3, apart. 1.º y 2.º a; 5 apart. 1.º; 6 apart. 7.º; 10 párrafos 1.º y 2.º; 11 apart. b; 25 apart. b; y 26). En el FJ 5 de dicha sentencia el TC afirma que «no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva», especialmente cuando la fuente de Derecho que se cuestiona se produjo respetando el sistema jurídico vigente al momento de ser promulgada. El Real Decreto-ley 17/77 no es inconstitucional por su forma de producción, lo cual no quiere decir que pueda en lo sucesivo considerarse plenamente asimilado a una LO o investido de tal carácter, «ni que pueda cumplir el papel de la norma de integración a la que la Constitución se remite, pues esta tendrá que ser siempre una ley orgánica y el legislador, para dar cima al desarrollo de la Constitución, habrá de confeccionar y elaborar esa ley orgánica. Con las anteriores salvedades puede decirse que la regulación legal del derecho de huelga en nuestro país está contenida» en el citado Real Decreto-ley, en cuanto no sea contrario a la CE y en tanto no se dicte otra regulación por LO.

Sobre los arts. 55.1 y 116.1 CE, y conforme a lo dispuesto en el art. 23 de la LO 4/1981, de 1/6, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, «la autoridad gubernativa podrá prohibir las huelgas y la adopción de medidas de conflicto colectivo, cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión» de los arts. 28.2 y 37.2 CE.

²⁷ El art. 10.2 CE establece que las normas sobre derechos fundamentales y libertades que la CE reconoce (arts. 14 a 29 y 30.2 CE) «se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre

medios de defensa a los «intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes», entre ellos la huelga, a modo de encauzamiento –no de exclusión– institucional del conflicto, en coherencia también con el derecho reconocido a los sindicatos (art. 7 CE), en tanto que un sindicato sin derecho a ejercitar la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido, y en última instancia promoviendo las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos sociales en los que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE).

No obstante, comoquiera que ningún derecho constitucional es infinito, el de huelga encuentra sus límites al conectar con otros derechos del mismo rango, o con otros bienes constitucionalmente protegidos, de manera que «puede el legislador introducir limitaciones o condiciones (en el) ejercicio del derecho, siempre que con ello no rebase su contenido esencial»²⁸, la parte nuclear –o médula– del derecho, sin la cual este pierde su peculiaridad y deja de ser «reconoscible» como tal: en otros términos, el núcleo irreductible necesario para que el titular pueda ver satisfechos los intereses para cuya consecución el derecho se otorga.

La conciliación entre el respeto legal al contenido esencial del derecho de huelga (RD Ley 17/77 en relación con el art. 53.1 CE), por una parte, respecto del cual «el legislador puede considerar ilícitos o abusivos algunos tipos, siempre que lo haga justificadamente –que la decisión legislativa no desborde el contenido esencial del derecho; que los tipos o modalidades que el legislador admita sean bastantes por sí solos para reconocer que aquel existe como tal; y sean también eficaces para obtener las finalidades del derecho de huelga–», y, por otra, la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (tutelables en amparo constitucional), encuentra su punto de equilibrio en lo que se conoce como «garantías de funcionamiento».

En tal sentido, «la decisión sobre la adopción de las garantías de funcionamiento de los servicios no puede ponerse en manos de ninguna de las partes implicadas, sino que debe ser sometida a un tercero imparcial»: la autoridad gubernativa; que «no es genéricamente la Administración Pública» –lo que nos permite añadir, aun por analogía, que tampoco es, genéricamente, la

las mismas materias ratificados por España». Así, DUDH (ONU, 10/12/48); Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 04/11/50); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19/12/66); Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (Oviedo, 04/04/97).

²⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. «Límites subjetivos del derecho de huelga: algunas reflexiones críticas», *La Ley. Relaciones Laborales*, n.º 2, 1993, pág. 99, entiende que el derecho de huelga, en calidad de tal, «no admite más limitaciones en su contenido esencial que las deducibles del propio texto constitucional».

«Administración militar»—, «sino aquellos órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de gobierno», y que como tales responden directamente ante los ciudadanos. No posee el Gobierno, sin embargo, la facultad de imponer la reanudación del trabajo, aunque sí la de instituir un arbitraje obligatorio como vía de terminación de la huelga en casos de duración muy prolongada, posiciones irreconciliables o muy distantes y perjuicio grave para la economía nacional, siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro (art. 10 RD-Ley 17/77)²⁹.

La noción de «servicio esencial de la comunidad» viene delimitada por el contenido de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. Ningún tipo de actividad productiva puede *—a priori—* «ser considerado en sí mismo como esencial», luego tampoco la que se presta bajo la dependencia del Ministerio de Defensa por el mero hecho de que se halle localizada en lo que pueda calificarse como establecimiento militar. Lo es si los intereses afectados exigen el mantenimiento del servicio con una determinada intensidad y efectividad, en tanto que los servicios esenciales *—trasládese el concepto a los «intereses de la defensa nacional»—* no se dañan o peligran en toda situación de huelga. Por lo tanto, hay que examinar las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

En la adopción de las medidas encaminadas a garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales, la autoridad gubernativa ha de ponderar, pues, la «extensión territorial y personal», la «duración prevista», las necesidades del servicio «concretas», y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que la huelga repercute. Acerca del fundamento de la decisión gubernativa impositora de los servicios esenciales, el acto ha de estar adecuadamente motivado, explicitando las razones que a su juicio legitiman, en una concreta situación de huelga, la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio que deviene esencial para la comunidad, toda vez que cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, «la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación», que además debe exteriorizarse adecuadamente *—incluso probarse judicialmente, si fuera necesario—* a fin de que «los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses» a los que hubo de someterse³⁰. Se han de indicar los trabajos que no pue-

²⁹ STC 11/81, FJ 9, 10, 18 y 19.

³⁰ PAINO NAVARRETE, D., y GARCÍA-CALVO RODRÍGUEZ, L. F. «El ejercicio de derechos sindicales en los establecimientos militares», *REDT*, n.º 58, marzo/abril 1993, págs. 285-286; TC 21/86, FJ 16.

den sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado, y aun de manera sucinta, han de hacerse explícitos «los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios» para una posterior fiscalización jurisdiccional, en su caso.

No son suficientes, a este respecto, «indicaciones genéricas que puedan predicarse de cualquier conflicto o de cualquier actividad, y de las cuales no quepa inferir criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone»³¹.

Pues bien, en torno a estas consideraciones, al promulgarse la Constitución devino contraria al derecho de huelga la regulación «con valor prohibitivo» respecto del personal laboral dependiente de establecimientos militares, contenida en la norma preconstitucional reguladora del citado derecho (Real Decreto-ley 17/77, DA 1.^a)³². Así lo entendió el TC al despejar cualquier duda afirmando que «no es discutible que el personal sometido a relaciones laborales ligado en virtud de ellas con una empresa pública o con la Administración ostenta el derecho de huelga».

En ese orden de cosas, incluso podría darse la paradoja, como ya advirtiera en su día la doctrina científica, de que el derecho de huelga se ejercitase por el personal civil dependiente de establecimientos militares «con menores límites objetivos y funcionales que los que afectan a los trabajadores del sector privado»³³, en tanto que el art. 28.2 CE en absoluto excluye a clase alguna de «trabajadores» y la ley que regula el ejercicio del derecho no resulta de aplicación al personal de que ahora tratamos. No

³¹ Acerca del ejercicio de huelga en servicios esenciales de la comunidad, véase STC 8/92, de 16/1, que en su FJ 2 alude a las STC 11/1981, 26/1981, 33/1981, 51/1986, 53/1986, 27/1989, 43/1990, 122/1990 y 123/1990). Frente a la «tendencia expansiva», la última doctrina constitucional, «evitando el deslizamiento conceptual» desde otra norma (no reguladora del derecho fundamental), STC 193/06, de 19/06, FJ 5; asimismo STS 3.^a 20/2/98 (rec. 752/96). Véase BAYLOS GRAU, A., *Sindicalismo y Derecho sindical...*, cit., pág. 78.

³² En conexión con la DA 1.^a del Real Decreto-ley 17/77, de 4/3, véase el art. 1.^o Real Decreto-ley 10/77, de 8/2, por el que «quedan prohibidas las actividades políticas o sindicales dentro de los recintos, establecimientos, buques y aeronaves de las Fuerzas Armadas». Tal norma fue derogada por la Ley 17/89, de 19/7. En la misma dirección prohibitiva, art. 4.1 RD 3149/1977, al amparo de la Ley 19/77, DA apartado dos.

³³ Así lo indican, por ejemplo, ALBIOL MONTESINOS, I., «Los derechos colectivos...», cit., pág. 176 (nota a pie 16), citando a VALDES; MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo...*, cit., pág. 702 (nota a pie 9), citando a MATÍA PRIM; CASAS BAAMONDE, M. E., «El derecho de huelga de los trabajadores de la Administración militar y su 'normativa específica'», *REDT*, n.º 27, julio/sept. 1986, pág. 441, quien afirma que «más fácil hubiera sido, sin duda, que el Tribunal Constitucional hubiera declarado formalmente la inconstitucionalidad de la disposición adicional primera del RDLRT y procedido así a acoger a los trabajadores de la Administración militar bajo la regulación general del RDLRT».

obstante, hay que tener en cuenta la regulación contenida en el EBEP³⁴, cuyo ámbito de aplicación incluye al personal funcionario, y «en lo que proceda, al personal laboral al servicio de (...) la Administración General del Estado» (art. 2.1), el cual se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de la Ley 7/07 que así lo dispongan (art. 7).

El personal laboral pertenece pues, a ese colectivo de empleados públicos (art. 8) entre cuyos derechos individuales, ejercidos colectivamente, (art. 15) se hallan actualmente los de libertad sindical; negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo; ejercicio de huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad; planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso; y reunión (en los términos del art. 46 del EBEP).

Lo anterior no constituye óbice para que tal clase de derecho –el de ejercitar la huelga– deba ser puesto en «conexión con las diferentes categorías de trabajadores de este ramo, que las normas reglamentarias establecen hoy en orden a su sindicación (...) sin perjuicio de que en casos concretos pueda entenderse que los servicios que presta este personal sean servicios esenciales, de manera que, en tales casos, el derecho de huelga puede quedar limitado en virtud de las medidas de intervención requeridas para su mantenimiento»³⁵. Se trata en cada caso de «...establecer la real justificación de las medidas que se (...) hayan adoptado y la proporcionalidad de los sacrificios impuestos a los huelguistas y a los usuarios de los servicios, pues es claro que entre unos y otros debe existir siempre una razonable proporción»³⁶, sin dejar de observar que la competencia para imponer los servicios mínimos nunca puede recaer sobre los «órganos de gestión y administración del servicio donde se desarrolla la huelga»³⁷.

Traduciendo esos postulados genéricos al colectivo concreto que es objeto de nuestro interés, en desarrollo de la DA 1.^a del RD 2205/80 las Instrucciones de 30/09/1982 –que no alcanzan propiamente el carácter de fuente de Derecho– dictadas por el titular del Ministerio de Defensa en relación con el ejercicio del derecho de huelga del personal laboral dependiente de la Administración militar, fueron sometidas a la consideración del TC, el cual entendió que nos hallamos «frente a una lesión activa del derecho fundamental» establecido en el art. 28.2 CE; lesión «que está ya en el contenido material»

³⁴ Ley 7/2007, de 12/4, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

³⁵ STC 11/81, FJ 25.

³⁶ En ese sentido, STC 26/81, FJ 15.

³⁷ STC 296/06, de 11/10 y 193/06, de 19/6.

de las propias «Instrucciones», las cuales, o serían ociosas por reiterativas o meramente transcriptivas del RD-Ley 17/77, o constituyen una alteración absolutamente inaceptable de la regulación de «aspectos esenciales del derecho fundamental establecido en el art. 28.2 CE»³⁸.

Los razonamientos que anteceden nos llevan a concluir, además de la nulidad regulatoria de las Instrucciones que acaban de ser referenciadas, que podría incurrir en exceso de regulación *–ultra vires–* el contenido de la DA 1.^a del RD 2205/80, al limitar esta a los trabajadores al servicio de la Administración militar el alcance y contenido de los derechos de sindicación y huelga, conforme a lo señalado en la normativa de específica aplicación, en función del «superior interés de la defensa nacional»; limitación de derechos que se extiende de manera sistemática a «todos» los trabajadores *–y establecimientos–*, los cuales son sustraídos de la aplicación de normas que afectan a los demás *–el ET en conexión con derechos constitucionales del máximo rango (sindicación y huelga)–* «sin razones de defensa nacional», rompiendo así injustificadamente el principio de igualdad ante la ley que propugna el texto constitucional (art. 14 CE)³⁹.

En suma, de todo ello no cabe sino concluir que el régimen jurídico del derecho de huelga cuya titularidad tiene reconocida indiscutiblemente el PCNF de establecimientos militares, emana directamente del art. 28.2 CE, en la interpretación que de tal artículo hizo el TC en su conocida Sentencia 11/81, y particularmente por las reflexiones de dicho tribunal acerca del contenido esencial del derecho de huelga⁴⁰.

6. El «derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios», que tiene que garantizar la ley por mandato constitucional (art. 37.1 CE)⁴¹, no debería suponer una limitación o un problema para el personal laboral adscrito a los establecimientos militares⁴². Es doctrina

³⁸ STC 26/86, de 19/2, FJ 2 y 3.

³⁹ En ese sentido, GARCÍA VALVERDE, M. D., *Personal civil no funcionario...*, cit., págs. 66 y 96-97, cita STSJ Madrid, Sala Social, 08/05/90, 05/06/90, 11/09/90, 29/10/90, 23/04/91. La nulidad de pleno derecho provocada por el exceso regulatorio debe ser corregida mediante la inaplicación de la norma.

⁴⁰ Así lo entiende ALBIOL MONTESINOS, I., «Los derechos colectivos...», cit., pág. 176. Resta añadir que el mencionado derecho, igual que otros del mismo rango constitucional, podría ser suspendido si se acordase la declaración del estado de excepción o de sitio (arts. 55.1 y 116 CE, en relación con la LO 4/81, de 1/6, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio).

⁴¹ En tal sentido, art. 35.2 CE y título III del ET (Real Decreto Legislativo 1/95), arts. 82 a 92.

⁴² En esta materia véase VALDÉS DAL-RE, F., «El derecho a la negociación colectiva laboral en la jurisprudencia constitucional (I y II)», *RL*, 1990-I, pág. 3-14.

constitucional que el mandato que el art. 37.1 de la Constitución formula a la ley, de garantizar «la fuerza vinculante de los convenios», no significa que esta fuerza venga atribuida «*ex lege*». Antes al contrario, emana de la propia Constitución, la cual garantiza de manera vinculante los convenios, «al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario». En consecuencia, la facultad atribuida a «los representantes de los trabajadores y empresarios» para regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva no es derivada de la ley sino que es propia, y encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional⁴³.

Partiendo de estas reflexiones jurisprudenciales y teniendo en cuenta diversos aspectos, 1.º que la normativa específica (RD 2205/80) a la que remite el legislador ordinario (DF 7.ª ET/80) se aparta casi por completo del régimen jurídico legalmente establecido en el ET, invocando para ello de forma generalizada, y hasta recurrente, el prevalente interés de la «defensa nacional» (arts. 98 a 102 del RD 2205/80); 2.º que además «no puede confundirse establecimiento militar con Administración militar» (STC 11/81, FJ 25) –como antes se dijera–, y, por tanto, no procede asimilar el concepto de «Administración militar» al de «autoridad gubernativa», para extender su aplicación a cualquier tipo de «establecimiento militar» (ya se trate de centros, cuerpos, unidades, dependencias u organismos análogos de la Administración militar, a los que se refiere el art. 1.º b. del RD 2205/80), al efecto de posibilitar recortes o introducir límites en los derechos constitucionales, como es el de la negociación colectiva; y 3.º que tal derecho conecta con el de los contenidos mínimos de la libertad sindical (art. 28.1 CE) por vía de integración en el ejercicio de la actividad sindical, del que forma parte (art. 2.2.d LOLS)⁴⁴ –pese a que haya que reconocer sin

⁴³ STC 58/85, FJ 3. «La garantía constitucional de la fuerza vinculante implica (...) la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquellos se impone a las relaciones individuales de trabajo (...) de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales».

⁴⁴ Por todas, STC 37/83, de 11/5, FJ 2 y 39/86, de 31/3, FJ 3.a): «La libertad sindical implica la libertad para el ejercicio de la acción sindical, comprendiendo en ella todos los medios lícitos, en los tratados internacionales ratificados por España», muy en especial los Convenios 87 y 98 de la OIT y las resoluciones de su comité de libertad sindical, así como la STC 11/81 «incluyen la negociación colectiva y la huelga (...), la incoación de conflictos colectivos, pues sería paradójico que quien puede defender los intereses de los trabajadores mediante la negociación o la huelga no pudiera hacerlo mediante la utilización de los procedimientos legalmente previstos para el planteamiento y solución pacífica de los conflictos colectivos. De esta forma, el art. 37.2 de la Constitución se conjuga con el art. 37.1 y con el 28.2 para definir el ámbito de ejercicio de la libertad sindical».

Conforme al art. 2.2.d. LOLS, el ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella comprende, en todo caso, los derechos de negociación colectiva,

ambages que los arts. 28 y 37 de la CE no atraen para sí la misma reserva normativa y tutela constitucional (art. 53.1 CE), y por ende no pueden tener la misma virtualidad jurídica—, cabe concluir de todo ello que la inmensa mayoría de los preceptos normativos contenidos en el RD 2205/80 en esta materia resultarían de dudosa aplicación en términos constitucionales, razón por la cual —quizá entre otras— vienen siendo ampliamente obviados por la realidad jurídico-negocial desde hace tiempo. De hecho, el «laudo arbitral» contemplado en la reglamentación de trabajo (art. 102 RD 2205/80) tan solo se ha promovido una vez (en 1983)⁴⁵, y posteriormente se ha venido implantando la capacidad negociadora, a través de los diversos CCOL desde 1984 en el ámbito de defensa, incluso con mayor alcance negociador y virtualidad jurídica a partir de 1998 (a través del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado —CU—, en sus versiones sucesivas).

Definitivamente pues, el «régimen intermedio» de fijación de condiciones de trabajo que declara el RD 2205/80 en su preámbulo, entre la potestad normativa del Estado y los CCOL, se ha visto claramente desbordado por la realidad de la negociación colectiva; incluso en términos más amplios, por la actividad sindical.

7. Por último, el derecho de los trabajadores y empresarios a «adoptar medidas de conflicto colectivo» (art. 37.2 CE), con sujeción a una ley que —de nuevo— ha de garantizar el «funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad» —pudiendo establecer para ello mayores limitaciones que para el ejercicio del derecho de huelga—⁴⁶, encuentra su cauce aplicativo

ejercicio de huelga, planteamiento de conflictos individuales y colectivos y presentación de candidaturas electorales.

⁴⁵ El laudo arbitral, que se contempla en el art. 102.4 del RD 2205/80, fue dictado el 25/4/83 y ordenado publicar por Resolución 111/14001/1983, de 5/5, del subsecretario de Política de Defensa. Los diversos CCOL para el PLMD se publicaron en el *BOE* de 29/8/84, 21/8/86, 17/1/91 y 1/7/92. La SAN, Sala Social, 78/91, de 24/5/91, declaró la ineficacia general y la nulidad del capítulo XIV (representación colectiva) del CCOL del 91. Los sucesivos convenios «únicos» para el personal de la AGE fueron publicados en el *BOE* de fechas 1/12/98, 14/10/06 y 12/11/09.

⁴⁶ Así, la STC 11/81, FJ 22, al reconocer que «... el constituyente consideró la huelga como uno de los derechos fundamentales, mientras que el derecho de adopción de medidas de conflicto es un derecho sin aquella categoría (...) hay que propugnar la separación entre ambos preceptos que (...) consiste básicamente en que: a) el art. 37 les faculta para otras medidas de conflicto distintas de la huelga (...) la huelga no es la única medida de conflicto, y b) el art. 28 no liga necesariamente la huelga con el conflicto colectivo. Es verdad que toda huelga se encuentra muy estrechamente unida a un conflicto colectivo, pero en la configuración del art. 28 la huelga no es un derecho derivado del conflicto colectivo, sino que es un derecho de carácter autónomo. Además, las limitaciones que el art. 37 permite son

respecto del personal laboral del que venimos tratando, no solamente a través del Real Decreto-ley 17/77 (título II) de cuya aplicación el personal civil dependiente de establecimientos militares no queda excluido⁴⁷, sino también a través de la LOLS apelando una vez más a la actividad sindical –ello lleva implícito la posibilidad de plantear conflictos individuales y colectivos– la cual, conforme a la dicción actual de su DA 3.^a, ya sí está permitida en el interior de los establecimientos militares; con respeto, por supuesto, como se dijo antes, a la neutralidad política y sindical que asumen los miembros de las FAS, y ajustándose también a las normas de los empleados públicos en esta materia (art. 15.d. EBEP). Entiende la doctrina que el precepto contenido en el art. 37.2 CE es de «inmediata aplicabilidad sin necesidad del intermedio de una ley»⁴⁸.

III. EL «TRACTO» JURÍDICO APLICATIVO: INCIDENCIA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS Y LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

III.1. APROXIMACIÓN A LA TELEOLOGÍA DEL REGLAMENTO

8. El vigente texto constitucional contempla en su artículo 35.2 que «la ley regulará un estatuto de los trabajadores». Al amparo de este precepto, en marzo de 1980 se promulgó el primer estatuto legal (Ley 8/80), que puso fin a la vigencia de su antecesora, LRL 16/76. Como es sabido, el ámbito de aplicación del Estatuto recae sobre los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos y por cuenta ajena, bajo la organización y dirección del empleador o empresario, ya sea este persona física, jurídica o comunidad de bienes (art. 1, apartados 1 y 2 ET).

Al margen de las exclusiones declarativas (art. 1.3), atinentes, entre otros colectivos, a los funcionarios públicos, el ET/80 establece determinadas relaciones laborales de carácter especial (art. 2)⁴⁹ y deja la puerta

mayores que las que permite el art. 28, ya que literalmente menciona las limitaciones que la ley puede establecer».

⁴⁷ No así la norma que le precede y a la que deroga el del Decreto-ley 5/1975, de 22/5, sobre regulación de conflictos colectivos de trabajo, cuya DA 1.^a contempla que «... lo establecido en el presente Decreto-ley no será de aplicación al personal civil dependiente de establecimientos militares».

⁴⁸ GARCÍA VALVERDE, M. D., *Personal civil no funcionario...*, cit., pág. 606 (nota a pie 1633).

⁴⁹ Así, personal de alta dirección (no puramente consejero o miembro del órgano de administración); personal al servicio del hogar familiar; penados en instituciones peniten-

abierta a que, por vía residual, cualquier otro trabajo pueda ser expresamente declarado con ese carácter de «especial» por una ley, cuya regulación ha de respetar en todo caso los «derechos básicos» reconocidos por la Constitución⁵⁰. Entre tales relaciones especiales no incluye el ET –al contrario que la LRL 16/76 (art. 3.1.h)– la prestación de trabajo del PCNF en los establecimientos militares, cuya regulación fue encomendada por el legislador ordinario al Gobierno (en el plazo de tres meses, a propuesta de los Ministerios de Defensa y Trabajo)⁵¹.

De este modo, al no tratarse *strictu sensu* de una relación laboral de carácter especial, no se requiere formalmente –por esa vía residual– una regulación específica de rango legal que habría de respetar, como mínimo, tales derechos básicos. No obstante, el precepto estatutario (DF 7.^a ET/80) ordena que se incorporen al texto regulador que emane del Consejo de Ministros, «cuantas normas y disposiciones» del ET «sean compatibles con la debida salvaguarda de los intereses de la defensa nacional»⁵². Cabe

ciarias; deportistas profesionales; artistas en espectáculos públicos, y operadores mercantiles que no asuman riesgo y ventura. Un estudio de las relaciones especiales en OJEDA AVILÉS, A., «Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria», *RL*, 1990-I, págs. 222-239; GONZÁLEZ DE LENA, F., «Las relaciones laborales especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los decretos reguladores», *RL*, 1986 tomo I, págs. 111-122.

⁵⁰ Se consideran derechos básicos aquellos que gozan de reconocimiento constitucional. Algunos de ellos se identifican incluso como derechos fundamentales (arts. 14 al 29 y 30.2) por lo que se tutelan a través del recurso de amparo constitucional; los demás (arts. 30 a 38 CE) únicamente mediante recurso de inconstitucionalidad (arts. 53.2 y 161.1.b CE). El art. 4.1 ET/80, ya en su versión originaria, recoge como derechos laborales básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de trabajo y libre elección de profesión y oficio (art. 35.1 CE); libre sindicación (art. 28.1 CE); negociación colectiva (art. 37.1 CE); adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE); huelga (art. 28.2 CE); reunión (art. 21.1 CE); participación en la empresa (art. 129.2 CE). En la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho a la ocupación efectiva; la formación profesional (art. 35.1 CE); la no discriminación por determinadas razones (arts 14 y 35 CE; Convenio n.º 111 OIT); la integridad física y una adecuada política de seguridad e higiene (arts. 15 y 40.2 CE); respeto a la intimidad y consideración debida a su dignidad (art. 18 CE); percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida (art. 35.1 CE); ejercicio de acciones derivadas del contrato de trabajo (art. 24 CE) y cuantos otros se deriven específicamente del mismo. Y como deberes laborales básicos, cumplir las obligaciones del puesto, conforme a la buena fe y diligencia; observar las medidas de seguridad e higiene; cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas; no concurrir con la actividad de la empresa; contribuir a la mejora de la productividad (art. 38 CE), y los demás que se deriven del contrato de trabajo.

⁵¹ Acerca del «significado del encargo normativo al Gobierno» en relación con la reserva de ley que emana del art. 35.2 CE respecto del ET, puede consultarse SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *La relación laboral del personal civil...*, cit., págs. 185-193, y la doctrina que en ellas se cita.

⁵² Sobre esta cuestión, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Interés de la defensa nacional y trabajadores al servicio de la Administración militar (Comentario a la Sentencia del

afirmar, por lo tanto, que el encargo reglamentario del legislador se contrae nada más –y nada menos– que a garantizar lo que quepa entender por «intereses de la defensa nacional»⁵³; en todo lo demás deberían regir las reglas propias del ET y las dictadas en desarrollo del mismo, y ello conduce a considerar como derecho supletorio al RD 2205/80 el propio estatuto, pese a que la norma reglamentaria no lo afirme⁵⁴.

Sin embargo, la norma específica producida al amparo de la habilitación legal reordena tales derechos y deberes básicos de un modo que establece en primer término, como previo –y prevalente– a ellos (art. 3.1 RD 2205/80), el principio general siguiente:

*Es deber de los establecimientos y de quienes en ellos trabajan practicar y mantener recíprocamente el espíritu de solidaridad que les impone su tarea común al servicio del interés superior de la defensa nacional, cuya finalidad obliga a aunar el esfuerzo de unos y otros, observando con la máxima fidelidad y generosidad los deberes sociales que respectivamente les incumben*⁵⁵.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de mayo de 1990)», *REDT*, n.º 51, enero/febrero 1992, pág. 137, opina que «determinados tribunales de instancia, y muy recientemente algún tribunal superior de justicia, han comenzado a rechazar esta práctica, declarando la inaplicación del artículo 73.4 [inejecución de sentencias por perjuicio o inconveniencia al interés de la defensa nacional, sin necesidad de motivar la causa] en aquellos supuestos en los que la relación con este interés era claramente inexistente. Se sigue también una noción restrictiva de este concepto, que lleva a buscar una relación directa e inmediata».

⁵³ Al tenor del art. 97 CE, al Gobierno corresponde dirigir la Administración militar y la defensa del Estado, así como ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, conforme a la CE y las leyes.

⁵⁴ Véase GARCÍA VALVERDE, M. D., *Personal civil no funcionario...*, cit., págs. 62-67, en las que se recogen diversas opiniones doctrinales. En el sentido favorable a la aplicación supletoria, pág. 66 de la citada obra, que alude a STSJ Madrid, Sala Social, 27/05/93 y Andalucía/Sevilla 07/03/95. En nuestra opinión, la habilitación conferida por el legislador (DF 7.ª ET/80) obliga a tener por incorporadas implícitamente al RD 2205/80 todas las normas y disposiciones que se produzcan en el ET, siempre que no sean incompatibles con la debida salvaguarda de los intereses de la defensa nacional; incluso habiendo desaparecido dicha habilitación expresa del ET/95 (Real Decreto Legislativo 1/1995).

⁵⁵ La doctrina científica, a la vista del art. 3 del RD 2205/80, ha entendido que tal singularidad se constituye en un «principio general de ordenación de esta actividad», del que derivan peculiares sistemas de peticiones colectivas, negociación, arbitraje, huelga, promoción, ordenación jurisdiccional..., y una subordinación especialmente intensa (reserva, respeto y consideración en el trato). Así se recoge en MERCADER UGUINA, J. R., *Lecciones de Derecho del trabajo*, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 153; y en MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del trabajo*, vigésima edición, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 212.

Bajo el sometimiento a ese sinalagmático ánimo solidario que impone la norma a la relación laboral, se reconocen como derechos «degradados» en tanto que desprovistos del apelativo (y la consideración) de «básicos», y con una virtualidad extraordinariamente limitada desde un punto de vista sindical, los derechos de negociación (conforme a su título III), representación y reunión (capítulo 2.º del título II), y libre sindicación y huelga, con el alcance y contenido que –de nuevo– en función del «superior» interés de la defensa nacional señale la normativa de específica aplicación a dicho personal (DA 1.^a). Más aún, el RD 2205/80 todavía faculta al Ministerio de Defensa (DF 2.^a) para dictar las disposiciones reglamentarias en orden a su desarrollo, y las necesarias para adaptarlas en cada momento a las «necesidades» de la Defensa. Conviene recordar, aunque ya se anticipara antes, que el contenido material de las Instrucciones de 30/09/1982 dictadas por el Ministro de Defensa al respecto lesionaba activamente en palabras del TC el derecho fundamental de huelga, por afectar de manera inaceptable a sus «aspectos esenciales»⁵⁶.

En cuanto a los deberes laborales (estos sí se especifican como básicos), además de los contemplados estatutariamente (ET/80), pero reforzados en cuanto a diligencia, órdenes, instrucciones..., el texto reglamentario añade que el personal deberá guardar disciplina y reserva, prestar colaboración por necesidades urgentes,

y observar en todo momento el debido respeto y consideración en su trato con el personal militar, aunque no le esté directamente subordinado, y asimismo a las insignias, emblemas y, en general, a cuanto sea públicamente representativo de las Fuerzas Armadas.

La doctrina científica dedujo hace mucho tiempo que la «extensa y compleja» regulación del RD 2205/80 ofrece ciertas «especialidades» destacables⁵⁷, las cuales no viene al caso analizar ahora; lo haremos más adelante –si bien muchas de ellas ya han sido citadas–, pero no está de más recordar ahora que estas peculiaridades derivan de varios aspectos, todos ellos, siempre con el mismo telón de fondo: la salvaguarda del superior interés de la defensa nacional.

La primera peculiaridad de la relación surge de la especial naturaleza y función de los establecimientos militares; de ahí que aquella laboralidad

⁵⁶ STC 26/86, de 19 febrero, FJ 2 y 3.

⁵⁷ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo...*, cit., págs. 508-510. Sobre las «exigencias de la defensa nacional», SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *La relación laboral del personal...*, cit., págs. 154-155.

no se configure como especial, sino «a medio camino entre los contratos especiales y los comunes con particularidades» (y, por tanto, no esté condicionada a los derechos constitucionales básicos, art. 2.2 ET, sino al propio Estatuto). Otros rasgos caracterizadores, además del antes aludido «espíritu solidario», son la asunción de las funciones de los comités de seguridad e higiene por parte de la dirección de los establecimientos militares; así como en materia de relaciones colectivas, «la creación del Comité General de Trabajadores de la Administración Militar», que junto a las demás representaciones, comités y delegados, han de adecuar su actividad representativa a tales «intereses»; un sistema propio y distinto de peticiones colectivas, negociación y arbitraje; y, en fin, los derechos de sindicación y huelga, cuya normativa específica de aplicación –el preconstitucional RD 500/78, de 03/03, relativo a la huelga de empleados públicos civiles de varias clases, entre ellos los laborales– cabe tener por derogada.

Es peculiar también el «régimen administrativo y jurisdiccional» en el que destacan la asunción de funciones de la Administración laboral por parte de la Administración militar, hasta el punto de poder decidir el Ministerio de Defensa el no cumplimiento del fallo de las sentencias judiciales que resultaren perjudiciales o inconvenientes al interés citado, incluso sin necesidad de expresar las motivaciones de la decisión.

9. No ofrece dudas que el «superior interés de la defensa nacional» cobra un protagonismo especialmente relevante –incluso decisorio– en este tipo de relación laboral, formalmente común pero en el que incluso las peculiaridades son especiales, como así se recoge a lo largo del articulado del texto reglamentario. Sin embargo, ni siquiera a fuerza de abundar la norma en el término resulta fácil de aprehender su concreto contenido. Hemos venido anotando algunos apuntes del mismo, al tiempo que constatando también su difícil delimitación. Varias puntualizaciones de orden histórico y contextual revelan que al momento de ser regulada la relación laboral del personal de que estamos tratando, hacia junio, pero publicada la norma en octubre de 1980, es decir, estando ya vigente la LODN 6/80, de 01/07 (que ha visto prolongada su vigencia hasta el año 2005), el ordenamiento jurídico militar establecía unos contornos de la defensa nacional irreconciliables con los demás derechos fundamentales aquí en liza⁵⁸, configurados

⁵⁸ La LO 6/80, de 1/7 (derogada por LO 5/2005, de 17/11), definía la defensa nacional como la «disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión...», que «tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional» en el marco de lo dispuesto en el art. 97 CE (art. 2). «Todos los

en torno a un concepto vertebrador del conjunto de la norma, cuya definición –por suerte– ha sido recientemente abandonada.

El punto clave se ha trasladado en nuestros días –al margen de reiterarse la independencia e integridad territorial de España y la protección, ahora del conjunto de la sociedad y antes (la vida) de los ciudadanos– desde la unidad nacional de todas las energías y fuerzas (incluso morales) en defensa de los intereses de la patria, a la protección de los valores superiores del ordenamiento constitucional, el estado social y democrático, el ejercicio pleno de libertades y derechos... y la preservación de la paz y la seguridad internacional. El nuevo discurso, no necesariamente contradictorio con la teleología perseguida por el RD 2205/80, muestra de manera diáfana un

recursos humanos y materiales y todas las actividades (...) podrán ser movilizados por el Gobierno... en los términos... Ley de Movilización Nacional» (art. 14.1). A las FAS se atribuye la misión de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (art. 23.1, en relación con el art. 8 CE). Las RROO de las FAS (Ley 85/78, de 28/12, por entonces vigente), establecían que en la defensa nacional las FAS son elemento esencial, «en su alerta permanente por la seguridad de la Patria» (art. 4). Y que sus miembros (por cuyos intereses vela el Estado), no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa. Tampoco podrán condicionar el cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales (afirmación luego matizada por STC 219/01, de 31/10) ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga (art. 181). Cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida en el orden constitucional será respetada por los componentes de los ejércitos, pero el militar deberá mantener su neutralidad no participando en ellas, ni tolerando las referidas al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales, «dentro de los recintos militares». No podrá estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical, asistir a sus reuniones ni expresar públicamente opiniones sobre ellas (art. 182).

Sobre la inconstitucionalidad del art. 182 de las RROO de las FAS (aprobadas por la Ley 85/78) véase PRESNO LINERA, M. A., *Los límites a los límites de los derechos fundamentales de los militares*, <www.unioviado.es/constitucional/miemb/.../Militares.html>, Santiago de Compostela, 2003, pág. 7, el cual considera que al ser anterior la CE a las RROO, el legislador ordinario «se ha adentrado de manera inconstitucional en la reserva» de LO establecida en el art. 81.1 CE prevista para el desarrollo constitucional. También, por razones no solo formales, ALBIOL MONTESINOS, I., «Los derechos colectivos del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares», *cit.*, pág. 174.

La Ley 8/1975 de 12/03 y el RD 689/1978 de 10/02, que la desarrolla, establecen una regulación en torno a zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, atendiendo a un interés más locativo que material. Para salvaguardar estos intereses, así como la seguridad y eficacia de sus organizaciones e instalaciones, quedarán limitados los derechos sobre bienes situados en aquellas zonas, según estén clasificadas como de interés para la defensa nacional; de seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar; y de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros (art. 1 de la Ley).

giro en las preferencias de la defensa nacional, que bien puede interpretarse como una voluntad de conciliar los intereses complejos que coexisten en el interior de toda clase de dependencias militares, en orden a los distintos tipos de relación jurídica de servicios que en ellas concurren⁵⁹.

De otro lado, las normas de cuño social dictaminaban hasta muy poco antes junio de 1980, momento en el que se elaboró el RD que analizamos, que, por ejemplo, el recurso a la huelga solamente podía utilizarse en los conflictos laborales, siempre que, al margen de otras circunstancias impositivas, «la empresa o entidad afectada no estuviera encargada de la prestación de cualquier género de servicio público o de reconocida e inaplazable necesidad, o relacionado con los intereses de la defensa nacional⁶⁰; derecho del que a su vez—hasta el pronunciamiento expreso del TC en 1981—estaba excluido el personal civil (funcionario y laboral) dependiente de establecimientos militares⁶¹.

En la misma línea prohibitiva, el derecho de asociación de entonces—años del 77 al 85 en que se promulgó la LOLS—reconoce al personal civil laboral, funcionario y contratado administrativo la capacidad de participar en la determinación de las condiciones de empleo, vía consulta o colaboración, pero no extender su actuación a la defensa de derechos individuales ni acudir en ningún caso a la huelga⁶²; restricciones todas ellas necesarias—se dice—para «salvaguardar los supremos intereses de la seguridad y la defensa nacionales», en tanto que integradas las FAS en la Administración militar, el «personal civil a su servicio forma parte consustancial de aque-

⁵⁹ Recuérdesse que el Real Decreto-ley 10/77, de 8/2, que regulaba el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las FAS, en su art. 1.º prohibía taxativamente tales actividades (políticas y sindicales) «dentro de los recintos, establecimientos, buques y aeronaves de las Fuerzas Armadas». Y en su art. 7.º 3, contempla el incumplimiento de tal prohibición por funcionarios y personal civil al servicio de la Administración militar como una falta (leve, grave o muy grave) de sus reglamentos respectivos. Su desarrollo, llevado a cabo por RD 706/77, de 1/4, extendió los conceptos locativos antes citados (recintos, establecimientos, buques y aeronaves) a todas «las zonas e instalaciones de toda índole», incluso cultural, deportiva, recreativa o asistencial. Estas normas no fueron derogadas hasta el año 1989 (a través de la Ley 17/89, de 19/7).

⁶⁰ Así, art. 3.º 1. c) Decreto-ley 5/1975, de 22/5, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo (derogado por Real Decreto-ley 17/77, de 4/3, de Relaciones de Trabajo).

La LRL 16/76, de 8/4, consideró una relación laboral de carácter especial la del trabajo del PCNF al servicio de establecimientos militares; las relaciones laborales especiales no tienen garantizado en aquella ley ningún tipo de derecho constitucional básico—ni homologable—porque la CE aún no estaba vigente.

⁶¹ DA 1.ª Real Decreto-ley 17/77, de 4/3, sobre Relaciones de Trabajo.

⁶² Véanse la DA, apart. 2, de la Ley 19/77 y EM, art. 2.º y 5.º RD 500/78, de 3/3, que establece normas para el ejercicio del derecho de asociación del personal civil al servicio de la Administración militar.

llas», no solamente por su trabajo, sino, además, por el lugar y ambiente en el que realiza su labor, lo que exige en todo caso a los fines militares instituir «relaciones de subordinación y disciplina».

En este panorama jurídico-contextual no es raro que la «defensa nacional» y la salvaguarda de sus intereses constituya el principio transversal de la regulación nacida en 1980 (RD 2205/80); que los derechos de sindicación y huelga quedaran impregnados de la literalidad restrictiva de las normas precedentes; e incluso que la LOLS naciera (en 1985) «inoculada» –y así se haya mantenido en su literalidad casi hasta nuestros días– por no poderse ejercitar el derecho a la actividad sindical en el interior de los recintos militares⁶³, establecimientos cuya delimitación reglamentaria nunca se llevó a término, lo que produjo la extensión ilimitada del omnicomprendido concepto, convenientemente traído de las anteriores normas preconstitucionales.

III.2. EL ANÁLISIS DE LA NORMA ESPECÍFICA: CONCEPTO TRANSVERSAL Y POSTULADOS ESENCIALES

10. El reglamento sectorial de trabajo que estamos tratando surgió hace más de treinta años. Su literalidad, inmodificada, debe su origen a la habilitación legal conferida al Ejecutivo por el primer texto estatutario. Un breve apunte acerca de los rasgos específicos que mejor caracterizan al RD, los postulados esenciales de su regulación, pasa por abordar, aun de manera sucinta, los preceptos que seguidamente se exponen.

La «defensa nacional», ya lo hemos visto, se constituye en concepto transversal y elemento vertebrador de la norma⁶⁴. En más de una decena de ocasiones lo cita el articulado del RD, acompañado de los vocablos «salvaguarda», «interés superior», «supremo interés», «interés prevalente» o «seguridad»⁶⁵. Actúa ese incapturable concepto, en su singularidad,

⁶³ Para OJEDA AVILÉS, A., *Derecho sindical*, octava edición, Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), Madrid, 2003, pág. 177, la prohibición supone un «claro intento de marginar a los sindicatos».

⁶⁴ A este respecto RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Interés de la Defensa Nacional...», *cit.*, pág. 138, considera que «habría que replantearse el contenido del RD (2205/80)», lo que nos llevaría a poner en cuestión la validez de segmentos importantes del mismo, «en los que el Gobierno se habría extralimitado en su actuación (...) debería revisarse anulando un número importante de especialidades, y acercando el régimen jurídico de la relación de trabajo de este colectivo al común».

⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., «Límites subjetivos del derecho de huelga...», *cit.*, pág. 102, considera que esta regulación especial tiene su fundamento jurídico-político en «razones de orden sustancialmente político, no exentas de cierta mitificación».

como una barrera delimitadora de los intereses en colisión, elevándose por encima de cualesquiera derechos y deberes constitucionales –no viene obligado siquiera a respetar los derechos básicos, como sí lo están las normas reguladoras de las relaciones laborales de carácter especial; *ex art. 2.2 ET*)–, modulándolos, matizándolos, reconfigurándolos, limitándolos, incluso anulándolos en su caso, hasta el punto de tener atribuida el Ministerio de Defensa –invocando ese potente concepto–, junto a su condición de empleador, la asunción de posiciones tales como las de autoridad laboral, militar, gubernativa, cuasijurisdiccional..., y funciones propias de los comités de seguridad e higiene y de la Inspección de Trabajo⁶⁶.

11. 1) Conforme a la idea de «establecimiento militar» se dejó dicho más atrás que ese término, pendiente –por tiempo indefinido– de desarrollo reglamentario en la LOLS (DA 3.^a), no puede tener un alcance ilimitado, en palabras del TC. En consecuencia, debe tomarse de manera restrictiva a la hora de limitar derechos constitucionales⁶⁷. Pero al tenor de la propia norma (RD 2205/80, art. 1.º b)⁶⁸ se entenderán comprendidos en el mismo los centros, cuerpos, unidades, dependencias y organismos análogos de la Administración militar, que en el conjunto del ordenamiento jurídico en general y en el orden militar en el que actúa el concepto en particular es tanto como decir que no conoce límites⁶⁹; surge aquí una duda, una reserva cuando menos, en cuanto a su legalidad (si no inconstitucionalidad por

⁶⁶ Entiende RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Interés de la Defensa Nacional...», *cit.*, págs. 135-136, que «... se parte de una identificación entre todo trabajo realizado para la Administración militar con el interés de la defensa (...) a lo que nos enfrentamos, en el fondo, es a una interpretación amplísima de la salvaguarda del interés de la defensa (...) un concepto global de 'defensa nacional', en el que entraría toda actividad laboral prestada por cuenta y bajo la dependencia de un establecimiento militar».

⁶⁷ STC (Pleno) 101/91, de 13/05, FJ 4 y FJ 2 en el que se afirma que el art. 81.1 CE, con respecto al «desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», tiene una «función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o las desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto, aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites (STC 160/1987, 161/1987, 57/1989 y 132/1989, entre otras)». Una interpretación restrictiva de la actividad sindical en establecimientos militares en STS 11/06/97 (rec. 3863/96), FD 3.º.

⁶⁸ En la DF 1.^a de la OM 70/80, de 16/12, se considera «establecimiento militar» a los efectos del art. 1.º del RD 2205/1980, cada unidad o centro de trabajo que tenga aprobado un «cuadro numérico».

⁶⁹ Nos recuerda GARCÍA MURCIA, J., «Sobre el desarrollo de la actividad sindical...», *cit.*, pág. 451, acerca de la definición de establecimiento militar, que «sus contornos son igualmente vagos e imprecisos, insuficientes seguramente (...) en esa definición pueden quedar comprendidos centros de muy diversa clase y condición, no siempre vinculados con aquellos fines de neutralidad y defensa nacional (...) así se desprende (...) Decreto 706/1977, en desarrollo del Real Decreto-ley 10/1977».

transgresión de los art. 14 y 28.1 CE), a la que no hay otro remedio que aludir. En ese sentido, hace bastante tiempo que los tribunales desecharon, a efectos de la aplicación de la norma específica en lugar de la pactada, la conexión automática entre establecimiento militar e interés de la defensa nacional⁷⁰, que en última instancia no debiera ser otra cosa que la preservación de la neutralidad política y sindical de las FAS para garantizar los fines que les encomienda el art. 8 CE (soberanía, independencia, integridad territorial y ordenamiento constitucional).

11. 2) Ese «régimen intermedio», ya aludido, entre la potestad normativa del Estado y los CCOL que cita el RD en su preámbulo, parece estar pensado para que el Ministerio de Defensa –gestor por delegación de la Administración militar dirigida por el Gobierno (art. 97 CE)– regule, como así lo hace la norma, los órganos de representación, la participación, y los procedimientos de determinación de las condiciones de trabajo, del personal laboral que preste sus servicios en los establecimientos militares, de modo parecido a como ocurre cuando se trata de una relación de carácter administrativo o estatutario⁷¹, si bien teniendo en cuenta ese peculiarísimo interés que ha de salvaguardar siempre: el de la defensa nacional. Es decir, haciendo equilibrios entre la posibilidad nula de negociación del personal militar⁷², la capacidad limitada de los empleados públicos funcionarios/

⁷⁰ STSJ Madrid, Sala Social, 15/10/90.

⁷¹ A la sazón, Ley 9/87, de 12/5, LORAP. Serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada administración pública, las siguientes materias: (...) Procederá la consulta con las organizaciones sindicales y sindicatos (...). Quedan excluidas de la obligatoriedad de la consulta o negociación, en su caso, las decisiones de las AAPP que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas (...).

⁷² Actualmente (LO 9/2011), los militares tienen derecho a plantear iniciativas, quejas y propuestas, en cuanto al régimen del personal y a las condiciones de vida, siguiendo el conducto regular (art. 28), así como ejercitar el derecho de asociación profesional, para la promoción y defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales de sus asociados (art. 33), excluyéndose en todo caso el llamamiento al ejercicio del derecho a la huelga y sus acciones sustitutivas, la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo, y la realización de acciones que excedan el ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley, especialmente (art. 12 y 13) libertad de expresión y de información y derecho de reunión y manifestación (art. 42). Conforme a las más restrictivas RROO de la época de transición (Ley 85/78), los miembros de las FAS, «por cuyos intereses vela el Estado», no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa ni condicionar, en ningún caso, el «cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga. Los militares podrán perte-

estatutarios y la posibilidad plena de negociación colectiva inherente a la relación laboral ordinaria⁷³.

Al hilo de ello, en su momento, abordaremos debidamente el derecho de negociación colectiva, diseñado únicamente para cuando las condiciones laborales de los trabajadores de la esfera civil sean superiores a las de los trabajadores del ámbito de Defensa (art. 96.2 RD 2205/80).

11. 3) En materia de derechos y deberes laborales básicos, y también deberes específicos derivados del contrato de trabajo (arts. 3 a 5 y 18 del texto reglamentario), ya se advirtió igualmente acerca de las limitaciones, excesos y carencias, contenidos expresamente en el articulado del texto normativo, sobre todo, en materia colectiva y sindical, y asimismo en cuanto a la intensidad de los parámetros de disciplina, subordinación, reserva, colaboración, respeto y consideración en el trato a «todos» y a «todo» lo militar. La organización del trabajo presenta también un reforzamiento de las potestades empresariales, que encarnan los jefes de establecimiento, (determinación de rendimientos correctos, distribución de la jornada según las necesidades del servicio, *ius variandi* por conveniencia del servicio), ligado todo ello al mantenimiento de

... los principios de orden y jerarquía imprescindibles en la realización de toda tarea colectiva, [especialmente en la Administración militar, siempre velando atentamente] para que el régimen laboral salvaguarde los valores espirituales y humanos del trabajo, contribuya a la dignificación de quienes lo prestan y perfeccione los sentimientos de común respeto y colaboración en la conveniencia de los fines de alto interés nacional propios de los establecimientos militares.

Añádese a ello ese especial deber que rige en la relación (del que también dimos cuenta *ut supra*), «el espíritu de solidaridad», en el que resulta superfluo extenderse ahora (art. 3.1)⁷⁴. Empero hay que decir también, en justa correspondencia con la mayor exigencia de deberes, que la norma dota al empresario de una potestad «premieral» que tiene como finalidad recompensar la conducta, el rendimiento, la laboriosidad y otras cualidades

necer a otras asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social» (art. 181).

⁷³ Al respecto, títulos I y III del ET.

⁷⁴ La doctrina ha destacado, en opinión que compartimos, el discurso «de corte militar», traído de las reglamentaciones anteriores y de otras normas del ámbito castrense: las RROO de las FAS. Véase SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *La relación laboral del personal civil...*, *cit.*, págs. 477-480, relativas a los deberes específicos del personal civil no funcionario.

del personal laboral en el cumplimiento de sus obligaciones (más allá de las ordinarias) tanto a título individual como colectivo (art. 58 a 62)⁷⁵.

12. La materia colectiva y sindical, necesariamente más controvertida, toda vez que, por su propia naturaleza, posee un mayor alcance y virtualidad jurídica, denota una serie de limitaciones que, vistas en la perspectiva del tiempo, más de tres décadas después, ponen de manifiesto el excesivo e innecesario apartamiento de la norma ordinaria –el ET–, y el extraordinario e injustificado hermetismo en el que la norma reglamentaria trata de sujetar una libertad sindical que ha terminado eclosionando y, por supuesto, desbordando los estrechos márgenes por los que el reglamento pretendía que aquella fluyese.

12. 1) De entrada, el RD 2205/80 contempla una forma única de participación –delegados de personal, comités de establecimiento y Comité General de Trabajadores de la Administración Militar– (art. 68) a la que, sin embargo, el ET (art. 61) no cierra otras posibilidades, en sintonía con la promoción eficaz de las diversas formas de participación en la empresa que propugna el texto constitucional (art. 129.2 CE).

Sobre la duración del mandato de los representantes de los trabajadores, la cifra de dos años que se corresponde con la regulación originaria del ET/80, no así con las versiones posteriores del mismo, fue desplazada por la DA 2.^a de la LOLS⁷⁶, que en línea con la reforma del ET operada en el año 1984 elevó tal duración a cuatro años.

En el orden electoral hay que decir que la promoción de elecciones no viene regulada en el texto reglamentario. Pero sí hay una referencia puntual a la convocatoria (para antes del 01/01/81) contenida en la DT 3.^a que propició la OM 79/80 (de 16/12), en la cual la Administración militar, al tratarse de materia *ex novo* asumió la iniciativa electoral, dejando para el futuro «lo que la experiencia aconseje» en cuanto a la posibilidad de seguir otro sistema, dentro de lo que permita la normativa vigente. Posteriormente, la Resolución 271/98, de 07/10, complementó –con matices

⁷⁵ Son motivos de premio los actos heroicos, los meritorios, el espíritu de servicio, el de superación profesional y el de fidelidad (que se acredita con 30 o más años de servicio, sin notas desfavorables de carácter grave en el expediente). Los premios pueden consistir en recompensas en metálico, becas y viajes de perfeccionamiento o estudios, aumento de vacaciones (como máximo en un mes) o citación escrita.

⁷⁶ La DA 2.^a de la LOLS (LO 11/85) tiene como destinatarios a los delegados de personal y miembros de comités de empresa, y quienes formen parte de los órganos de representación que se establezcan en las AAPP. Tal disposición eleva la duración del mandato a cuatro años y establece la posibilidad de reelección en sucesivos períodos electorales. Por su lado, la DA 2.^a de la Ley 32/84, de 2/8, de reforma del ET, eleva la duración del mandato incluso para los representantes que estuvieran en el ejercicio del mismo a la fecha de publicación de la Ley.

flexibilizadores en cuanto a visitas sindicales de personal ajeno a los Establecimientos militares— el régimen electoral previsto en el RD 2205/80⁷⁷.

Aunque los CCOL se abordarán en el próximo apartado, conviene anticipar que algunos de los suscritos para el PLMD remiten a la ley 9/87, de órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de Administraciones Públicas (AAPP)⁷⁸, cuya aplicación frente al ET fue resuelta por el TS, de tal modo que constituyen un único centro de trabajo todos los establecimientos dependientes de un mismo departamento ministerial (u organismo), siempre que radiquen en la misma provincia y a los trabajadores afectados se les aplique el mismo CCOL⁷⁹.

Y, por otra parte, en cuanto que la promoción de elecciones es actividad que afecta al establecimiento militar pero no se ejerce en su interior, la LOLS autoriza que en tales establecimientos —doctrina constitucional consolidada⁸⁰— los sindicatos «más representativos» y «cuasi más representativos» (representatividad de al menos un 10% en su ámbito electoral,

⁷⁷ GARCÍA VALVERDE, M. D., *Personal civil no funcionario...*, cit., págs. 471 y 476, cita la Resolución 271/1998, de 7/10, en virtud de la cual se configura la «campana electoral» como una «situación excepcional dentro del régimen interno de los establecimientos».

⁷⁸ Así, en los CCOL para el PLMD publicados en BOE de 17/1/91 y 1/7/92 (art. 69), en tanto que el Convenio de 1986 remite a las disposiciones del título II ET, modificado por Ley 32/84. El TS se pronunció a favor de la aplicación de la Ley 9/87, en sus art. 39 y 40 y en la DA 5.ª, al PLMD (art. 2.1.d).

⁷⁹ Por todas, STS, Sala Social, 18/6/93 (rec. 1576/91), FD 3.º.

⁸⁰ Por todas, STC 51/88, de 22/03, FJ 5: «a) el art. 28.1 de la Constitución integra derechos de actividad de los sindicatos (negociación colectiva, promoción de conflictos), medios de acción que, por contribuir de forma primordial al desenvolvimiento de la actividad a que el sindicato es llamado por el art. 7 CE, son un núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical; b) es evidente que, junto a los anteriores, los sindicatos pueden ostentar facultades o derechos adicionales, atribuidos por normas infraconstitucionales que pasan a integrar el contenido del derecho (...); c) el reconocimiento o creación —por norma legal o, incluso, reglamentaria— de un medio de acción sindical, adicional a los mínimos indispensables, y que atribuye a los sindicatos (...) facultades o derechos también adicionales (...) el derecho fundamental se integra no solo por su contenido esencial (...) los actos contrarios a esos otros derechos o facultades adicionales sí pueden calificarse de vulneradores del derecho fundamental (...); d) tratándose de la (promoción y) presentación de candidaturas en elecciones laborales (...) son actividades sindicales amparadas por el art. 28 de la CE, pese a que las representaciones obreras electivas o unitarias ‘sean, en principio, ajenas al derecho de libertad sindical (...) el reconocimiento legal a los sindicatos de la facultad de presentar candidaturas y de promoción, en su caso, de estas pese a derivar de un reconocimiento legal, son facultades que se integran en la libertad sindical tanto en su aspecto colectivo como en su aspecto individual. Por tanto, cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros de participar en el proceso electoral puede constituir una violación de la libertad sindical’».

ex arts. 6.3.e y 7.2)⁸¹ puedan promover elecciones para delegados, comités, y órganos correspondientes en las AAPP.

Por aquí aparece otro de los flancos débiles, como luego se verá, de esta parte de la regulación contenida en el RD 2205/80, cuyo art. 86.2 (que tiene conexión con el 63.2.d. *in fine* relativo a las faltas disciplinarias muy graves) no parece tolerar el ejercicio de «ningún tipo de acción» en favor de cualesquiera de las opciones políticas o sindicales «dentro de los recintos militares»⁸², salvo la presentación de candidatos, por parte de las «asociaciones sindicales de trabajadores legalmente constituidas», limitando su actuación a la «estricta colocación» de la lista en el tablón de anuncios, por supuesto, «previo conocimiento y autorización de la Jefatura» del establecimiento⁸³.

12. 2) En cuanto al «sigilo profesional» exigible a los representantes (unitarios) de los trabajadores, este se extiende no solo a determinada información económica de la empresa, sino a toda aquella que traslade la Administración militar, con el carácter de «circulación restringida», a los propios destinatarios miembros de los comités, especialmente cuando la información se señale expresamente con carácter «reservado»⁸⁴. Debe recordarse la conexión de este deber con aquel que tienen todos los trabajadores, de «reserva más absoluta», en todo lo que con ese carácter se les encomiende (art. 5.b. RD 2205/80).

En atención, una vez más, a la salvaguarda de los intereses «superiores» de la defensa nacional (art. 83 RD 2205/80) las facultades de los co-

⁸¹ En expresiones utilizadas por MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo...*, cit., pág. 138-141.

⁸² La OM 70/80, de 16/12, en su art. 3.º 7, establece que «por aplicación de lo dispuesto en el artículo 86.2 y sin perjuicio de lo que autoriza el punto tres letra a) del mismo artículo, ningún tipo de acción que represente, promueva o divulgue directa o indirectamente opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales podrán ejercitarse dentro de los establecimientos militares».

⁸³ La SAN, Sala Social, de 16/9/91, estimó que el interés superior de la defensa nacional no elimina «de manera absoluta el reflejo práctico» del derecho a la actividad sindical.

⁸⁴ Así en el art. 82 del RD 2205/80; no así en el art. 65.2 del ET, en el que tal sigilo opera de una forma menos amplia: información sobre evolución del sector, producción, ventas y evolución probable del empleo; memoria, cuenta de resultados y balance de la sociedad por acciones o participaciones; emisión de informe previo a la ejecución de reestructuración de plantilla..., reducción de jornada, traslados de instalaciones, planes de formación profesional de la empresa, implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo; estudio de tiempos, establecimiento de incentivos, valoración de puestos; o emisión de informe cuando la fusión, absorción o cambio del estatus jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo (números 1 a 4 del apartado 1 del art. 65 ET). No es suficiente que el empresario califique unilateralmente un documento como «confidencial», sino que es necesario que desde un plano objetivo efectivamente lo sea (TS 13/12/89, rec. 1345, FD 4.º).

mités de los establecimientos y del Comité General –para los delegados de personal es irrelevante– quedan subordinadas a la «eficacia operativa del establecimiento o servicio» de que se trate: en ningún caso las decisiones adoptadas por el «mando» en función de «los intereses o seguridad de la defensa nacional» se podrán ver paralizadas, retrasadas o entorpecidas por el ejercicio de la actividad representativa. Si fuera necesario, incluso las competencias y facultades de estos órganos representativos (Comité General o de Establecimiento) podrían verse insatisfechas («eludidas») o incumplidos sus derechos de información y audiencia (previstos en los arts. 80 y 81 RD 2205/80), previo informe preceptivo de la Sección Laboral (de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa) y notificando a los órganos de representación el contenido y alcance de las limitaciones y su fundamentación, excepto las motivaciones de «carácter militar» que no necesariamente han de ser expuestas⁸⁵.

12. 3) En conexión con esta salvaguarda, el art. 91.7 establece que el ejercicio de la representación colectiva y las elecciones «no permitirá en ningún caso» la intervención de persona alguna ajena al establecimiento⁸⁶ ni que se perturbe el orden o disminuya la eficacia operativa dentro de la organización militar, pudiendo en caso contrario, como se acaba de afirmar, llegar a suspenderse «temporalmente el ejercicio de estos derechos» invocando para ello los «intereses de la defensa».

Parece evidente que la regulación –notablemente restrictiva– de estos artículos (el 83 y el 91.7), propende a controlar la intervención de los comités en cuanto a los derechos de información y audiencia que en el propio texto reglamentario tienen reconocidos. Se ha dicho que podría tratarse de un instrumento «absolutamente neutralizador» de la actuación de los comités en lo referente a estos trámites⁸⁷. Cabe advertir, no obstante, que en pura teoría ni siquiera el prevalente interés de la defensa nacional podría

⁸⁵ Desde la perspectiva de la relación entre la necesaria eficacia operativa del establecimiento o servicio de que se trate –invocando el mando intereses o seguridad de la defensa nacional–, y la adopción de medidas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, cuya decisión no debe ser puesta en manos de ninguna de las partes implicadas, sino en las de un árbitro imparcial, la doctrina cuestionó la constitucionalidad del art. 83 del RD 2205/80. Así ALBIOL MONTESINOS, I., «Los derechos colectivos del personal civil...», *cit.*, pág. 176.

⁸⁶ En la misma línea de prohibir la presencia de persona alguna ajena al establecimiento, respecto del derecho de los trabajadores a reunirse en asamblea, el art. 95.1.a) RD 2205/80.

⁸⁷ ALBIOL MONTESINOS, I., «Los derechos colectivos del personal civil...», *cit.*, págs. 182-183.

utilizarse para neutralizar de modo absoluto libertades y derechos del mismo rango constitucionalmente reconocidos⁸⁸.

12. 4) En lo que concierne al derecho de reunión⁸⁹, pacífica, sin armas y sin necesidad de autorización previa (art. 21,1 CE), la LO reguladora de este derecho reconoce su carácter general y supletorio respecto de «cualesquiera otras» en las que se regule el ejercicio del mismo⁹⁰. El TC estableció hace tiempo que el derecho de reunión «sindical» tiene existencia propia, independientemente del que, con el carácter de fundamental, reconoce el art. 21 CE⁹¹. El ET lo recoge entre sus derechos laborales básicos (art. 4.1.f., sin matices) con el alcance y contenido de sus arts. 77 a 80, mientras que la norma reglamentaria que nos ocupa remite en el art. 4.i) al capítulo 2.º de su título II (arts. 93 a 97).

En esta materia también son bastante elocuentes las limitaciones impuestas por el reglamento. De entrada, en el ámbito civil el lugar de la reunión en asamblea es el centro de trabajo –si lo permiten las condiciones del mismo– que ha de facilitar el empresario, salvo daños no resarcidos por alteraciones en reuniones anteriores; el transcurso de menos de dos meses (excepto reuniones informativas sobre convenios colectivos); o el cierre legal. La hora de la reunión, o se acuerda o se tiene que celebrar fuera del horario de trabajo. Sin embargo, en los establecimientos militares la Jefatura decide si se celebra o no dentro, en función de las instalaciones disponibles, las demás circunstancias y

... muy especialmente en razón de la presunta repercusión de carácter negativo que la reunión pueda tener respecto del régimen de trabajo, disciplina, eficacia militar y buen orden dentro del Establecimiento.

Si se autoriza la asamblea en el recinto militar, en todo caso fuera de las horas de trabajo, el jefe del establecimiento (o un delegado suyo) la preside –no así, obviamente, en el orden deliberante y funcional, que la dirige el Comité de establecimiento o los delegados de personal–, sin que en ningún

⁸⁸ Aunque en este caso la doctrina, GARCÍA VALVERDE, M. D., *Personal civil no funcionario...*, cit., pág. 487, se refería a los deberes de información y consulta previstos a favor de los representantes unitarios de los trabajadores (art. 83 RD 2205/80).

⁸⁹ Un desarrollo del derecho de reunión en GARCÍA VALVERDE, M. D., *Personal civil no funcionario...*, cit., págs. 497-524. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J. L., «Ámbito subjetivo del derecho de reunión y de asamblea en la empresa (I y II)», *AL*, n.º 47, dic. 1992 y n.º 48, dic./en. 1993.

⁹⁰ LO 9/83, de 15 de julio, DF 1.ª.

⁹¹ STC 91/83, de 7 de noviembre, FJ 2.

caso, «por ningún motivo», pueda asistir a ella persona ajena al mismo. Incluso cuando se celebre fuera del recinto militar –nunca en sus inmediaciones (vías de acceso o terrenos circundantes)–, se deberá comunicar por la presidencia de la asamblea a la Jefatura (al menos ocho horas antes) el lugar de celebración, la hora y las medidas adoptadas para no perturbar los «postulados» relacionados con los «fines y objetivos de la defensa». Por lo demás, salvo algún otro matiz, las discrepancias en cuanto a locales y tablón de anuncios las resuelve la Dirección de Servicios del Ministerio (y no la Autoridad laboral).

12. 5) Singular es también el derecho de negociación colectiva reconocido, que en realidad se articula como un sistema de peticiones, en general sobre condiciones de empleo –no de índole sindical–, siempre con respeto a la «normativa vigente en la organización militar». Ya se advirtió más atrás que la negociación, previa solicitud del Comité General a la Subsecretaría de Defensa, solo procede cuando las materias afecten a la totalidad del personal y las condiciones se demuestren –con datos e informaciones justificativos– inferiores a las homologables en la esfera civil, con referencia a convenios generales y acuerdos globales⁹², observando una vez más el prevalente interés de la defensa nacional, en tanto que las peticiones (colectivas) a nivel de establecimiento se pueden formular «razonadamente» por los delegados o el comité ante su jefatura. Todas las cuestiones planteadas en peticiones colectivas las resuelven los órganos de la propia Administración militar, que de aceptar el trámite de negociación sobre los desacuerdos dispondría la formación de una comisión mixta presidida por el subsecretario llamada a resolverlos, o al menos intentarlo, para lo que es obligado partir «de la mejor voluntad de ambas partes». Si el presidente de la Comisión Mixta considera que se han agotado las posibilidades de negociación⁹³, se acude a un «tribunal arbitral» que decidirá mediante laudo todas las cuestiones planteadas⁹⁴.

⁹² Con mucha agudeza, ALBIOL MONTESINOS, I., «Los derechos colectivos del personal civil...», *cit.*, pág. 189, ha considerado que lo pretendido por el RD es que «la negociación colectiva vaya a remolque de los resultados alcanzados en la negociación colectiva del sector homologado en la esfera civil».

⁹³ ALBIOL MONTESINOS, I., «Los derechos colectivos del personal civil...», *cit.*, pág. 193, deduce que «esta solución no resulta constitucionalmente mantenible en cuanto que no existe obstáculo para que de un punto muerto en las negociaciones pueda salirse tras una presión huelguística». Claro está que en la lógica del «interés de la defensa», desde el RD 2205/80 no cabe la posibilidad de huelga.

⁹⁴ El Tribunal lo forman un magistrado del extinto Tribunal Central de Trabajo (TCT), un representante del Ministerio de Hacienda, otro del de Trabajo, el jefe de la sección laboral del Órgano Central de la Defensa y tres trabajadores miembros del Comité General.

Este apresurado resumen sintetiza *grosso modo* los rasgos que de una manera más directa y profunda afectan a los derechos de relevancia constitucional que, en posible colisión con los «intereses de la defensa nacional», estamos manejando. El resultado del mismo, desde nuestro punto de vista, arroja unos resultados del todo concluyentes: no es jurídicamente viable entender que toda actividad laboral realizada en todos y cada uno de los establecimientos militares, por nimia que sea, afecta a los intereses de la defensa nacional, y tampoco que todo recinto del Ministerio de Defensa se considere a estos efectos un establecimiento militar. Precisamente la contraria es la filosofía que subyace en el RD 2205/80, que en el devenir de los tiempos y los acontecimientos se ha demostrado absolutamente equivocada.

III.3. LOS CONVENIOS COLECTIVOS Y DEMÁS NORMAS DE APLICACIÓN

13. Llegados a este punto, parece ya oportuno comenzar la exposición de los preceptos normativos fundamentales que han cooperado en la inaplicación progresiva del RD 2205/80; los hitos, podríamos decir, que con mayor énfasis han incidido en el desplazamiento de la regulación específica.

13. 1) La situación de partida debe ser enmarcada en el contexto jurídico, de corte «prohibitivista», en el que tiene lugar la promulgación del texto reglamentario. En el año 1980 conservan su vigencia todavía, entre otras normas, 1) una ley preconstitucional de huelga aún no matizada por el TC (en su conocida Sentencia 11/81), la cual en su literalidad excluye del ejercicio de este derecho al personal civil dependiente de establecimientos militares; 2) un real decreto-ley (el 10/77) que prohíbe taxativamente las actividades políticas o sindicales dentro de los recintos militares⁹⁵; 3) y en sintonía con este, unas RROO para las FAS que consideran que mantener la neutralidad política y sindical a la que están obligados los militares dentro de sus recintos, necesariamente lleva implícito «no tolerar» en modo alguno –y por tanto prohibir– actividades de ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales; 4) Asimismo,

Como secretario, con voz y sin voto, actúa un jefe del Cuerpo Jurídico destinado en la Sección Laboral Central.

⁹⁵ El Real Decreto-ley 10/77 regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por los componentes de las FAS; prohíbe estas actividades dentro de los recintos, establecimientos, buques y aeronaves de las FAS, y tipifica el incumplimiento por funcionarios y personal civil al servicio de la Administración militar, según las circunstancias o reiteración de los hechos, como falta leve, grave o muy grave de sus reglamentos respectivos (art. 1.º y 7.º 3). No fue derogado hasta 1989, por la Ley 17/89, de 19/7.

un RD (500/78) que considera que el personal civil a su servicio también forma parte de las FAS, que la libertad sindical se ejercita a través del derecho de asociación, y que el personal civil (funcionario, laboral o contratado administrativo) en ningún caso puede acudir a la huelga; 5) y, por último, otro RD (el 706/77) que extiende la prohibición política y sindical a todas las actividades de la vida militar, en cualquier momento, lugar y circunstancias, así como amplía el concepto de recinto o establecimiento de las FAS a toda clase de zonas o instalaciones militares imaginables (incluso las de finalidad educativa, cultural, deportiva, recreativa...), contemplando asimismo sanciones por incumplimientos de esta naturaleza al personal civil al servicio de la Administración militar.

Con todo este «cargamento» normativo, y teniendo en cuenta que el desarrollo constitucional en cuanto a derechos fundamentales todavía se muestra incipiente, resulta fácil de entender que la regulación surgida de ese contexto naciera provista de unas connotaciones prohibitivas tan acusadas, y así lo plasma, por ejemplo, en su art. 86.2 la norma que nos ocupa, en el que puede leerse:

... ningún tipo de acción que represente, promueva o divulgue, directa o indirectamente, opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales podrá ejercitarse dentro de los recintos militares.

13. 2) Dentro de este cúmulo normativo de «reglas de tránsito» que hemos traído a colación, los derechos ligados a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales del colectivo laboral que contemplamos quedan subordinados a la salvaguarda del «superior interés» o «la seguridad» de la defensa nacional, considerando entonces el Gobierno –por derivación del legislador– llamado a regular este tipo de relación laboral, que los derechos constitucionales de negociación colectiva, libertad sindical y huelga, con sus apéndices de representación y reunión, habían de quedar sometidos a las decisiones del «mando» para garantizar la eficacia operativa del establecimiento o el servicio militar –hasta se puede suspender la actividad de los representantes de los trabajadores, en materia de información y audiencia, en ciertas circunstancias, sin tener que fundamentar necesariamente las motivaciones cuando sean de carácter militar–, de tal modo que se vincula la negociación (o petición) colectiva del personal a la inferioridad de condiciones laborales –que hay que acreditar (art. 101.1 RD 2205/80)–, en comparación con la esfera civil, se instituye un «tribunal arbitral», no del todo ni independiente ni paritario; para cuando la «problemática planteada» en la negociación, a juicio del Ministerio de Defensa,

no se concilie con la aludida salvaguarda, se prohíbe la actividad sindical *strictu sensu* en el interior de los recintos, se dictan normas específicas de ínfimo rango para ejercer el derecho de huelga, se amputa la posibilidad de utilizar «otras formas de participación» en la empresa (que sí permite el ET), se tacha la presencia –por conexión sindical– en la Asamblea de trabajadores de cualquier persona ajena al establecimiento, y, en fin, por no citar todas las que registra la reglamentación de que hablamos, en contraste con la normativa ordinaria (art. 67.1 ET y 6.3.e LOLS) se atribuye la iniciativa para convocar las elecciones (primeras) al propio empleador, Ministerio de Defensa (Orden 70/80, de 16/12, en relación con DT 3.ª RD 2205/80)⁹⁶.

Este es el panorama inicial que dibuja el texto reglamentario destinado a regular la relación laboral del colectivo adscrito al Ministerio de Defensa. En ese momento está ya promulgada la Ley Orgánica sobre Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar (LO 6/80 en desarrollo del art. 8.2 CE)⁹⁷, pero no hay todavía –hasta 1985– una ley orgánica de libertad sindical (LOLS en desarrollo del 28.1 CE).

13. 3) Una aproximación a la cronología de los acontecimientos que más pronunciada huella han dejado en el desplazamiento de la normativa específica, sin ánimo exhaustivo, sugiere varias «queiebras» del texto reglamentario, algunas de las cuales se indican a continuación. La primera fractura que conoce el RD 2205/80 surge a consecuencia de la Sentencia Constitucional 11/81. El Alto Tribunal estima que una vez promulgada la CE no es posible mantener la prohibición del derecho de huelga al PCNF dependiente de los establecimientos militares, y que este personal es titular indiscutible de tal derecho, sin perjuicio, como es lógico, de que cuando preste servicios que en casos concretos puedan entenderse como «esenciales», tal derecho puede quedar limitado en virtud de las medidas de intervención requeridas para garantizar su mantenimiento⁹⁸.

⁹⁶ Posteriormente, la Resolución 271/1998, de 7/10, dictada por la Subsecretaría de Defensa (BOD n.º 200, de 14/10), establece normas para el desarrollo de elecciones sindicales de representantes de personal civil. Para GARCÍA VALVERDE, M. D., *Personal civil no funcionario...*, cit., pág. 463 (nota a pie 1245), los preceptos del RD 2205/80 sobre proceso electoral deben completarse con esta resolución.

⁹⁷ Recuérdesse que la LO 6/80 fue publicada en el BOE de 10/7/80, y el RD 2205/80, aunque tiene fecha de 13/6/80, no se llegó a publicar hasta el 18/10/80. Es decir, con posterioridad a la LO 6/80.

⁹⁸ Pero como se dijo en la nota 37 (pág. 11), la competencia para imponer los servicios mínimos nunca puede recaer sobre los «órganos de gestión y administración del servicio donde se desarrolla la huelga».

13. 4) No mucho después, en 1982, y tal vez a consecuencia del reconocimiento anterior, el ministro de Defensa dicta las Instrucciones de 30/09/82 relativas al ejercicio del derecho de huelga del personal laboral al servicio de la Administración militar, que –en contra del criterio parcial del TS– también serán anuladas casi cuatro años después por el TC, esta vez en su Sentencia 26/86⁹⁹.

En 1983 se produce otro pronunciamiento constitucional que tal vez pudiera haber coadyuvado también, aunque fuera indirectamente –ya que el conflicto no tiene relación con en el Ministerio de Defensa–, en la transformación producida en cuanto al modo de interpretar las restricciones sindicales en permanente fricción con los intereses de la defensa nacional. La Sentencia TC 37/83 establece que la libertad sindical implica libertad para ejercitar la acción sindical, por medios lícitos, entre los que se incluyen la negociación colectiva, la huelga y la incoación de conflictos colectivos¹⁰⁰.

13. 5) Sin embargo, es al año siguiente, en 1984, cuando se produce otra importante quiebra en la concepción «cuasi militar» de la relación laboral del personal civil del que tratamos. La ley 30/84 de medidas para la reforma de la función pública irrumpe en el panorama jurídico-funcionario, con vocación de proyectarse hacia todo el personal civil de la Administración Pública, incluida la militar, en lo que podría considerarse el primer embrión de un estatuto básico del empleado público, situando como aspecto específicamente novedoso la negociación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos, integrando a los funcionarios civiles al servicio de la Administración militar en la Administración Civil del Estado, e instituyendo la regulación del «Consejo Superior de la Función Pública» como órgano de participación (y encuentro) entre todas las AAPP y la representación auténtica del personal.

En el ámbito de aplicación de esta ley queda incluido el personal civil (funcionario o no) al servicio de la Administración militar y sus organismos autónomos (art. 1.1.b). Corresponderá al Gobierno establecer las instrucciones a que deberá atenerse la representación de la Administración del Estado en la negociación colectiva con el personal sujeto al Derecho laboral.

⁹⁹ En rigor, se otorga el amparo impetrado por los trabajadores contra las instrucciones y se declara la nulidad de los actos y la resolución (del Ministerio de Defensa).

¹⁰⁰ En 1983 se produce un primer desencuentro irresoluble de la negociación de condiciones laborales, que fue conducido por los propios cauces del RD 2205/80. El Laudo (Resolución 111/14001/1983, de 5/5, de la Subsecretaría de Política de Defensa) dictado por el Tribunal Arbitral previsto al efecto, resolvió cuestiones relativas –entre otras– a la seguridad e higiene, locales y tablón de anuncios, o acumulación de crédito entre los representantes del personal.

13. 6) Ya en este mismo año aparece una tímida negociación colectiva que dará lugar al primer CCOL para el «personal laboral» del Ministerio de Defensa¹⁰¹. Acerca de los derechos de representación, la negociación quedó abierta a la prolongación de garantías de los representantes de los trabajadores hasta los dos años siguientes a la extinción del mandato, el crédito de horas mensuales, locales (y subvención) para el desarrollo de su actividad, pasaporte y dietas para actos representativos, o tablón de anuncios. Se habla de un proyecto de reforma del RD 2205/80 del que se dará traslado al Comité General de Trabajadores para que pueda formular observaciones al mismo.

13. 7) El legislador orgánico de 1985 se determina a desarrollar, por fin, el derecho constitucional de libre sindicación (art. 28.1 CE) y promulga la LOLS (11/85). Quedan exceptuados del ejercicio de este derecho, en lo que ahora interesa, los miembros de las FAS y los institutos armados de carácter militar. La libertad sindical comprende, entre otros, el derecho a la actividad sindical, cuyo ejercicio, dentro de la empresa y fuera de ella, implica en todo caso, como mínimo, ostentar los derechos de negociación colectiva, huelga, planteamiento de conflictos individuales y colectivos y presentación de candidaturas electorales.

No obstante, para la preservación de la neutralidad sindical de las FAS, el ejercicio del derecho de actividad sindical queda totalmente vedado en el interior de los establecimientos militares, lo que significa que en cualesquiera centros, cuerpos, unidades, dependencias, organismos..., en toda clase de recintos militares, en definitiva, que dispongan de un cuadro numérico en el que se relacionen los puestos de trabajo, no puede ejercitarse tal derecho.

Sin embargo, en tanto que la iniciativa o la capacidad para promover elecciones no viene regulada expresamente en el RD 2205/80¹⁰², resulta de aplicación la LOLS (arts. 6.3.e. y 7.2) si se tiene en cuenta que los sindicatos considerados más –y «cuasi» más– representativos (que acrediten en las elecciones al menos el 10% del total de los órganos de representación en el ámbito territorial o sectorial del que se trate) ostentan capacidad re-

¹⁰¹ Este primer CCOL aborda cuestiones de ascensos, traslados y provisión de vacantes; jornada y horarios de trabajo; permisos y licencias sin sueldo; cierres de establecimientos; seguridad e higiene en el trabajo; retribuciones; asistencia y acción social; fomento de empleo y jubilación; derechos de representación, y, finalmente, la intención de reformar el RD 2205/80.

¹⁰² Véanse la DT 3.^a del RD 2205/80 y la Orden Ministerial 70/80, por la que se convocan las primeras elecciones para órganos de representación del PCNF de los establecimientos militares. Se trata de materia *ex novo* y la iniciativa de la convocatoria y fecha de celebración la asume la Administración militar.

presentativa para «promover» elecciones, y tal promoción se califica como «actividad que afecta al establecimiento militar pero no se ejerce en el interior del mismo»¹⁰³. Ello supone, desde luego, una nueva fractura en la regulación específica, la cual poco a poco va asumiendo el papel que parece ir imponiendo la nueva realidad jurídica, aunque fuera por la vía de aprovechar los intersticios normativos y jurisprudenciales que la instan a ser sucedida.

13. 8) Siguiendo el tracto sustitutivo, el segundo CCOL para el PLMD suscrito en 1986 supone algunas innovaciones. Por primera vez se introduce, vía negociación, un régimen disciplinario específico que pugna con el del RD 2205/80, y también por primera vez se otorga a los representantes de los trabajadores la facultad de ejercer labores de vigilancia no solo del cumplimiento de las condiciones de seguridad e higiene y aplicación de la normativa vigente de Seguridad Social (art. 80.4.3, letras a y b del RD 2205/80), sino, además, la vigilancia de las normas vigentes en materia laboral, empleo, pactos, condiciones y usos laborales en vigor, así como la vigilancia –y el control– de las condiciones de seguridad e higiene de acuerdo con la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (norma vigente, como se sabe, antecesora de la Ley 31/95, de Prevención de Riesgos Laborales, LPRL).

Mas, dentro del derecho de representación colectiva, se incluye como órgano el denominado «Comité General Intercentros» (inspirado en el art. 63.3 ET), que viene a ser el equivalente al Comité General de Trabajadores de la Administración Militar del RD 2205/80. Así mismo, en materia de reunión, a la asamblea de trabajadores podrán asistir personas ajenas al establecimiento si se trata de miembros del Comité General o de la Comisión de Interpretación, Vigilancia y Estudio del Convenio (CIVE). En cuanto a la representación directa, las elecciones se regularán por las disposiciones del ET (modificado por la Ley 32/84).

Sin embargo, acerca de la representación sindical, mientras no se determine reglamentariamente el concepto de establecimiento militar, el derecho a la actividad sindical en el interior de los mismos sigue vedado, si bien con los matices jurisprudenciales y normativos que a la altura de ese año ya se podían incorporar.

13. 9) Pero antes de que ese segundo convenio estuviera en vigor, una nueva norma pactada en 1986 –siguiendo la estela de años anteriores (82 y 84)–, vendría a suponer otra importante relegación al segundo plano jurídico de los preceptos contenidos en el RD 2205/80. Se trata esta vez del

¹⁰³ GARCÍA VALVERDE, M. D., *Personal civil no funcionario...*, cit., pág. 472.

«Acuerdo Marco» para el personal laboral de toda la Administración del Estado (sus OOA y la Administración de la Seguridad Social)¹⁰⁴, que con la legitimación negociadora que proporciona a las partes el ET (art. 83.2) y la LOLS (art. 6 y 7), incluye por primera vez en su ámbito de aplicación al «personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares». Incorpora asimismo un régimen disciplinario generalizado, y, en cuanto a la representación colectiva, aboga por tener en cuenta, además de otros aspectos, el «posible desarrollo del trabajo (representativo) en establecimientos militares».

En punto a la representación directa (unitaria), el acuerdo marco contempla la consideración de «centro único de trabajo» a nivel provincial, el cual estaría constituido por todos los establecimientos dependientes de un mismo ministerio (u organismo) radicados en una misma provincia. Y en cuanto a representación sindical, hay un compromiso de promover las condiciones que permitan el pleno desarrollo de la libertad sindical reconocida en el art. 28 CE y en la LOLS, si bien con respeto al contenido de su DA 3.^a, en lo referente a los Establecimientos militares de los departamentos de «Defensa e Interior»¹⁰⁵.

La actividad sindical en la empresa «Administración» se regirá por lo dispuesto en los arts. 8 a 11 de la LOLS (título IV, «De la acción sindical»)¹⁰⁶, lo que implica que los trabajadores afiliados podrán en el centro de trabajo –considerado a nivel provincial– constituir secciones sin-

¹⁰⁴ Publicado por Resolución de 31 de enero de 1986 de la Dirección General de Trabajo.

¹⁰⁵ Recuérdese que la actividad sindical prohibida a los sindicatos en el interior de los establecimientos militares venía referida a los derechos de negociación colectiva, huelga, planteamiento de conflictos individuales y colectivos y presentación de candidaturas electorales (Arts. 2.1.d y 2.2.d. LOLS). No obstante, es doctrina consolidada, por todos ALBIOL MONTESINOS, I., *Legislación sindical concordada con la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo*, 3.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 147, que este contenido mínimo del derecho a la libertad sindical se puede ampliar por ley (así la LOLS, art. 8-10), y también por medio de la negociación colectiva. Sobre la acción sindical en la empresa, secciones sindicales y delegados sindicales, facultades y garantías, puede consultarse BAYLOS GRAU, A., *Sindicalismo y Derecho sindical...*, cit., pág. 47-53.

¹⁰⁶ Al respecto, STC 39/86, FJ 3, 37/83, FJ 2, y 70/82. La doctrina ha denominado a los derechos recogidos en los arts. 8 a 10 LOLS derechos de libertad sindical en su vertiente colectiva de contenido «histórico o temporal», resultado de sucesivas regulaciones en un sistema político pluralista. «El contenido histórico es aquel que, dentro del propio derecho constitucional, añade la LOLS». Así lo entiende MERCADER UGUINA, J. R., *Lecciones de Derecho del trabajo...*, cit., pág. 602. Una exposición nítida del derecho al libre ejercicio de la «actividad sindical» en la página 604 de esta misma obra. Véase también MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo...*, cit., págs. 281-282, y la jurisprudencia que allí se cita; MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo...*, cit., pág. 130.

dicales, celebrar reuniones sindicales, recaudar cuotas y distribuir información sindical (fuera de horario laboral y sin perturbar la actividad normal) y recibir información de su sindicato; y, además, las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y los que cuenten con representación en los órganos unitarios contarán con un tablón de anuncios de adecuado acceso general, derecho a la negociación colectiva en los términos de su legislación específica, podrán utilizar un local adecuado si el centro tiene más de 250 trabajadores, y, en fin, los cargos electivos a nivel provincial o superior tendrán ciertos derechos, entre ellos, el de asistencia y acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores (previa comunicación al empresario y sin interrumpir el proceso productivo).

También en las empresas de 250 o más trabajadores las secciones sindicales de los sindicatos con presencia en los comités de empresa u órganos representativos en la Administración estarán representadas por delegados sindicales –conforme a una escala en función de la implantación electoral conseguida– elegidos por y entre sus afiliados, que, si no forman parte del Comité, tendrán las mismas garantías que aquellos además de otros derechos, como cierto acceso a información y documentación (guardando sigilo), asistir a reuniones de los comités de empresa y órganos internos de seguridad e higiene (con voz pero sin voto), y ser oídos antes de adoptar medidas de carácter colectivo (especialmente despidos y sanciones de afiliados).

Por lo demás, la eficacia normativa que comportan estos preceptos pactados, salvo el del ámbito de aplicación, impedirá que sean objeto de negociación en ámbitos inferiores (DA 3.^a del Acuerdo Marco).

Ya se ve a todas luces que muchos de estos derechos –si no todos– exceden de los estrechos moldes previstos por el RD 2205/80. Cabe plantear en este punto, sin duda, cuestiones de jerarquía normativa (arts. 9.3 CE y 3 ET), en tanto que las disposiciones reglamentarias del Estado, en desarrollo de la ley (sin que puedan establecer condiciones de trabajo distintas a las contempladas en ella) se colocan por encima de los CCOL (incluso de los que la doctrina llamó «convenios para convenir», art. 83.2 ET), alegatos que, en su caso, habrían de ser contrarrestados acudiendo, por ejemplo, al principio jurisprudencial de «norma más favorable»¹⁰⁷.

13. 10) La ley 9/87, «de órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las AAPP», promulgada al amparo del art. 103.3 CE, presenta una regulación

¹⁰⁷ En ese sentido, MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo...*, cit., pág. 218-222.

que abre una nueva brecha en el RD objeto de nuestro análisis. En su art. 2 excluye de su ámbito de aplicación al personal laboral al servicio de las distintas AAPP, pero «sin perjuicio de lo previsto en los arts. 39 y 40 y en la DA 5.ª»¹⁰⁸. Es decir, que en el Consejo Superior de la Función Pública (máximo órgano colegiado de participación del personal de la Administración Pública) se verán representadas las organizaciones sindicales –sindicatos más representativos y demás organizaciones sindicales de representatividad superior al 10%, en función de los resultados electorales, también del personal laboral–¹⁰⁹, a cuyos efectos, en las elecciones a representantes de dicho personal laboral –en línea con lo pactado entre Administración y sindicatos en el acuerdo marco de 1986–, constituirá un único centro de trabajo la totalidad de los establecimientos dependientes del departamento u organismo de que se trate que radiquen en una misma provincia, siempre que a los trabajadores afectados se les aplique un mismo CCOL, precepto legal que fue avalado por el TS, según quedó expuesto más atrás (en la correspondiente nota a pie de página).

13. 11) El tercer CCOL para el PLMD, firmado en 1991 (*BOE* de 17/01/91), aporta nuevos elementos que se orientan en la dirección que venimos apuntando. La representación colectiva, haciéndose eco de las anteriores normas –Acuerdo Marco de 1986 y Ley 9/87, en sintonía con el ET y la LOLS– contempla ya como órganos de representación a los comités provinciales (y con carácter general a los representantes de los trabajadores en la CIVE), así como establece que la elección de delegados y comités tendrá ámbito provincial. La literalidad del derecho de reunión también se adapta a este ámbito provincial. Sobre la LOLS, el Ministerio de Defensa y los sindicatos firmantes del convenio se comprometen a mantener reunio-

¹⁰⁸ La Ley 21/06, de 20/6, introdujo en su art. único, apdo. 4, una DA 6.ª en la Ley 9/87, que también resulta de aplicación al personal laboral de las AAPP desde su vigencia, a partir del 22 de junio de 2006. Tal disposición ordena que se constituya una «mesa general de negociación» de todas las AAPP –además de las mesas de negociación ya previstas en el art. 31 de la Ley 9/87– de representación unitaria por parte de las AAPP, y por parte de las organizaciones sindicales, en función de los resultados en las elecciones para órganos de representación del personal funcionario, del personal estatutario y del personal laboral del correspondiente ámbito de representación en todas las administraciones. Así mismo, para la negociación de todas aquellas «materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral» de cada administración pública, se constituirá en la AGE, y en cada una de las comunidades autónomas y entidades locales, una mesa general de negociación.

¹⁰⁹ También se halla representado el personal laboral de todas las AAPP, incluido el de la Administración militar, en la Mesa General de Negociación a la que se ha hecho referencia en la anterior nota.

nes, en breve, para discutir los criterios de la futura norma de desarrollo de lo que deba entenderse por establecimientos militares.

Cabe añadir, no obstante, con respecto a este convenio, que la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24/05/91 (SAN 79/91) declaró su «ineficacia general y la nulidad del capítulo XIV» (relativo a la representación colectiva), por insuficiencia representativa de los sindicatos firmantes, admitiendo su naturaleza de convenio o pacto extraestatutario (arts. 1254 CCv y 8.2.b LOLS) de eficacia limitada –no *erga omnes*–, que supuso para su posterior aplicación tener que requerir a los trabajadores, a título individual, las consiguientes adhesiones voluntarias al pacto.

El cuarto y último de los CCOL para el PLMD (publicado en el *BOE* de 01/07/92), suscrito poco después del anterior, acaso para corregir lo antes posible –tras nuevos resultados electorales– la situación anómala derivada de la sentencia de la Audiencia Nacional, no hace sino ajustar los mecanismos y órganos representativos a la nueva realidad, manteniendo el grueso de las incorporaciones que se habían venido produciendo a través de los sucesivos pactos.

A estas alturas ya puede hablarse de un auténtico CCOL, regulador de materias de la más diversa índole: desde la provisión de vacantes, ingreso y contratación, hasta la formación y el perfeccionamiento profesional, jornada, permisos, vacaciones, planes y programas de seguridad e higiene, fomento de empleo y jubilación, asistencia y acción social... Se mantiene, como no, la reivindicación ya histórica acerca del desarrollo de lo que deba entenderse por «establecimientos militares» (DA 2.^a)¹¹⁰, que, como sabemos, nunca se llevó a cabo.

13. 12) En materia de seguridad e higiene en el trabajo, la Ley 31/95, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL art. 3.3), y las distintas normas en desarrollo de la misma, no aportan demasiado en nuestro camino: se mantienen las facultades que la legislación general atribuye a los comités

¹¹⁰ En 1997, por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 4 de julio (*BOE* de 21/7) se aprueban las condiciones de aplicación del texto del CCOL de Defensa (*BOE* de 1/7/92), acordadas por la comisión negociadora de dicho convenio para los años 93 a 96, al tiempo que se extiende su vigencia hasta el 31/12/96, incluyendo algunas modificaciones, entre ellas la (6.^a) que afecta al «Acuerdo sobre condiciones aplicables en caso de reestructuración de centros y establecimientos». Se añade un compromiso de iniciar la negociación del V Convenio de Defensa en 1997 (7.^a). La formación y acción social se tratará y negociará conjuntamente con el personal funcionario, en el seno de las comisiones respectivas, en las que el personal laboral estará representado por los sindicatos con más del 10% de los miembros de los comités provinciales o delegados en el ámbito del convenio (9.^a).

de seguridad e higiene, pero que en el establecimiento militar asumen el jefe, los mandos y la dirección del mismo (art. 57 RD 2205/80)¹¹¹.

13. 13) Sin embargo, en 1998, antes de que tuviera lugar la firma del «Convenio Único» (CU), del que hablaremos enseguida, se producen dos eventos de cierta entidad jurídica, en la medida en que suponen un reconocimiento expreso a la aplicación de una normativa distinta al RD 2205/80. El subsecretario del Ministerio de Defensa dicta la Instrucción 29/98, de 11/02, en la que, al amparo del último CCOL de Defensa, regula la ordenación de las visitas de los miembros de los órganos de representación del personal civil –laboral y funcionario– a los centros y establecimientos militares, así como la acreditación de los mismos. Atendiendo a la estructura representativa provincial asumida por la Ley 9/87 (DA 5.^a) y los CCOL de Defensa¹¹², reconoce la necesidad que tienen los citados órganos de visitar los centros militares, y arbitra unos mecanismos acreditativos que, previa comunicación y autorización, así lo permitan, flexibilizando de ese modo el mandato reglamentario de no admitir –por ningún motivo– en el establecimiento la presencia de personas ajenas al mismo¹¹³.

Ligado a este régimen de visitas, en referencia a las elecciones sindicales, la misma Subsecretaría de Defensa dicta la Resolución 271/98, de 07/10, por la que invocando el ET (arts. 61 a 76) y el reglamento que lo desarrolla en materia electoral (RD 1844/94, de 09/09), decide, «ante las posibles discrepancias» que pudieran surgir en los procesos electorales, sobre todo en la «campana electoral», suspender los rigores propios de la aplicación de dicha Instrucción (29/98) «durante el desarrollo de cada

¹¹¹ En ese sentido, los órganos de representación de los trabajadores son los delegados de prevención, comités de seguridad y salud y comité intercentros. El personal de las AAPP se rige por la LPRL, Ley 31/95, de 8/11 (art. 3.3). El RD 1932/98, de 11 de septiembre, adaptó los capítulos III y V de dicha ley a los centros y establecimientos militares respecto del personal laboral, estatutario y funcional (civil). Este RD mantiene las limitaciones que imponen los «intereses o seguridad de la defensa», en caso de riesgo grave e inminente (art. 2.1.b en relación con el 21.1.b de la LPRL), también en cuanto a la consulta a los trabajadores (art. 3.a en relación con el art. de dicha ley), así como respecto de otras adaptaciones.

¹¹² Así, respecto de los delegados de personal y miembros del Comité Provincial, en representación del sindicato correspondiente, para ejercer las funciones y facultades (competencias y garantías) de los arts. 71 y 72 del CCOL vigente (4.º CCOL de Defensa, BOE de 1/7/92). Y lo mismo para los miembros de las juntas de personal (del Ministerio de Defensa, o de otro), para ejercer las funciones y facultades previstas en la Ley 9/87, miembros de la CIVE, y Miembros de la Comisión de Cierres y Traslados (acuerdo de la Comisión Negociadora de las Condiciones de Aplicación del CCOL de 1992 para los años 93 a 96, publicado en el BOE de 21/7/97).

¹¹³ Adviértase la prohibición del art. 95.1.b) del RD 2205/80, en el sentido de no permitir, «por ningún motivo», la presencia en la asamblea de trabajadores de persona alguna ajena al establecimiento.

uno» de los procesos. Si bien la realización de la campaña se configura como una «situación excepcional» en el régimen interno de los establecimientos militares, su importancia radica en la aplicación de la normativa ordinaria (así lo recoge expresamente el apartado 6 de la Resolución), que remite a las citadas normas, RD 1844/94 (art. 8.4, sobre candidaturas y propaganda electoral) y ET (arts. 77 a 81, en cuanto al derecho de reunión en asamblea, locales y tabloneros de anuncios). En campaña, cada organización sindical que presente candidatura dispondrá de un tablón de anuncios para propaganda electoral.

13. 14) Con la llegada del primer CU (publicado en el *BOE* de 01/12/98) para el personal laboral de la Administración General del Estado (PLAGE), suscrito a finales del 98 de una parte por la Administración estatal y de otra por los sindicatos de mayor representación estatal y de comunidad autónoma, la negociación colectiva adquiere una nueva dimensión. Esta nueva norma pactada extiende su ámbito de aplicación al personal laboral de la AGE y de sus organismos autónomos, al que presta servicios en la Administración de Justicia, al de la Administración de la Seguridad Social, al del Consejo de Seguridad Nuclear y al de la Agencia de Protección de Datos. En coherencia con el ET (art. 86.4), el CU «deroga en su integridad a los anteriormente vigentes CCOL [que denomina «de origen» de cada ministerio u organismo] constituyendo un todo indivisible»¹¹⁴ que absorbe y compensa en su totalidad las anteriores condiciones económicas y derechos por las nuevas pactadas, que se reconocen más beneficiosas en su conjunto y aisladamente en términos homogéneos (DA 5.ª CU). No obstante, mantienen su vigencia algunos acuerdos y preceptos, porque así se indica expresamente en la norma (DT 1.ª, 4.ª, 7.ª y 8.ª)¹¹⁵.

El convenio crea una comisión de interpretación, vigilancia, estudio y aplicación de lo pactado (CIVEA) –similar a la que existiera en el conve-

¹¹⁴ El anexo I del CU incluye referencias a 45 CCOL de los distintos ministerios y organismos. Además del de «Defensa», cita a otros doce ministerios y al Consejo de Seguridad Nuclear.

¹¹⁵ Tal es el caso del Acuerdo para el PLMD, sobre condiciones aplicables en caso de reestructuración de centros y establecimientos (Resolución de 15/7/94 de la Dirección General de Trabajo publicada en el *BOE* n.º 179 de 28/7/94), y de los arts. 26 (tiempo de comida), 64.1 (acceso a medios de transporte colectivo), 65 (comedores, cafeterías, economatos y similares), 66 (becas de estudio), 67 (otras prestaciones de equiparación al resto de colectivos de Defensa: guarderías, colegios, residencias, viviendas sociales, clubes...), así como la DA 7.ª (sobre determinada categoría profesional a extinguir) del CCOL de Defensa (*BOE* de 1/7/92). Asimismo, los regímenes de jornada y horarios especiales vigentes por entonces. Transitoriamente también se mantienen los delegados de prevención y comités de seguridad y salud existentes, de acuerdo con los CCOL de «origen» (de cada ministerio u organismo).

nio de Defensa— que funciona paritariamente y está compuesta, en la parte social, por representantes del personal laboral designados por los sindicatos firmantes en función del resultado electoral. Para desarrollar sus funciones, que a su vez se delegan a otras comisiones y subcomisiones (Comisión General de Clasificación Profesional; Comisión para la Igualdad de Oportunidades; subcomisiones departamentales...), sus miembros tienen reconocidos ciertos derechos de alcance parecido al de los representantes de los trabajadores (arts. 3 a 8 del CU).

Un aspecto importante, en cuanto que el RD 2205/80 nunca aludió al derecho supletorio, se detecta por primera vez en el CU (art. 95) al especificarse en él que en todo lo no previsto en el convenio «se estará a lo dispuesto en el ET y demás disposiciones legales o reglamentarias que resulten de aplicación».

Finalmente, en cuanto al régimen de representación del personal (cap. XV del CU), sin perjuicio del mecanismo transitorio establecido hasta alcanzar acuerdo sobre la nueva estructura y régimen de la representación colectiva (DT 12.^a)¹¹⁶, se estará a lo dispuesto en el título II ET, en la LOLS y en el propio CU. En las elecciones a representantes del personal laboral se mantiene la estructura provincial diseñada por la Ley 9/87, y los órganos de representación sindical se constituirán de acuerdo con la LOLS y los estatutos de los sindicatos. Por lo demás, el reconocimiento de los derechos inherentes a la representación unitaria de los trabajadores, más ciertos derechos añadidos de infraestructura de los comités de empresa y delegados de personal —además de las funciones, garantías y derechos de general reconocimiento legal—, es pleno; igualmente se reconoce con amplitud el derecho de reuniones y asambleas de los trabajadores. En cuanto a la representación sindical, las secciones sindicales gozan de los derechos de la LOLS y del CU (se invocan los Convenios 135 y 143 de la OIT), y los delegados sindicales —trabajadores en activo del centro de trabajo— disfrutan de los mismos derechos y garantías que los representantes unitarios de los trabajadores.

Por su parte, el segundo CU (*BOE* del 14 de julio de 2006), no introduce modificaciones destacables. Tampoco lo hace el tercer CU (*BOE* de 12/11/09)¹¹⁷, aparte de contemplar varias subcomisiones delegadas dentro

¹¹⁶ Mantienen su vigencia transitoria las materias, escala de representantes, crédito horario, régimen de aplicación del mismo y garantías de los delegados de personal, miembros de los comités y delegados sindicales, de los CCOL a los que tal acuerdo venga a sustituir. Esta misma disposición se mantiene en el II CU (publicado en 2006) en los mismos términos.

¹¹⁷ Ambos CCOL mantienen, por ejemplo, la vigencia del art. 24 (compensación del trabajo en festivos no domingos) y la DA 3.^a (guardias médicas en establecimientos y servicios hospitalarios) del CCOL para el PLMD (*BOE* de 1/7/92).

de la CIVEA en materias específicas¹¹⁸, además de la de carácter general de cada departamento, para la vigilancia, estudio y aplicación del convenio en su correspondiente ámbito.

Puede afirmarse, pues, sin temor a errar, que el CU –en sus distintas versiones–, junto con sus numerosos acuerdos de desarrollo (en la CIVEA), consagra el tránsito del PCNF dependiente de los establecimientos militares desde un régimen laboral, digamos «cuasi militar», a otro equidistante entre el funcionarial y el laboral común.

13. 15) Ya en 2007, otra norma de rango legal, el EBEP (Ley 7/07, de 12/04) regulará aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las AAPP. Con respecto a las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio, en lo no dispuesto en esta ley habrá de aplicarse la legislación laboral común. Consolida también el EBEP la «Mesa General de las Administraciones Públicas», en la que están representadas todas ellas, para negociar los proyectos de legislación básica y otras cuestiones de interés general, legitimando la negociación colectiva en ámbitos supramunicipales y permitiendo negociar en una misma «mesa» las condiciones de empleo comunes al personal funcionario y al personal laboral.

Y todavía con posterioridad, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13/07, «de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad», ha incidido en algunos aspectos relativos al personal de las AAPP. En lo que ahora interesa, para las elecciones a representantes del personal laboral constituirá un único centro de trabajo, no como hasta ahora, todos los establecimientos de un departamento en la misma provincia y aplicación del mismo CCOL (DA 5.^a Ley 9/87), sino «... la totalidad de las unidades o establecimientos al servicio de la Administración General del Estado (...) que radiquen en una misma provincia»¹¹⁹. Si acaso habría que citar, en lo que constituyen más que limitaciones, recortes generalizados –o, vistas desde el lado opuesto, racionalizaciones– de la actividad representativa y sindical en todo el ámbito funcionarial y laboral de las AAPP y organismos, entidades, universidades, fundaciones y sociedades dependientes de las mismas. Así, la reducción de créditos y permisos sindicales (a partir de octubre de 2012) que, bajo cualquier denominación, exceda de

¹¹⁸ Con funciones específicas en materia de formación, calendario laboral, movilidad, ropa de trabajo y uniformidad, relación de puestos de trabajo, o cualquier otra que expresamente se le atribuya en el CCOL.

¹¹⁹ Con efecto desde el vencimiento de los mandatos electorales actualmente en vigor, y en todo caso las nuevas unidades electorales entrarán en vigor a partir del 1/3/15 (art. 12.2.c. Rreal Decreto-ley 20/12).

lo estrictamente reconocido por sus respectivas normas de aplicación: ET, LOLS y EBEP (art. 10 Real Decreto-ley 20/12)¹²⁰.

14. A la vista de todo este cúmulo de «vicisitudes» jurídicas que en mayor o menor medida han incidido en la aplicación del RD 2205/80, puede extraerse la conclusión de que, efectivamente, la LO 9/11 culmina de manera acertada, más de treinta años después, todo un itinerario jurídico-político extraordinariamente atribulado, a la sombra de una actividad representativa y sindical más voluntarista que efectiva, no demasiado ruidosa, pero sí en permanente tensión reivindicativa.

IV. CONCLUSIONES

15. Con arreglo a la argumentación que antecede, parece que la única regulación sustantiva contenida en el ET/80 que no es compatible con la salvaguarda de los intereses de la defensa nacional se contrae –en exclusiva– a la que impida garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. Para conseguir esos fines, las FAS –que son las garantes de tales circunstancias– deben mantener la neutralidad política y sindical, lo que implica no tolerar –entre sus miembros– conductas vinculadas al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales, «dentro de los recintos militares». Pero no así en relación con el personal laboral (o funcionario civil) que presta sus servicios en aquellos establecimientos, cuyo respeto a sus derechos sindicales (art. 28 CE) también forma parte de ese ordenamiento jurídico vigente que, en última instancia, las propias FAS están llamadas a garantizar.

No se trataba, pues –creemos–, en los términos en que lo exponía la DF 7.^a ET/80, de plantear la cuestión en clave de disyuntiva: «neutralización» de la actividad sindical *versus* «neutralidad política y sindical», sino en otra lógica distinta: la de «neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos». Hay muchas materias que son neutrales (indiferentes) a los intereses de la defensa nacional, y también muchos establecimientos

¹²⁰ La norma afecta a «todos aquellos derechos sindicales (...) relativos a tiempo retribuido para realizar funciones sindicales y de representación, nombramiento de delegados sindicales (...), así como los relativos a dispensas totales de asistencia al trabajo y demás derechos sindicales, se ajustarán de forma estricta a lo establecido en dichas normas...». A la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/12 cesan la validez y los efectos de todos los pactos, acuerdos y CCOL que en esta materia hayan podido suscribirse y que excedan de dicho contenido, sin perjuicio de los acuerdos que, exclusivamente en el ámbito de las mesas generales de negociación, puedan establecerse en lo sucesivo.

de titularidad militar en los que se registra una actividad nada sospechosa de afectar a dichos intereses (hospitales, centros culturales y recreativos, colegios...), y, pese a ello, se les hace destinatarios de la misma regulación –extraordinariamente limitativa, incluso restrictiva de derechos constitucionales– que si se tratara de un centro de producción ligado directamente a las decisiones estratégicas de la «política de defensa», entre cuyos objetivos, tampoco se olvide, ocupa un lugar muy destacado la garantía del orden constitucional instrumentado a través de las FAS (arts. 8.1 CE y 5 LO 9/11).

16. No hay más remedio, por tanto, que concluir que la detallada y prolija regulación contenida en el RD 2205/80 excede con mucho de la habilitación legalmente conferida al Gobierno (en la DF 7.^a ET/80)¹²¹, al desprenderse no solo de la finalidad y el espíritu de la norma, sino también de la literalidad de su articulado, que en toda clase de unidades y establecimientos militares se está en disposición de poder interactuar, afectar, incidir –continua e indefinidamente– en el prevalente interés de la «defensa nacional» por el mero hecho de pertenecer a un colectivo –o a varios, si se cuenta el de funcionarios– que presta sus servicios profesionales en aquellos recintos¹²².

Deviene adecuada y correcta, en consecuencia, a nuestro modo de ver, la relegación aplicativa que no solo *de facto*, sino también de derecho ha venido sufriendo progresivamente la norma reglamentaria, en tanto que han cobrado preeminencia los CCOL laborales (y otras normas dirigidas a los empleados públicos de la AGE).

No queda razonablemente justificado en el texto reglamentario ni lo avala la realidad de las circunstancias laborales concurrentes en las dependencias del Ministerio de Defensa, que por el mero hecho de ser establecimientos militares los centros donde se preste el servicio los intereses de la Defensa nacional puedan verse afectados por la regulación contenida en la inmensa mayoría de los preceptos del ET¹²³, muchos de ellos de amplísimo alcance jurídico y en materias que afectan a todo el colectivo laboral, y, además, que tales preceptos resulten incompatibles con la salvaguarda de esos intereses. El exceso regulatorio aparece como obvio¹²⁴.

¹²¹ Coincidimos con RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Interés de la Defensa Nacional...», *cit.*, pág. 138, en que en «segmentos importantes del RD (...) el Gobierno se habría extralimitado en su actuación».

¹²² En esa línea, GARCÍA MURCIA, J., «Sobre el desarrollo de la actividad sindical...», *cit.*, pág. 449.

¹²³ ALBIOL MONTESINOS, I., «Los derechos colectivos...», *cit.*, pág. 170.

¹²⁴ Muchos de los preceptos contenidos en el RD 2205/80 han sido cuestionados –tachados de ilegalidad o incluso de inconstitucionalidad– por la doctrina científica; así

Habría que apostillar todavía que el ánimo expansivo que impregna al RD 2205/80 podría incurrir también en *ultra vires*, toda vez que, como indica su preámbulo, incorpora –sin cobertura legal habilitante– otras normas y disposiciones singulares de la anterior reglamentación de trabajo (RD 2525/67, de 20/10)¹²⁵, bien porque se trate de lo que llama «necesidades de régimen interno de los Establecimientos Militares», que al no estar previstas en el ET son cuestionables, o bien porque –dice la norma– «suponen avances de carácter social respecto de la legislación común», en cuyo caso tampoco alcanzan la misma virtualidad jurídica que los preceptos emanados, por comparación, con el ET¹²⁶, pues sabido es que las normas reglamentarias incorporadas sin habilitación legal suficiente ceden frente a lo suscrito en CCOL, por aplicación del sistema de fuentes de la relación laboral establecido en el ET (art. 3.3 en relación con la DT 6.^a ET/95)¹²⁷.

ALBIOL MONTESINOS, I., «Los derechos colectivos...», *cit.*, entre otros los art. 4.i), 83, 86.2 y 98; CASAS BAAMONDE, M. E., «El derecho de huelga...», *cit.*, pág. 434.

¹²⁵ Sobre las que, según la STS de 11/11/98, pueden prevalecer los CCOL, por ser norma más favorable.

¹²⁶ Hay que recordar que la petición/negociación colectiva está vinculada en el RD 2205/80 a que las condiciones del PLMD sean inferiores a las homólogas de la esfera civil, en convenios generales (no de empresa) o acuerdos globales (arts. 98, apdo. 1 y 2, y 101.1). Por tanto, la viabilidad de la negociación, en materias de índole económica, laboral o asistencial, vendría condicionada a esta comparación de condiciones laborales. Ocurre, empero, que la inercia inmovilista del texto reglamentario, frente a la evolución de condiciones en la esfera civil, le llevó a quedar continuamente –y cada día más– retrasado.

¹²⁷ Así lo estimó la STS, Sala Social, 25/1/99, FD 2.^o *in fine*.

EL EJÉRCITO COMO INSTITUCIÓN. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 8 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Jesús López Medel

General consejero togado (r.)

Sumario

1. Criterios constitucionales orientadores.
2. Presupuesto previo: ¿Qué es el Ejército? ¿Cuáles son los valores que entraña para con los militares?
3. El Ejército como institución: en la tradición y en la historia.
4. Naturaleza y efectos de una concepción institucional.
5. El artículo 8 de la Constitución de 1978. Análisis y perspectivas.
6. El artículo 8 de la Constitución de 1978, dentro de una concepción institucional dinámica y creadora (conclusiones).

1. CRITERIOS CONSTITUCIONALES ORIENTADORES

Desde el inicio de este estudio¹, he de volver a citar al sociólogo de la Universidad de Berkeley, Laswell, quien recomendaba previamente a toda investigación, hacerse estas preguntas: «¿quién, cómo, por qué, para qué?». Ayudan, en todo caso, a mostrar una actitud –sugerida por Corts Grau– para toda reflexión iusfilosófica. Y más, ante un tema como este, por su importancia y su copiosa bibliografía. Con mezcla de intereses, de

¹ Desarrollo-guion de la lección en el Centro Cultural de los Ejércitos, Madrid, 20/10/2009, completado con ideas surgidas en el coloquio, promovido por la Asociación Española de Militares Escritores.

ideologías o de conflictos. Con frecuencia, visiones sesgadas, o científicas respecto a las Fuerzas Armadas.

En el currículum trazado por el general de Estado Mayor, doctor en Historia, Miguel Alonso Baquer se recuerda mi condición de universitario en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, de Santander. Mis colaboraciones en la revista *Reconquista*. Mi libro, ya añejo, *Ejército y Universidad*². Ciertamente encontré en la Milicia Universitaria –V Promoción del campamento de Montseny– una vocación de pensar, como aconsejaría Ortega y Gasset³. Sirviendo más adelante al Derecho y a la Justicia castrense como miembro del Cuerpo Jurídico del Aire. La Asociación Española de Militares Escritores me dio la oportunidad de investigar y exponer un tema sobre el que estuvo en mi ánimo abordar hace tiempo. Abarcar cuestiones constitucionales forma parte de mi acervo en los últimos años⁴. Desde el ángulo más general, pero muy actual para los españoles, destaco el prólogo a la segunda edición de la obra de Kelsen⁵, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, en su traducción por Legaz Lacambra, que me ha hecho reflexionar sobre el riesgo de la ideologización de la Constitución de la II República Española, en fecha de 1933, tal como confió y temió el propio Kelsen respecto de la primera edición. Y el de ahora –añadimos nosotros– ante la Constitución de 1978.

Para seguir situando el «cómo» de nuestra investigación, añado que pudo existir otro motivo, que está apuntado implícitamente en la primera edición de otra obra, *España en la encrucijada. ¿Hacia una segunda*

² V, nuestra obra *La Milicia Universitaria. Alféreces para la paz*, con prólogo deliente general MARTÍNEZ TEIXIDÓ, Editorial Fragua, ediciones de 1997, 1998 y 2002. Anteriormente, v. la obra *Ejército y Universidad*, primera y segunda ediciones, Madrid, 1963, con prólogo de Juan José ROSÓN PÉREZ.

³ Desde mi lección magistral de cátedra *Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico contemporáneo*, ediciones de 1963, 1996 y 2003, a la tertulia en casa de su hijo, Miguel ORTEGA SPOTTORNO, continuadora de la de su padre, don José, que me permitió conocer y saber más del maestro, y sobre su máxima de «aprender y enseñarnos a pensar», el gran problema de la cultura, la ciencia y la política en España.

⁴ Principalmente, sobre «La seguridad jurídica y la Constitución». Participé en las *Jornadas de la Abogacía del Estado. Sobre el Título Preliminar*. Además, v. *El Estatuto de Cataluña como instrumento jurídico. Una meditación sobre España*, Editorial Fragua, ediciones de 2006 y 2010. Y «Reflexiones sociopolíticas sobre el Tribunal Constitucional en su operatividad y fronteras», en la obra colectiva editada por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación bajo el título *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Madrid, 2010, tomo I, págs. 205 y ss., y *Constitución y estatutos de autonomía*, en colaboración con los académicos MARTÍNEZ-CALCERRADA Y ULL, en la Real Academia de Doctores de España, 2007.

⁵ Reeditada por la Editorial Reus, *Revista de Derecho Privado*, colección Clásicos del Derecho, con presentación nuestra. Madrid, 2009. El día 3/2/2011 promovimos una conferencia en la Real Academia de Doctores sobre el tema «Normativismo en Kelsen».

transición?⁶. El capítulo IX lo dedico a «El Ejército y la Milicia Universitaria». Situados en el contexto en que se encuentra la patria, por los cambios que se atisban, no solo de un modelo territorial, sino también de la propia sociedad. Que –al margen de una crisis económica, como a la de otros países– pueden afectar a la Ley Fundamental, la Constitución, la *norma normarum*⁷. Y también, por acción u omisión, a las Fuerzas Armadas (en adelante, las FAS). Sería bueno tener perspectivas y sosiego, para valorar, desde las aguas tranquilas de la filosofía del derecho –como nos diría Renard–, el artículo 8 de la Constitución, situado –ya lo adelantamos aquí– en el «Título preliminar», y en su relación con los arts. 56, 62 h y 97. Por la misión de las FAS, las de moderar y de arbitral del Rey, por su Jefatura Suprema del Ejército, y el gobierno y administración de la política de defensa del Estado.

Dentro de la abundante literatura y bibliografía al respecto, anticipamos los autores constitucionalistas e historiadores, y más tarde los administrativistas. No abundan los jefes y oficiales profesionales del Ejército. Acaso porque entienden como natural que las FAS sean algo más que un servicio de la Administración. Lo institucional –cómo lo «viven»– viene de suyo. Nadie da su vida por la cuadratura del círculo. Aunque quiero traer expresamente la cita del general de Estado Mayor, Pedro A. Pérez Andreu, que en su conferencia «Las Fuerzas Armadas y la Universidad. Nuevo escenario estratégico»⁸, como cuestión de futuro, insistió en la idea de que ambas instituciones (Universidad y Ejército) están llamadas a conocerse, a implicarse, apelando a las nuevas realidades y retos estratégico-globales de

⁶ Editada por Plataforma 2003, con prólogo de VELARDE FUERTES e ilustraciones de Antonio MINGOTE. Madrid, 2009.

⁷ V. Eduardo SERRA, «¿Adónde vamos?», Tercera página de *ABC*, de 28/12/2009. El exministro de Defensa examina los efectos positivos de una transición, lo que ha supuesto de viabilidad y credibilidad, incluso a la inversa, en los primeros treinta años, para ahora, hacernos la pregunta de su título y otras, «¿Para qué la memoria histórica y el nuevo Estatuto catalán?» No se refiere SERRA al cambio en lo militar ni las aplicaciones de aquella memoria, con grave incidencia en los rútolos, escudos, ‘purga’ de condecoraciones, monumentos al anterior jefe del Estado, con un ritmo que hace violentar la historia, hasta el punto de que algunos políticos ya se han dejado decir que pudiera llegar el momento, cuando termine la ‘limpieza’ de lo militar en FRANCO, que se plantease el tema de república-monarquía, o a la inversa. Más interesante pueden advertirse las respuestas del académico Emilio DE DIEGO GARCÍA sobre la «Repercusión de la guerra de la Independencia en el estado español contemporáneo», *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, enero 2011.

⁸ Su padre, coronel PÉREZ ANDREU, fue el jefe permanente –1943-1973– del Campamento de Hoya Fría-Los Rodeos (Tenerife). V. MÉNDEZ, *A los Rodeos voy...*, 2.ª edición. Tenerife, 2009. Con ese título conferenció en la *VII Semana de la Milicia Universitaria*, 16/11/2005. En el año 2011, a raíz de los problemas de la adaptación de la Academia General de Zaragoza al plan de Bolonia se ha resucitado la idea de buscar fórmulas parecidas a la Milicia Universitaria, y también para la Sanidad Militar.

la sociedad del futuro. El teniente general Muñoz Grandes lanzó en 2009 parecida idea, nacida de su experiencia militar⁹. Y en los «Cuadernos de Fundamu» abundan diversos textos de militares ratificando en términos parecidos.

2. PRESUPUESTO PREVIO: ¿QUÉ ES EL EJÉRCITO? ¿CUÁLES SON LOS VALORES QUE ENTRAÑA PARA CON LOS MILITARES?

Esa es para nosotros, como una conclusión que brota del punto precedente: preguntarnos qué son, en esencia, las FAS. Qué es ser militar. A quién sirve. Qué valores entraña. Otra cosa distinta de qué le pasa al Ejército, o cómo quisiéramos que fuese. O, siguiendo a Ortega y Gasset¹⁰, la actitud que se tiene: la de la que el profesional o el ciudadano quiere aportar al Ejército, o la que se espera o se «interesa» de aquel. Lo advertimos desde el principio, porque aun partiendo de la buena fe científica-crítica-histórica, se vislumbra en algunos doctorandos o especialistas a los que ha podido faltar esa vivencia. O, descuidando la bibliografía castrense, se estudiase más la instrumentación que el «alma» de las vivencias dentro de las FAS.

Aquel citado maestro Ortega penetró, en muy diferentes trabajos, sobre la distinción del guerrero, el soldado y el militar¹¹. Más allá de las perspectivas, o de las retóricas, en que pudiera desenvolverse una «política militar», entendida como «arte», «estrategia» o «táctica». Porque podrá ser flexible o dinámica, pero nunca sesgada. Calderón lo elevaba a «religión de hombres honrados». El general Vigón hablaba de «espíritu militar». Alonso Baquer, de «mentalidad patriótica del militar español».

El prisma del «amor a la patria» no es una mera tablilla de una sala de banderas, o de un cuartel. Entraña la disponibilidad de dar su vida por aquella. Sacrificando la propia. Es el matiz excepcional de la vocación y profesión castrense. Más allá de un deber ocupacional. Spengler intuía –

⁹ V. la bibliografía de la Fundación de la Milicia Universitaria-Fundamu, «La Constitución, la seguridad y la defensa», de Adán GARCÍA, conferencia de 10/11/2005. V., también, el discurso de ingreso del teniente general MUÑOZ GRANDES en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre el tema «Sociedad y milicia», con fecha 30/11/2010, contestado por VELARDE FUERTES.

¹⁰ En n. o., «El pensamiento jurídico...», 2003. Es una laudatoria divulgativa o pedagógica de la obra *170 españoles opinan sobre sus militares*, editada por Adalede. Madrid, 2007.

¹¹ V. n. t., *Universidad, Política y Milicia en Ortega*, Fundamu. Madrid, 2005; y «La Milicia Universitaria, una aproximación histórica. Perspectivas», *Anales de la Real Academia de Doctores de España*. Madrid, 2010, vol. 14, núm. 1.

frente a la decadencia de Occidente— que «al final siempre habría un pelotón de soldados». El cardenal Siri —aunque fuese a otros efectos— intuía que «en los últimos tiempos, un sacerdote celebraría su última Eucaristía»¹². Sanchez Agesta, en referencia al art. 8 de la CE, calificaba al militar como «un estamento privilegiado de responsabilidad». (Había sido rector de la Universidad Complutense, y alférez provisional). Balmes sostenía que «el poder militar es fuerte cuando en poder civil es débil». El general Querol distinguía en una lección —2009— el caudal de valores que ha de proyectar a sus soldados, en constante formación, y su disponibilidad para la Patria —también permanente— de lo que es una problemática y una política militar concreta que dé respuesta en los medios y necesidades de las FAS.

La respuesta a la pregunta que da rúbrica a este apartado 2 está dada en la época de la Ilustración en España, en las «primitivas» Ordenanzas de Carlos III, como «código» de exigencias en las conductas que en el militar —soldados y mandos— se aceptan y cumplen, como «virtudes», y que con frecuencia se plasman en la manera de ser, y no de estar, de cada cual: obediencia, valor, respeto, sacrificio, lealtad, honor, disciplina, jerarquía, respeto a la Patria, entrega, responsabilidad, etc.¹³.

Se ve claramente que en todo esto —espíritu, esencia o alma de lo militar— no estamos hablando de «funciones», actitudes, ideologías, pronunciamientos, de política militar, incluso de unidades especiales de salvamento, contraincendios, contrapiratería, contraterrorismo, etc. Es lo previo a los resultados de la utilización o servicios. Nos ha interesado tratar de reencontrar, siguiendo a Max Scheler, «el puesto que el militar ha de tener en una sociedad libre».

3. EL EJÉRCITO COMO INSTITUCIÓN: EN LA TRADICIÓN Y EN LA HISTORIA

Lo castrense se da en el mundo, en la sociedad. Como señalaría San Agustín, con su presente del pasado, su presente del presente y su presente

¹² Citado en n. o., *La generación sacerdotal del 27*. Zaragoza, dos ediciones, 1994 y 2009.

¹³ En todo esto hay coincidencia en el documento *170 españoles...*, ya citado en notas anteriores, Aunque puede darse el caso de algún oficial que presuma de haber pasado por las FAS sin haberse aprendido de memoria las Ordenanzas (?). V., por otro lado, la obra de Antonio MARCHANTE GIL, «Reales Ordenanzas», en *Razón y fe*, octubre 2009, sobre las modificaciones del General GUTIÉRREZ MELLADO, en 1978, y la ministra CHACÓN, en 2009, cambios acerca del pacifismo, sexismo y de índole sociológico. Van en su «nuevo» talante y estilo, manifestado en su vestimenta en las pascuas militares, 2008 y 2009.

del futuro. Podría hacerse una apelación a la tradición y a la historia¹⁴. En cuanto a las maneras de manifestarse lo castrense, en cuyo mundo la tradición es fuente de derecho y de obligaciones. E igualmente respecto a un futuro, al que habrá de atenderse, según circunstancias o motivaciones de unas determinadas –a veces imprevisibles– circunstancias o coyunturas históricas¹⁵. Y más atrás, pero para más adelante, la sociedad moderna, y de manera singular, por las raíces cristianas y los ocho siglos de islam, ha de vislumbrar el renacer y el poderío de un tipo de sociedad fundamentalista que tiene en el Andalus un punto de llegada.

A esa dinámica de la sociedad, el Ejército ha de dar respuesta. Con prudencia, de acuerdo con tratados o compromisos internacionales, pero sin dejar de ser sí mismo. El Ejército se nutre del pueblo y al pueblo sirve. Apelo, por mi parte, al pensamiento democrático que formularon nuestros teólogos del siglo xvi, los verdaderos iniciadores de los derechos humanos, de la dignificación de la persona y de su personalidad. Por ejemplo, Roa Dávila¹⁶ afirma que «lo que pertenece al poder político hay que buscarlo en el sentimiento y costumbre del pueblo. Y se le hace injuria si se exige obediencia en cosas que desbordan la voluntad del pueblo». Es dato-pórtico de las clásicas reflexiones sobre la «rebelión al tirano». O las referentes a la doctrina sobre la «guerra justa», puesta de actualidad por Obama en su discurso al recibir el Premio Nobel de la Paz.

En todo caso hay que apelar a la «fuerza restauradora» de la libertad, de la paz y del bien común. Aquellos instrumentos de fuerza o coactivos prestaron su papel en determinados momentos –los ejércitos permanentes en los Reyes Católicos, en las Cruzadas, en las «guerras santas», etc. Pero alcanzaron su verdadera medida cuando se delimitó en el poder real y pontificio. Son intermediarios forzosos, los que irán marcando la fase democrática de la sociedad.

Ateniéndonos a lo español, como en otro momento he tenido ocasión de exponer¹⁷, es cuando a raíz de la guerra de la Independencia, las Cortes

¹⁴ PUELL DE LA VILLA. *Historia del Ejército en España*. Madrid, 2005; o CAÑETE PÁEZ, «La Eescala de Complemento. 87 años de historia. 1919-2005». O Sabino FERNÁNDEZ DEL CAMPO, «El rompecabezas del 23F» (*ABC*, 27/10/2009), reproducción de otro de 19/11/2000.

¹⁵ V. GIL ROBLES. *No fue posible la paz, Memorias sobre la Guerra Civil*. Y MARTÍN BRAVO, 23-F. *Claves de una trama oscura. Reflexiones y conclusiones*. Madrid, 2008.

¹⁶ En su *De bellorum*, 5.4.56. El texto me trae el recuerdo de la anécdota de la adjudicación del Premio Nobel al presidente de los Estados Unidos, OBAMA, con un discurso «sobre la guerra justa al servicio de la paz», doctrina que ya cultivaron nuestros sabios teólogos del siglo xvi.

¹⁷ En «La guerra de la Independencia y la Constitución de 1812», conferencia en la Real Academia de Doctores de España, 2009.

Generales asumen la soberanía nacional, se aprobó el Discurso Preliminar. Y en él, con un lenguaje jurídico y netamente castrense, al Ejército se da la fuerza y se le entiende como una «institución», con su fuero particular. Y con su ordenanza, capaz, además, de conciliar el objeto de lo militar con el respeto a las leyes y a las autoridades. El soldado es considerado soldado, como ciudadano para la defensa de la patria. (En el título I de la Constitución a que dio lugar aquella declaración, se regulará «La Nación española» (cap. I), «de los españoles» (cap. II): «el amor de la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles, ser fieles a la Constitución y obligados a defender a la patria con las armas cuando sea llamado por ley»).

Me he detenido, con gozo, es esa cita de un texto constitucional, porque de forma expresa –y redactado en plena guerra de la Independencia– aparece la «institución», como forma jurídica, para expresar lo que sea el Ejército y la Armada. Lo que no hemos visto siempre en la mayor parte de los comentaristas al respecto. Y tiene más valor significativo porque no fueron las capitanías generales, ni en buena parte la nobleza, quienes primeramente se levantaron contra los franceses. (Se dio el caso, en Aragón, que el brigadier Palafox, ante su «prudencia», tuvo que ser forzado por el «tío Pepe», del Arrabal, apoyado por el pueblo, para que asumiese la Capitanía y se pusiera al frente del levantamiento).

Las sucesivas constituciones, tras la de 1812, incorporaron el tema militar en parecida concepción institucional, salvo en la de la II República. Aunque en esta se llevó a cabo una reestructuración administrativa que fue elogiada al principio por Ortega y Gasset¹⁸, hasta que comprendió que la reforma azañista obedecía a intereses de carácter ideológico.

4. NATURALEZA Y EFECTOS DE UNA CONCEPCION INSTITUCIONAL

La mayor parte de los autores que se han adentrado en el análisis del art. 8 de la Constitución Española de 1978 se han posicionado en una orientación positiva, o negativa, o ecléctica. Fuesen constitucionalistas o administrativistas. Al principio abundaron los propios miembros que participaron en la redacción ponencia, comisión y plenos del Congreso de los

¹⁸ Tras el «exilio» voluntario desde la Residencia de Estudiantes, de Madrid, sus hijos varones fueron voluntarios a zona «nacional»: Miguel, su «arcángel», como le llamaba don José, y el menor José.

Diputados y del Senado, con respuesta en la línea institucional. Luego, surgieron no pocos jurídicos militares de los tres ejércitos que disponían de la Revista de Derecho Militar, preferentemente. Al tiempo, y progresivamente, surgieron los administrativistas puros. Se advirtió en estos últimos una tendencia a erosionar, o vaciar, o desinteresarse por el aspecto institucional de la FAS. Por los propios cambios que se advertían en la doctrina administrativa –tenían la *Revista de Administración Pública*–, con nuevas orientaciones. Por una orientación sociológica (Amando de Miguel). Y en buena parte también por la tendencia a adecuarse a las orientaciones ideológicas turnantes en el poder, disponían además del Centro de Estudios Constitucionales, con directores sucesivos. O porque, objetivamente, la estimasen irrelevante. En las tesis negativas o restrictivas había otra razón: no acudir al fondo de lo que es el Ejército como institución.

La verdad es que no pocas de las propias decisiones de política militar, en los últimos treinta años de vigencia de la Constitución, y no digamos en los mensajes del jefe supremo de las FAS, el Rey de España, han procurado asentarse en unas raíces axiológicas o metafísicas, en definitiva, en una filosofía de lo castrense que diera credibilidad y confianza a las FAS. En ocasiones, por algunas reformas de la Administración militar o sus leyes de profesionalidad¹⁹. Porque no se olvide que la fuerza de las instituciones está en su vigencia. Como ya ocurrió con el Imperio romano y el atractivo que tuvieron sus «instituciones» –familia, herencia, propiedad, contrato, sucesión–, las cuales fueron adoptadas en buena parte por la Iglesia Católica para su Derecho eclesiástico y canónico. (Fruto, a su vez, de una conexión de fe y de cultura).

En la etapa del Medievo, la sincronización institucional era natural, dada una concepción teocéntrica del Derecho y la Justicia²⁰. A partir del Renacimiento y de la Reforma se fue suavizando o equilibrando. Con la Ilustración abunda el relativismo jurídico, el positivismo y el historicismo. El Derecho natural, al final del siglo XIX, revive en diversas formas –“su eterno retorno», afirmará Renard–. Y aparece en diversos campos, no es-

¹⁹ Supresión de capitanías, creación de mandos logísticos, reformas de escalas, ley profesional, y otras disposiciones objeto de impugnación o de modificación. La ministra CHACÓN anunció en su intervención de la Pascua Militar de 2010 que presentaría para el próximo curso un el borrador de futura ley de derechos y deberes de los militares (posteriormente, será presentado el día 2/7/2010, en el Congreso de los Diputados, el referido proyecto de Ley Orgánica). Y alertó: «la única política posible es la del consenso y la unidad... no puede haber unas Fuerzas Armadas a la medida de cada gobierno» (información de prensa, 7/1/2010).

²⁰ V. nuestro trabajo «El Derecho en el Renacimiento», *Noticias de la Unión Europea*. Madrid, 2008.

trictamente iusfilosóficos, sino administrativos y políticos, la doctrina de la institución. Unas meras muestras y autores que ponen el acento en lo social: Ripert penetró en la realidad de las instituciones, superando el positivismo. Hauriou, desde la ciencia de la Administración, define a una institución como la «idea o empresa que se realiza y dura en el mundo social para la realización de aquella idea o empresa, garantizando su continuidad y permitiendo adaptarse a las realidades sociales comunitarias o de grupo».

Delos la contrapone a lo meramente contractual. Le Für, en contrapunto al Estado que brota de la Revolución Francesa, la presenta como un reto para que los súbditos, dentro de un orden social, estén garantizados por la justicia y la seguridad. Bonnacase reniega de las reglas del Derecho desde fuera a los individuos. Santi Romano elabora la doctrina de la participación. En nuestro tiempo, restaurando la doctrina tomista de la «recreación», se hablará de la «naturaleza de las cosas»²¹.

Lo institucional tiende a crear un espacio de libertad, de participación y de solidaridad²². Max Scheler hablará de la doble cara, de la idealidad y de la realidad que se da en lo humano. Aunque los tipos de ideas y empresas revistan diferentes formas y modelos. Máxime en una sociedad democrática y de bienestar. Abiertamente se le reconoce a la Universidad o a la familia. El Ejército es institución. Y en ellas se dan los requisitos, doctrinas y prácticas a que anteriormente hicimos referencia. Sin perjuicio de un entrecruzamiento de las misiones, de los valores y de los principios de que trae causa, con las maneras de operar o funcionar para hacer efectivos aquellas.

5. EL ARTÍCULO 8 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978. ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS

El artículo 8 de la Constitución Española señala lo siguiente:

1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el orden constitucional.

²¹ V. nuestra obra *Introducción al Derecho. Una concepción dinámica del Derecho natural*. Madrid, 1975.

²² Este término puede verse en la encíclica de BENEDICTO XVI, *Veritas in caritatis*, 2009: «La crisis económica es crisis moral, esta superada y enriquecida por la fraternidad». V., igualmente, nuestro trabajo «El ecumenismo de la fraternidad en Benedicto XVI», *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 11, núm. 2, 2007.

2. *Una ley orgánica regulará las base de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución.*

Lo primero que llama la atención es el ensamblaje de ese precepto dentro del «Título preliminar». ¿Por qué así?, se preguntan, tanto los administrativistas como los constitucionalistas. Se sabe que no venía así en el anteproyecto. Algunos, como Royo Villanova o Guaita no le dan relieve especial, dentro de su visión administrativista. No así Garrido Falla, quien, más sustantivamente, y acaso también por haber sido el letrado de la Comisión Constitucional del Congreso, valora la privilegiada situación hermenéutica de aquel precepto. No faltaron diputados, como el aragonés Gastón, que insistieron en delimitar tales misiones a las FAS, porque no incluían a las de orden público ni a la Guardia Civil. Satrústegui, Villar Arregui y Letamendía, con significativas representaciones políticas, entendían en los debates parlamentarios que las FAS formaban parte de la Administración General del Estado. Fraga Iribarne, uno de los ponentes, achacó al predominio del consenso cierta pobreza, o lo limitado de la discusión²³. De los senadores reales, Salas Larrazábal y Gamboa, nada puede deducirse. Y de Díez Alegría, lo mismo. A este respecto, poco podría añadirse de su trabajo «La defensa en el proceso constitucional», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1978.

Buena parte de la no tan extensa doctrina estrictamente constitucional pudiera, sin embargo, compensarse con una profusa bibliografía especializada al respecto, acaso no concluida. Someramente la aportamos aquí:

Uno de los primeros estudios lo tenemos en «Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española. Esbozo de una construcción institucional», de Federico Trillo-Figueroa²⁴. Se puede decir que abre brecha para los autores institucionalistas. Cita a Herrero de Miñón y García Arias, en cuanto a la fuerza disuasoria que el precepto podría tener, y a la distinción de los poderes del rey como jefe del Estado, distintos al arbitraje y la moderación (art. 56).

El estudio de Pablo Casado Burbano²⁵, jurídico militar y registrador de la propiedad, está en una línea más equívoca, no trascendente. Del profesor

²³ V. «La Constitución a la vista de ponente», en la revista *Documentación Administrativa*, núm. 180, extraordinario, sobre la Constitución. También, Narcís SERRA, *El Ejército en la Transición*, 1998.

²⁴ Publicado en la *Revista de Estudios Políticos*, y reproducido en la *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 38, diciembre de 1979.

²⁵ En «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 36, diciembre de 1978. En parecida línea, Francisco BLAY, «Privilegios y limitaciones de las leyes sancionadoras militares», *idem*, núm. 55, junio de 1990.

Seoane, también jurídico, es «Las FAS y su ordenamiento jurídico. Una relectura del debate sobre el art. 8 CE»²⁶, que tiene la virtud de reagrupar las distintas posiciones doctrinales al respecto. Distingue misiones de funciones. Y entiende que lo institucional es puramente formal, acaso político o extrajurídico».

La tesis doctoral de Peñarrubia Iza, jurídico militar, *Presupuestos constitucionales de la función militar*²⁷, está bien elaborada. Refleja el Derecho comparado. Hace una distinción precisa de las tesis institucionales de corte francés e italiano (Garrido Falla, Parada, este también jurídico militar), y las de corte germánico (Parejo). Analiza la doctrina del Tribunal Constitucional, que resulta ecléctica o meramente interpretativa. Critica la posición de Suárez Pertierra, exministro de Educación y de Defensa, en su trabajo *Regulación jurídica constitucional de las FAS*²⁸, quien niega toda garantía y contenido institucional. López Garrido se suma a esta posición²⁹. Ambos en parecida corriente ideológica.

La correlación de un jefe de estado dentro de una monarquía parlamentaria no siempre es interpretada, en el sentido institucional, que en uno u otro paso pueda, con matices, representar. Esto se advierte, positivamente, en el estudio de Fernando Segado, «Perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar»³⁰, dentro de la constitucionalidad en que están configuradas las FAS.

Me voy a extender algo más en la tesis –también doctoral–, de Lorenzo Cotino Hueso, *El modelo constitucional de las FAS*³¹, galardonada por el Ministerio de Defensa, y académicamente extensa. Niega la naturaleza institucional, y constituye un fuerte despliegue para un modelo de administración y organización diferente. Ajeno a la idea-fuerza del art. 8 de la

²⁶ En la *Revista Española de Derecho Militar*, 1985, págs. 609 y ss. En las ráfagas de citas, muestra las graduaciones en la «operatividad» de lo institucional, desde las de MARTÍNEZ SOSPRADA, recordando a LAFUENTE BALLE, hasta apreciaciones sofisticadas, sean de carácter político, sociológico o de oportunidad (compensación al término de «nacionalidades»).

²⁷ En Centro de Estudios Constitucionales.

²⁸ V. su trabajo «Regulación jurídico constitucional de las Fuerzas Armadas», Ministerio de Justicia, con ocasión de las *Jornadas de la Abogacía del Estado. Sobre el Título Preliminar*, tomo IV, 1998. Entiende que en el artículo 8 no se contiene ninguna concepción de las FAS ni para elevarlas a institución ni para constitucionalizar sus funciones. Entonces –preguntaríamos nosotros–, ¿es música celestial?

²⁹ «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *Rev. A. Pública*, diciembre de 1983.

³⁰ *Revista Española de Derecho Militar*, 1987, y *Revista General de Derecho*, 1992, respectivamente.

³¹ Prólogo de SÁNCHEZ FERRIZ, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 2002, 747 páginas.

Constitución vigente, al que ni cita en las propias conclusiones. Formula –dicho en términos académicos– una especie de «ruta» hacia un estado democrático, con extensas divagaciones, sin entrar en el papel que el propio Ejército tuvo en la transición misma³². Creo que su autor no ha conocido –me puedo equivocar– lo castrense por dentro. Lo que sí se vislumbra, descaradamente, es el tipo de FAS que él desearía establecer. Muestra un aspecto ideologizado, el cual, desde el punto de vista constitucional, seguramente repudiaría a Hans Kelsen³³.

6. EL ARTÍCULO 8 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978, DENTRO DE UNA CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL DINÁMICA Y CREADORA (CONCLUSIONES)

Vamos a concretar nuestra posición, después del despliegue doctrinal y bibliográfico. Sin dogmatismo. Sí pudiera afirmarse que teóricamente un ejército, en su esencia, como tal, está más allá de una constitución. Como le ocurre a la patria, España. No se trata de una visión determinada, o para unas FAS, en un momento coyuntural operativo, sino de las Fuerzas Armadas, tal como están previstas en la Constitución, «Título preliminar», sin perjuicio de su reforma con los trámites previstos en aquella norma fundamental. Conviene repetirlo. Lo que venimos haciendo, a lo largo del presente trabajo, es una reflexión de los datos castrenses –política castrense–, continuado con la reflexión –historia, cultura y ciencia de la defensa–, y reflexión sobre esta última, que sería, a estilo orteguiano, la «filosofía de lo institucional en las FAS». Acaso orientado, también, en esa delimitación que Ortega aconsejaba³⁴:

³² Es sabido que en el testamento personal y político del anterior jefe del Estado, general FRANCO, había escrito expresamente por su hija Carmen el nombre de S. M. el Rey don Juan Carlos, al que los militares aceptaron y obedecieron, pese a ser, en la cúpula de mandos y capitanes generales, los que participaron en la Guerra Civil, como alféreces provisionales, en su mayor parte. (Otra cosa son los efectos de la «memoria histórica», sesgados, y que pudieran arrastrar a otras instituciones más altas que las FAS).

³³ En el prólogo de la traducción por LEGAZ LACAMBRA de la obra de Hans KELSEN sobre la teoría pura del Derecho, citada en la nota 5, y que fuera editada en 1933, se critica por su autor la ideologización de algunas constituciones. Previene, y en el fondo teme: «yo creo que la joven República española, cuya Constitución garantiza la libertad de ciencia, es uno de los pocos países en que mi doctrina puede esperar un poco de comprensión». Lo firma KELSEN en diciembre de 1933.

³⁴ V. ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, Obras Completas, tomo IV, pág. 130.

Ni este volumen ni yo somos políticos. El asunto de que aquí se habla es previo a la política y pertenece a su subsuelo. Mi trabajo es oscura labor de minero... La obra intelectual aspira, con frecuencia en vano, a aclarar un poco las cosas, mientras que la del político suelo, por el contrario, confundirlas más de lo que estaban.

Con este prolegómeno, nos permitimos señalar estas conclusiones básicas, presentadas como no exhaustivas ni dogmáticas:

Primera. *Sobre su situación en el «Título preliminar»*

Ya lo anticipamos. No figuraba así en el anteproyecto. Sobre sus textos no hubo grandes deliberaciones ni discusiones. Parece que sintetizó, dentro del «consenso», la clarificación de lo que pudiera haber de misiones y funciones, separados de lo que fuese administración y política de la defensa, ser más cambiantes (título IV). Nosotros, no obstante, cualificamos la fuerza institucional que se proyecta del artículo 8, con sus caracteres de dinámica y creadora, que le va bien y le justifica en que tiene de principios.

No dejamos de advertir las «explicaciones» que se han aducido, calificadas de extrajurídicas o extravagantes, y más o menos oponibles o discutibles: premio o compensación a las FAS por su actitud ante la Transición española, o a la inversa; temor a la viabilidad constitucional por las turnancias de los partidos; como elemento disuasorio ante posibles riesgos, desde el de la unidad de España o apoyatura a la vertebración de las llamadas «nacionalidades», o la protección y garantía para la monarquía parlamentaria que se instaura, etc. (insistiremos luego).

Segunda. *Los efectos de esa hermenéutica jurídica de su colocación en el «Título preliminar»*

Los comentaristas de signo más bien administrativista, en algunos casos con cierto signo ideológico, calificarían de intrascendente tal encaje. Los de signo constitucionalista ven en la institución castrense un plus diferente, y más peculiar a otras instituciones, sean la Universidad, la familia, la Iglesia, la educación, en tanto en cuanto también, de alguna manera, han de velar por mantener, por ejemplo, el orden constitucional. Y aun el amor a la patria, con menor disponibilidad y entrega que el militar.

A nuestro modo de ver, hay, efectivamente, algo más profundo en tal hermenéutica. Porque el «Título preliminar», en sus nueve artículos, con-

tiene los grandes principios y valores básicos en un estado democrático de Derecho: libertad, justicia, igualdad, pluralismo político, unidad de España, con sus regiones y nacionalidades, solidaridad (art. 2), idiomas y banderas, partidos políticos (art. 5), sindicatos y empresarios (art. 7), poder político y garantías de legalidad, seguridad jurídica, responsabilidad, no arbitrariedad (art. 9).

El art. 8, pues, está con idéntico rango que antes mencionamos, y encierra todas las propiedades de las ideas-fuerzas y su irradiación a los demás. Y lo garantiza.

Tercera. Suponen una continuidad histórica, actualizada en el lenguaje jurídico

Aquellos principios y valores no se encuentran en la exposición de motivos, por lo que tiene un carácter más imperativo y preceptivo, con que se formularon en las declaraciones previas de la Constitución de 1812, como ya advertimos. O como quedaron expresivamente señalados en las Ordenanzas de Carlos III.

Como explicación, que creo fundada y acaso no bien conocida, apelo a don Antonio Hernández Gil³⁵, civilista, iusnaturalista, como don Federico de Castro, como presidente de las Cortes Españolas, tras el fallecimiento de Fernández Miranda, en plena fase electoral de 1977. Separándose del positivismo normativista puro de Kelsen, Hernández Gil se permitió, primero, orientar el «Título preliminar», y consensuarlo después, para colocar el art. 8 en dicho título con aquel plus institucional ya comentado³⁶. Me oriento también en Martín Diéguez, al referirse³⁷ a «Las virtudes militares y la moral de las tropas», que están en un contexto superior de lo funcional-burocrático-administrativo, exigiendo a los militares determinadas formas de estar, pero, sobre todo, de ser, en orden a su responsabilidad, disponibilidad ante la defensa de la Nación.

³⁵ Estas ideas las tomé en el seminario dirigido por HERNANDEZ GIL en el Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1981, bajo el título *La persona en la Constitución*. E insistí en el Congreso de Jurisconsultos sobre «Derechos territoriales en la Constitución», celebrado el mismo año en Zaragoza. V. n. t., «Derechos forales y Constitución», *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol., 11, núm. 1, 2007.

³⁶ En cambio, la idea de TIERNO GALVÁN de una «democracia avanzada» se quedó meramente referenciada en el breve preámbulo de la Constitución.

³⁷ V. boletín de la UNAMU Barcelona, 2009; y al General ÁLVAREZ SERRANO, mentor de la Milicia Universitaria, en su *Manual*, se detiene extensamente en las virtudes castrenses.

Cuarta. *Cualificación de requisitos para una reforma constitucional*

Toda esta problemática, e incluso la adscripción doctrinal al respecto, se presenta más clara cuando se sitúa a todo el «Título reliminar» –también los del capítulo 2, sección 1.^a del título I, o el título II–, ante la normativa de su reforma, con garantías especiales, las del art. 168, y no las del art. 167: aprobación por dos tercios del Congreso de los Diputados, disolución de las Cámaras, aprobación, a su vez, por dos tercios de las nuevas Cámaras y sometimiento a referéndum. Es la «supraconstitucionalidad» de los preceptos citados y los del «Título preliminar».

Quinta. *Complemento al artículo 8, de los artículos 56, 62 h) y 97*

La superioridad –si es que se puede hablar así– del art. 8, objeto principal de nuestro estudio–, en el nacimiento básico de los principios y valores³⁸ que subyacen en la institución castrense, sin querer decir que exista contradicción con el art. 62 h), según el cual «corresponde al Rey... el mando supremo de las Fuerzas Armadas». Va inherente a toda Jefatura de Estado en la mayor parte de los países democráticos. Es más, se puede decir que operativamente, para cumplir las misiones del art. 8, habría de contarse con el precepto últimamente citado, y en todo caso habría de coordinarse además con el art. 56, en cuanto al poder moderador y arbitral, y símbolo de unidad y permanencia del Rey como jefe del Estado. Y, por último, no hay colisión con el art. 97, en cuanto que se encomienda al Ejército la política de defensa y la Administración militar, y de ahí las funciones gubernamentales propias y habituales.

Sexta. *Efectos de la erosión de principios y valores en una sociedad moderna*

No entramos aquí en las causas o en las variantes que en este punto se pudieran diseñar en los ejércitos de diferentes países y, comparativamente, con las situaciones de su ecosistema moral, en concreto³⁹. Se habla, casi con naturalidad, de los procesos de «secularización» de algunas otras insti-

³⁸ «Soberanía e independencia de España, integridad territorial y ordenamiento constitucional». Significadamente, de los «170 españoles opinan...», que participan –según ya citamos– en el reconocimiento de las FAS (v. nota 13 a pie de página), solo se refiere al art. 8, de manera textual, la entonces presidenta del Tribunal Constitucional, María Emilia CASAS, pág. 92.

³⁹ V. Eduardo SERRA, «¿Adónde vamos?», citada en nota 7.

tuciones básicas, como el matrimonio⁴⁰, la familia, el divorcio «express», el adoctrinamiento educativo, la filosofía del aborto como derecho, el secuestro del lenguaje jurídico, el relativismo «legalizado», etc. Hasta el fenómeno terrorista ha llegado a algunas instituciones de representación pública.

De una manera, insensible o no, sus efectos no quedan en las instituciones mismas, sino que alcanzan a las formas y componentes de reclutamiento para la oficialidad y soldados profesionales, como para su propia moral en su acción. Desaparecido el servicio militar obligatorio, e incrementado el impacto laicista⁴¹, que puede afectar a la asistencia religiosa en las FAS, algunos de estos efectos, además, se han visto favorecidos por las reacciones ante la presencia de unidades militares en determinadas comunidades autónomas. O en el ultraje a la bandera de España o a su rey. En el predominio de unidades expedicionarias en el exterior con fuerzas de paz. El narcotráfico, la piratería, la mujer, y el transexual en el Ejército⁴².

Todo ese ecosistema, aparentemente externo, no ayuda a la lozanía de virtudes y valores. A veces, tampoco a la propia Administración y aplicación del Derecho militar. El pueblo –de donde se nutren las FAS– es lo que es. En otros momentos, la analfabetización era una rémora. Hoy, el fracaso moral y escolar, la educación y cultura, hay que sopesarlas para la fortaleza espiritual y moral de las FAS. (En otro momento anterior, aludíamos a la riqueza y permanencia de valores y espíritu castrense de la oficialidad de complemento, y más en particular de la Milicia Universitaria).

Séptima. Equilibrio constitucional entre lo institucional y lo administrativo

El profesor Fernando López Ramón en su tesis doctoral⁴³, dirigida y prologada por García de Enterría, acaso sea hoy el más decididamente po-

⁴⁰ FERNÁNDEZ CORONADO, en *Secularización del matrimonio*, Madrid, 2009, con un análisis histórico que no termina en la II República, en la que el fenómeno se dio más plenamente.

⁴¹ V. nuestra obra *España en la encrucijada*, 2009, págs. 41-67.

⁴² Criterios ideológicos sesgados, como aquel de «morir antes que matar», que pueden erosionar el sentido del artículo 8, y desvalorizar los servicios y caídos de las FAS en sus tareas bélicas en las expediciones externas, entendidas como misiones de paz. No olvidar la aplicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, que es ley de obligado cumplimiento en España, de conformidad con el art. 10.2 de la Constitución. Alguno de esos factores de erosión de valores, o de circunstancias, acaso sean motivo de reflexión de un recuerdo de la vuelta a una «milicia universitaria» para superar las dificultades en las que ya nos referimos, para compensar el descenso de las vocaciones castrenses, o cubrir determinados cuerpos de especialistas, etc.

⁴³ *Caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, con prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA. (Nosotros, siendo colegial de honor, conocimos al prof. LÓPEZ RAMÓN como director del Colegio Mayor Cerbuna, de Zaragoza).

sicionado para negar el carácter institucional de las FAS. Me permito hacerle dos observaciones: una referente a la documentación parlamentaria, que aduce para tal posición negativa, porque, como expusimos anteriormente, sí hubo enmiendas: unas rechazadas y otras no defendidas, y al final, consenso. Y la segunda, porque el fenómeno de erosión del ecosistema moral en la sociedad también puede llegar a la política y a la Administración militar, en sus variadas funciones, contradicciones o limitaciones. Por ejemplo, en la autonomía de la contratación. ¿Quién podría modelarla, y orientar y responsabilizar, si no existiera la idea fuerza institucional, que constitucionalmente reside en el jefe del Estado, y que se manifiesta en las altas misiones a cumplir por las FAS?.

No es lugar para una radiografía de carácter sociológico de cómo están operando nuestras Fuerzas Armadas. Algo de eso hemos expuesto aquí y en otros estudios⁴⁴. Lo cito como una laguna que existe en tal tesis doctoral. Y apelo al teniente general del Ejército de Tierra Luis Feliú Ortega, en su lección «El ejército que España necesita»⁴⁵.

Resalto, por último, mi coincidencia con el prologuista García de Enterría, quien le hace la observación de que en el trabajo de López Ramón no se haya advertido que existe como «una reserva última de poder en la función propia del monarca» (art. 62 h), y que viene a ser lo que en la Monarquía inglesa nadie discute, *the royal prerogative*. Y lo fundamenta además aportando la doctrina de algunos considerandos de una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1983: «las órdenes del Rey en la noche del 23-F proceden de funciones que constitucionalmente corresponden al monarca»⁴⁶.

⁴⁴ V., entre otros documentos publicados por FUNDAMU, LAGUNA SANQUIRICO, *Puntos de encuentro entre la sociedad civil y las FAS*; MARCHANTE GIL, *Europa y su defensa militar*; FERNÁNDEZ DEL CAMPO, *Democracia y las Fuerzas Armadas*, NUÑO DE LA ROSA, *Evolución jurídica de los derechos fundamentales*, y *Hombres y mujeres, en el Ejército español*.

⁴⁵ Dada en el Centro Cultural de los Ejércitos de Madrid en el ciclo que modera el letrado Andrés VALVERDE, con fecha 25/11/2009. Un fluido coloquio sobre la gran pregunta: «¿hasta dónde se puede llegar al fijar unos objetivos operativos, y ante las exigencias para obtener los medios necesarios instados a la superioridad?».

⁴⁶ Las del art. 56 de la Constitución, como desde el principio hemos interpretado nosotros, junto a los otros preceptos. El poder arbitral y moderador del monarca, como en la nota 47 siguiente subrayamos, no ha estado solo en el 23-F, sino que ha estado abierta, cada vez más, a diversas circunstancias. Por estos casos conocidos: llamadas al monarca de Marruecos, reuniones con determinados empresarios por razón de la crisis económica, audiencias individualizadas con los presidentes de los tribunales constitucionales anteriores a 1/2/2010, etc.

Octava. *Equilibrio entre una concepción institucional dinámica y la política y Administración militar*

Reiteramos que la ausencia de dogmatismo, por un lado, y la experiencia vivida de lo castrense, de otro, nos lleva a sostener que en los artículos que han sido de análisis, el octavo, como principios y misión, y los artículos 56, 62 h) y 97 de la Constitución, este último como instrumentación de la política y Administración militares, hay una base para entender –lo hemos explicitado antes– el equilibrio entre lo institucional y lo operativo, que ha de verse flexible y aun variable, siempre que no se desvíen abiertamente a los primeros. Han de hacerlo para bien de la patria, supremo valor, que es España. Para los objetivos de formación y fortalecimiento del espíritu militar, de la ejemplaridad y de la jerarquía que ostenta constitucionalmente el Rey, jefe de Estado. Con su irradiación al soldado profesional y a los cuadros de mando. El sociólogo Juan de Nicolás escribió en 2008 «Las Fuerzas Armadas y sociedad», tercera página de *ABC*: «Podemos afirmar que los distintos sectores de la sociedad española han hecho su transición, con diferente intensidad y rapidez... Las Fuerzas Armadas con gran preferencia, a pesar de que este hecho no suele ser reconocido. La sociedad las sitúa a la altura de la Corona, y de las Fuerzas de Seguridad».

Novena

Termino, más que como última conclusión, como cita del teniente general Sabino Fernández Campo, acaso no muy conocida, en «Valor, disciplina y lealtad»⁴⁷: «En la trayectoria de mis años, cuando la antigüedad en el escalafón de la vida es alarmante, quiero expresar mi fidelidad militar y la lealtad de mi recuerdo a la memoria de quien en la Guerra Civil, cuando tuvimos la desgracia de enfrentarnos españoles contra españoles, ostentaba el mando supremo de las fuerzas en que luché... Que Dios conserve la paz...» Y finaliza, casi como un testamento, diciendo lo siguiente: «Fiel a mi concepto de valor, de la disciplina clásica, estoy muy satisfecho de que ... siga estando orgulloso de ostentar el honroso título de alférez provisio-

⁴⁷ Publicado en *Razón Española*, diciembre de 2000. Allí se recuerda su trayectoria militar desde 1936 a las órdenes de Francisco FRANCO, hasta la época de jefe de la Casa Civil de S. M. el Rey. JIMÉNEZ DE PARGA, en «Presencia del Rey en la política española» (*ABC*, 23/3/2007) comenta un texto de FERNÁNDEZ CAMPO en una ponencia en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, que textualmente dice así: «un poder neutro (el del monarca) no puede ser tan neutro que no se pronuncie nunca, o que nunca se sepa que se pronuncia para moderar lo que necesita ser moderado».

nal de Infantería –que no cambiaría por ningún otro–. Y de haber servido a las órdenes del general Franco en los frentes de combate, en donde la lucha era noble y valerosa...»⁴⁸.

⁴⁸ Al final de nuestra exposición, en el diálogo suscitado en la conferencia señalada en la nota 1, las intervenciones fueron dirigidas, en su mayoría, a si cabría o no delimitar los poderes del rey-jefe del Estado, con respecto a lo política de defensa. Eran, en buena parte, cuestiones de hecho, más que sobre el tema central que hemos expuesto: una concepción institucional, dinámica y creadora de las FAS, tal como están diseñadas en la Constitución, susceptibles de ser modificadas con los trámites del art. 168. Otras preguntas aludían a la situación material y moral en el Ejército, apuntadas en el apartado sexto de las conclusiones, aunque en realidad sería otro tema. Salí contento, y he recogido una buena parte de las sugerencias y puntos de vista. Conseguí mi propósito de procurar interesar sobre un tema tan complejo, y, en definitiva, cumplir lo que tanto apelaba ORTEGA Y GASSET: «aprender a pensar: para sí mismo y para los demás». El tema, dada la situación española y su devenir, creo que lo merece.

EL PATRONAZGO RELIGIOSO DE LAS ARMAS Y CUERPOS MILITARES EN UN ESTADO ACONFESIONAL

Tomás Prieto Álvarez
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de Burgos

Sumario

1. Introducción: los patronazgos religiosos y la imbricación de lo público y lo religioso.
2. Aconfesionalidad estatal y demandas religiosas.
3. El peso de la historia y el principio democrático.
4. La libertad religiosa subjetiva de los miembros del Cuerpo o Arma.
5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN: LOS PATRONAZGOS RELIGIOSOS Y LA IMBRICACIÓN DE LO PÚBLICO Y LO RELIGIOSO

No es infrecuente escuchar hoy en día alegatos contrarios a los casi siempre vetustos patronazgos religiosos de instituciones públicas. Claros ejemplos de esta arraigada tradición son los distintos armas, cuerpos y unidades militares dotados habitualmente de un patrono o una patrona. Patronazgos casi siempre vetustos, pues en la mayoría de los casos existen desde tiempo inmemorable; pero también se han instituido en fechas recientes. De entre los añejos –sin ser el más antiguo– merece ahora evocarse el de la Guardia Civil, a punto de celebrar el centenario

de su proclamación¹. Y como ejemplo de reciente instauración se puede citar el de la Unidad Militar de Emergencias (UME), unidad creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de octubre de 2005 y cuyo patronazgo —una vez más, en una invocación mariana²— se aprobó el 10 de febrero de 2009.

A la actualidad de estos patronazgos religiosos de las instituciones militares contribuye la reciente publicación de una norma estatal modificadora, en alguna medida, de la anterior regulación al respecto: me refiero a la Orden Ministerial 69/2012, del Ministerio de Defensa, de 25 de septiembre, que modifica la Orden 240/2001, de 20 de noviembre, «por la que se determina el calendario de festividades de las Fuerzas Armadas»³. En la conjunción de ambas normas se recogen ahora los distintos patronos del Ejército español⁴ (adviértase que, precisamente, no figura entre ellos el

¹ La Guardia Civil tiene por patrona a la Virgen del Pilar desde la Real Orden de Alfonso XIII de fecha 8 de febrero de 1913. Con su rúbrica, el Rey accedía a la petición cursada por el propio Cuerpo a través de su Director General y remitida por el Ministro de la Guerra (entonces la Guardia Civil pertenecía al Ejército). Se oficializaba solemnemente de esta manera una tradición que arrancaba de tiempo atrás: según he podido documentarme, se considera su germen la colocación de una imagen de la Virgen del Pilar en el Colegio de Guardias Jóvenes «Duque de Ahumada» en Valdemoro, en agosto de 1864, así como la declaración de esta advocación como patrona del citado colegio al año siguiente.

² Vid. el libro de MADRID, R., *La Virgen y el Ejército español*. Ediciones Paulinas, Valencia, 1954.

³ Vid. boletines oficiales de Defensa de 29 de noviembre de 2001 (n.º 233) y de 28 de septiembre de 2012 (n.º 191).

⁴ Que serían los siguientes, ordenados conforme a la fecha de celebración de su fiesta:

- San Juan Bosco, patrón del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra y de las especialidades fundamentales de este ejército de Electrónica y Telecomunicaciones, Mantenimiento y Montaje de Equipos, Electricidad, Informática, Automoción, Mantenimiento de Aeronaves, Mantenimiento de Armamento y Material, Mantenimiento de Vehículos, Mantenimiento Electrónico y de Telecomunicaciones, Chapa y Soldadura, Montador Electricista y Montador de Equipos (festividad: 31 de enero).— Nuestra Señora del Buen Consejo, patrona del Cuerpo Militar de Intervención (festividad: 26 de abril).— San Fernando, patrón del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra, Especialidades Fundamentales Ingenieros y Transmisiones y del Cuerpo de Ingenieros Politécnicos (Especialidades Fundamentales de Construcción y Telecomunicaciones y Electrónica de las Escalas de Oficiales y Técnica) (festividad: 30 de mayo).

- Nuestra Señora de los Ángeles, patrona de la Especialidad Fundamental de Helicópteros del Ejército de Tierra (festividad: 23 de junio).

- San Juan Bautista, patrón de la Guardia Real (festividad: 24 de junio).

- Nuestra Señora del Perpetuo Socorro, patrona del Cuerpo Militar de Sanidad y de la especialidad fundamental del Ejército de Tierra de Apoyo Sanitario (festividad: 27 de junio).

- Nuestra Señora del Carmen, patrona de la Armada (festividad: 16 de julio).

- Santiago Apóstol, patrón del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra, Especialidad Fundamental Caballería (festividad: 25 de julio).

patronazgo de la Guardia Civil, que sigue siendo un cuerpo militar, pero no perteneciente ahora a las Fuerzas Armadas).

Es un hecho evidente, del que ha de partirse, que el componente religioso presente en la sociedad española impregna los espacios y las instituciones públicas. Baste considerar la incorporación de festividades religiosas al calendario civil o su celebración en el ámbito de instituciones públicas, los nombres u ornatos de multitud de nuestras calles, los símbolos incorporados a escudos y banderas, la presencia de autoridades públicas en actos religiosos, etc. De entre las manifestaciones de esta imbricación de lo público y lo religioso, una de las más habituales –y tradicionales, como se ha apuntado– es el patronazgo religioso: pienso no equivocarme al afirmar que de los 19.000 ciudades y pueblos españoles pocos serán lo que no tengan un patrono religioso; y lo mismo cabe decir de los colegios profesionales y –en lo que ahora interesa– de las armas militares o cuantos institutos o unidades integran los cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado español.

Inicialmente, la proclamación constitucional de la aconfesionalidad del Estado español, incorporada al artículo 16.3 de la Constitución Española de 1978 y considerada como vertiente «objetiva» del derecho de libertad religiosa, no se consideraba un obstáculo para los referidos patronazgos. Tampoco con estas proclamaciones de religioso auspicio por parte de distintas instituciones públicas se juzgaba menoscabada la vertiente «subjetiva» de aquel derecho: es decir, se partía de que no se dañaba la libertad religiosa de las personas afectadas, pues se entendía que a nadie se obligaba a asumir credo alguno. Se apuntan de esta manera las dos objeciones que recientemente se hacen contra patronazgos religiosos como los aquí referidos, y que pasan a analizarse separadamente.

– Nuestra Señora del Rosario, patrona de la Unidad Militar de Emergencias (festividad: 7 de octubre).– Santa Teresa de Jesús, patrona del Cuerpo de Intendencia del Ejército de Tierra (festividad: 15 de octubre).– Santa Cecilia, patrona del Cuerpo de Músicas Militares, de las Músicas Militares y de la Especialidad Fundamental de Música del Ejército de Tierra (festividad: 22 de noviembre).

– Santa Bárbara, patrona de la Especialidad Fundamental de Artillería del Cuerpo General del Ejército de Tierra y de las Especialidades Fundamentales de Armamento, Mecánica y Química del Cuerpo de Ingenieros Politécnicos del citado ejército (festividad: 4 de diciembre).

– Inmaculada Concepción, patrona de la Especialidad Fundamental de Infantería del Cuerpo General del Ejército de Tierra, del Cuerpo Jurídico Militar y de Capellanes Castrenses (festividad: 8 de diciembre).– Nuestra Señora de Loreto, patrona del Ejército del Aire (festividad: 10 de diciembre).

2. ACONFESIONALIDAD ESTATAL Y DEMANDAS RELIGIOSAS

Decía que el alegato más frecuente contra los patronazgos religiosos de instituciones públicas es considerarlos incompatibles con la aconfesionalidad estatal que quiso establecer el constituyente español de 1978 («ninguna confesión tendrá carácter estatal»), reza el artículo 16.3 de la Constitución). Una declaración de patronazgo implicaría –se dice– una «identificación» de esa institución «con una concreta confesión religiosa», lo que resultaría incompatible con el tenor constitucional. El entrecorrido anterior corresponde a las alegaciones presentadas por un miembro del Colegio de Abogados de Sevilla en su recurso ante el Tribunal Constitucional contra la proclamación de la Inmaculada Concepción como patrona de la corporación sevillana.

El Tribunal Constitucional resolvió la demanda de amparo contra el patronazgo del colegio profesional en términos perfectamente trasladables al caso que ahora nos ocupa. La Sentencia de la Sala Segunda del Alto Tribunal dictada el 28 de marzo de 2011 avaló el referido patronazgo, dictaminando lo siguiente en su párrafo más relevante:

procede rechazar la demanda de amparo en este punto, pues fácilmente se comprende que cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adhesión a postulados religiosos⁵.

Entonces, si una institución pública no pretende adherirse a ningún credo cuando incorpora a sus ámbitos propios un elemento religioso in-

⁵ He resaltado la palabra «religiosa» referida a la tradición del patronazgo para advertir que esta –a mi juicio– irreprochable declaración del Tribunal no es del todo coherente con otras incluidas en el texto de la misma sentencia. La Sala, en el mismo fundamento jurídico cuarto, líneas más atrás, parece sostener que la admisibilidad de patronato pasa porque este ha experimentado un «proceso de secularización», de modo que ha pasado a ser un símbolo propiamente cultural, «aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso». Sencillamente, me parece que discutir el carácter eminentemente religioso del patronazgo equivale a negar una evidencia; la clave está en asumir, como se expondrá en las líneas siguientes del texto, que lo religioso es tan social y cultural como otras identidades humanas, con lo que resulta tan legítimo su despliegue en lo público como esas otras realidades sociales (por otra parte esto es lo que se deduce del texto de la sentencia que motiva esta llamada). Me he ocupado con cierto detenimiento de este fallo del Tribunal Constitucional en el artículo «Colegios profesionales, aconfesionalidad y patronazgo religioso. Comentario a la STC 28 de marzo de 2011», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 79, 2011, pp. 137-156.

tegrado en el tejido social –aseveración que comparto plenamente, como se glosará–, entonces, ¿qué es lo que persigue? ¿cuál es la causa social legitimadora de ese acogimiento? A lo que procede responder: el Estado pretende acoger una demanda ciudadana, sin más.

Precisamente, las tendencias, afinidades o querencias religiosas de los ciudadanos (los únicos que las tienen) son acogidas por el Estado porque –y solo por eso– están integradas en el tejido social. Y es que las instituciones públicas han de estar abiertas a las orientaciones y solicitudes legítimas que procedan del pueblo, en su sentido jurídico más estricto; y, por lo tanto, aquellas instituciones, muy legítima y razonablemente, pueden decidir que ciertos elementos o ingredientes con connotaciones ideológicas o religiosas puedan incorporarse eventualmente a los ámbitos públicos.

En este caso de los patronazgos, la demanda ciudadana se concreta en el reconocimiento de la «identidad religiosa predominante» en el colectivo en cuestión. Con el término «identidad» me refiero a las señales distintivas, identitarias, de un colectivo; señales que pueden ser de distinto carácter..., también religioso. De modo que, en concreto, los miembros del instituto armado, los adscritos a un colegio profesional o los vecinos de una ciudad o pueblo pueden pretender, mayoritariamente –que no quiere decir de manera universal–, que el ente público al que pertenecen se confíe, institucionalmente, al amparo de un patrón religioso. Lo procurarán ordinariamente por motivos religiosos –o por otros–; pero lo relevante en este punto, para nuestro estudio, es que los responsables del poder público, al acoger el patronazgo, lo hacen por una causa social o de interés público –única que puede guiar sus acciones–: para satisfacer esa concreta demanda social, plenamente legítima.

¿Y esto no implica una suerte de pública identificación incompatible con la aconfesionalidad estatal? No parece difícil comprender que la incorporación a la esfera pública de determinados elementos sociales –y más si son solo simbólicos, como es en realidad un patronazgo– no supone una «identificación» con ellos –con el credo en cuestión, en nuestro caso–. Esto de la misma manera que los poderes públicos pueden atender otros signos identitarios u otras demandas; así, cuando una administración financia un club deportivo o le facilita sus instalaciones, o declara un día del calendario como «día del deporte» no está haciéndose «deportivo», y menos identificándose con tal o cual club, simplemente está satisfaciendo identidades y solicitudes deportivas de su ciudadanía. Claramente, la confesionalidad es otra cosa: requiere un acto expreso por el que el Estado establece con una confesión religiosa cierta vinculación institucional, del grado que se determine en cada caso, acto que sin duda puede ligarse a una previa identidad

religiosa ciudadana, pero que va mucho más allá que el reconocimiento de una realidad social en colectivo determinado.

Se observará que he recurrido de modo reiterado al adjetivo «social». Pienso que resulta esencial resaltar que lo religioso es, de suyo, tan «social» como el resto de rasgos peculiares de la ciudadanía: políticos, étnicos, artísticos, deportivos, etc. Es decir, para el Estado las querencias y demandas religiosas de sus ciudadanos no constituyen otra cosa que un hecho social, reflejo además de un derecho fundamental (lo que, por otra parte, confiere a esta singular realidad social una posición de la que carecen otros respetables y atendibles hechos sociales)⁶; si esto se comprendiera, las dificultades que se invocan, por mor de aconfesionalidad, para que los distintos poderes públicos puedan acoger demandas religiosas de cuantos se incorporan a sus ámbitos se disolverían como el azucarillo en el café... Ajeno a credos en cuanto tales⁷, para el Estado lo religioso es un producto más del espíritu humano, socialmente relevante, al que tratará del mismo modo que tantos otros. Me parece, pues, que una de las causas de los habituales yerros en este campo de las relaciones entre el Estado y lo religioso es tratar esto último como algo «completamente otro», distinto de cualquier otra dimensión de la vida personal y social.

El Estado acoge, pues, lo que su pueblo le insta, legítimamente. De hecho, en nuestro campo, la historia demuestra que cuando se ha adoptado un patronazgo en alguna de las armas o cuerpos militares no se ha hecho sino acoger la demanda de sus miembros (que no dejan de ser «pueblo» en el sentido jurídico aludido)⁸. Es, además, un hecho que entre la demanda de un determinado patronazgo por parte de un colectivo militar y su públi-

⁶ Lo que justifica el mandato constitucional de atención especial y proporcionada al hecho religioso de la ciudadanía. Procedo recordar el tenor del artículo 16.3 de la Constitución, cuya frase segunda –después de que la primera incorporase la declaración de aconfesionalidad– afirma: «Los poderes tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

⁷ Explicar esta aseveración nos llevaría demasiado lejos. Baste apuntar que el Estado carece de la conciencia necesaria para aceptar credo alguno: no posee una «autodeterminación de la voluntad en asuntos religiosos» dirá el profesor MANTECÓN (*El derecho fundamental de libertad religiosa. Textos, comentarios y bibliografía*, Eunsa, Pamplona, 1996, p. 30). En otras palabras, el Estado es incapaz o inhábil, por su misma configuración, para asumir una religión y, por tanto, para declararse adepto de determinada confesión.

⁸ Es ilustrativa la siguiente dicción recogida en la parte expositiva de la Orden citada de 20 de noviembre de 2001, que determina el calendario de festividades y fija los patronos: «existen colectivos dentro de las Fuerzas Armadas que por su singularidad, actividad, número y procedencia de miembros sienten la necesidad de contar con la advocación de un santo patrón o patrona al igual que el resto de las unidades de otros ejércitos y cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas, como es el caso de la Guardia Real».

co reconocimiento oficial han transcurrido, en ocasiones, décadas (como hemos visto que ocurrió en relación a la Guardia Civil⁹), o incluso siglos (es el caso del Arma de Infantería¹⁰). Ahora interesa solo resaltar que se trata de una demanda tan legítima, tan «social», como otras que aquellos cuerpos y armas pudieran tener, y que tal demanda constituye la causa de la pública declaración del patronazgo.

3. EL PESO DE LA HISTORIA Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

¿Y qué contribuye a configurar la identidad religiosa de un colectivo público? Diría que dos cosas: su historia y la voluntad mayoritaria de sus miembros.

En primer lugar, no cabe duda de que el peso de la historia resulta extraordinariamente relevante para configurar los signos distintivos de un colectivo. De modo que el inveterado arraigo, a lo largo del tiempo, de una invocación religiosa aporta legitimidad social a la asunción pública del patronazgo. Si a esto unimos que, jurídicamente, se necesita una motivación más explícita para alterar un *status quo* —un determinado patronazgo ya secular, por ejemplo— que para mantenerlo, se concluye que solo una constatación explícita de un desarraigo actual de esa secular tradición entre los miembros de la institución justificaría su eliminación.

Queda sugerido en la anterior afirmación el segundo elemento configurador de identidades, que opera como correctivo al peso de la historia: el principio democrático que rige lo público. De modo que, resultando relevante, no podemos atribuir al respaldo de la historia una impronta inamovible en las instituciones. Así lo advirtió el Tribunal Constitucional en la Sentencia

⁹ Recuérdense: entre 1864 y 1913. Sirva como prueba de la demanda del propio cuerpo esta plasmación histórica de aquel hecho: a los diez días de la real orden de proclamación, el 18 de febrero de 1913, se dictó la primera orden general relacionada con el nuevo patronazgo del Instituto; en ella puede leerse que la demanda elevada por el director general «era vuestro constante anhelo», y «de él me hice intérprete cerca del Gobierno»; a lo que añade que «vuestra aspiración estaba fundada en lo que es tradicional en el Ejército, y la inspiraba el arraigo de vuestras creencias...».

¹⁰ Refieren los anales de la historia que, *de facto*, la Infantería española adoptó por patrona a la Inmaculada Concepción el día 7 de diciembre de 1585, en una noche en que los tercios españoles de Flandes e Italia se impusieron a los buques holandeses en la isla de Bommel (*vid.* MARTÍNEZ LAÍNEZ, F., y SÁNCHEZ DE TOCA, J. M., *Tercios de España. La Infantería legendaria*, EDAF, Madrid, 2006, pp. 216-17). Sin embargo, la proclamación del patronazgo hubo de esperar hasta la Real Orden de 12 de noviembre de 1892 (*Gaceta de Madrid*, n.º 248), durante la Regencia de María Cristina, madre del rey Alfonso XIII; orden dictada por mor de la solicitud elevada al Ministerio de la Guerra por el inspector general de Infantería, general Fernando Primo de Rivera.

130/1991, de 6 de junio, aunque lo hizo de una manera, en mi opinión, un tanto criticable¹¹. Al enjuiciar la decisión del claustro universitario de eliminar del escudo de la Universidad de Valencia la imagen de la «Virgen de la Sapiencia» –cuya inclusión databa de 1771–, los recurrentes opusieron que no se había aportado una «causa» legitimadora de la supresión en función de un interés público (habrá de entenderse que se referían a una explícita constatación del desarraigo de la invocación en la comunidad universitaria). En su fallo, los jueces constitucionales aludieron al «respeto a la tradición y a la historia» como elemento valorativo a considerar, pero terminaron dictaminando que «no hay que buscar ‘causa jurídica’ o ‘interés público’ justificativos de la voluntad claustral más allá de ella misma». Frente a ello, procede señalar que una decisión de alterar algo tan arraigado en los siglos en una institución pública parece requerir una explícita motivación, en el sentido apuntado, sin bastar una decisión de plano del órgano legítimo –que sería tanto como caer en el mero voluntarismo–. En cualquier caso, es importante resaltar que el arraigo en el tiempo de un determinado elemento le otorga, sin duda, legitimidad para su asunción pública o para su pervivencia, pero a la vez cabe, justificadamente, desatender esta resonancia histórica. Esto implica que, a mi juicio, quien proponga la eliminación de los añejos patronazgos militares debe demostrar su desafección actual, como ya se señaló; no deja de ser esto una consecuencia del principio democrático.

Ahora bien, y de acuerdo con lo dicho, también es manifestación del principio democrático que el sentir «mayoritario» dentro de una institución militar, sea en un pasado prolongado o en el momento actual, justifique el establecimiento o la pervivencia de un patronazgo religioso. Interesa resaltar que cabe también la aprobación de nuevos patronazgos, aunque resulten carentes del aval histórico, si tienen el democrático.

Me parece necesario insistir en la legitimidad de patronazgos nuevos. Hay quienes exigen el refrendo histórico como requisito imprescindible para cualquier incorporación de elementos religiosos a ámbitos públicos. Así, hace más de una década escribía el profesor Martínez-Torrón que «cuando esa justificación histórica no existe, el empleo de signos religiosos en instituciones públicas no parece fácilmente compatible con la Constitución, pues transmite públicamente un mensaje de contenido religioso»¹².

¹¹ Ya me referí a esta «voluntarista» decisión del alto tribunal en el libro *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2010, p. 164.

¹² *Vid.* «Una metamorfosis incompleta. La evolución del Derecho español hacia la libertad de conciencia en la jurisprudencia constitucional», *Persona y Derecho*, n.º 45, 2001, p. 210.

Con tal sentencia, al elemento religioso se le exige un refrendo reforzado (arraigo histórico), que no necesitan otro tipo de simbologías. A lo que procede oponer: ¿por qué se le niega a estos elementos religiosos una legitimidad en sí mismos que otros parecen tener *per se* sin el aval de la historia? La explicación de esta desenfocada propuesta es sencilla y se apuntó en su momento: no acaba de entenderse que lo religioso es tan social como otras realidades humanas y culturales. Si las simbologías religiosas son «sociales», como otras, la voluntad democrática puede operar como causa jurídica para su incorporación a un ámbito público, aunque carezcan de connotación histórica alguna: han de recibir el mismo trato que las demás. Por eso es perfectamente legítimo que una unidad militar de nueva creación –como la Unidad Militar de Emergencias– opte por el establecimiento de un patronazgo (por cierto, mi joven universidad burgalesa, creada en 1994, también lo ha hecho).

Sin duda que la existencia de un patronato no gozará del parabién «universal» de todos los implicados, ni en los multiseculares ni en los recientes. Nada es universal, y, desde luego, no lo son los sentimientos religiosos –o irreligiosos– de la población. Pero, como en tantas cosas, a la minoría discordante corresponde aceptar su condición de tal y asumir el sentimiento mayoritario. Y es que la operatividad o despliegue del pluralismo religioso quedará en muchas ocasiones mediatizado por el principio democrático que rige nuestro sistema. Ocurre en este supuesto, pues un instituto armado, o tiene patrono, o no lo tiene, pero no caben ambas opciones, por lo que el órgano competente en cada caso debe indagar –o interpretar– la querencia mayoritaria de los afectados.

4. LA LIBERTAD RELIGIOSA SUBJETIVA DE LOS MIEMBROS DEL CUERPO O ARMA

Es evidente que la «fuerza de la mayoría» no justifica imposiciones religiosas. En base a ello, para censurar los patronazgos religiosos en instituciones públicas hay quien, como el recurrente sevillano aludido, invoca el supuesto quebranto que puede ocasionar a la libertad religiosa subjetiva de los implicados, en su vertiente negativa¹³, al verse compelidos por un

¹³ Se distingue habitualmente una doble vertiente de la libertad religiosa: una «libertad religiosa positiva», que implica la posibilidad de actuar libremente en la esfera pública en esta materia sin obstáculos que lo impidan, y una «libertad religiosa negativa», que supone que el sujeto no puede ser obligado a adoptar una determinada postura ante la fe; es decir, que no ha de ser molestado en su decisión de no creer.

elemento religioso que no comparten. Debemos, pues, preguntarnos si la existencia de estos patronazgos implica, realmente, algún tipo de imposición religiosa para los miembros del instituto armado distantes de la creencia simbolizada.

Ciertamente, la libertad religiosa –y todas– debe garantizarse de manera especial en las instituciones y espacios públicos¹⁴, que devienen en particulares ámbitos de pluralismo. Ahora bien, un error muy frecuente es identificar este pluralismo de lo público con una neutralidad, asepsia o vaciedad en lo ideológico y lo religioso en estos ámbitos, lo cual implicaría que lo concebido como garantía del desenvolvimiento de libertades se erigiría en neutralizador de ellas. Muy al contrario, el pluralismo no puede implicar una inhibición de libertades ciudadanas, sino que, para ser tal, debe comportar el acogimiento de todas las opciones ideológicas legítimas. Pero también es cierto que al ser estas desplegadas en los ámbitos públicos ha de cuidarse que no se produzcan imposiciones, siempre intolerables. Nos preguntamos: ¿lo es el establecimiento de un patronazgo?

En este punto de la aptitud de un patronazgo para imponer creencias religiosas procede volver a invocar la jurisprudencia sentada por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia de 28 de marzo de 2011, a propósito del Colegio de Abogados sevillano. La Sala precisa muy acertadamente que «ha de partirse de que los elementos representativos a que nos venimos refiriendo, singularmente los estáticos, son escasamente idóneos en las sociedades actuales para incidir en la esfera subjetiva de la libertad religiosa de las personas, esto es, para contribuir a que los individuos adquieran, pierdan o sustituyan sus posibles creencias religiosas, o para que sobre tales creencias o ausencia de ellas se expresen de palabra o por obra, o dejen de hacerlo». Es decir, la mera existencia de un patrono en una institución –como ocurre con la de un nombre, un emblema o un himno– no ejerce violencia sobre la libertad personal ni es apto para un potencial adoctrinamiento. Es más, en este caso la falta de idoneidad para compeler es más patente que en otros que se citaron (nombres o imágenes en espacios públicos): el patronazgo ni siquiera requiere la contemplación material, externa, de componente religioso alguno; ordinariamente queda en una declaración simbólica incorporada a una norma.

Aun así, nadie duda que el establecimiento de un patronazgo molestará a alguno. No puede perderse de vista que, por ser esencialmente plural,

¹⁴ Me he ocupado de ello, *in totum*, en el libro *Libertad religiosa...*, *cit.*; o más sucintamente en «Libertad religiosa, pluralismo y espacios públicos», en GUTIÉRREZ, I., y PRESNO, M. A. (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*. Comares. Granada, 2012, p. 289.

lo público es ámbito de desavenencias y conflictos¹⁵, de convivencia con manifestaciones de religiosidad que no compartimos, que (subjetivamente) nos pueden molestar, o incluso ofender. Pero ahí está el papel del Estado (de todos sus poderes, incluido el judicial) de juzgar sobre la tolerabilidad de las expresiones del pluralismo religioso. En este punto, creo que debe insistirse en que una cosa es una «imposición» –comportamiento siempre intolerable– y otra una «molestia». La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia «Lautsi y otros contra Italia», de 18 de marzo de 2011 (sobre la presencia del crucifijo en las escuelas públicas italianas) desautorizó lo sentado en este punto por la Sección segunda en su fallo de 3 de noviembre de 2009, lo que resulta trasladable al caso que nos ocupa del patronazgo: consideró la Gran Sala que las molestias que podía causar a la reclamante –a su subjetivo entender– la presencia del crucifijo no autorizaban a hablar de violación del derecho a la libertad de creencia. En este sentido es también ilustrador el voto particular concordante de la juez irlandesa Ann Power en la misma sentencia europea: explica que el criterio para determinar si ha habido violación de la libertad de creencias no es la existencia de una «ofensa», sino de una «coacción». El Convenio –aclara– no consagra un derecho a no ser ofendido por la manifestación de las convicciones religiosas de los demás; de modo que termina afirmando, en relación con la exposición del crucifijo –supuesto no muy distinto al que aquí nos ocupa, también fundamentalmente simbólico–, que «no obliga ni constriñe a nadie a hacer o a abstenerse de hacer cosa alguna». Del mismo modo, puede concluirse que a un miembro del cuerpo armado sin duda puede «molestarle» una declaración de patronazgo que no comparte, pero ello no supone ninguna «imposición» que le arrebate su derecho a la libertad religiosa negativa.

Es evidente que uno puede sentirse incómodo –o incluso compelido– con las cosas más variadas¹⁶. Pero, en su valoración, estamos vinculados al dictamen de los jueces, y en último término del Tribunal Constitucional,

¹⁵ Esta inevitabilidad de los conflictos, en el ámbito religioso, la reconoció el Tribunal Constitucional en la Sentencia 154/2002, de 18 de julio, con estos términos: «La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades, así como la laicidad y neutralidad del Estado» (FJ 7).

¹⁶ En ocasiones, en charlas y conferencias sobre esta cuestión, he explicado que algún afectado por la incorporación de elementos religiosos simbólicos a la esfera pública puede presentar dictámenes de los mejores especialistas médicos que certifiquen –de una manera totalmente objetiva y real– la «subjetiva afectación» que tales incorporaciones le ocasionan: uno puede sentirse extraordinariamente molesto y considerar que se le está imponiendo algo por el hecho de vivir en un calle con un nombre religioso o por pertenecer a un arma o cuerpo militar con un patrono religioso...

que precisarán –se supone que objetivamente– la aptitud impositiva de las conductas que se les someten. En este caso, nuestro tribunal, en la sentencia precitada, invocando en este punto la jurisprudencia del TEDH, ha considerado que el solo establecimiento de un patronazgo en una institución pública carece de carácter impositivo y no violenta la libertad religiosa subjetiva.

Ahora bien, puede pensarse que el patronazgo religioso pierde su carácter simbólico cuando se traduce en actos concretos externos: piénsese en la celebración de las fiestas patronales con actos religiosos, habituales en las ciudades o pueblos, pero también en las unidades militares. La praxis en este un punto requeriría un examen detallado y exclusivo, que ahora no procede acometer¹⁷. Me limitaré, después de sentar la compatibilidad de estas celebraciones con la aconfesionalidad estatal, a analizar la afectación a la libertad religiosa negativa de los militares. Para ello daré cuenta del *statu quo* en nuestro Derecho, para después realizar un apunte crítico del mismo en relación a alguno de los puntos de discordia.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 177/1996, de 12 de diciembre, sentó, a propósito de la participación militar en unos actos religiosos con motivo del V Centenario de la Advocación de la Virgen de los Desamparados, que «el artículo 16.3 CE no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esta naturaleza». Lo expresado en páginas anteriores sobre el sentido de la aconfesionalidad del Estado español nos dispensa ahora de mayor detenimiento en este punto: las unidades militares celebran o comparten fiestas diversas, competiciones deportivas... y ceremonias religiosas, todos ellos acogimientos públicos de muy distintas realidades sociales, sin comprometer con ello las notas definitorias de la institución, por definición adeportiva y arreligiosa. No resulta menoscabada, pues, la aconfesionalidad estatal por el hecho de que el patronazgo religioso de las armas y cuerpos militares se traduzca en la celebración de específicos actos religiosos.

Normativamente, la posibilidad de la celebración de actos religiosos en las unidades militares se recogía en diversos preceptos de las Reales Ordenanzas de cada Ejército¹⁸. En particular, sobre los actos con ocasión

¹⁷ Me permito citar dos trabajos para un examen jurídico de mayor detenimiento, uno de tiempo atrás y otro muy reciente: CONTRERAS NAZARÍO, J. M., *El régimen de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1989; y RODRÍGUEZ BLANCO, M., «La celebración de ceremonias y actos religiosos en el ámbito de las Fuerzas Armadas», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XVIII, 2012, p. 253.

¹⁸ La mayor parte de los artículos de estas reales ordenanzas que hacen referencia a la libertad religiosa continúan vigentes con rango de real decreto o de orden ministerial, de

de las festividades de los patronos es necesario aludir a la Orden Ministerial 100/1994, de 14 de octubre, por la que se establece el régimen jurídico aplicable a los actos religiosos en ceremonias solemnes militares, en estos momentos vigente¹⁹. Aparte de otros actos religiosos posibles –que omito detallar–, esta orden contempla «la celebración de las festividades de los santos patronos»; y lo hace en estos términos:

En las Festividades de los Santos Patronos se celebrará la ceremonia religiosa que de conformidad con el jefe de la Unidad considere más adecuada el capellán. A esta ceremonia asistirán voluntariamente el personal de la unidad e invitados que lo deseen.

En el acto militar que se celebre con ocasión de dichas festividades, se podrá incluir una intervención del capellán a fin de resaltar su significado.

Como puede fácilmente comprenderse, el punto doliente y discutido en relación a la celebración de actos religiosos en los ámbitos militares –por razón o no de patronazgo– es el relativo a la voluntariedad en la participación de los militares. Por estar relacionado con su libertad religiosa subjetiva procede, en ese punto, un cierto detenimiento.

Hemos visto que la Orden Ministerial de 1994 distinguía, con buen criterio, entre un acto religioso –de asistencia voluntaria– y un acto militar –ha de entenderse que de presencia necesaria en su integridad–. Como ya se ha dado noticia, dos años más tarde el Tribunal Constitucional se enfrentó a la cuestión de la voluntariedad de la asistencia a actos religiosos: se trataba de la presencia de un sargento en una parada militar que obedecía, a decir de la propia Sala, «a razones de ‘representación institucional de las Fuerzas Armadas’ en un acto religioso»²⁰. En la sentencia, acto seguido de lo transcrito más atrás acerca de la legitimidad constitucional de esta participación en un acto religioso, el Tribunal expresó que «el derecho de

acuerdo con la disposición derogatoria del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por la que se aprueban las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

¹⁹ Vid. *Boletín Oficial del Ministerio de Defensa* de 20 de octubre de 1994 (n.º 205). En este punto, esta norma desarrollaba el anterior Reglamento de Honores Militares –que había sido aprobado por Real Decreto 834/1984, de 11 de abril– y las distintas reales ordenanzas; ahora, en la medida en que no contraviene lo dispuesto en el nuevo Reglamento de Honores –sancionado por el Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo–, debe considerarse vigente, con la correspondiente actualización de las referencias normativas (en este sentido, RODRÍGUEZ BLANCO, M., *op. cit.* p. 263).

²⁰ Adviértase que en el recurso de amparo no se planteaba la legitimidad de la participación militar, sino la obligación de asistencia del personal, y esto ante la negativa, y consiguiente recurso, del sargento.

libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esta naturaleza».

A la vista de lo expuesto, el criterio vigente en nuestro derecho acerca de la voluntariedad de la asistencia de los militares en actos de carácter religioso, como pueden ser los patronales, parece claro²¹: participación voluntaria del personal afectado. Pero lo cierto es que tal criterio no resulta ni constante ni, a mi juicio, totalmente coherente con el espíritu y los cometidos castrenses. Advuértase ahora, aunque exceda de nuestro campo de estudio, que la regla general expuesta de la voluntariedad resulta en realidad excepcionada en la «Disposición adicional cuarta» del Real Decreto 648/2010, de Honores Militares, en relación con actos celebrados con motivo de honras fúnebres, en los cuales la presencia de los militares designados se decreta obligatoria²². Estamos ante una diversidad de régimen que suscita dudas de congruencia con el criterio del máximo intérprete de la Constitución²³.

Consciente del escenario jurídico asentado entre nosotros, aporto, no obstante, la anunciada reflexión personal, con la que pretendo ilustrar que la solución adoptada en nuestro derecho no es la adecuada.

De entrada, reitero planteamientos ya expuestos en el sentido de que, si una unidad militar organiza un acto religioso o acude a él, no es para adherirse corporativamente a una fe religiosa –ontológicamente no puede hacerlo: solo las personas son capaces para ello–, sino porque percibe una

²¹ Lo sentado por el Tribunal Constitucional en 1996 fue reiterado años más tarde en una sentencia del mismo tribunal de fecha 2 de junio de 2004 (aunque esta vez en relación con un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía).

²² La Disposición adicional dispone que:

En los actos oficiales que se celebren con ocasión de honras fúnebres, además de los honores que correspondan, se podrá incluir un acto de culto católico o de la confesión religiosa que proceda, teniendo en cuenta la voluntad que hubiera expresado el fallecido o, en su caso, la que manifiesten sus familiares. Por tratarse de actos en los que se interviene «en representación de las Fuerzas Armadas», la asistencia a los mismos tendrá consideración de acto de servicio.

²³ Sobre la compatibilidad del criterio sentado por la STC 177/1996 con el tenor normativo del Real Decreto de 2010, alguna doctrina que se ha ocupado de ello lo ha entendido negativamente (RODRÍGUEZ BLANCO, en el trabajo precitado –pp. 270 y ss.–, opina que «la asistencia a los honores es obligatoria, pero en el caso concreto del acto religioso de culto la asistencia debe ser voluntaria»); como también lo consideró así la Asociación Unificada de Militares Españoles, que recurrió el Real Decreto ante el Tribunal Supremo, en este punto de la necesaria participación de los militares designados para este servicio. Sin embargo, esta duplicidad de tratamiento acaba de ser avalada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de junio de 2012, en términos que enseguida referiré. Mi opinión personal al respecto la verteré más adelante.

razón social para hacerlo: el arraigo en el pueblo al que sirve o las creencias de los propios militares afectados. No deja de ser una manera más de tener «en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española» (artículo 16.3 CE).

Pues bien, pienso que en una unidad armada un acto religioso puede revestir o no el carácter de «acto militar». En mi opinión, tendrá tal condición en dos supuestos: si «se integra en un acto oficial», o si «constituye una representación oficial de la institución militar» en un acto ajeno a lo castrense. Sitúo aquí la clave para determinar el carácter del acto para esa unidad y, por ende, la obligatoriedad o voluntariedad de la presencia de los militares implicados.

En el caso de que un acto religioso o una intervención en él de una unidad militar no tengan carácter militar (pues el primero no se integra en un acto oficial ni la segunda supone una representación institucional castrense), es evidente que la presencia de las personas singulares es voluntaria: el militar puede o no asistir a una ceremonia religiosa de estas características que se celebre en su unidad (o fuera de ella), lo mismo que a otras actividades sociales allí organizadas, por ejemplo, con ocasión de la festividad patronal. Por eso, atinadamente, la orden reguladora de 1994 preveía que en estas festividades podía celebrarse una «ceremonia religiosa», ajena al acto oficial, y de asistencia voluntaria.

Decíamos que cosa distinta es que la actividad religiosa en cuestión forme parte de un acto oficial militar o, no haciéndolo, una unidad participe en ella en representación de la institución militar. Conviene abordar separadamente ambas posibilidades.

a) El acto religioso se integra en un acto oficial. Si en un acto oficial –el mejor ejemplo, ya referido, es el de honras fúnebres– se incluye un acto religioso²⁴, me parece claro que esta ceremonia religiosa deviene también oficial, pues forma parte del acto. Sostengo con ello la legitimidad de la regulación al respecto incorporada al Real Decreto de 2010. Por tanto, de incorporarse efectivamente el oficio religioso, estamos ante un acto de asistencia obligada para los militares designados, pues el conjunto constituye un «acto de servicio» –en palabras del Real Decreto, con recurso a un término característico del ámbito castrense–. Bien apreció el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de julio de 2012 que este acto religioso «se integra en el acto oficial de honras fúnebres militares» (F.

²⁴ Aunque no faltan quienes discutan esta posibilidad, ha de señalarse que la asociación de militares que recurrió el Real Decreto de 2010 no impugnó que se previera esta posibilidad, y solo atacó la presencia obligatoria de los militares en el acto confesional.

J. 4.º)²⁵. No creo que cambie nada el hecho de que la ceremonia religiosa no sea de realización necesaria, sino que dependa de la voluntad manifestada por el fallecido o por sus familiares: sea de una manera o de otra, el acto será siempre, *in totum*, oficial.

Por el mismo motivo, creo que resulta también legítima la inclusión de elementos religiosos en otros actos oficiales distintos a los homenajes a los caídos. En lo que ahora interesa, recuérdese que la Orden Ministerial de 1994 se refería a que en el acto militar (oficial) que se celebre con ocasión de la festividad patronal «se podrá incluir una intervención del capellán a fin de resaltar su significado». Es más, siendo el patronazgo la razón de ser del acto oficial resulta lógica la inclusión en él de ingredientes específicamente religiosos, que, en cualquier caso, son parte del aquel. En este punto, la norma, al referirse a «una intervención del capellán», se muestra imprecisa, y hasta tímida, como si el componente religioso revistiese una limitada legitimidad.

b) Actos religiosos en los que participa institucionalmente una unidad militar (piénsese en una procesión «patronal»; por ejemplo, el caso que ocupó al Tribunal Constitucional en 1996). Consciente de situarme en este punto contracorriente, pienso que, en estos casos, y en estricta pureza, el acto religioso en que participan los militares será, «para ellos», un «acto militar» (sea quien sea el organizador), pues actúan en «representación institucional de su unidad militar»²⁶; su presencia allí constituye una actividad militar, al igual que cuando reparten alimentos en Haití o participan en un desfile conmemorativo del campeonato mundial de fútbol; en estos casos «sociales», lo mismo los religiosos que los humanitarios y los deportivos, la institución castrense acoge y cumplimenta, militarmente, un hecho de relevancia social.

²⁵ El militar y jurista Francisco José GALLEGO ARANDA lo expresa de otra manera, válida también, aunque quizá menos precisa: «el acto de homenaje a los caídos es un acto oficial y no un acto religioso, aunque pueda incluir un oficio religioso» (*vid.* su artículo «El Tribunal Supremo sentencia sobre los actos religiosos y honores militares», volcado en <www.revistatenea.es>).

²⁶ En este punto, pues, disiento de la redacción del Real Decreto de Honores Militares que solo considera que se actúa «en representación de las Fuerzas Armadas» en los actos de honras fúnebres, pero no «cuando se autoricen comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense»: ¿no es esto también una representación institucional del Ejército? Por otra parte, se otorga, como ya se trató críticamente, un efecto «purificador» o legitimador al componente histórico, como si una unidad militar solo pudiese participar en actos religiosos en los que venía haciéndolo desde tiempos inmemoriales, sin nuevas «concesiones» —parece pensarse— ante algo que, en el fondo, se considera improcedente.

Y, en los dos casos expuestos en los apartados precedentes, ¿dónde queda la libertad religiosa de los militares que no comparten el credo cumplimentado? No resulta menoscabada: «el militar afectado participa en un acto que para él es militar», y, por ende, ajeno a credos y a gustos personales. El Tribunal Supremo ha preferido decir, en relación a las honras fúnebres, que el militar «está presente», pero «no participa»²⁷. Se diga de una u otra manera, lo importante es resaltar que, con tales «participaciones» (no tengo reparo en usar esta expresión), no tiene por qué verse afectado su «claustro íntimo de creencias» (a él aludió el Tribunal Constitucional en su sentencia de 1996); «estar presente» en el acto –ya se trate de una mera presencia física o también de desfilar, disparar salvas, etc.– no constituye una actividad religiosa ni afecta a su libertad de creer o no creer, sino que todas ellas son, estrictamente, «actividades militares». Otra cosa sería que en el contexto de ese acto el militar se viera obligado a «actuaciones religiosas», como comulgar, rezar o cantar himnos religiosos. En definitiva, y siguiendo con los ejemplos comparativos empleados, el militar puede odiar a Haití, repugnar el fútbol o declararse ateo, pero cuando, militarmente, participa en una de aquellas actividades referidas está desarrollando una actuación –lo reitero, sea excusada la redundancia– de carácter militar²⁸.

5. CONCLUSIÓN

Cuando el poder público acoge el patronazgo religioso de un arma o cuerpo militar no hace sino permanecer abierto a la legítima orientación que procede del pueblo, en este caso de la base social que compone las instituciones militares. Y es que las entidades e instituciones públicas no pueden estar sino en estrecha conexión con la identidad de un pueblo; puede decirse que han de reflejar esa identidad o la reflejarán legítimamente en una u otra medida. La identidad de un colectivo está forjada por los sentimientos consolidados de sus componentes, sentimientos normalmente

²⁷ En concreto, en la Sentencia de 12 de julio de 2012 afirma: «de modo que el militar que haya de formar parte de esa unidad o piquete que deba prestar esas honras fúnebres no participa aunque esté presente en el acto religioso que se celebra, sea del credo que sea...».

²⁸ Lo cual es compatible con que las autoridades militares, si el acto lo permite, soliciten voluntarios para participar en el mismo o excluyan a quienes se lo soliciten, esto por razones diversas: por no ser necesaria la participación de toda la unidad, por la mayor sensibilidad o patente rechazo por un deporte o por las tareas de voluntariado... o por motivos religiosos. Bien lógico es que los legionarios que cada año portan al Cristo de la Buena Muerte (o Cristo de Mena) en la procesión de Jueves Santo de Málaga lo hagan de buen grado por razón de sus personales creencias y se dispense a quienes prefieran no hacerlo.

no coyunturales, sino acrisolados por su historia. Y los de las instituciones militares parecen patentes en este punto de su patronazgo religioso. Interesa, finalmente, resaltar que el reconocimiento de esta «identidad» no tiene por qué identificarse con una asunción de confesionalidad, cuyo sentido y significado son bien distintos.

PASAPORTE ANUAL REGLAMENTARIO DEL PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LOS DESTINADOS EN CANARIAS EN EL AMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA

José Antonio Rodríguez Santisteban

Sumario

- I. Introduccion.
- II. Antecedentes.
- III. Orden de Presidencia del Gobierno de 17 de enero de 1974 (*BOE* núm. 26).
- IV. Supuestos prácticos: 1) El pasaporte de los hijos del cónyuge. 2) Pasaporte a favor de la pareja de hecho. 3) Pasaporte a favor del hijo de la pareja de hecho. 4) El militar adscrito a una unidad en Canarias solo a efectos administrativos. 5) Antiguos funcionarios civiles que estuvieron al servicio de la Administración militar.
- V. Autoridad competente para expedir el pasaporte por destino en Canarias.
- VI. Otros funcionarios de la Administración militar.
- VII. Personal laboral del Ministerio de Defensa en Canarias.
- VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 40 de la Constitución Española de 1978, en su punto 2.º recoge el derecho de todos los españoles a disfrutar de vacaciones, al disponer que «los poderes públicos... garantizarán el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas y la promoción en centros adecuados».

Este derecho constitucional se recoge y desarrolla en otras normas. El artículo 22.3 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, «de derechos

y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas» establece que «los militares tienen derecho a disfrutar los permisos, vacaciones y licencias establecidos con carácter general para el personal al servicio de la Administración General del Estado, con las necesarias adaptaciones a la organización y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por orden del Ministerio de Defensa», añadiendo que «las necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duraciones de los permisos, vacaciones y licencias, si bien las limitaciones que se produzcan deberán ser motivadas».

La derogada Orden del Ministerio de Defensa (OMD) 36/1984, de 15 de junio, establecía en su artículo 2.1 que el personal militar y asimilado disfrutará de un permiso de treinta días, preferentemente a disfrutar durante los meses de junio, julio, agosto y septiembre¹.

Actualmente las vacaciones se regulan en el anexo II de la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, que reconoce el derecho vacacional del personal militar con carácter anual. En la mencionada norma se reconoce que, con carácter general, las vacaciones serán de un mes natural o de veintidós días hábiles anuales por año completo de servicio o en forma proporcional al tiempo de servicios efectivos realizado en el año, y se disfrutarán de forma obligatoria dentro del año natural y hasta el quince de enero del año siguiente, en períodos mínimos de cinco días hábiles consecutivos, siempre que los correspondientes períodos vacacionales sean compatibles con las necesidades del servicio.

Para los funcionarios civiles y personal contratado, sus respectivas legislaciones establecen que tendrán derecho a disfrutar de unas vacaciones anuales retribuidas que, en ambos casos, será, bien de un mes natural o veintidós días hábiles, o bien de la parte proporcional que les corresponda si el tiempo de servicios fuere menor de un año.

Este régimen general de vacaciones tiene especialidades o excepciones, de tal manera que el artículo 3.2 de la Orden Ministerio de Defensa 36/1984, de 15 de junio, que permanece vigente, determina que «en Canarias Ceuta y Melilla se continuará con el régimen especial de permisos actualmente vigente».

La justificación del permiso especial en Canarias está basado en el hecho insular, así como la lejanía que existe con la península Ibérica. El permiso especial en Canarias consiste en el disfrute de cuarenta días de permiso anual

¹ La Orden Ministerial 36/1984, de 15 de junio, fue derogada en virtud de lo dispuesto en la Disposición derogatoria única de la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, excepto lo preceptuado en el artículo 3.2 de la mencionada disposición normativa, que continúa en vigor.

y será pasaportado por cuenta del Estado para trasladarse a su lugar de vacaciones y regreso, en las condiciones que posteriormente expondré.

II. ANTECEDENTES

Actualmente el derecho al pasaporte anual reglamentario de aquellos militares destinados en las islas Canarias o en buques o unidades destacadas en el archipiélago canario se encuentra regulado en la Orden de Presidencia del Gobierno de 17 de enero de 1974 (*BOE* núm. 26). En el caso del personal funcionario civil al servicio de la Administración militar, se regula en otra orden de Presidencia del Gobierno de la misma fecha, en concreto en la Orden de Presidencia del Gobierno de 17 de enero de 1974 (*BOE* núm. 27).

El antecedente inmediato es la Orden de Presidencia del Gobierno de 31 de mayo de 1965 (*BOE*. núm. 135, de 7 de junio de 1965), «por la que se regula la concesión de permisos y pasaportes al personal de las Fuerzas e Institutos Armados destinados en el archipiélago canario y provincias de Ifni y Sahara». Esta orden de Presidencia del Gobierno es consecuencia de los diferentes criterios que existían en cada uno de los departamentos ministeriales militares con la finalidad de coordinar y unificar los criterios a seguir con motivo del permiso oficial y la concesión de pasaporte al personal militar destinado en el archipiélago canario y sus familias.

La norma a la que hemos hecho referencia se basa en la Orden del Ministerio de Marina de 11 de marzo de 1963, que concedía al personal de la Armada destinado en Canarias o buques destacados en aquellas aguas un derecho de cuarenta días de permiso anual pasaportado vía marítima por cuenta del Estado.

Por último, el 17 de enero de 1974, la Presidencia del Gobierno dicta dos nuevas órdenes ministeriales, una para personal militar y otra para funcionarios civiles al servicio de la Administración militar, que constituye el régimen jurídico vigente.

III. ORDEN DE PRESIDENCIA DEL GOBIERNO DE 17 DE ENERO DE 1974 (BOE NÚM. 26)

Esta orden de Presidencia del Gobierno² señala que «el personal militar destinado en Canarias o buques o unidades destacados en el Archipiélago

² *BOE*. núm. 26, de 30 de enero de 1974.

tendrá derecho al disfrute de cuarenta días de permiso anual reglamentario para trasladarse a la Península y regreso siendo pasaportado por cuenta del Estado, alcanzando este derecho cuando se cumpla un año en el destino».

Atendiendo al tenor literal de la Orden, este derecho es a que se pasaporte la ida y la vuelta por cuenta del Estado, desde Canarias hasta un punto de la Península³, y no a cualquier otro lugar del territorio nacional. La norma hace mención al término «Península», debiendo entenderse a nuestro juicio que se refiere al territorio peninsular español y no al territorio portugués.

Este derecho se extiende, según la Orden, a la familia cuando el personal militar cuente con dos años de permanencia. La Orden, que debemos recordar que es anterior a la entrada en vigor de la Constitución Española, dispone que «se entiende por familia a la esposa, hijas solteras e hijos menores de edad o incapacitados, excluyendo a cualquier otro miembro de la familia».

Añade la Orden que «los hijos solteros menores de veinticinco años que vivan a expensas del cabeza de familia» y que por razón de estudios deban trasladarse a la Península, podrán ser pasaportados por cuenta del Estado, aunque no se hayan cumplido los dos años de permanencia, siempre que el expresado período de tiempo de dos años de permanencia se cumpla dentro del curso escolar respectivo, y se justifique debidamente la necesidad del traslado siendo este pasaporte incompatible con el que se concede a favor de la familia.

La especialidad del permiso radica tanto en la duración, que es de cuarenta días frente al mes natural o veintidós días hábiles que con carácter general se establece para el personal militar en la Orden Ministerial 121/2006, de 15 de junio, como en la concesión del pasaporte para trasladarse a la Península y regreso al Archipiélago.

Debemos recordar que el pasaporte militar es el documento base por el que la autoridad competente concede a uno o varios individuos el derecho a viajar por cuenta del Estado, en un medio de transporte e itinerario determinados, con las asistencias que legalmente les correspondan o, en su caso, las que dicha autoridad determine⁴. Para el mariscal de campo Almirante, según su *Diccionario militar*, «el pasaporte es el documento reglamentario que la autoridad militar expide al individuo o tropa que emprenden marcha

³ Por ello, debemos entender que se excluye el traslado tanto a Ceuta y Melilla como a las islas Baleares.

⁴ LAGE PIÑEIRO, José. *Manual de transportes militares*. Ministerio de Defensa. Madrid, 1980, pp. 3.

de viaje en tiempo de paz»⁵, además, el pasaporte es un documento normalizado⁶.

El derecho al pasaporte anual reglamentario del destinado en el archipiélago canario alcanza a todo el personal militar cualquiera que sea su cuerpo, escala o empleo, con la única condición de estar destinado en Canarias o en buques o unidades destacadas en el Archipiélago durante más de un año, ya que a partir del año en destino archipelágico canario es cuando se genera el derecho o beneficio para su titular, y es a partir del segundo año cuando se generaría para los familiares.

IV. SUPESTOS PRÁCTICOS

La Orden de Presidencia del Gobierno de 17 de enero de 1974 (*BOE*. núm. 26), debido a la antigüedad de la misma, ya que es una norma pre-constitucional, los diferentes cambios legislativos que se han producido en nuestro país, así como el cambio experimentado en los últimos tiempos respecto al concepto de familia, hacen necesario abordar una interpretación de la norma.

A lo largo de este epígrafe se tratará de interpretar, sin ánimo de exhaustividad, las cuestiones o supuestos que a mi juicio pudieran plantearse en la interpretación de la norma.

1. *Pasaporte de los hijos del cónyuge*

El presente supuesto consistiría en que un militar contrae matrimonio con un civil que tiene hijos de una relación anterior.

De la Instrucción del interventor general de Defensa de fecha 22 de diciembre de 1995 se desprende que resulta de aplicación en materia de expedición de pasaportes para traslado a la Península el concepto de familia del artículo 22.1 del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, «sobre indemnizaciones por razón del servicio», interpretación extensiva del concepto de familia que viene exigida por los cambios sociológicos y las consecuentes reformas legislativas, que hacen de la citada Orden de 17 de enero de 1974 una norma obsoleta, no acorde con las concepciones actuales, lo que

⁵ ALMIRANTE, José. *Diccionario militar*. Reimpresión de la edición original de 1869. Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. Madrid, 2002, t. II, pp. 837.

⁶ Orden de la Presidencia del Gobierno de 31 de julio de 1964 (*BOE*. núm. 187).

hace necesario que no solo se tenga en cuenta su estricto tenor literal, sino que se aplique según su espíritu, adecuándola a la realidad social y constitucional. Y así, a tenor del citado artículo 22.1, «las referencias a la familia se entenderán hechas a los familiares del personal que origine el derecho, siempre que convivan con él y a sus expensas y se justifique documentalmente tales circunstancias, entendiéndose que conviven y viven a sus expensas el cónyuge y los hijos menores de veintiún años, en cualquier caso, y otros familiares, incluidos los hijos de veintiún años o más, siempre que no perciban ingresos por renta del trabajo, renta patrimonial o pensiones por un total superior al doble del salario mínimo interprofesional».

La cuestión se centra en determinar si a los hijos del cónyuge del generante del derecho puede o no serles de aplicación el citado beneficio legal; esto es, si concurren o no en el presente caso los presupuestos de hecho que exige la norma para su aplicación, cuales son: la condición de familiares y la convivencia a expensas del titular del derecho, respecto de los cuales han de hacerse las siguientes consideraciones:

- a) Por lo que se refiere a los familiares a los que alcanza el espíritu de la norma, ya las comunicaciones del director general de Personal del Ministerio de Defensa, de fecha 20 de octubre de 2003, y del subdirector general de Costes del Personal Funcionario y Laboral del Ministerio de Hacienda, de 7 de mayo de 2003, establecieron que «debe extenderse al concepto de familia el hecho de convivencia y dependencia económica que sea objetiva y documentalmente demostrable», escritos estos de los que se desprende que es la convivencia a expensas del causante del derecho y en unión familiar el supuesto de hecho determinante del disfrute del beneficio legal, más allá de la existencia o no de una relación de derecho entre el titular y las beneficiarias, lo cual ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias y, en particular en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1992, a la que aluden los citados escritos.

Por consiguiente, haciendo una interpretación de la norma según su *ratio legis* y finalidad es la situación familiar creada por vínculos de afectividad, dependencia y estabilidad el objeto de protección de la misma; es decir, la familia más allá de su origen en un acto formal constitutivo.

- b) En cuanto al segundo presupuesto, la convivencia a expensas del militar, debe acreditarse. Si queda suficientemente acreditada la convivencia, según exige el citado artículo 22.1 del Real Decre-

to 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, será, por tanto, a cargo de la sociedad de gananciales (en el supuesto de que fuera este el régimen económico matrimonial vigente) la alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges cuando convivan en el hogar familiar, según establece expresamente el artículo 1362 del Código Civil español, y, caso de existir separación de bienes entre los cónyuges, en virtud del artículo 1440 del Código Civil, los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio según lo convenido, y, a falta de convenio, en proporción a sus recursos económicos, de lo cual resulta que, en cualquier caso, los recursos económicos del interesado, titular del derecho, habrán de aplicarse hasta cubrir los gastos derivados del sustento de los hijos de su cónyuge, dado el vínculo conyugal existente entre el mismo y la madre o padre de estos y la convivencia en el hogar conyugal.

Por lo que la conclusión a este primer supuesto debe ser el otorgar el pasaporte a los hijos de los cónyuges en el caso que se den los requisitos expuestos anteriormente.

2. Pasaporte a favor de la pareja de hecho

El supuesto de hecho que se plantea consistiría en un militar que mantiene con otra persona una relación considerada análoga al matrimonio, en la que la pareja tiene un hijo de otra persona.

El Excmo. Sr. director general de Personal del Ministerio de Defensa en escrito núm. 37939, de fecha 22 de noviembre de 2005 señala: «en el apartado tercero de la Orden de Presidencia de 17 de enero de 1974, y hasta nueva regulación, debe entenderse comprendido, en defecto del cónyuge, a la persona que, con independencia de su sexo, conviva con el personal militar en relación análoga de afectividad, pudiendo acreditarse por cualquier medio de prueba de los admitidos en derecho. Todo ello, hasta tanto no se regule la materia objeto del criterio a nivel estatal».

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, las parejas de hecho vienen reguladas por la Ley 5/2003, de 6 de marzo, «para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias» (BOC núm. 54, de 19 de marzo de 2003), que como indica en su preámbulo regula por primera vez en nuestra comunidad autónoma las llamadas «parejas de hecho», que «representa un modelo alternativo al tradicional concepto de familia».

La citada Ley 5/2003, de 6 de marzo, en su artículo 1.º establece que la misma «será de aplicación a las personas que convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, vinculados de forma estable con independencia de su orientación sexual».

En dicha Ley se crea el Registro de Parejas de Hecho⁷, pero no con carácter constitutivo, sino meramente declarativo y voluntario, permitiendo incluso la Ley la constitución de parejas de hecho de personas ligadas por vínculo de matrimonio y separadas judicialmente mediante escritura pública otorgada conjuntamente por ambos miembros de la pareja.

La mencionada ley exige como requisito personal, en su artículo 2.2, que «los dos miembros de la pareja de hecho han de estar empadronados en alguno de los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Canarias».

En consecuencia con lo anterior, parece evidente el derecho del militar a que se le conceda pasaporte para su pareja de hecho, siempre que acredite estar empadronada en alguno de los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

3. Pasaporte a favor del hijo de la pareja de hecho

Una vez analizado el derecho a obtener pasaporte para la pareja de hecho, pasamos a analizar el derecho a obtener pasaporte para el hijo de esta. Es decir, si concurren o no los presupuestos de hecho que exige la Orden de la Presidencia del Gobierno de fecha 17 de enero de 1974, que reconoce el derecho del personal militar que lleve dos años de permanencia en su destino en las islas Canarias a que se le expida pasaporte anual reglamentario a favor de los familiares, entendiéndose por familiares a dichos efectos «la esposa, hijas solteras e hijos menores de edad o incapacitados».

En definitiva, se trata de determinar si al hijo o hijos de la pareja de hecho de un militar puede o no serle de aplicación el citado beneficio legal; esto es, si concurren o no en el caso los presupuestos de hecho que exige la norma para su aplicación, cuales son: la condición de familiares y la convivencia a expensas del titular del derecho, a cuyo efecto se realizan las siguientes consideraciones:

El Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, se refiere al concepto de familia en su artículo 22.1, según el cual «las referencias a la familia se entenderán hechas a los fa-

⁷ Artículo 3.º de la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias.

miliares del personal que origina el derecho, siempre que convivan con él y a sus expensas y se justifiquen documentalmente tales circunstancias, entendiéndose que conviven y viven a sus expensas el cónyuge y los hijos menores de veintiún años, en cualquier caso, y otros familiares, incluidos los hijos de veintiún años o más, siempre que no perciban ingresos por renta del trabajo, renta patrimonial o pensiones por un total superior al doble del salario mínimo interprofesional».

El concepto de familia previsto en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, «sobre indemnizaciones por razón del servicio», entendemos que es el aplicable a la Orden de Presidencia del Gobierno de 17 de enero de 1974 (*BOE* núm. 26), tal y como se desprende de la Instrucción del interventor general de Defensa de fecha 22 de diciembre de 1995, para la expedición de pasaportes para traslado a la Península, basándonos en una interpretación extensiva del concepto de familia, atendiendo a los cambios sociológicos experimentados en nuestro país, desde la publicación de la Orden de Presidencia del Gobierno de 17 de enero de 1974 hasta nuestros días, como se pone de manifiesto en las diferentes reformas legislativas, haciendo de la citada disposición normativa una norma obsoleta, no acorde con el concepto actual de familia, siendo necesario adecuar la norma, atendiendo al espíritu⁸ de la misma, a la realidad social y constitucional de nuestro tiempo.

En cuanto a qué familiares o miembros de la familia debe extenderse el beneficio de acuerdo al espíritu de la norma, debemos de estar, a nuestro juicio, a las comunicaciones del director general de Personal del Ministerio de Defensa de fecha 20 de octubre de 2003 y del subdirector general de Coste del Personal Funcionario y Laboral del Ministerio de Hacienda de 7 de mayo de 2003, según las cuales «debe extenderse al concepto de familia el hecho de convivencia y dependencia económica que sea objetiva y documentalmente demostrable», escritos estos de los que se desprende que es la convivencia, a expensas del causante del derecho y en unión familiar, el supuesto de hecho determinante del disfrute del beneficio legal, más allá de la existencia o no de una relación de derecho entre el titular y el beneficiario. Estos criterios que se desprenden de los mencionados escritos han sido reiterados por nuestro tribunal constitucional en diversas sentencias y, en particular, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1992, a la que aluden los citados escritos. Por consiguiente,

⁸ El artículo 3.1 del Código Civil dispone que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

haciendo una interpretación de la norma según su *ratio legis* y finalidad es, en nuestra opinión, la situación familiar creada por vínculos de afectividad, dependencia y estabilidad el objeto de protección de la misma; es decir, la familia más allá de su origen en un acto formal constitutivo.

En cuanto al segundo presupuesto, la convivencia debe acreditarse que sea a expensas del militar destinado en Canarias y que el hijo de la pareja no se mantenga con los recursos que al efecto deben aportar tanto su madre como su padre, por aplicación del artículo 110 del Código Civil español o cualquier otra norma de Derecho civil que resulte aplicable, por razón de la nacionalidad del menor, de la de su progenitor o cualquier otra aplicable al caso.

Con lo que, para que se extienda la concesión del beneficio al pasaporte anual reglamentario de los destinados en Canarias al hijo de la pareja de hecho, será necesario acreditar:

- a) la condición de familiares;
- b) la convivencia a expensas del titular del derecho, lo que significa que los gastos del hijo de la pareja de hecho corran a cargo exclusivamente del militar que genera el derecho al pasaporte;
- c) en el caso de que exista un progenitor no custodio del hijo de la pareja de hecho, estimamos que debería acreditarse que no percibe alimentos del mismo.

Este último requisito, en el caso de la existencia reconocida de un progenitor no custodio, es de difícil prueba, ya que se trata de un hecho negativo, lo que daría lugar a la no concesión del pasaporte.

4. El militar adscrito a una unidad en Canarias solo a efectos administrativos

El caso concreto consiste en un militar que es cesado en su destino, encontrándose en servicio activo quedando únicamente a efectos administrativos adscrito a una unidad militar en Canarias.

El derecho a obtener el pasaporte regulado en la Orden de Presidencia del Gobierno de 17 de enero de 1974 (*BOE* núm. 26) se encuentra vinculado por una relación de accesoriedad con un derecho principal que es el del disfrute de vacaciones anuales. Por tanto, mientras el peticionario no se encuentre jurídicamente en condiciones de disfrutar de esas vacaciones no es posible concederle el pasaporte ni a él ni a su familia, ya que el derecho de la misma tampoco goza de autonomía, estando condicionado por el del titular.

En el caso que analizamos, el militar se encuentra en situación de servicio activo sin ocupar destino, lo que supone que no está prestando servicio de manera efectiva.

La Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, «por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los militares profesionales de las Fuerzas Armadas», dispone en el anexo 11, primera, 2 y anexo 11 tercera 1, 2 y 4 que «las vacaciones y permisos se solicitarán por conducto reglamentario al jefe de la unidad... de destino...», y el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, «de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas», establece que «los militares tienen derecho a disfrutar los permisos, vacaciones y licencias establecidos con carácter general para el personal al servicio de la Administración General del Estado, con las necesarias adaptaciones a la organización y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por orden del Ministerio de Defensa», añadiendo que «las necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duraciones de los permisos, vacaciones y licencias, si bien las limitaciones que se produzcan deberán ser motivadas».

Resulta evidente que las normas citadas afectan exclusivamente al personal que está destinado y prestando servicios efectivos en unidades, centros u organismos. Por tanto, para tener derecho a disfrutar de vacaciones, que es el derecho principal, el personal militar tiene que estar destinado y prestando servicios efectivos, y para tener derecho a obtener el derecho accesorio, es decir, el pasaporte regulado en la Orden de Presidencia del Gobierno de 17 de enero de 1974 (*BOE* núm. 26), ese destino ha de estar situado en el archipiélago canario. No parece que se pueda hablar de la existencia de una laguna jurídica en la normativa. Como hemos visto, el derecho a disfrutar de vacaciones alcanza al personal destinado que presta servicios efectivos en unidades, centros u organismos. Carece de fundamento la concesión de vacaciones en los casos en que se ha cesado en el destino y la obligación de prestar servicio se encuentra en suspenso, como es el caso que nos ocupa.

La Orden de Presidencia del Gobierno de 17 de enero de 1974 (*BOE* núm. 26), habla no de «personal residente», sino de «personal destinado», lo que resulta perfectamente congruente, ya que, como se viene explicando, el derecho al pasaporte se halla en relación de accesoriedad con respecto al derecho principal, el disfrute de las vacaciones, por lo que mientras no se esté en condiciones de disfrutar del principal, las vacaciones, tampoco podrá obtenerse el accesorio, es decir, el pasaporte que lleva aparejado.

5. Antiguos funcionarios civiles que estuvieron al servicio de la Administración militar

El caso más habitual que pudiera plantearse sería el del Cuerpo Técnico de Ayudantes de Meteorología, que en su día formaron parte de los funcionarios civiles al servicio de la Administración militar, y que en nuestros días realizan parte de su trabajo dentro de bases y aeródromos militares.

En este supuesto de hecho debemos de señalar que el Real Decreto 942/1978, de 14 de abril, en su artículo 2.º dispone que «el Cuerpo Técnico de Ayudantes de Meteorología se regirá por la legislación aplicable a los funcionarios de la Administración civil del Estado». Este artículo debemos ponerlo en relación con el Real Decreto 93/1981, de 16 de enero según el cual «los Reales Decretos 2434/1977, de 23 de septiembre, y 942/1978, de 14 de abril, dispusieron la incorporación al Ministerio de Transportes y Comunicación de los cuerpos que en los mismos se relacionaban (entre los que está el Cuerpo Técnico de Ayudantes de Meteorología), que anteriormente estaban al servicio de la Administración militar y que pasaron a regirse por la legislación aplicable a los funcionarios de la Administración civil del Estado, al pasar al citado ministerio civil, en consecuencia, los funcionarios afectados fueron alta en MUFACE⁹, por haber dejado de ser funcionarios civiles al servicio de la Administración militar».

Por todo ello, a pesar de que existan funcionarios civiles desarrollando sus funciones en unidades, centros u organismos del ministerio de Defensa en Canarias que pertenecieron al mismo, como actualmente no tienen la consideración de funcionarios civiles al servicio de la Administración militar, no puede aplicársele la Orden de Presidencia del Gobierno de 17 de enero de 1974 (*BOE* núm. 27) de aplicación al personal civil al servicio de la Administración militar emplazados en Canarias.

V. AUTORIDAD COMPETENTE PARA CONCEDER EL PASAPORTE POR DESTINO EN CANARIAS

La Orden de Presidencia del Gobierno de 17 de enero de 1974 (*BOE* núm. 27), en su punto sexto dispone que «quedan facultadas las autoridades superiores respectivas en el archipiélago canario para conceder estos

⁹ MUFACE, es la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado. Se trata de un organismo público dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

permisos y pasaportes de acuerdo con las normas que anteceden, de las cuales se solicitarán, acreditando reunir, las condiciones expuestas en los apartados anteriores».

De este punto sexto se desprende que para el Ejército de Tierra la autoridad competente para la expedición del pasaporte será el teniente general jefe del Mando de Canarias, para el Ejército del Aire la autoridad competente para ello será el general jefe del Mando Aéreo de Canarias, y para la Armada será el almirante-comandante del Mando Naval de Canarias.

En el caso de los destinados en las subdelegaciones de Defensa o la Delegación de Defensa en Canarias, la autoridad competente será el delegado de Defensa.

En principio parece que orgánicamente todas las unidades dependen de alguno de estos mandos regionales, sin embargo existen diferentes unidades que podrían dar algún problema interpretativo, como son la Delegación Territorial de la Intervención delegada en Canarias y los juzgados y tribunales militares en Canarias.

El problema en estas unidades se dará si el lugar donde desarrollan sus funciones habitualmente, es decir, si donde tienen su sede es en edificios de algún ejército o es en inmuebles de la Delegación de Defensa, de tal manera que los componentes de estas unidades podrían plantear que la autoridad competente para la expedición del pasaporte pudiera ser cualquiera de las cuatro anteriormente referidas.

En nuestra opinión, la única autoridad competente para la expedición del pasaporte a los componentes de estas unidades es la Delegación de Defensa en Canarias, y ello en base al artículo 4.2 del Real Decreto 308/2007, de 2 de marzo, «sobre organización y funcionamiento de las delegaciones de Defensa», que dispone que «corresponde también a las delegaciones de Defensa prestar asistencia y apoyo de carácter administrativo, con los medios humanos y materiales que sean necesarios, a los órganos de la jurisdicción militar y de la Intervención General de la Defensa que se determinen de los ubicados dentro de su ámbito territorial».

VI. OTROS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACION MILITAR

La Orden de Presidencia del Gobierno de 17 de enero de 1974 (*BOE* núm. 27), que como vemos es de la misma fecha que la que regula el pasaporte por cuenta del Estado del personal militar destinado en el archipiélago canario, extiende el beneficio a los funcionarios civiles de la Administración militar de los destacados en Canarias.

Por lo que *mutatis mutandis* se aplicarán los mismos criterios e interpretaciones en la concesión del pasaporte que estamos analizando a los funcionarios civiles de la Administración militar.

VII. PERSONAL LABORAL DEL MINISTERIO DE DEFENSA EN CANARIAS

Al personal laboral del Ministerio de Defensa destinado en Canarias no le es aplicable ninguna de las dos órdenes de Presidencia del Gobierno de 17 de enero de 1974.

Para determinar si tienen o no derecho al pasaporte anual reglamentario debemos partir del convenio regulador aplicable al personal laboral.

Actualmente se rigen por el III Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado (*BOE* núm. 273, de 12 de noviembre de 2009). La disposición transitoria decimoquinta de ese convenio, en su punto 3.a) señala que «mantienen su vigencia en el ámbito respectivo, con la consideración de acción social, el contenido de los artículos de origen siguientes: los artículos 60, 64.1, 66 y 67 del Convenio Colectivo del Ministerio de Defensa (*Boletín Oficial del Estado* de 1 de julio de 1992)».

El Convenio Colectivo del personal laboral del Ministerio de Defensa para 1992, publicado por Resolución de 23 de julio de 1992 (*BOE* núm. 157) en el capítulo XIII, «Asistencia y Acción Social», disponía en su artículo 60 que «el personal laboral dependiente de los establecimientos militares radicados en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla tendrá derecho una vez al año a viajar por cuenta del Estado sin reducción a metálico y sin derecho a dietas en su desplazamiento a la Península y regreso a su lugar de trabajo».

Por lo que es derecho del personal laboral el viaje por cuenta del Estado en los términos expuestos en el artículo 60, del Convenio de 1992.

Destaca la extensión del derecho a la obtención del pasaporte, a favor de los trabajadores de Baleares, Ceuta y Melilla, donde este derecho no existe a favor de los militares ni de los funcionarios civiles.

El convenio colectivo al que nos referíamos no hace referencia a la extensión del derecho a la familia, por lo que entendemos que no es extensible a la misma.

Para concluir con este epígrafe es necesario tener en cuenta el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, «de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad» (*BOE*. núm.

168, de 14 de julio de 2012). En su disposición adicional segunda, bajo la rúbrica «suspensiones o modificaciones de convenios colectivos, pactos y acuerdos que afecten al personal laboral por alteración sustancial de las circunstancias económicas», se nos dice que «a los efectos previstos en el artículo 32 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las administraciones públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público». Por lo que si las autoridades competentes lo estiman pertinente debido a la situación económica en la que nos encontramos, es posible la suspensión de este beneficio al personal laboral de los «establecimientos militares» radicados en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla.

VIII. CONCLUSIONES

A lo largo del presente artículo hemos abordado el derecho reconocido por la Presidencia del Gobierno del personal militar y funcionarios civiles que prestan servicio en la Administración militar al conocido como pasaporte anual reglamentario de los destinados en Canarias.

Este derecho se recoge en una norma preconstitucional que puede plantear problemas de aplicación y, por ello, cuando apliquemos la norma, es preciso analizarla teniendo en cuenta el cambio social que se ha producido en nuestro país durante los últimos tiempos, así como la evolución jurídica que se ha experimentado en algunos de los conceptos como, por ejemplo, el de familia o matrimonio.

El derecho al pasaporte anual reglamentario de los destinados en Canarias se enmarca dentro de lo que podríamos calificar como medida de acción social para el disfrute de los militares destinados en Canarias en el período de sus vacaciones.

En nuestra opinión, es aconsejable, al tratarse de una normativa anterior a la Constitución Española de 1978 y con clara falta de adaptación a los tiempos actuales, una nueva redacción de las disposiciones normativas que se adapte a la época en la que nos encontramos, especialmente atendiendo a las nuevas circunstancias y peculiaridades que se desarrollan tanto en la Administración militar como en el hecho de estar destinado en el archipiélago canario.

TEXTOS

LEGISLACIÓN

JEFATURA DEL ESTADO

Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero. (*BOE* número 315, de 31 de diciembre de 2011. *BOD* número 2, de 3 de enero de 2012).

- Corrección de errores del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. (*BOE* número 8, de 10 de enero de 2012. *BOD* número 8, de 12 de enero de 2012).

Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. (*BOE* número 30, de 4 de febrero de 2012).

Corrección de errores del Instrumento de Ratificación del Tratado entre el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la

República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Finlandia, el Reino de Suecia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Estados Miembros de la Unión Europea) y la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República de Eslovaquia, relativo a la Adhesión de estos últimos Estados a la Unión Europea, hecho en Atenas el 16 de abril de 2003. (*BOE* número 30, de 4 de febrero de 2012).

Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (*BOE* número 36, de 11 de febrero de 2012).

- Corrección de errores del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero (*BOE* número 39, de 15 de febrero de 2012).
- Corrección de errores del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (*BOE* número 42, de 18 de febrero de 2012).
- Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para el personal de los buques pesqueros, 1995, hecho en Londres el 7 de julio de 1995. (*BOE* número 65, de 16 de marzo de 2012).
- Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. (*BOE* número 78, de 31 de marzo de 2012. *BOD* número 67, de 4 de abril de 2012).
- Ley Orgánica 1/2012, de 3 de abril, por la que se excluye del ámbito de aplicación de la disposición adicional de la Ley Orgánica 3/2006, de 26 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, a determinados mecanismos de financiación. (*BOE* número 81, de 4 de abril de 2012. *BOD* número 70, de 10 de abril de 2012).
- Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. (*BOE* número 92, de 17 de abril de 2012. *BOD* número 82, de 26 de abril de 2012).
- Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. (*BOE* número 103, de 30 de abril de 2012. *BOD* número 85, de 2 de mayo de 2012).
- Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente. (*BOE* número 108, de 5 de mayo de 2012).
- Corrección de errores del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (*BOE* número 116, de 15 de mayo de 2012. *BOD* número 97, de 18 de mayo de 2012).
- Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. (*BOE* número 126, de 26 de mayo de 2012. *BOD* número 105, de 30 de mayo de 2012).
- Instrumento de Ratificación del Tratado entre el Reino de España, la República Francesa, la

- República Italiana, el Reino de los Países Bajos y la República Portuguesa por el que se crea la Fuerza de Gendarmería Europea (EUROGENDFOR), hecho en Velsen (Países Bajos) el 18 de octubre de 2007. (*BOE* número 131, de 1 de junio de 2012. *BOD* número 109, de 5 de junio de 2012).
- Corrección de errores al Instrumento de Adhesión de España al Acuerdo relativo al Grupo Aéreo Europeo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Francesa, hecho en Londres el 8 de julio de 1998, y Protocolo de Enmienda, hecho en Londres el 16 de junio de 1999 (*BOE* número 135, de 6 de junio de 2012. *BOD* número 109, de 5 de junio de 2012).
- Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012. (*BOE* número 156, de 30 de junio de 2012. *BOD* número 130, de 4 de julio de 2012).
- Corrección de errores de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012. (*BOE* número 160, de 5 de julio de 2012. *BOD* número 133, de 9 de julio de 2012).
- Real Decreto-ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero. (*BOE* número 168, de 14 de julio de 2012).
- Corrección de errores del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. (*BOE* número 172, de 19 de julio de 2012. *BOD* número 140, de 19 de julio de 2012).
- Corrección de errores del Real Decreto-ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero. (*BOE* número 172, de 19 de julio de 2012. *BOD* número 143, de 23 de julio de 2012).
- Corrección de errores de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012. (*BOE* número 183, de 1 de agosto de 2012).
- Real Decreto-ley 25/2012, de 7 de septiembre, por el que se aprueban medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias comunidades autónomas. (*BOE* número 217, de 8 de septiembre de 2012. *BOD* número 179, de 12 de septiembre de 2012).
- Real Decreto-ley 26/2012, de 7 de septiembre, por el que se concede un crédito extraordinario en el presupuesto del Ministerio de Defensa para atender al pago de obligaciones correspondientes a

programas especiales de armamento por entregas ya realizadas. (*BOE* número 217, de 8 de septiembre de 2012. *BOD* número 179, de 12 de septiembre de 2012)

Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. (*BOE* número 235, de 29 de septiembre de 2012. *BOD* número 194, de 3 de octubre de 2012)

Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. (*BOE* número 280, de 21 de noviembre de 2012. *BOD* número 229, de 23 de noviembre de 2012).

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Real Decreto 1885/2011, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1094/2011, de 15 de julio, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno. (*BOE* número 315, de 31 de diciembre de 2011. *BOD* número 2, de 3 de enero de 2012).

Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas

del Gobierno (*BOE* número 315, de 31 de diciembre de 2011. *BOD* número 2, de 3 de enero de 2012).

Real Decreto 1/2012, de 5 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. (*BOE* número 5, de 6 de enero de 2012. *BOD* número 6, de 10 de enero de 2012).

Corrección de errores del Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno. (*BOE* número 5, de 6 de enero de 2012. *BOD* número 6, de 10 de enero de 2012).

Real Decreto 83/2012, de 13 de enero, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno. (*BOE* número 12, de 14 de enero de 2012).

Corrección de errores del Real Decreto 83/2012, de 13 de enero, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno. (*BOE* número 16, de 19 de enero de 2012).

Real Decreto 341/2012, de 10 de febrero, sobre constitución del Comité Organizador de la Cumbre Iberoamericana de Cádiz del año 2012. (*BOE* número 36, de 11 de febrero de 2012. *BOD* número 31, de 14 de febrero de 2012).

Orden PRE/697/2012, de 2 de abril, por la que se establecen las nor-

- mas de funcionamiento de la Comisión de Estudio y Análisis de Notificaciones de Incidentes de Tránsito Aéreo. (*BOE* número 86, de 10 de abril de 2012. *BOD* número 72, de 12 de abril de 2012).
- Real Decreto 739/2012, de 27 de abril, por el que se aprueba la provisión de plazas de las Fuerzas Armadas y de la Escala Superior de Oficiales de la Guardia Civil para el año 2012. (*BOE* número 108, de 5 de mayo de 2012. *BOD* número 89, de 8 de mayo de 2012).
- Real Decreto 836/2012, de 25 de mayo, por el que se establecen las características técnicas, el equipamiento sanitario y la dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera. (*BOE* número 137, de 8 de junio de 2012. *BOD* número 114, de 12 de junio de 2012).
- Real Decreto 998/2012, de 28 de junio, por el que se crea el Alto Comisionado del Gobierno para la Marca España y se modifica el Real Decreto 1412/2000, de 21 de julio, de creación del Consejo de Política Exterior. (*BOE* número 155, de 29 de junio de 2012. *BOD* número 129 de 3 de julio de 2012).
- Real Decreto 1003/2012, de 29 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado. (*BOE* número 164, de 10 de julio de 2012. *BOD* número 136, de 12 de julio de 2012).
- Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. (*BOE* número 164, de 10 de julio de 2012).
- Real Decreto 1040/2012, de 6 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 367/1997, de 14 de marzo, por el que se establece la organización periférica de la Dirección General de la Guardia Civil. (*BOE* número 178, de 26 de julio de 2012. *BOD* número 148, de 30 de julio de 2012).
- Orden PRE/1720/2012, de 20 de julio, por la que se regula el registro y matriculación de aeronaves militares y el procedimiento para establecer la designación militar de las mismas. (*BOE* número 186, de 4 de agosto de 2012. *BOD* número 154, de 7 de agosto de 2012).
- Real Decreto 1120/2012, de 20 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de la ca-

- lidad del agua de consumo humano. (*BOE* número 207 de 29 de agosto de 2012. *BOD* número 171, de 31 de agosto de 2012).
- Corrección de errores de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012. (*BOE* número 228, de 21 de septiembre de 2012. *BOD* número 185, de 25 de septiembre de 2012).
- Orden PRE/1983/2012, de 14 de septiembre, por la que se declaran de aplicación a la Guardia Civil diversas normas del ordenamiento militar sobre mando, disciplina y régimen interior. (*BOD* número 185, de 25 de septiembre de 2012)
- Real Decreto 1335/2012, de 21 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 563/2010, de 7 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de artículos piro-técnicos y cartuchería. (*BOE* número 235, de 29 de septiembre de 2012. *BOD* número 194, de 3 de octubre de 2012).
- Orden PRE/2035/2012, de 24 de septiembre, por la que se modifica la Orden PRE/1263/2009, de 21 de mayo, por la que se actualizan las instrucciones técnicas complementarias números 2 y 15, del Reglamento de Explosivos, aprobado por Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero. (*BOE* número 233, de 27 de septiembre de 2012. (*BOD* número 192, de 1 de octubre de 2012).
- Real Decreto 1426/2012, de 11 de octubre, por el que se aprueba la oferta de empleo público del Cuerpo de la Guardia Civil para el año 2012. (*BOE* número 248, de 15 de octubre de 2012. *BOD* número 207, de 17 de octubre de 2012).
- Real Decreto 1721/2012, de 28 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 187/2008, de 8 de febrero, por el que se establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del personal laboral de la Red hospitalaria de la Defensa. (*BOE* número 313, de 29 de diciembre de 2012).

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

- Enmiendas de 2008 al Código Internacional de dispositivos de salvamento (Código IDS), publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 275, de 17 de noviembre de 1998, adoptadas el 4 de diciembre de 2008 mediante Resolución MSC 272(85). (*BOE* número 12, de 14 de enero de 2012).
- Acuerdo sobre la promoción, suministro y utilización de Galileo y los sistemas GPS de navegación por satélite y las aplicaciones conexas, hecho en Dromoland Castle, Co. Clare el 26 de junio

- de 2004. (BOE número 29, de 3 de febrero de 2012. BOD número 26, de 7 de febrero de 2012).
- Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa para la creación de dos Centros de cooperación policial y aduanera, al amparo del artículo 4.2 del Acuerdo entre ambos Estados sobre cooperación transfronteriza en materia policial y aduanera de 19 de noviembre de 2005, hecho en Lisboa el 28 y 31 de julio de 2009. (BOE número 33, de 8 de febrero de 2012).
- Entrada en vigor del Convenio entre el Reino de España y la República de Serbia sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho en Madrid el 31 de enero de 2011. (BOE número 39, de 15 de febrero de 2012).
- Corrección de errores de la Aplicación provisional del Convenio de extradición entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat el 24 de junio de 2009. (BOE número 53, de 2 de marzo de 2012).
- Corrección de errores del Real Decreto 83/2012, de 13 de enero, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno. (BOE número 63, de 14 de marzo de 2012).
- Enmiendas de Manila de 2010 al Anexo del Convenio Internacional sobre Normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar (Convenio de formación) 1978, (hecho en Londres el 7 de julio de 1978 y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 7 de noviembre de 1984). Resolución 1 de la Conferencia de las Partes en el Convenio Internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar, aprobadas en Manila el 25 de junio de 2010. (BOE número 67, de 19 de marzo de 2012).
- Resolución de 12 de marzo de 2012, de la Secretaría General Técnica, relativa a la objeción de España a la declaración formulada por Singapur en el momento de la adhesión al Convenio Internacional contra la toma de rehenes (publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 162, de 7 de julio de 1984), hecho en Nueva York el 17 de diciembre de 1979. (BOE número 60, de 10 de marzo de 2012).
- Enmiendas de 2010 al Anexo del Protocolo de 1997 que enmienda el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973, modificado por el Protocolo de 1978, (publicado en el *Boletín Oficial del Estado* números 249 y 250 del 17 y 18 de octubre de 1984, respectivamente). (Modelo revisado del Suplemento del Certificado IAPP) aprobadas el 1 de octubre de 2010, median-

- te Resolución MEPC.194 (61). (BOE número 81, de 4 de abril de 2012).
- Convenio para reconocimiento recíproco de punzones de pruebas y armas de fuego portátiles y Reglamento con Anejos I y II hechos en Bruselas el 1 de julio de 1969 (publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 228 de 22 de septiembre de 1973). Decisiones adoptadas por la Comisión Internacional Permanente para la prueba de armas de fuego portátiles en su XXVIII Sesión Plenaria el 20 de septiembre de 2006 (Decisiones XXVIII-34 a XXVIII-66). (BOE número 82, de 5 de abril de 2012. BOD número 84, de 30 de abril de 2012).
- Enmiendas de 2010 al Protocolo de 1988 relativo al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida humana en el mar, 1974, enmendado, (publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 234 de 30 de septiembre de 1999) adoptadas el 3 de diciembre de 2010, mediante Resolución MSC.309 (88). (BOE número 82, de 5 de abril de 2012).
- Entrada en vigor del Acuerdo de Sede entre el Reino de España y el Secretariado de la Unión por el Mediterráneo, hecho en Madrid el 4 de mayo de 2010. (BOE número 82, de 5 de abril de 2012).
- Enmiendas de 2010 al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974, enmendado (publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 16, 17 y 18 de junio de 1980), adoptadas el 3 de diciembre de 2010 mediante Resolución MSC 308(88). (BOE número 98, de 24 de abril de 2012).
- Convenio para reconocimiento recíproco de punzones de pruebas y armas de fuego portátiles y Reglamento con Anejos I y II hechos en Bruselas el 1 de julio de 1969 (publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 228 de 22-09-1973). Decisiones adoptadas por la Comisión Internacional Permanente para la prueba de armas de fuego portátiles en su XXIX Sesión Plenaria de 11 de julio de 2007 (Decisiones XXIX-1 a XXIX-25). (BOE número 100, de 26 de abril de 2012).
- Memorando de Entendimiento entre el Departamento de Defensa de Australia, el Ministerio de Defensa de Finlandia, el Ministro de Defensa de la República Francesa, el Ministerio Federal de Defensa de la República Federal de Alemania, el Ministerio de Defensa de la República Italiana, el Ministerio de Defensa del Reino de España, las Fuerzas Armadas Suecas, el Secretario de Estado para la Defensa del Reino Unido de Gran Bretaña e

Irlanda del Norte y el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América, relativo a la forma de Onda de Banda Ancha para Conexión en Red en Coalición (COALWNW), hecho en Canberra (Australia) el 25 de junio de 2009, en Helsinki (Finlandia) el 29 de junio de 2009, en Bagueux (Francia) el 25 de junio de 2009, en Koblenz (Alemania) el 6 de julio de 2009, en Roma (Italia) el 30 de junio de 2009, en Madrid (España) el 9 de abril de 2010, en Estocolmo (Suecia) el 24 de junio de 2009, en Londres (Reino Unido) el 30 de junio de 2009 y en Washington DC (Estados Unidos de América) el 26 de junio de 2009. (*BOE* número 101, de 27 de abril de 2012. *BOD* número 85, de 2 de mayo de 2012).

Resolución de 24 de abril de 2012, de la Secretaría General Técnica, sobre aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales. (*BOE* número 105, de 2 de mayo de 2012. *BOD* número 88, de 7 de mayo de 2012).

Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Marruecos en materia de cooperación policial transfronteriza, hecho *ad referendum* en Madrid el 16 de noviembre

de 2010. (*BOE* número 116, de 15 de mayo de 2012).

Convenio para reconocimiento recíproco de punzones de pruebas y armas de fuego portátiles y Reglamento con Anejos I y II, hechos en Bruselas el 1 de julio de 1969. Decisiones adoptadas por la Comisión Internacional Permanente para la prueba de armas de fuego portátiles en su XXIX Sesión Plenaria de 16 de abril de 2008 (Decisiones XXIX-26 a XXIX-39). (*BOE* número 127, de 28 de mayo de 2012).

Convenio para reconocimiento recíproco de punzones de pruebas y armas de fuego portátiles y Reglamento con Anejos I y II, hechos en Bruselas el 1 de julio de 1969. Decisiones adoptadas por la Comisión Internacional Permanente para la prueba de armas de fuego portátiles en su XXIX Sesión Plenaria de 24 de septiembre de 2008 (Decisiones XXIX-40 a XXIX-59). (*BOE* número 127, de 28 de mayo de 2012).

Corrección de errores al Instrumento de Adhesión de España al Acuerdo relativo al Grupo Aéreo Europeo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Francesa, hecho en Londres el 8 de julio de 1998, y Protocolo de Enmienda, hecho en Londres el 16 de junio

- de 1999. (*BOE* número 111, de 6 de junio de 2012. *BOD* número 112, de 8 de junio de 2012).
- Corrección de errores de la Resolución de 24 de abril de 2012, de la Secretaría General Técnica, sobre aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales. (*BOE* número 138, de 9 de junio de 2012. *BOD* número 115, de 13 de junio de 2012).
- Corrección de errores del Convenio para reconocimiento recíproco de punzones de pruebas y armas de fuego portátiles y Reglamento con Anejos I y II, hechos en Bruselas el 1 de julio de 1969. Decisiones adoptadas por la Comisión Internacional Permanente para la prueba de armas de fuego portátiles en su XXIX Sesión Plenaria de 16 de abril de 2008 (Decisiones XXIX-26 a XXIX-39). (*BOE* número 149, de 22 de junio de 2012. *BOD* número 124, de 26 de junio de 2012).
- Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Kazajstán sobre el tránsito de equipos y personal militares a través del territorio de la República de Kazajstán con motivo de la participación del Reino de España en los esfuerzos internacionales para la estabilización y reconstrucción de la República Islámica de Afganistán, hecho en Astana el 2 de julio de 2009. (*BOE* número 150, de 23 de junio de 2012. *BOD* número 125, de 27 de junio de 2012).
- Canje de Notas para el establecimiento de relaciones diplomáticas entre el Reino de España y la República de Sudán del Sur, de 9 de julio y 20 de septiembre de 2011. (*BOE* número 172, de 19 de julio de 2012).
- Corrección de errores al Convenio para reconocimiento recíproco de punzones de pruebas y armas de fuego portátiles y Reglamento con Anejos I y II, hechos en Bruselas el 1 de julio de 1969. Decisiones adoptadas por la Comisión Internacional Permanente para la prueba de armas de fuego portátiles en su XXIX Sesión Plenaria de 23 y 24 de septiembre de 2008 (Decisiones XXIX-40 a XXIX-59). (*BOE* número 172, de 19 de julio de 2012. *BOD* número 143, de 23 de julio de 2012).
- Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la Agencia Espacial Europea relativo a los emplazamientos de la Agencia Espacial Europea en el Reino de España, hecho en París el 13 de junio de 2012. (*BOE* número 173, de 20 de julio de 2012).
- Real Decreto 1040/2012, de 6 de julio, por el que se modifica el

- Real Decreto 367/1997, de 14 de marzo, por el que se establece la organización periférica de la Dirección General de la Guardia Civil. (*BOE* número 178, de 26 de julio de 2012).
- Acuerdo sobre transporte aéreo entre el Reino de España y la República de Armenia, hecho en Madrid el 22 de julio de 2011. (*BOE* número 189, de 8 de agosto de 2012).
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Albania sobre el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, hecho en Tirana el 20 de mayo de 2009. (*BOE* número 198, de 18 de agosto de 2012. *BOD* número 164, de 22 de agosto de 2012).
- Protocolo de Ejecución entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la Federación Rusa para la aplicación del Acuerdo de 25 de mayo de 2006 entre la Comunidad Europea y la Federación Rusa sobre readmisión, hecho *ad referendum* en Kazán el 26 de mayo de 2010. (*BOE* número 190, de 19 de agosto de 2012. *BOD* número 164, de 22 de agosto de 2012)
- Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y el Estado de Kuwait sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos, hecho en Sevilla el 3 de octubre de 2011. (*BOE* número 206, de 28 de agosto de 2012. *BOD* número 170, de 30 de agosto de 2012).
- Corrección de errores del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Albania sobre el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, hecho en Tirana el 20 de mayo de 2009. (*BOE* número 206, de 28 de agosto de 2012. *BOD* número 170, de 30 de agosto de 2012).
- Entrada en vigor del Convenio de extradición entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat el 24 de junio de 2009. (*BOE* número 209, de 30 de agosto de 2012. *BOD* número 173, de 4 de septiembre de 2012).
- Corrección de errores del Acuerdo entre el Reino de España y la Agencia Espacial Europea relativo a los emplazamientos de la Agencia Espacial Europea en el Reino de España, hecho en París el 13 de junio de 2012. (*BOE* número 209, de 30 de agosto de 2012. *BOD* número 173, de 4 de septiembre de 2012).
- Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Francesa en el ámbito de las Situaciones de Emergen-

cia y de Protección y Seguridad Civiles, hecho en Madrid el 28 de abril de 2009. (*BOE* número 219, de 11 de septiembre de 2012. *BOD* número 180, de 13 de septiembre de 2012).

Aplicación provisional del Acuerdo de cooperación en materia de lucha contra la delincuencia entre el Reino de España y la República de la Costa de Marfil, hecho en Madrid el 17 de julio de 2012. (*BOE* número 221, de 13 de septiembre de 2012).

Orden PRE/2035/2012, de 24 de septiembre, por la que se modifica la Orden PRE/1263/2009, de 21 de mayo, por la que se actualizan las instrucciones técnicas complementarias números 2 y 15, del Reglamento de Explosivos, aprobado por Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero. (*BOE* número 233, de 27 de septiembre de 2012).

Entrada en vigor del Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre el tránsito de equipos militares y personal a través del territorio de la Federación de Rusia con motivo de la participación de las Fuerzas Armadas del Reino de España en los esfuerzos de estabilización y reconstrucción de la República Islámica de Afganistán, hecho en Madrid el 3 de marzo de 2009. (*BOE* número 308, de 12 de diciembre de 2012).

MINISTERIO DE DEFENSA

Orden ministerial 1/2012, de 24 de enero, por la que se establecen las tarifas y retribuciones a aplicar por el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas» en sus actuaciones como medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado (*BOD* número 23, de 2 de febrero de 2012).

Orden Ministerial 5/2012, de 31 de enero, por la que se concede a la Agrupación de Hospital de Campaña del Ejército de Tierra, el uso de la Enseña Nacional en su modalidad de Estandarte. (*BOD* número 26, de 7 de febrero de 2012).

Orden DEF/195/2012, de 24 de enero, por la que se delegan determinadas competencias. (*BOE* número 32, de 7 de febrero de 2012).

Orden DEF/226/2012, de 3 de febrero, por la que se crean y suprimen ficheros de datos de carácter personal de diversos órganos de la Dirección General de Personal. (*BOE* número 35, de 10 de febrero de 2012).

Resolución 330/02267/2012, de 7 de enero, del secretario de Estado de Defensa, por la que se desarrolla la prórroga del presupuesto de la Sección 14, Ministerio de Defensa, de 2011, durante el ejercicio económico de 2012. (*BOD* número 33, de 16 de febrero de 2012).

- Resolución 34C/38011/2012, de 13 de febrero, del Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, por la que se delegan determinadas competencias. (*BOE* número 46, de 23 de febrero de 2012).
- Orden Ministerial 10/2012, de 22 de febrero, 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 geográficas. (*BOD* número 40, de 27 de febrero de 2012).
- Orden Ministerial 7/2012, de 20 de febrero, por la que se aprueban los Planes de Estudios de la Enseñanza de Formación de Oficiales para la integración o adscripción a la escala de oficiales del Cuerpo de Intendencia del Ejército de Tierra mediante la forma de ingreso con titulación previa. (*BOD* número 42, de 29 de febrero de 2012).
- Orden Ministerial 12/2012, de 28 de febrero, por la que se aprueban las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades de la Armada. (*BOD* número 46, de 6 de marzo de 2012).
- Orden Ministerial 13/2012, de 28 de febrero, por la que se aprueban las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades del Ejército del Aire. (*BOD* número 46, de 6 de marzo de 2012).
- Orden DEF/444/2012, de 27 de febrero, por la que se delegan determinadas competencias. (*BOE* número 56, de 6 de marzo de 2012).
- Resolución 670/38015/2012, de 16 de febrero, de la Fuerza de Acción Marítima, por la que se delegan determinadas competencias relativas a los hallazgos marítimos. (*BOE* número 60, de 10 de marzo de 2012).
- Orden Ministerial 15/2012, de 13 de marzo, que modifica la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas. (*BOE* número 52, de 14 de marzo de 2012).
- Resolución 420/38016/2012, de 6 de marzo, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Junta de Andalucía en materia de prevención de violencia de género. (*BOE* número 64, de 15 de marzo de 2012).
- Resolución 320/38018/2012, de 28 de febrero, de la Dirección General de Armamento y Material, por la que se aprueban y se anulan normas militares españolas. (*BOE* número 67, de 19 de marzo de 2012).
- Orden Ministerial 17/2012, de 15 de marzo, por la que se regula

- la estructura de la Red Sanitaria Militar. (*BOD* número 59, de 23 de marzo de 2012).
- Orden Ministerial 18/2012, de 16 de marzo, por la que se establece la aptitud y se crea el título de Operador de Sistemas Aéreos no Tripulados para los miembros de las Fuerzas Armadas. (*BOD* número 60, de 26 de marzo de 2012).
- Real Decreto 600/2012, de 30 de marzo, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional el Campo Nacional de Maniobras y Tiro de Pájara, Fuerteventura. (*BOE* número 78, de 31 de marzo de 2012. *BOD* número 67, de 4 de abril de 2012).
- Orden DEF/642/2012, de 16 de marzo, por la que se suprimen las zonas de seguridad radioeléctrica de las líneas de transmisiones de la Zona Marítima del Cantábrico y de la antigua Estación Radionaval El Molino de Viento, en A Coruña. (*BOE* número 78, de 31 de marzo de 2012. *BOD* número 67, de 4 de abril de 2012).
- Orden DEF/685/2012, de 28 de marzo, por la que se regula y coordina la investigación y desarrollo de sistemas de armas y equipos de interés para la defensa nacional en el ámbito del Ministerio de Defensa. (*BOE* número 82, de 5 de abril de 2012. *BOD* número 71, de 11 de abril de 2012).
- Orden DEF/689/2012, de 30 de marzo, por la que se aprueban las Normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación para acceder a la escala de oficiales del Cuerpo Militar de Sanidad, especialidad fundamental Medicina, sin exigencia de titulación universitaria previa. (*BOE* número 84, de 7 de abril de 2012).
- Orden DEF/734/2012, de 11 de abril, por la que se integra el Centro ubicado en el Grupo de Escuelas de la Defensa de Madrid en el sistema de centros universitarios de la defensa. (*BOE* número 91, de 16 de abril de 2012. *BOD* número 76, de 18 de abril de 2012).
- Orden DEF/784/2012, de 12 de abril, por la que se modifica la Orden DEF/191/2008, de 28 de enero, por la que se regulan los Premios de Defensa. (*BOE* número 92, de 17 de abril de 2012).
- Orden DEF/783/2012, de 12 de abril, por la que se adecúa a la nueva estructura del Ministerio de Defensa, la Orden DEF/3557/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones para la promoción y difusión de la cultura de defensa y de la imagen de las Fuerzas Armadas. (*BOE* número 92, de 17 de abril de 2012).

- Resolución 400/38030/2012, de 17 de abril, de la Subsecretaría, por la que se modifica el Anexo de la Orden DEF/91/2008, de 22 de enero, por la que se desarrolla la organización y funcionamiento de las Delegaciones de Defensa. (*BOE* número 101, de 27 de abril de 2012. *BOD* número 85, de 2 de mayo de 2012).
- Resolución 700/38028/2012, de 11 de abril, de la Jefatura de Estado Mayor del Ejército del Aire, por la que se delegan determinadas competencias en materia de gestión de reservistas voluntarios. (*BOE* número 102, de 28 de abril de 2012).
- Orden DEF/916/2012, de 23 de abril, por la que se crean ficheros de datos de carácter personal del Hospital General de la Defensa «Orad y Gajías» en Zaragoza. (*BOE* número 106, de 3 de mayo de 2012).
- Orden DEF/917/2012, de 23 de abril, por la que se crean ficheros de datos de carácter personal en el ámbito de la Clínica Militar en Cartagena. (*BOE* número 106, de 3 de mayo de 2012).
- Orden DEF/918/2012, de 23 de abril, por la que se crean ficheros de datos de carácter personal en el ámbito de la Clínica Militar en Ferrol. (*BOE* número 106, de 3 de mayo de 2012).
- Orden DEF/919/2012, de 23 de abril, por la que se crean ficheros de datos de carácter personal en el ámbito de la Clínica Militar en Melilla. (*BOE* número 106, de 3 de mayo de 2012).
- Orden DEF/920/2012, de 23 de abril, por la que se crean ficheros de datos de carácter personal en el ámbito de la Clínica Militar en Valencia. (*BOE* número 106, de 3 de mayo de 2012).
- Orden DEF/921/2012, de 23 de abril, por la que se crean y suprimen ficheros de datos de carácter personal de diversos órganos de la Armada. (*BOE* número 106, de 3 de mayo de 2012).
- Orden DEF/922/2012, de 23 de abril, por la que se crean y suprimen ficheros de datos de carácter personal de diversos órganos del Hospital General Básico de la Defensa «San Carlos» en San Fernando (Cádiz). (*BOE* número 106, de 3 de mayo de 2012).
- Orden DEF/923/2012, de 23 de abril, por la que se crean y suprimen ficheros de datos de carácter personal en el ámbito de la Clínica Militar en Ceuta. (*BOE* número 106, de 3 de mayo de 2012).
- Orden DEF/974/2012, de 23 de abril, sobre delegación de competencias en materia de administración de los créditos del presupuesto, de aprobación del gasto y de su compromiso y de propuestas de pago, en el ámbito del Ministerio de Defensa. (*BOE* número 111, de 9 de mayo de 2012).

- Resolución 400/38031/2012, de 3 de mayo, de la Subsecretaría, por la que se aprueba la Carta de servicios del Museo del Ejército. (*BOE* número 115, de 14 de mayo de 2012).
- Orden DEF/1045/2012, de 10 de mayo, por la que se modifica la Orden DEF/2424/2004, de 20 de julio, por la que se delegan determinadas competencias. Ejército. (*BOE* número 119, de 18 de mayo de 2012).
- Orden DEF/1047/2012, de 10 de mayo, por la que se establecen las zonas próxima de seguridad y radioeléctrica del Centro de Evaluación y Análisis Radioeléctrico, ubicado en el término municipal de Iriépal, pedanía de la ciudad de Guadalupe. (*BOE* número 120, de 19 de mayo de 2012. *BOD* número 100, de 23 de mayo de 2012).
- Orden Ministerial 431/07833/2012, de 17 de mayo, por la que se determina el número de asistentes a los cursos de actualización para el ascenso a General de Brigada, Teniente Coronel, Comandante militar de complemento, Suboficial Mayor y Cabo Mayor, para el período 2012-2013. (*BOD* número 101, de 24 de mayo de 2012).
- Resolución 400/08002/2012, de 21 de mayo, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se aprueba el calendario de actividades para el curso académico 2012-2013, correspondiente a la enseñanza de formación para el acceso a las escalas de oficiales de los cuerpos generales e Infantería de Marina sin requisito previo de titulación universitaria. (*BOD* número 103, de 28 de mayo de 2012).
- Orden DEF/1078/2012, de 21 de mayo, por la que se aprueban las pruebas físicas y marcas a alcanzar en los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación y para la superación de los planes de estudios de la enseñanza de formación. (*BOE* número 124, de 24 de mayo de 2012. *BOD* número 103, de 28 de mayo de 2012).
- Orden DEF/1097/2012, de 24 de mayo, por la que se determinan las titulaciones requeridas para ingresar en los centros docentes militares de formación para acceso a las diferentes escalas de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas. (*BOE* número 127, de 28 de mayo de 2012. *BOD* número 104, de 29 de mayo de 2012).
- Resolución 452/38040/2012, de 25 de mayo, de la Subsecretaría, por la que se convoca el proceso de selección de ingreso en el centro docente militar de formación, por las formas de ingreso directo y promoción para cambio de escala y cuerpo, sin titulación universitaria previa, para

- la incorporación como militar de carrera a la Escala de Oficiales del Cuerpo Militar de Sanidad, especialidad fundamental Medicina. (*BOE* número 129, de 30 de mayo de 2012).
- Corrección de errores de la Resolución 630/38240/2011, de 25 de octubre, de la Jefatura de Personal de la Armada, por la que se delegan determinadas competencias. (*BOE* número 137, de 8 de junio de 2012).
- Resolución 421/08696/2012, de 1 de junio, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se modifican códigos de identificación orgánica del Ministerio de Defensa. (*BOD* número 112, de 8 de junio de 2012).
- Real Decreto 910/2012, de 8 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas. (*BOE* número 139, de 11 de junio de 2012. (*BOD* número 115, de 13 de junio de 2012).
- Resolución 430/38059/2012, de 12 de junio, de la Dirección General de Personal, para la aplicación de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. (*BOE* número 141, de 13 de junio de 2012).
- Orden DEF/1317/2012, de 8 de junio, por la que se crean ficheros de datos de carácter personal de la Subdirección General de Servicios Económicos y Pagadurías. (*BOE* número 145, de 18 de junio de 2012).
- Resolución 400/38061/2012, de 13 de junio, de la Subsecretaría, por la que se aprueba la renovación de las Cartas de servicios de las Subdelegaciones de Defensa. (*BOE* número 147, de 20 de junio de 2012).
- Orden Ministerial 431/09358/2012, de 13 de junio, por la que se fijan las plantilla de las escalas a extinguir de oficiales de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de los militares de complemento de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, y de las escalas a extinguir de la disposición transitoria tercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, para el período 2012-2013. (*BOD* número 121, de 21 de junio de 2012).
- Orden Ministerial 431/09470/2012, de 14 de junio, por la que se autorizan los cupo para el pase a la situación de reserva con carácter voluntario durante el período 2012-2013 para el personal de las Fuerzas Armadas. (*BOD* número 122, de 22 de junio de 2012).
- Corrección de errores del Convenio para reconocimiento recíproco de punzones de pruebas y armas de fuego portátiles y Reglamento con Anejos I y II, hechos en Bruselas el 1 de julio de 1969. Decisiones adoptadas por la Comisión Internacional Perma-

- nente para la prueba de armas de fuego portátiles en su XXIX Sesión Plenaria de 16 de abril de 2008 (Decisiones XXIX-26 a XXIX-39). (BOE número 149, de 22 de junio de 2012).
- Orden DEF/1398/2012, de 21 de junio, por la que se modifica la Orden DEF/2599/2011, de 21 de septiembre, por la que se regula la visita pública, la aplicación de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público estatal y los precios públicos del Museo del Ejército. (BOE número 154, de 28 de junio de 2012).
- Orden Ministerial 431/09840/2012, de 21 de junio, por la que se modifican para el período 2012-2013 las plantillas de oficiales generales de la Armada establecidas en el Real Decreto 947/2009, de 5 de junio, por el que se fijan las plantillas reglamentarias de oficiales generales, oficiales y suboficiales para el período 2009-2013. (BOD número 126, de 28 de junio de 2012).
- Resolución 420/09841/12, de 21 de junio, del secretario general técnico, por la que se da publicidad al Acuerdo de Encomienda de Gestión a las Delegaciones y Subdelegaciones de Defensa. (BOD número 126, de 28 de junio de 2012).
- Orden DEF/1413/2012, de 26 de junio, por la que se modifica la Orden DEF/1411/2009, de 12 de mayo, por la que se califica de interés general por afectar directamente a la Defensa Nacional las obras de demolición, nueva construcción, reparación e instalación de antenas del Sistema Conjunto de EW «Santiago» en Vértice Muda, Fuerteventura, extendiendo dicha calificación a las obras necesarias en el camino de acceso y a todas las incluidas en el «Proyecto de Accesos, Explanación y Cerramiento del Asentamiento SCATER II. Vértice Muda, Fuerteventura». (BOE número 155, de 29 de junio de 2012. BOD número 129, de 3 de julio de 2012).
- Orden Ministerial 31/2012, de 26 de junio, por la que se autoriza la incorporación de reservistas voluntarios para prestación de servicio en la Unidad Militar de Emergencias durante el año 2012. (BOD número 129, de 3 de julio de 2012).
- Resolución 420/38069/2012, de 25 de junio, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con el Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia para la donación altruista de sangre. (BOE número 160, de 5 de julio de 2012).
- Orden DEF/1486/2012, de 4 de julio, por la que se modifica la Orden DEF/1158/2010, de 3 de mayo, sobre directrices genera-

- les de los planes de estudios de la formación militar general, específica y técnica para el acceso a las diferentes escalas de oficiales. (*BOE* número 163, de 9 de julio de 2012).
- Orden DEF/1486/2012, de 4 de julio, por la que se modifica la Orden DEF/1158/2010, de 3 de mayo, sobre directrices generales de los planes de estudios de la formación militar general, específica y técnica para el acceso a las diferentes escalas de oficiales. (*BOD* número 134, de 10 de julio de 2012).
- Orden Ministerial 35/2012, de 4 de julio, por la que se modifican las normas de evaluación y de progreso y permanencia en los centros docentes militares de formación, para la incorporación a las escalas de oficiales, establecidas por la Orden Ministerial 49/2010, de 30 de julio. (*BOD* número 134, de 10 de julio de 2012).
- Orden Ministerial 431/10617/2012, de 3 de julio, por la que se modifica la Orden Ministerial 431/07833/2012, de 17 de mayo, por la que se determina el número de asistentes a los cursos de actualización para el ascenso a General de Brigada, Teniente Coronel, Comandante Militar de Complemento, Suboficial Mayor y Cabo Mayor para el período 2012-2013. (*BOD* número 134, de 10 de julio de 2012).
- Resolución 450/10795/2012, de 2 de julio, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se declara el Himno Oficial de la Reserva Voluntaria. (*BOD* número 136, de 12 de julio de 2012).
- Orden DEF/1524/2012, de 3 de julio, por la que se crean ficheros de datos de carácter personal, en el ámbito del Ejército de Tierra. (*BOE* número 167, de 13 de julio de 2012).
- Real Decreto 995/2012, de 22 de junio, por el que se establecen las servidumbres aeronáuticas del Aeródromo Militar de Pollença, Illes Balears. (*BOE* número 167, de 13 de julio de 2012. *BOD* número 139, de 16 de julio de 2012).
- Orden Ministerial 431/11123/2012, de 11 de julio, por la que se modifica la Orden Ministerial 431/09470/2012, de 14 de junio, por la que se autorizan los cupos para el pase a la situación de reserva con carácter voluntario durante el período 2012-2013 para el personal de las Fuerzas Armadas. (*BOD* número 140, de 19 de julio de 2012).
- Resolución 400/38079/2012, de 11 de julio, de la Subsecretaría, por la que se aprueba la Carta de servicios del Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa. (*BOE* número 172, de 19 de julio de 2012).
- Resolución 400/38079/2012, de 11 de julio, de la Subsecretaría, por

- la que se aprueba la Carta de servicios del Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa. (*BOE* número 172, de 19 de julio de 2012).
- Real Decreto 1141/2012, de 27 de julio, que modifica el Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas. (*BOE* número 182, de 31 de julio de 2012. *BOD* número 150, de 1 de agosto de 2012).
- Orden Ministerial 52/2012, de 23 de julio, que modifica la Orden Ministerial 43/2011, de 13 de julio, por la que se establece la estructura orgánica básica y despliegue del Organismo Autónomo Cría Caballar de las Fuerzas Armadas. (*BOD* número 147, de 27 de julio de 2012).
- Instrucción 54/2012, de 13 de julio, del secretario de Estado de Defensa, por la que se regula el Plan Anual de Contratación del Ministerio de Defensa. (*BOD* número 148, de 30 de julio de 2012).
- Orden PRE/1720/2012, de 20 de julio, por la que se regula el registro y matriculación de aeronaves militares y el procedimiento para establecer la designación militar de las mismas. (*BOE* número 185, de 3 de agosto de 2012).
- Resolución 400/38103/2012, de 26 de julio, de la Subsecretaría, por la que se aprueba la Carta de servicios electrónicos de Clases Pasivas Militares. (*BOE* número 192, de 11 de agosto de 2012).
- Resolución 4B0/38116/2012, de 8 de agosto, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, por la que se modifica el Anexo 5 de la Resolución 4B0/38276/2009, de 16 de diciembre, por la que se aprueba la Cartera de Servicios de Asistencia Sanitaria del ISFAS. (*BOE* número 196, de 16 de agosto de 2012. *BOD* número 162, de 20 de agosto de 2012).
- Orden DEF/1838/2012, de 31 de julio, por la que se delegan en el secretario de Estado de Defensa determinadas competencias para el ejercicio económico de 2012. (*BOE* número 199, de 20 de agosto de 2012).
- Orden Ministerial 60/2012, de 4 de septiembre, que modifica la Orden Ministerial 216/2004, de 30 de diciembre, por la que se crean las Oficinas de Apoyo al Personal Militar de las Fuerzas Armadas y se aprueban las normas sobre su organización, estructura y cometidos. (*BOD* número 178, de 11 de septiembre de 2012).
- Orden Ministerial 63/2012, de 11 de septiembre, por la que se dispone la designación de un Comisionado para la elaboración de una propuesta para la racionalización y utilización eficiente

- del patrimonio inmobiliario del Ministerio de Defensa. (*BOD* número 180, de 13 de septiembre de 2012).
- Resolución 330/13643/2012, de 31 de agosto, del secretario de Estado de Defensa, por la que se desarrolla el presupuesto de la Sección 14, Ministerio de Defensa, para el año 2012. (*BOD* número 181, de 14 de septiembre de 2012).
- Orden DEF/1988/2012, de 13 de septiembre, por la que se crean los ficheros de datos de carácter personal del Establecimiento Penitenciario Militar de Alcalá de Henares. (*BOE* número 221, de 13 de septiembre de 2012).
- Orden Ministerial 62/2012, de 10 de septiembre, que modifica la Orden Ministerial 23/2011, de 27 abril, por la que se aprueban las normas para la valoración de la aptitud médica del personal de las Fuerzas Armadas con responsabilidad de vuelo. (*BOD* número 182, de 17 de septiembre de 2012).
- Orden Ministerial 64/2012, de 13 de septiembre, por la que se concede el uso de la Enseña Nacional en su modalidad de Bandera a la 8.ª Zona de la Guardia Civil, Comunidad Autónoma de Aragón. (*BOD* número 185, de 20 de septiembre de 2012).
- Orden Ministerial 65/2012, de 13 de septiembre, por la que se aprueba el plan de activación de Reservistas Voluntarios para prestar servicio en Unidades, Centros y Organismos del Ministerio de Defensa durante el año 2012. (*BOD* número 186, de 21 de septiembre de 2012).
- Orden Ministerial 66/2012, de 10 de septiembre, por la que se autoriza la incorporación de reservistas voluntarios para participar en determinadas misiones de las Fuerzas Armadas en el extranjero. (*BOD* número 186, de 21 de septiembre de 2012).
- Orden Ministerial 69/2012, de 25 de septiembre, que modifica la Orden Ministerial 240/2001, de 20 de noviembre, por la que se determina el Calendario de Festividades de las Fuerzas Armadas. (*BOD* número 191, de 27 de septiembre de 2012).
- Orden Ministerial 70 /2012, de 25 de septiembre, por la que se actualizan las cuantías de los cánones de uso de las viviendas militares y plazas de aparcamiento administradas por el Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa y se dan normas para su aplicación. (*BOD* número 191, de 27 de septiembre de 2012).
- Instrucción 72/2012, de 2 de octubre, del secretario de Estado de Defensa, por la que se regula el proceso de obtención del armamento y material y la gestión de sus programas. (*BOD* número 202, de 16 de octubre de 2012).

- Resolución de 8 de octubre de 2012, de la Secretaría General Técnica, sobre aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales. (*BOE* número 250, de 17 de octubre de 2012).
- Orden Ministerial 75/2012, de 17 de octubre, por la que se aprueba el Plan Estadístico de la Defensa 2013-2016. (*BOD* número 208, de 24 de octubre de 2012).
- Instrucción 77/2012, de 15 de octubre, de la Subsecretaría de Defensa que modifica la Instrucción 75/2010, de 20 de diciembre, por la que se aprueban las normas particulares de desarrollo y ejecución para la determinación de la competencia lingüística en los idiomas extranjeros considerados de interés para las Fuerzas Armadas. (*BOD* número 211, de 29 de octubre de 2012).
- Corrección de errores a las Enmiendas de Manila de 2010 al Anexo del Convenio Internacional sobre Normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar (Convenio de formación) 1978 (hecho en Londres el 7 de julio de 1978 y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 7 de noviembre de 1984).
- Resolución 1 de la Conferencia de las Partes en el Convenio Internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar, aprobadas en Manila el 25 de junio de 2010. (*BOE* número 260, de 29 de octubre de 2012).
- Convenio entre el Reino de España y la República de Corea relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Seúl el 23 de marzo de 2009. (*BOE* número 264, de 2 de noviembre de 2012).
- Orden DEF/2524/2012, de 8 de noviembre, por la que se adecúan las normas y medidas de seguridad de la información del Ministerio de Defensa en poder de las empresas. (*BOE* número 284, de 26 de noviembre de 2012).
- Resolución 34B/38162/2012, de 26 de octubre, del Servicio Militar de Construcciones, por la que se delegan determinadas competencias. (*BOE* número 284, de 26 de noviembre de 2012).
- Resolución 320/38163/2012, de 7 de noviembre, de la Dirección General de Armamento y Material, por la que se acredita al Área de Ensayos en Vuelo y Armamento del INTA como laboratorio de ensayo para procesos de homologación. (*BOE* número 284, de 26 de noviembre de 2012).
- Instrucción 85/2012, de 22 de noviembre, de la Subsecretaría de Defensa que modifica la Instrucción 56/2010, de 15 de septiembre, de la Subsecretaría de

- Defensa, por la que se determinan los criterios de evaluación y clasificación de los alumnos de los centros docentes militares de formación para el acceso a las escalas de oficiales, y la Instrucción 94/2011, de 12 de diciembre, del subsecretario de Defensa, por la que se determinan los criterios de evaluación y clasificación de los alumnos de los centros docentes militares de formación para el acceso a las escalas de suboficiales. (*BOD* número 236, de 4 de diciembre de 2012).
- Orden Ministerial 86/2012, de 4 de diciembre, por la que se crean el Mando de Vigilancia y Seguridad Marítima y el Mando de Defensa y Operaciones Aéreas. (*BOD* número 242, de 13 de diciembre de 2012).
- Resolución 320/38168/2012, de 20 de noviembre, de la Dirección General de Armamento y Material, por la que se renueva la designación al Centro de Ensayos Torregorda como Centro de Actividad Técnica para procesos de homologación de productos. (*BOE* número 299, de 13 de diciembre de 2012).
- Orden DEF/2649/2012, de 27 de noviembre, por la que se establecen los precios públicos de los servicios prestados por el Laboratorio de Ingenieros del Ejército «General Marvá» fuera del ámbito del Ministerio de Defensa. (*BOE* número 299, de 13 de diciembre de 2012).
- Resolución 4B0/38171/2012, de 4 de diciembre, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, por la que se publican los acuerdos firmados con entidades de seguros por los que se prorroga, durante el año 2013, el concierto para la asistencia sanitaria de titulares y beneficiarios del IS-FAS. (*BOE* número 303, de 18 de diciembre de 2012).
- Resolución 420/38172/2012, de 4 de diciembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con el Gobierno de Aragón, para la celebración del XX Curso Internacional de Defensa del año 2012: «España y la Unión Europea: Un nuevo modelo de seguridad compartida». (*BOE* número 308, de 12 de diciembre de 2012).
- Orden DEF/2744/2012, de 12 de diciembre, por la que se señala la zona de seguridad de la instalación militar denominada Residencia Logística Militar «Las Palmas de Gran Canaria», en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria, Isla de Gran Canaria (Las Palmas). (*BOE* número 308, de 12 de diciembre de 2012).
- Instrucción 92/2012, de 14 de diciembre, de la Subsecretaría de Defensa, que modifica la Instrucción 204/2004, de 29 de

noviembre, del subsecretario de Defensa, por la que se regula la gestión de las altas y bajas del personal en el Ministerio de Defensa). (*BOD* número 251 de 27 de diciembre de 2012).

Resolución 400/38190/2012, de 20 de diciembre, de la Subsecretaría, por la que se aprueba la actualización de la Carta de servicios de clases pasivas militares. (*BOE* número 314, de 31 de diciembre de 2012).

Instrucción 94/2012, de 28 de diciembre, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, por la que se suspenden determinadas ayudas sociales y se modifica la Instrucción 4B0/19065/2010, de 15 de diciembre, por la que se regulan las prestaciones sociales del ISFAS. (*BOE* número 314, de 31 de diciembre de 2012).

MINISTERIO DEL INTERIOR

Orden INT/995/2012, de 27 de abril, por la que se modifica la Orden INT/1390/2007, de 11 de mayo, por la que se determina la indemnización a percibir por el personal que participe o coopere en asistencia técnica policial, operaciones de mantenimiento de la paz y seguridad, humanitarias o de evacuación de personas en el extranjero. (*BOE* número 116, de 15 de mayo de 2012).

Real Decreto 1070/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Plan estatal de protección civil ante el riesgo químico. (*BOE* número 190, de 9 de agosto de 2012. *BOD* número 158, de 13 de agosto de 2012).

Orden INT/2008/2012, de 21 de septiembre, por la que se regula la Orden del Mérito de la Guardia Civil. (*BOE* número 231, de 25 de septiembre de 2012).

Corrección de errores de la Orden INT/2008/2012, de 21 de septiembre, por la que se regula la Orden del Mérito de la Guardia Civil. (*BOE* número 234, de 28 de septiembre de 2012. *BOD* número 190, de 27 de septiembre de 2012).

Corrección de errores de la Orden INT/2008/2012, de 21 de septiembre, por la que se regula la Orden del Mérito de la Guardia Civil. (*BOE* número 234, de 28 de septiembre de 2012. *BOD* número 193, de 2 de octubre de 2012).

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (*BOE* número 315, de 31 de diciembre de 2011. *BOD* número 2, de 3 de enero de 2012).

- Real Decreto 2/2012, de 5 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (*BOE* número 5, de 6 de enero de 2012. *BOD* número 6, de 10 de enero de 2012).
- Real Decreto 199/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (*BOE* número 20, de 24 de enero de 2012).
- Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (*BOE* número 20, de 24 de enero de 2012).
- Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. (*BOE* número 24, de 28 de enero de 2012).
- Real Decreto 257/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. (*BOE* número 24, de 28 de enero de 2012).
- Corrección de errores del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. (*BOE* número 29, de 3 de febrero de 2012).
- Corrección de errores del Real Decreto 199/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (*BOE* número 29, de 3 de febrero de 2012).
- Real Decreto 302/2012, de 3 de febrero, por el que se modifica el Estatuto de la Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, aprobado por Real Decreto 1495/2007, de 12 de noviembre. (*BOE* número 30, de 4 de febrero de 2012).
- Real Decreto 342/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. (*BOE* número 36, de 11 de febrero de 2012).
- Real Decreto 343/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del

- Ministerio de Empleo y Seguridad Social. (*BOE* número 36, de 11 de febrero de 2012).
- Real Decreto 344/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. (*BOE* número 36, de 11 de febrero de 2012).
- Real Decreto 345/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Competitividad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (*BOE* número 36, de 11 de febrero de 2012. *BOD* número 31, de 14 de febrero de 2012).
- Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior. (*BOE* número 42, de 18 de febrero de 2012).
- Real Decreto 401/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. (*BOE* número 42, de 18 de febrero de 2012).
- Real Decreto 447/2012, de 1 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. Ambiente. (*BOE* número 56, de 6 de marzo de 2012).
- Real Decreto 448/2012, de 5 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, por el que se regula la estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social. (*BOE* número 56, de 6 de marzo de 2012).
- Real Decreto 449/2012, de 5 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de la Tesorería General de la Seguridad Social. (*BOE* número 56, de 6 de marzo de 2012).
- Real Decreto 450/2012, de 5 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 504/2011, de 8 de abril, de estructura orgánica y funciones del Instituto Social de la Marina. (*BOE* número 56, de 6 de marzo de 2012).
- Real Decreto 452/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (*BOE* número 56, de 6 de marzo de 2012).
- Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modi-

- fica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (*BOE* número 56, de 6 de marzo de 2012).
- Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa. (*BOE* número 56, de 6 de marzo de 2012, *BOD* número 47, de 7 de marzo de 2012).
- Corrección de errores del Real Decreto 342/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. (*BOE* número 59, de 9 de marzo de 2012).
- Corrección de errores del Real Decreto 401/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. (*BOE* número 59, de 9 de marzo de 2012).
- Corrección de errores del Real Decreto 452/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (*BOE* número 76, de 29 de marzo de 2012).
- Corrección de errores del Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior. (*BOE* número 88, de 12 de abril de 2012).
- Orden HAP/847/2012, de 25 de abril, por la que se crea la Comisión Ministerial de Administración Electrónica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y se regula su composición y funciones. (*BOE* número 101, de 27 de abril de 2012).
- Resolución de 9 de mayo de 2012, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se modifica la de 1 de julio de 2011, por la que se aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a las entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social. (*BOE* número 115, de 14 de mayo de 2012).
- Resolución de 14 de mayo de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2012, por el que se establecen medidas en relación con la aplicación del Acuerdo de 3 de diciembre de 2007, sobre condiciones de trabajo para el personal laboral que presta servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos. (*BOE* número 116, de 15 de mayo de 2012).

Real Decreto 738/2012, de 27 de abril, por el que se suprime la representación permanente de España en el Consejo de la Unión Europea Occidental. (*BOE* número 124, de 24 de mayo de 2012).

Resolución de 28 de mayo de 2012, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se determina el contenido mínimo de la información a publicar en el *Boletín Oficial del Estado* por las Entidades a las que les sea de aplicación la Instrucción de Contabilidad para la Administración Institucional del Estado. (*BOE* número 134, de 5 de junio de 2012. *BOD* número 111, de 7 de junio de 2012).

Corrección de errores del Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (*BOE* número 154, de 28 de junio de 2012).

Corrección de errores del Real Decreto 738/2012, de 27 de abril, por el que se suprime la representación permanente de España en el Consejo de la Unión Europea Occidental. (*BOE* número 154, de 28 de junio de 2012).

Real Decreto 1143/2012, de 27 de julio, por el que se aprueba el Es-

tatuto del organismo autónomo Servicio Militar de Construcciones. (*BOE* número 180, de 28 de julio de 2012. *BOD* número 149, de 31 de julio de 2012).

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

Real Decreto 456/2012, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Programa anual 2012 del Plan Estadístico Nacional 2009-2012. (*BOE* número 57, de 7 de marzo de 2012. *BOD* número 49, de 9 de marzo de 2012).

Corrección de errores del Real Decreto 456/2012, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Programa anual 2012 del Plan Estadístico Nacional 2009-2012. (*BOE* número 92, de 17 de abril de 2012. *BOD* número 77, de 19 de abril de 2012).

Real Decreto 1658/2012, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Plan Estadístico Nacional 2013-2016. (*BOE* número 295, de 8 de diciembre de 2012).

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Real Decreto 199/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia

- y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (*BOE* número 20, de 24 de enero de 2012. *BOD* número 18, de 26 de enero de 2012).
- Corrección de errores del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. (*BOE* número 29, de 3 de febrero de 2012. *BOD* número 26, de 7 de febrero de 2012).
- Corrección de errores del Real Decreto 199/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (*BOE* número 29, de 3 de febrero de 2012. *BOD* número 26, de 7 de febrero de 2012).
- Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior. (*BOE* número 42, de 18 de febrero de 2012. *BOD* número 37, de 22 de febrero de 2012).
- Corrección de errores del Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior. (*BOE* número 88, de 12 de abril de 2012. *BOD* número 72, de 12 de abril de 2012).
- Resolución de 9 de mayo de 2012, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se modifica la de 1 de julio de 2011, por la que se aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a las entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social. Interior. (*BOE* número 115, de 15 de mayo de 2012. *BOD* número 96, de 17 de mayo de 2012).
- Resolución de 11 de junio de 2012, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se modifica la de 5 de junio de 2006, que aprueba el modelo normalizado para la solicitud y regula la participación por vía telemática en el procedimiento de solicitud de representante de la Intervención General de la Administración del Estado para los actos de comprobación material de la inversión. (*BOE* número 143, de 15 de junio de 2012. *BOD* número 119, de 19 de junio de 2012).
- Orden HAP/1294/2012, de 14 de junio, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2013. (*BOE* número 144, de 16 de junio de 2012. *BOD* número 120, de 20 de junio de 2012).

Orden HAP/1406/2012, de 15 de junio, por la que se modifica la composición de los *órganos colegiados integrados en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado*. (BOE número 155, de 29 de junio de 2012. BOD número 129, de 3 de julio de 2012).

Orden HAP/2326/2012, de 29 de octubre, por la que se regulan las operaciones de cierre del ejercicio 2012 relativas al presupuesto de gastos y operaciones no presupuestarias. (BOE número 262, de 31 de octubre de 2012. BOD número 205, de 15 de noviembre de 2012).

Real Decreto 1658/2012, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Plan Estadístico Nacional 2013-2016. (BOE número 295, de 12 de diciembre de 2012. BOD número 241, de 12 de diciembre de 2012).

Real Decreto 1694/2012, de 21 de diciembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2012. (BOE número 313, de 29 de diciembre de 2012).

Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. (BOE número 313, de 29 de diciembre de 2012).

MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

Real Decreto 715/2012, de 20 de abril, por el que se crea la Comisión Interministerial de Estrategias Marinas. (BOE número 113, de 11 de mayo de 2012. BOD número 94, de 15 de mayo de 2012).

MINISTERIO DE FOMENTO

Real Decreto 201/2012, de 23 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 210/2004, de 6 de febrero, por el que se establece el sistema de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo. (BOE número 30, de 4 de febrero de 2012).

Corrección de errores del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. (BOE número 76, de 26 de marzo de 2012. BOD número 62, de 28 de marzo de 2012).

Circular aeronáutica 1/2012, de 23 de mayo, de la Dirección General de Aviación Civil, por la que se modifica el anexo III del Real Decreto 931/2010, de 23 de julio, por el que se regula el procedimiento de certificación de proveedores civiles de servicios

de navegación aérea y su control normativo. (*BOE* número 141, de 13 de junio de 2012. *BOD* número 117, de 15 de junio de 2012).

Resolución de 16 de julio de 2012, de la Secretaría General de Transportes, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de julio de 2012, por el que se modifica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de mayo de 2006, por el que se aprueba el Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil. (*BOE* número 193, de 13 de agosto de 2012. *BOD* número 160, de 16 de agosto de 2012).

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

Resolución de 27 de enero de 2012, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se corrigen errores en la de 28 de diciembre de 2011, por la que se determinan los nuevos conjuntos de medicamentos de ámbito hospitalario y sus precios de referencia. (*BOE* número 30, de 4 de febrero de 2012).

Resolución de 27 de enero de 2012, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se corrigen

errores en la de 28 de diciembre de 2011, por la que se determinan los nuevos conjuntos de medicamentos que se dispensen en oficinas de farmacia a través de receta médica oficial u orden de dispensación, sus precios de referencia y se revisan los precios de referencia fijados por Orden SPI/3052/2010, de 26 de noviembre. (*BOE* número 30, de 4 de febrero de 2012).

Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. (*BOE* número 186, de 4 de agosto de 2012. *BOD* número 155, de 8 de agosto de 2012).

Real Decreto 1506/2012, de 2 de noviembre, por el que se regula la cartera común suplementaria de prescripción ortoprotésica del Sistema Nacional de Salud y se fijan las bases para el establecimiento de los importes máximos de financiación en prestación ortoprotésica. (*BOE* número 265 de 3 de noviembre de 2012. *BOD* número 217, de 7 de noviembre de 2012).

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados, por la

que se modifica el artículo 46.1. (*BOE* número 15, de 18 de enero de 2012. *BOD* número 14, de 20 de enero de 2012).

Reforma del Reglamento del Senado por la que se modifica el artículo 49 en su apartado 2. (*BOE* número 24, de 28 de enero de 2012. *BOD* número 22, de 1 de febrero de 2012).

CORTES GENERALES

Resolución de 20 de septiembre de 2012, del Congreso de los

Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 26/2012, de 7 de septiembre, por el que se concede un crédito extraordinario en el presupuesto del Ministerio de Defensa para atender al pago de obligaciones correspondientes a programas especiales de armamento por entregas ya realizadas. (*BOE* número 234, de 28 de septiembre de 2012. *BOD* número 193, de 2 de octubre de 2012).

JURISPRUDENCIA

REDEM (2012)

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Luis B. Álvarez Roldán
General auditor (r.)

En 2012, continúa la jurisprudencia constitucional ocupándose cada vez menos de la jurisdicción militar y de las decisiones en la esfera administrativa de la Administración militar. Nuevamente, solo tres sentencias se refieren a la materia castrense con incidencia constitucional, todas ellas en el campo de lo «disciplinario militar».

En este año, fuera de los órganos judiciales o administrativos generadores y motivadores de la actividad del Tribunal Constitucional, lo «militar» ha merecido la intervención de tan alto órgano; nos referimos al polígono de tiro de las Bardenas Reales y a la llamada «militarización del espacio aéreo», como consecuencia de determinadas huelgas de controladores aéreos a las que aludiremos finalmente, tras ultimar el campo propio de este examen de la jurisprudencia constitucional.

Tribunal Constitucional (Sala Pleno). Auto núm. 109/2012, de 22 mayo

JURISDICCION Y PROCESO MILITAR:

Procesos judiciales militares no penales: recurso contencioso-disciplinario militar: gratuidad: exclusión de la condena en costas: cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 454 de la Ley Orgánica Procesal Militar en relación con las exigibles en el proceso contencioso-administra-

tivo: libertad del legislador para definir su contenido y requisitos: término de comparación no homogéneo: inadmisión.

HECHOS (RESUMEN)

El día 30 de noviembre de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un oficio del Tribunal Militar Territorial Primero al que se acompaña, junto con el testimonio del correspondiente procedimiento, Auto de fecha 14 de octubre de 2011, dictado por dicho tribunal militar, en el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 454 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, por posible vulneración del art. 14 CE.

Los antecedentes de la cuestión son los siguientes:

a) Con fecha 29 de noviembre de 2010, el Tribunal Constitucional dicta sentencia estimando el Recurso de Amparo núm. 6925-2004. Dicho recurso fue promovido por un guardia civil contra la sanción disciplinaria de tres días de arresto dictada por el teniente comandante del puesto de Altea, resolución contra la que había interpuesto infructuosamente recurso contencioso-disciplinario militar ante el Tribunal Militar Territorial Primero y cuya sentencia también fue impugnada, sin éxito, en casación. El fallo de la STC 122/2010 reproduce la jurisprudencia vertida en la STC 73/2010, de 18 de octubre, recaída en una cuestión interna de inconstitucionalidad, en la que se interpretó que la sanción disciplinaria de arresto solo podía imponerse a los miembros de la Guardia Civil por infracciones cometidas en el desempeño de funciones materialmente calificables como militares y no, como en el caso que nos ocupa, en el de las propias de un cuerpo de seguridad. En consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la libertad (art. 17 CE en relación con el art. 25.3 CE) y anuló la resolución sancionadora impugnada, así como las resoluciones judiciales que la confirmaban.

b) Por Auto de 20 de enero de 2011, el Tribunal Militar Territorial Primero acuerda ejecutar la citada STC 122/2010, de 29 de noviembre, solicitando a la Sección de Personal de la Dirección General de la Guardia Civil la eliminación de la sanción de la documentación personal del interesado, y declarando el derecho del recurrente a ser indemnizado. En dicho auto, el Tribunal Militar Territorial Primero entiende que, dado que la sentencia del Tribunal Constitucional no se pronuncia respecto de la petición de indemnización contenida en la demanda (petición que tampoco se resolvió en la vía contencioso-disciplinaria militar al haber desestimado el recurso), pro-

cede hacerlo, «ya que el derecho de los particulares a ser indemnizados por las lesiones que sufran en sus bienes o derechos a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que tiene su reflejo en los artículos 469 y 495 b) de la Ley Procesal Militar, no surge de la simple estimación del recurso, sino que, acreditada su existencia, debe el Tribunal declarar que la resolución generó daños morales, fijando su cuantía libremente, atendidas las circunstancias del caso, en trámite de ejecución de sentencia».

c) Una vez abierto incidente para fijar la indemnización, la parte afectada solicita indemnización en la cuantía total de 13.150 €. Concretamente, 3.000 € por los tres días de privación de libertad; 7.000 € por los daños y perjuicios sociales, morales y profesionales causados; 600 € por los gastos generales, desplazamientos, residencia en Alicante, etc., y, finalmente, 3.150 € por los gastos de abogado y procurador. El fiscal jurídico militar entiende, sin embargo, que la indemnización procedente sería de 180 € (a razón de 60 € por cada día en que sufrió privación de libertad), sin que proceda indemnizar por gastos de representación legal puesto que dichos honorarios no pueden ser tenidos en cuenta en el ámbito de la justicia militar, de acuerdo con el artículo 454 de la Ley Orgánica Procesal Militar. Por su parte, la abogada del Estado también considera que la indemnización debe valorarse en 60 euros por día de arresto, fijando una cantidad total de 185,40 € (por el incremento del IPC de 2010), y, en cuanto al abono de los gastos de representación y defensa técnica, coincide con el fiscal en que de conformidad con el artículo 454 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 abril, Procesal Militar «el procedimiento contencioso-disciplinario militar será gratuito y en él no podrá condenarse en costas ni exigir depósitos», por lo que no procede su abono por parte del Ministerio de Defensa.

d) Mediante Auto de 14 junio de 2011, el Tribunal Militar Territorial Primero expone que son dos los títulos en los que se pretende fundar la indemnización: el primero es el daño moral, exento de prueba; el segundo «tiene que ver con los gastos que ha debido afrontar (el demandante) al ser asistido por letrado y procurador». En cuanto al primero, razona que los daños morales están exentos de prueba y que procede indemnizarlos en 360 euros. En cuanto al segundo, sin pronunciamiento sobre su prueba, el Tribunal pone en duda la constitucionalidad del art. 454 de la Ley Orgánica Procesal Militar, que, al prohibir la condena en costas en el proceso contencioso-disciplinario militar, supone un tratamiento diferenciado, no razonable, con respecto al art. 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En su parte dispositiva, el Auto acuerda ejecutar la STC 122/2010, de 29 de noviembre, a cuyo fin se traslada notificación a la Sección de Pagadurías del Ministerio

de Defensa, para que proceda a indemnizar al interesado en la cuantía de trescientos sesenta euros (360 €).

e) Dos días más tarde, mediante providencia de 16 de junio de 2011, el Tribunal Militar Territorial Primero declara que no aprecia razón suficiente que funde la disparidad que se constata entre el art. 454 de la Ley Orgánica Procesal Militar (que excluye la condena en costas en el procedimiento contencioso-disciplinario militar) y el art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (que no contiene previsión análoga), razón por la cual se abre el trámite previsto en el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por posible vulneración del art. 14 CE. Tanto el fiscal como la abogada del Estado no consideran pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al entender que la diferente ordenación de la condena en costas que se recoge en las dos jurisdicciones mencionadas está justificada, en atención a la especialidad de la jurisdicción militar. El guardia civil recurrente no formula alegaciones.

...

Tras recoger los antecedentes de hecho de la cuestión planteada y hacer mención del contenido del auto de planteamiento, el Ministerio Fiscal examina la concurrencia de posibles óbices procesales y, en este sentido, entiende que cuando el Tribunal Territorial Primero recibió del Tribunal Constitucional el correspondiente testimonio de la «STC 122/2010, de 29 de noviembre», y procedió a su ejecución, debió limitarse a disponer que se eliminara de la documentación personal del interesado la sanción disciplinaria de tres días de arresto que le fue impuesta el 14 de septiembre de 2000, pero no debió declarar el derecho del interesado a ser indemnizado ni abrir un trámite de ejecución al objeto de determinar la cuantía concreta a que debería ascender esa indemnización, toda vez que la Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero de fecha 5 de junio de 2003 y la «Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de fecha 27 de septiembre de 2004» habían dejado de tener existencia, por lo que nada podía ser ejecutado al respecto. En consecuencia, a juicio del fiscal general del Estado, el art. 454 de la Ley Orgánica Procesal Militar no constituye norma «aplicable al caso» ni norma «de cuya validez dependa el fallo».

Así mismo, entiende que la cuestión de constitucionalidad carece notoriamente de fundamento, toda vez que la especialidad de la jurisdicción militar se deriva de la organización jerarquizada propia de las Fuerzas Armadas y de la relevancia que la disciplina y las peculiaridades de la función militar poseen en la organización y funcionamiento de los ejércitos, lo que justificaría la opción del legislador por la supresión de la condena en costas, con la finalidad de eliminar cualquier posible impedimento disuasorio

del ejercicio de acciones y recursos ante los correspondientes tribunales de Justicia de dicha jurisdicción especializada. Argumentos que, a juicio del Ministerio Fiscal, justifican la diferencia existente entre la Ley Orgánica Procesal Militar y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en lo que a imposición de costas se refiere.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (RESUMEN)

...

El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad tiene su origen en la solicitud que formula el recurrente en el proceso *a quo* de que, al fijar la cuantía de la indemnización, se tengan en cuenta los gastos que ha debido afrontar al ser asistido por abogado y procurador, pretensión que, a juicio del Tribunal Militar Territorial Primero, no es posible atender, dado que el art. 454 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 abril, Procesal Militar, dispone que «el procedimiento contencioso-disciplinario militar será gratuito y en él no podrá condenarse en costas ni exigir depósitos». Por el contrario, tal y como señala el Tribunal Militar Primero, el art. 139 LJCA, recoge, en su primer apartado, que «en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho», tratando en el segundo párrafo de este mismo apartado de «los supuestos de estimación o desestimación parcial». Asimismo, en el segundo apartado del citado art. 139 LJCA se contempla, en relación con las costas, que «en las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición».

...

Con respecto a los requisitos procesales, el fiscal general del Estado entiende que no concurre el juicio de aplicabilidad o relevancia, pues cuando el Tribunal Territorial Primero recibió el correspondiente testimonio de la STC 122/2010, de 29 de noviembre, y procedió a su ejecución, debió limitarse a disponer que se eliminara de la documentación personal del interesado la sanción disciplinaria de tres días de arresto, pero no debió declarar el derecho del interesado a ser indemnizado y, en consecuencia, el art. 454 de la Ley Orgánica Procesal Militar no constituye norma «aplica-

ble al caso», ni norma «de cuya validez dependa el fallo». En relación con este extremo cabe señalar que este tribunal, en la precitada STC 122/2010, limitó su decisión a declarar la vulneración del derecho del recurrente a la libertad, así como al restablecimiento de su derecho anulado, sin pronunciarse, porque no le corresponde hacerlo, sobre la petición del recurrente de ser indemnizado por daños y perjuicios. En consecuencia, si el Tribunal Militar Territorial Primero, en el trámite de ejecución de sentencia y en estricta interpretación y aplicación de los arts. 469 y 495 de la Ley Orgánica Procesal Militar, entiende que le compete fijar la cuantía de la indemnización, atendidas las circunstancias del caso, actúa en el ámbito de sus competencias en una materia de estricta interpretación legal con respecto a la que no corresponde a este tribunal pronunciarse.

...

Así, la cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Tribunal Militar tras reconocer el derecho del recurrente a ser indemnizado y en el momento de proceder a fijar la indemnización de los daños y perjuicios causados al mismo, para lo que consideró que habría de valorar y cuantificar no solo los daños morales, sino también los patrimoniales, entre los que cabría incluir, en su caso, el gasto ocasionado por la contratación de los servicios profesionales de un abogado, aspecto que nada tiene que ver con la condena en costas a que se refiere el precepto cuestionado (art. 454 de la Ley Orgánica Procesal Militar), sino con la indemnización de los daños y perjuicios causados [*ex* arts. 469 y 495 b) de la misma norma], que es una cuestión diferente de aquella.

...

Por otro lado, el órgano judicial no plantea la cuestión de inconstitucionalidad una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar la resolución jurisdiccional procedente, tal y como dispone el art. 35.2. Así, el Auto de 14 de junio de 2011 del Tribunal Militar Territorial Primero, ejecuta la STC 122/2010 y reconoce el derecho del guardia civil recurrente a ser indemnizado en la cuantía de 360 euros, dictando con tal contenido la resolución final del incidente y notificándola a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación. Por ello, no resulta pertinente que el Tribunal Militar, habiendo ejecutado ya la Sentencia, se plantee la duda de constitucionalidad respecto del art. 454 de la Ley Orgánica Procesal Militar, con la finalidad de determinar otra eventual causa de indemnización.

...

Sin perjuicio de lo anterior, la cuestión planteada resulta notoriamente infundada en atención a las siguientes razones:

En primer lugar, es necesario recordar que, de acuerdo con el art. 117.5, «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales», lo que no es incompatible con la existencia de la jurisdicción militar, como jurisdicción especializada, pues tal y como se establece en dicho precepto «la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución». A partir del marco que fija el art. 117.5 CE, la jurisdicción militar presenta dos tipos diferenciados de competencias: de un lado, el conocimiento de los ilícitos penales y, de otro, el control jurisdiccional de la potestad administrativa disciplinaria, que siguen dos procedimientos distintos: el penal militar y el procedimiento contencioso disciplinario-militar, respectivamente.

...

Lo que de modo congruente significa que el legislador es libre para, en el marco de la Constitución, definir su contenido y los requisitos que han de guiar la imposición judicial de las costas procesales», afirmación que es completada en el mismo fundamento jurídico cuando el Tribunal insiste en que «la contraprestación o el resarcimiento de los gastos causados en la propia defensa no es un derecho de la parte que vence en juicio y, por tanto, un derecho de contenido patrimonial del vencedor que el legislador no pueda legítimamente limitar, condicionar o, incluso, suprimir en determinados supuestos».

Dicho lo anterior, hay que conectar la exclusión de la condena en costas prevista en el art. 454 de la Ley Orgánica Procesal Militar con el artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que recoge que «la justicia militar se administrará gratuitamente», y con el art. 463 de la Ley Orgánica Procesal Militar, según el cual «el demandante podrá conferir su representación a un procurador, valerse tan solo de abogado con poder al efecto, o comparecer por sí mismo asistido o no de abogado»; párrafo que hay que completar con el apartado segundo de este mismo precepto según el cual, «No obstante, para que el demandante pueda interponer y sustanciar los recursos de casación y revisión, será necesario que comparezca asistido y, en su caso, representado por letrado». Por todo ello, como ya se ha indicado, la cuestión de constitucionalidad que se plantea ha de abordarse desde la especialidad de la jurisdicción militar; en concreto, desde las peculiaridades del Derecho procesal militar, pues, como recordó la temprana STC 180/1985, de 19 de diciembre, F. 2, las «peculiaridades del Derecho penal y procesal militar resultan genéricamente, como se declaró en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio_(fundamento jurídico 4),

de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la Constitución», doctrina a la que asimismo se remite la STC 107/1986, de 24 de julio, F. 4 y la STC 174/2004, F. 6, entre otras muchas.

...

Establecido el marco precedente, resta por abordar la cuestión sustantiva o de fondo que plantea el Tribunal Militar Territorial Primero. En este sentido, hay que tener en cuenta, como ha venido insistiendo este tribunal, que el presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 CE es que «las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso» (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, F. 6; 29/1987, de 6 de marzo, F. 5, y 1/2001, de 15 de enero, F. 3, entre otras). Esto es, «lo que se requiere para hacer posible un juicio de igualdad es que el legislador haya atribuido las consecuencias jurídicas que se dicen diversificadoras a grupos o categorías personales creados por él mismo, porque es entonces, si el autor de la norma diversifica lo homogéneo, cuando puede decirse también que su acción selectiva resulta susceptible de control constitucional dirigido a fiscalizar si la introducción de «factores diferenciales» –STC 42/1986, de 10 de abril– o de «elementos de diferenciación» –STC 162/1985, de 29 de noviembre– resulta o no debidamente fundamentada» (STC 148/1986, de 25 de noviembre, F. 6).

...

Sin embargo, la situación es distinta cuando, como en el caso que nos ocupa, nos encontramos ante una previa diferenciación de regímenes jurídicos. No resulta adecuado plantear un juicio de igualdad con respecto a la diferente imposición de costas entre la jurisdicción militar y la jurisdicción contencioso-administrativa, pues el legislador ordinario, atendiendo a las peculiaridades propias de la primera, ha diseñado un procedimiento contencioso-disciplinario militar diferente al contencioso-administrativo ordinario, lo que hace que no estemos ante términos de comparación homogéneos.

...

De acuerdo con los argumentos precedentes, no se advierte que el precepto cuestionado incurra en desigualdad lesiva del art. 14 CE, pues no existe término de comparación válido en el que sustentar el juicio sobre la supuesta desigualdad que se invoca.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6526-2011, planteada por el Tribunal Militar Territorial Primero.

Tribunal Constitucional (Sala Pleno). Auto núm. 110/2012, de 22 mayo

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (cuestiones generales): derecho a la igualdad ante la Ley: proceso ante el TC: proceso militar: régimen disciplinario militar.

Pleno. Auto 110/2012, de 22 de mayo de 2012. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 6527-2011, planteada por el Tribunal Militar Territorial Primero en relación con el artículo 454 de la Ley Orgánica Procesal Militar.

HECHOS (RESUMEN)

...

Mediante Sentencia de 9 de febrero de 2011, el Tribunal Militar Territorial Primero declaró vulnerados los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia del cabo del Ejército del Aire don D. E. G. , declarando igualmente el derecho del recurrente a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la sanción anulada [en aplicación de los arts. 469 y 495 b) de la Ley Procesal Militar], en la cuantía que se determine en el trámite de ejecución de sentencia.

Una vez declarada firme dicha sentencia (por Auto de 18 de marzo de 2011 del Tribunal Militar Territorial Primero), la parte afectada solicita la ejecución de la Sentencia y, en consecuencia, que se declare su derecho a ser indemnizado en la cuantía total de 7.400 €. Concretamente, solicita 6.400 € por los ocho días de privación de libertad y 1.000 € por los gastos de abogado. Con respecto a esta última partida, el recurrente entiende que «no es englobable como costas, sino en daños», pues considera que es un daño patrimonial ocasionado por la necesidad de «defender sus derechos ante la injusticia sufrida».

...

El abogado del Estado, en la representación y defensa que ostenta, entiende que los gastos de representación y defensa técnica no constituyen un daño o perjuicio, sino que se integrarían en el concepto de costas, por lo que el único de los conceptos que se podría integrar dentro de la indemni-

zación sería el de los daños por los ocho días de arresto, pero, dado que el recurrente no acredita que dicho daño sea evaluado en la cuantía solicitada en atención a su capacidad económica, entiende que «sería mas adecuado fijar el importe en función de la real retribución del recurrente por día».

...

Por Auto de 1 de julio de 2011, el Tribunal Militar Territorial Primero expone que son dos los títulos en los que se pretende fundar la indemnización: el primero es el daño moral, exento de prueba; el segundo, «tiene que ver con los gastos que ha debido afrontar (el demandante) al ser asistido por letrado y procurador». En cuanto al primero de los títulos, razona que procede indemnizar los daños morales en 960 €. En cuanto al segundo, el Tribunal Militar pone en duda la constitucionalidad del art. 454 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 abril, Procesal Militar, al entender que la prohibición de la condena en costas en el proceso contencioso-disciplinario militar supone un tratamiento diferenciado no razonable en comparación con el art. 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Una vez expuestos los razonamientos jurídicos que se acaban de relatar, el Auto acuerda en su parte dispositiva «ejecutar nuestra Sentencia de 9 de febrero de 2011, dictada en el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario n.º 2/10, a cuyo fin por el Sr. Secretario Relator se notificará el presente a las partes y a la Sección de Pagadurías del Ministerio de Defensa, para que proceda a indemnizar al interesado en la cuantía de novecientos sesenta (960) euros».

...

Tras recoger los antecedentes de hecho de la cuestión planteada y hacer mención del contenido del auto de planteamiento, el Ministerio Fiscal examina la concurrencia de posibles óbices procesales y, en este sentido, entiende que no existiendo pronunciamiento sobre costas en la Sentencia de 9 de febrero de 2011, del Tribunal Militar Territorial Primero, resulta de todo punto imposible, en fase de ejecución de sentencia, hacer efectiva una determinación no adoptada en la sentencia que se pretende ejecutar. Así mismo, sostiene que los honorarios de letrado, en cuanto costas procesales, no pueden integrarse en modo alguno en el concepto de daños y perjuicios sufridos, razones por las que interesa se inadmita la cuestión de inconstitucionalidad planteada, toda vez que el art. 454 de la Ley Procesal Militar no constituye norma «aplicable al caso», ni norma «de cuya validez dependa el fallo».

El fiscal general del Estado también pone de relieve que la cuestión de constitucionalidad carece notoriamente de fundamento, toda vez que la especialidad de la jurisdicción militar se deriva de la organización jerar-

quizada propia de las Fuerzas Armadas y de la relevancia que la disciplina y las peculiaridades de la función militar poseen en la organización y funcionamiento de los ejércitos, lo que justificaría la opción del legislador por la supresión de la condena en costas, con la finalidad de eliminar cualquier posible impedimento disuasorio del ejercicio de acciones y recursos ante los correspondientes tribunales de Justicia de dicha jurisdicción especializada. Argumentos que justifican la diferencia existente entre la Ley Procesal Militar y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en lo que a imposición de costas se refiere.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (RESUMEN)

...

El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad tiene su origen en la solicitud que formula el recurrente de que, con el objeto de fijar la cuantía de la indemnización como consecuencia de la sanción anulada por la Sentencia de 9 de febrero de 2011, del Tribunal Militar Territorial Primero, también se tengan en cuenta los gastos que ha debido afrontar al ser asistido por abogado y procurador, pretensión que, a juicio del Tribunal Militar no es posible atender dado que el art. 454 de la Ley Orgánica 2/1989 de 13 abril, Procesal Militar, dispone que «el procedimiento contencioso-disciplinario militar será gratuito y en él no podrá condenarse en costas ni exigir depósitos». Por el contrario, tal y como también señala el Tribunal Militar Primero, el art. 139 LJCA, recoge, en su primer apartado, que «en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho» añadiendo, en el segundo párrafo de este mismo apartado, que «en los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad». Así mismo, en el segundo apartado del citado art. 139 LJCA se contempla, en relación con las costas, que «en las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición».

...

Así, la cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Tribunal Militar tras reconocer el derecho del recurrente a ser indemnizado, y en el momento de proceder a fijar la indemnización de los daños y perjuicios causados al mismo, para lo que consideró que habría de valorar y cuantificar no solo los daños morales, sino también los patrimoniales, entre los que cabría incluir, en su caso, el gasto ocasionado por la contratación de los servicios profesionales de un abogado, aspecto que nada tiene que ver con la condena en costas a que se refiere el precepto cuestionado (art. 454 de la Ley Procesal Militar), sino con la indemnización de los daños y perjuicios causados [ex art. 469 y 495 b) de la misma norma], que es una cuestión diferente de aquella.

...

Por otro lado, la condena en costas es una figura de libre configuración legal y se rige por criterios muy diversos en las distintas leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares. Así, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en múltiples ocasiones, entre las que cabe señalar el Auto 119/2008, de 6 de mayo de 2008, que inadmite a trámite una cuestión de inconstitucionalidad, y en cuyo fundamento jurídico 3 se afirma que, «con arreglo a una consolidada jurisprudencia de este Tribunal, de la que son buena muestra las SSTC 131/1986, de 29 de octubre; 206/1987, de 21 de diciembre, y 147/1989, de 21 de septiembre, y los AATC 171/1986, de 19 de febrero, y 24/1993, de 25 de enero, y, más recientemente, las SSTC 170/2002, de 30 de septiembre, y 107/2006, de 3 de abril, y el ATC 259/2003, de 15 de julio, resulta que el art. 24.1 CE no ha incluido dentro de las garantías constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva la condena en costas, que es, en consecuencia, una figura de configuración legal. Lo que de modo congruente significa que el legislador es libre para, en el marco de la Constitución, definir su contenido y los requisitos que han de guiar la imposición judicial de las costas procesales», afirmación que es completada en el mismo fundamento jurídico cuando el Tribunal insiste en que «la contraprestación o el resarcimiento de los gastos causados en la propia defensa no es un derecho de la parte que vence en juicio y, por tanto, un derecho de contenido patrimonial del vencedor que el legislador no pueda legítimamente limitar, condicionar o, incluso, suprimir en determinados supuestos».

Dicho lo anterior, hay que conectar la exclusión de la condena en costas prevista en el art. 454 de la Ley Procesal Militar con el art. 10 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que recoge que «la justicia militar se administrará gra-

tuitamente», y con el art. 463 de la Ley Procesal Militar, según el cual «el demandante podrá conferir su representación a un procurador, valerse tan solo de abogado con poder al efecto, o comparecer por sí mismo asistido o no de abogado»; párrafo que hay que completar con el apartado segundo de este mismo precepto según el cual, «[n]o obstante, para que el demandante pueda interponer y sustanciar los recursos de casación y revisión, será necesario que comparezca asistido y, en su caso, representado por letrado». Por todo ello, como ya se ha indicado, la cuestión de constitucionalidad que se plantea ha de abordarse desde la especialidad de la jurisdicción militar; en concreto, desde las peculiaridades del Derecho procesal militar pues, como recordó la temprana STC 180/1985, de 19 de diciembre, FJ 2, las «peculiaridades del Derecho penal y procesal militar resultan genéricamente, como se declaró en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio (FJ 4), de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la Constitución», doctrina a la que asimismo se remite la STC 107/1986, de 24 de julio, FJ 4 y la STC 174/2004, de 18 de octubre, FJ 6, entre otras muchas.

...

Establecido el marco precedente, resta por abordar la cuestión sustantiva o de fondo que plantea el Tribunal Militar Territorial Primero. En este sentido, hay que tener en cuenta, como ha venido insistiendo este tribunal, que el presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 CE es que «las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso» (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5, en el mismo sentido, SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6, y 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5, entre otras). Esto es, «lo que se requiere para hacer posible un juicio de igualdad es que el legislador haya atribuido las consecuencias jurídicas que se dicen diversificadoras a grupos o categorías personales creadas por él mismo, porque es entonces, si el autor de la norma diversifica lo homogéneo, cuando puede decirse también que su acción selectiva resulta susceptible de control constitucional dirigido a fiscalizar si la introducción de «factores diferenciales» –STC 42/1986, de 10 de abril– o de «elementos de diferenciación» –STC 162/1985, de 29 de noviembre– resulta o no debidamente fundamentada» (STC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6).

...

Sin embargo, la situación es distinta cuando, como en el caso que nos ocupa, nos encontramos ante una previa diferenciación de regímenes jurí-

dicos. No parece adecuado plantear un juicio de igualdad con respecto a la diferente imposición de costas entre la jurisdicción militar y la jurisdicción contencioso-administrativa, pues el legislador ordinario, atendiendo a las peculiaridades propias de la primera, ha diseñado un procedimiento contencioso-disciplinario militar diferente al contencioso-administrativo ordinario, lo que hace que no estemos ante términos de comparación homogéneos.

En este sentido, es importante señalar, en la línea seguida por el Ministerio Fiscal, que si bien la exención de condena en costas tiene la desventaja de que la parte vencedora no obtiene la restitución de sus litisexpensas, tiene la clara ventaja de que permite al militar sancionado decidir la impugnación jurisdiccional de la sanción sin el condicionamiento que puede suponer el temor de verse condenado en costas, esto es, de verse obligado a soportar no solo los gastos invertidos en su propia defensa sino también los de la Administración (lo que puede «actuar en desfavor de quien actúa jurisdiccionalmente», en la expresión que emplea el ATC 186/2000, de 24 de julio). La condena objetiva en costas puede llegar a ser uno de los «requisitos o consecuencias impeditivos, obstaculizadores, limitativos o disuasorios del ejercicio de las acciones» o «elemento de disuasión insuperable», tal y como en ocasiones se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional.

De acuerdo con los argumentos precedentes, no se advierte que el precepto cuestionado incurra en desigualdad lesiva del art. 14 CE, pues no existe término de comparación válido en el que sustentar el juicio sobre la supuesta desigualdad que se invoca.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6527-2011, planteada por el Tribunal Militar Territorial Primero.

Tribunal Constitucional (Sala Pleno). Auto núm. 119/2012, de 5 junio

RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR: PROCESO MILITAR.

HECHOS (RESUMEN)

Tuvo entrada en el Registro General de este tribunal un oficio del Tribunal Militar Territorial Primero al que se acompañaba, junto con el testi-

monio del correspondiente procedimiento, el Auto de fecha 31 de octubre de 2011, en el que se planteaba cuestión de constitucionalidad en relación con el art. 454 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, por posible vulneración del art. 14 CE.

...

Mediante Sentencia de 27 de abril de 2011, el Tribunal Militar Territorial Primero declaró vulnerados los derechos a la defensa y a la legalidad de un militar del Ejército del Aire, declarando igualmente su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la sanción anulada [en aplicación de los arts. 469 y 495 b) de la Ley Procesal Militar], en la cuantía que se determinase en el trámite de ejecución de sentencia.

...

El fiscal jurídico militar entendió que los gastos de representación y defensa técnica no constituyen un daño o perjuicio, sino que se integran en el concepto de condena en costas, que no cabe en el procedimiento contencioso-disciplinario militar (*ex art. 454 de la Ley Procesal Militar*). Por ello, considera que el único de los conceptos que podría integrarse dentro de la indemnización sería el de los daños morales sufridos por los catorce días de arresto, que fija en 60 euros por cada día de arresto sufrido, lo que suma 840 euros. Por su parte, el abogado del Estado, en la representación y defensa que ostenta, también considera que la indemnización debe valorarse en 60 euros por día de arresto, fijando la cantidad de 865,20 euros (por el incremento del IPC de 2010); y en cuanto al abono de los gastos de representación y defensa técnica, coincide con el fiscal en que, de conformidad con el art. 454 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 abril, Procesal Militar, «el procedimiento contencioso-disciplinario militar será gratuito y en él no podrá condenarse en costas ni exigir depósitos», por lo que no procede su abono por parte del Ministerio de Defensa.

...

Ese mismo día, por providencia de 5 de septiembre de 2011, el Tribunal Militar Territorial Primero insiste en los argumentos expuestos en el auto citado y declara que no se aprecia razón suficiente que funde la disparidad que se constata entre el art. 454 de la Ley Procesal Militar, que excluye la condena en costas en el contencioso-disciplinario militar, y el art. 139 LJCA, por lo que entiende que tal disparidad pudiera ser contraria al art. 14 CE, por lo que abre el trámite previsto en el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dando traslado a las partes y al Ministerio Fiscal Jurídico Militar. Tanto el fiscal como la Abogacía del Estado no consideraron pertinente el planteamiento de la cuestión de

inconstitucionalidad, al entender que la diferente ordenación de la condena en costas que se recoge en las dos jurisdicciones mencionadas está justificada, en atención a la especialidad de la jurisdicción militar. El militar reclamante estuvo conforme con el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad porque, a su juicio, la imposición a la Administración militar de las costas procesales implicaría la reparación integral del daño sufrido.

...

El fiscal general del Estado también pone de relieve que la cuestión de inconstitucionalidad carece notoriamente de fundamento, toda vez que la especialidad de la jurisdicción militar deriva de la organización jerarquizada propia de las Fuerzas Armadas y de la relevancia que la disciplina y las peculiaridades de la función militar poseen en la organización y funcionamiento de los ejércitos, lo que justificaría la opción del legislador por la supresión de la condena en costas, con la finalidad de eliminar cualquier posible impedimento disuasorio del ejercicio de acciones y recursos ante los correspondientes tribunales de dicha jurisdicción especializada. Argumentos que justifican la diferencia existente entre la Ley Procesal Militar y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en lo que a imposición de costas se refiere.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (RESUMEN)

...

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad tiene su origen en la solicitud que formula el militar reclamante de la indemnización de que, con el objeto de fijar la cuantía de la misma como consecuencia de la anulación de la sanción sufrida, también se tengan en cuenta los gastos que ha debido afrontar al ser asistido por abogado y procurador, pretensión que a juicio del Tribunal Militar no es posible atender, dado que el art. 454 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 abril, Procesal Militar, dispone que «el procedimiento contencioso-disciplinario militar será gratuito y en él no podrá condenarse en costas ni exigir depósitos». Por el contrario, tal y como también señala el Tribunal Militar Primero, el art. 139 LJCA, recoge, en su primer apartado, que «en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho» añadiendo, en el segundo párrafo de este mismo apartado, que «en los supuestos de

estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad». Asimismo, en el segundo apartado del citado art. 139 LJCA se contempla, en relación con las costas, que «en las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición».

...

Con respecto a los requisitos procesales, el fiscal general del Estado entiende que no concurre el juicio de aplicabilidad o relevancia, toda vez que no existiendo pronunciamiento sobre costas en la Sentencia de 27 de abril de 2011 del Tribunal Militar Territorial Primero, resulta de todo punto imposible hacerlo en fase de ejecución de sentencia. Así mismo, sostiene que los honorarios de letrado, en cuanto costas procesales, no pueden integrarse en modo alguno en el concepto de daños y perjuicios sufridos, razones por las que interesa que se inadmita la cuestión de inconstitucionalidad planteada, pues el art. 454 de la Ley Orgánica Procesal Militar no constituye norma aplicable al caso.

...

Por otro lado, el órgano judicial no plantea la cuestión de inconstitucionalidad una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar la resolución jurisdiccional procedente, tal y como dispone el art. 35.2 LOTC. Así, el Auto de 5 de septiembre de 2011 del Tribunal Militar Territorial Primero ejecuta la Sentencia de 27 de abril de 2011, de ese mismo tribunal, y reconoce el derecho del reclamante a ser indemnizado en la cuantía de 960 euros, dictando así la resolución final del incidente y notificando esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación. Por ello, no resulta pertinente que el Tribunal Militar, habiendo ejecutado ya la Sentencia, se plantee la duda de constitucionalidad respecto del art. 454 de la Ley Procesal Militar, con la finalidad de determinar otra eventual causa de indemnización, y, además, eleve la cuestión sin haber abierto una fase de prueba que acredite que los gastos forenses se han producido efectivamente.

...

Sin perjuicio de lo anterior, la cuestión planteada resulta notoriamente infundada en atención a las siguientes razones:

En primer lugar, es necesario recordar que, de acuerdo con el art. 117.5 CE, «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y

funcionamiento de los tribunales», lo que no resulta incompatible con la existencia de la jurisdicción militar, como jurisdicción especializada, pues tal y como se establece en dicho precepto «la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución». A partir del marco que fija el art. 117.5 CE, la jurisdicción militar presenta dos tipos diferenciados de competencias (de un lado, el conocimiento de los ilícitos penales y, de otro, el control jurisdiccional de la potestad administrativa disciplinaria), que dan lugar a dos procedimientos distintos: el penal militar y el procedimiento contencioso disciplinario-militar, respectivamente.

En consecuencia, el «ámbito estrictamente castrense» al que se refiere la Constitución para diseñar el marco competencial de la jurisdicción militar, como garante del mantenimiento de la disciplina y la eficacia de las Fuerzas Armadas, no abarca solo el conocimiento de los ilícitos penales tipificados en el Código penal militar, sino que también comprende, como ámbito competencial diverso, el control judicial de la potestad administrativa disciplinaria ejercida en los distintos escalones jerárquicos de la organización militar, y es en este ámbito en el que debemos situar el art. 454 de la Ley Procesal Militar, cuya inconstitucionalidad se cuestiona. Por tanto, la presente cuestión de inconstitucionalidad ha de abordarse teniendo en cuenta la especialidad de la jurisdicción militar, toda vez que el procedimiento contencioso-disciplinario militar es el cauce por el que se somete al control de los tribunales el ejercicio de la potestad sancionadora en la esfera castrense, para dar cumplimiento al art. 106.1 CE, y que se concreta en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, norma que hay que poner en conexión con el libro IV (dedicado a los procedimientos judiciales militares no penales) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en el que se incardina el cuestionado art. 454.

Por otro lado, la condena en costas es una figura de libre configuración legal y se rige por criterios muy diversos en las distintas leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares. Así, este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en múltiples ocasiones, entre las que cabe señalar el Auto 119/2008, de 6 de mayo, que inadmite a trámite una cuestión de inconstitucionalidad, y en cuyo fundamento jurídico 3 se afirma que, «con arreglo a una consolidada jurisprudencia de este Tribunal, de la que son buena muestra las SSTC 131/1986, de 29 de octubre; 206/1987, de 21 de diciembre, y 147/1989, de 21 de septiembre, y los AATC 171/1986, de 19 de febrero, y 24/1993, de 25 de enero,

y, más recientemente, las SSTC 170/2002, de 30 de septiembre, y 107/2006, de 3 de abril, y el ATC 259/2003, de 15 de julio, resulta que el art. 24.1 CE no ha incluido dentro de las garantías constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva la condena en costas, que es, en consecuencia, una figura de configuración legal. Lo que de modo congruente significa que el legislador es libre para, en el marco de la Constitución, definir su contenido y los requisitos que han de guiar la imposición judicial de las costas procesales», afirmación que es completada en el mismo fundamento jurídico cuando el Tribunal insiste en que «la contraprestación o el resarcimiento de los gastos causados en la propia defensa no es un derecho de la parte que vence en juicio y, por tanto, un derecho de contenido patrimonial del vencedor que el legislador no pueda legítimamente limitar, condicionar o, incluso, suprimir en determinados supuestos».

...

Sin embargo, la situación es distinta cuando, como en el caso que nos ocupa, nos encontramos ante una previa diferenciación de regímenes jurídicos. No parece adecuado plantear un juicio de igualdad con respecto a la diferente imposición de costas entre las jurisdicciones militar y contencioso-administrativa, pues el legislador ordinario, atendiendo a las peculiaridades propias de la primera, ha diseñado un procedimiento contencioso-disciplinario militar diferente al contencioso-administrativo ordinario, lo que hace que no estemos ante términos de comparación homogéneos.

En este sentido, es importante señalar, en la línea seguida por el Ministerio Fiscal, que si bien la exención de condena en costas tiene la desventaja de que la parte vencedora no obtiene la restitución de sus litisexpensas, tiene la clara ventaja de que permite al militar sancionado decidir la impugnación jurisdiccional de la sanción sin el condicionamiento que puede suponer el temor de verse condenado en costas, esto es, de verse obligado a soportar no solo los gastos invertidos en su propia defensa sino también los de la Administración (lo que puede «actuar en desfavor de quien actúa jurisdiccionalmente», en la expresión que emplea el ATC 186/2000, de 24 de julio). La condena objetiva en costas puede llegar a ser uno de los «requisitos o consecuencias impeditivos, obstaculizadores, limitativos o disuasorios del ejercicio de las acciones» o «elementos de disuasión insuperables», tal y como en ocasiones se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional.

De acuerdo con los argumentos precedentes, no se advierte que el precepto cuestionado incurra en desigualdad lesiva del art. 14 CE, pues no existe término de comparación válido en el que sustentar el juicio sobre la supuesta desigualdad que se invoca.

Por todo lo expuesto el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6664-2011, planteada por el Tribunal Militar Territorial Primero.

COMENTARIO CONJUNTO

Conjuntamente, al ser tres autos los precedentemente resumidos con petición de declaración de inconstitucionalidad por el mismo Tribunal Territorial Primero, y sobre el mismo artículo 454 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, por presunta vulneración de la igualdad del artículo 14, de la Constitución Española; el daño moral –privación de libertad– no se discute si es o no indemnizable, sino exclusivamente su cuantía, coincidiendo el Tribunal Territorial Primero, con el fiscal jurídico militar y el abogado del Estado en el concepto de «salario-día». Se separa este concepto de daños y perjuicios –genéricos–, aislado del concepto «costas procesales».

Tras argumentar que el gasto de abogado y procurador no pueden incluirse en el concepto «daños», sino, por el contrario, «tasas», tasas procesales, y así se centra el tema en justificar la diferencia entre la regulación de los procedimientos militar «gratuito» y la no equiparación con las «costas» en la jurisdicción contencioso-administrativa. Evidentemente, la ley disciplinaria militar excluye las «costas procesales», pero no se razona por el Tribunal Militar Territorial Primero una justificación que permita equipararla a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Indirectamente, al centrarse en las «costas procesales», se olvida el concepto «daños y perjuicios», o «daños morales», en el que coinciden todos los intervinientes, pero los «sancionados con arresto», de hecho, son olvidados en este auto y, en consecuencia, no les satisfacen los daños morales.

Tribunal Constitucional (Sala Pleno). Sentencia núm. 82/2012, de 18 de abril

En el Parque Natural de Bardenas Reales se integró el campo de tiro del Ministerio de Defensa, «efectividad diferida» al momento en el que se produzca el cese de uso militar (Ley Foral 10/1999, de 6 de abril, de declaración de Parque Natural).

Su modificación por Ley Foral 16/2000, de 29 de diciembre, es impugnada por la Abogacía del Estado, ya que la Ley incluye en el parque natural al aludido polígono de tiro sin salvaguarda alguna, sin autorización del Ministerio de Defensa y sin cumplir los requisitos de la Ley Orgánica de Recursos Naturales.

La Ley modificada, y tachada de inconstitucionalidad, no es declarada como tal por el Pleno del Tribunal Constitucional, pues considera válida y subsistente «la efectividad diferida al cese de la actividad militar» y, al futuro cumplimiento de la falta de requisitos, excepcionalidad suficientemente justificada en el preámbulo de la Ley Foral según entiende el Tribunal Constitucional.

Tribunal Constitucional (Sala Pleno). Auto núm, 7/2012, de 13 de enero

Contra decisiones y actos sin valor de ley emanados de las cortes o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas: objeto: Acuerdo de autorización de prórroga del estado de alarma declarado por Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, tras el cierre del espacio aéreo español a resultas de una supuesta actuación irregular de los controladores de tránsito aéreo: acto con contenido normativo o regulador, no subsumible dentro de la categoría de decisiones sin valor de ley: acto no recurrible por vía de amparo: inadmisión. Voto particular.

HECHOS (RESUMEN)

En nombre y representación de don P. M. G. de T. y 321 personas más, controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA, interpuso recurso de amparo contra el Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de diciembre de 2010, de autorización de la prórroga del «estado de alarma» declarado por Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre.

...

Una vez declarado el cierre del espacio aéreo, se comenzaron a tomar medidas en orden a gestionar tan anormal situación. Entre ellas, se aprobó el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre (*BOE* núm. 294, de 4 de diciembre), por el que se encomendó al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidas a la entidad pública empresarial AENA. La justificación de la medida vino dada –según se dice en la parte dispositiva– por «las circunstancias extraordinarias que concurren en el cierre del espacio aéreo español como consecuencia del conflicto provoca-

do por los controladores de tráfico aéreo que, mediante una acción concertada, han resuelto, sin aviso previo, no desarrollar en la tarde del día 3 de diciembre de 2010 su actividad profesional [...]».

Asimismo, se atribuyeron al jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire (JEMEA) las facultades absolutas laborales sobre los controladores aéreos, al amparo del art. 4.4.a) de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea y de la disposición adicional primera de la Ley 9/2010, de 14 de abril, tras la redacción otorgada por el Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, «de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo».

Por Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre (*BOE* núm. 295, de 4 de diciembre –extraordinario–), se declaró el estado de alarma al amparo del art. 4 c), en relación con los apartados a) y d), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (LOAES).

En su art. 3 se dispone que todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasan a tener la consideración de personal militar, sometidos a las autoridades militares y a las Leyes penales y disciplinarias militares, de conformidad con el art. 8 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar.

La justificación de la declaración del estado de alarma vino dada –según se expresaba en la exposición de motivos– por «las circunstancias extraordinarias que concurren por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia de la situación desencadenada por el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo» que constreñían el derecho a la libre circulación (art. 19 CE).

...

A partir de ese momento, cuando los recurrentes en amparo se van incorporando a sus puestos de trabajo reciben una notificación del JEMEA del siguiente tenor: «Por la presente le comunico que en virtud del Real Decreto 1673/2010 por el que se declara el estado de alarma pasa usted (...) a tener la consideración de personal militar, quedando a las órdenes directas de la autoridad militar designada en todo lo relativo a su servicio y función como controlador aéreo y sometido al régimen penal y disciplinario propio de las Fuerzas Armadas para el caso de negativa a cumplirlas».

...

En definitiva, según la demanda, parece que las leyes, los reglamentos parlamentarios y el Estatuto del Personal de las Cortes Generales son las normas de origen parlamentario excluidas del recurso de amparo, lo que permite concluir que el acuerdo impugnado en este proceso es un acto des-

provisto de toda fuerza normativa plenamente susceptible de recurrirse por la vía del art. 42 LOTC.

...

En cuanto al fondo de las vulneraciones aducidas en la demanda de amparo, los recurrentes sostienen que el Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de autorización de la prórroga del estado de alarma en los mismos términos en que fue declarado por el Real Decreto 1673/2010 incurre en los mismos vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad que aquel real decreto por falta del presupuesto fáctico para la declaración del estado de alarma y por transgredir los derechos fundamentales de los demandantes al acordar su militarización, lo que está constitucionalmente vedado en los estados de alarma.

...

Pues bien, a juicio de los recurrentes, la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 1673/2010 es ilegal e inconstitucional, vicios que se comunican al Acuerdo del Congreso de los Diputados objeto del presente recurso de amparo. Es ilegal por dos razones fundamentales: i) Porque no se cumplieron los presupuestos previstos en el art. 4 LOEAES para declarar el estado de alarma, ya que el art. 4 c) LOEAES (paralización de los servicios esenciales) no constituye un supuesto autónomo de los previstos en las letras a), b) y d) del mismo precepto, pues solo cuando no se garantice lo dispuesto en los arts. 28.2 y 37.2 CE y concurra, al mismo tiempo, alguna de las otras circunstancias contenidas en aquel precepto se podrá entender que la paralización de servicios esenciales para la comunidad constituye un presupuesto legitimador de tal declaración, pero no en otro caso. En otras palabras, si no concurre alguna de las tres situaciones de emergencia de las letras a), b) y d) del art. 4 LOEAES no puede declararse el estado de alarma por la mera paralización de un servicio esencial. Y es evidente que en este caso no concurría ninguno de esos tres supuestos. ii) Porque la designación como autoridad delegada del JEMEA no tiene amparo legal alguno, ya que, a diferencia del estado de sitio, la única autoridad delegada podría ser «el presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una comunidad» (art. 7 LOEAES). El art. 9.1 LOEAES contempla la sumisión de todas las autoridades, funcionarios, trabajadores al servicio de las diversas administraciones públicas bajo las órdenes directas de la autoridad competente, es decir, el Gobierno o, por delegación, el presidente de la Comunidad Autónoma correspondiente, pero solo para el caso de que «sea necesario para la protección de las personas, bienes y lugares», que estarán siempre bajo las órdenes de la autoridad competente.

...

De otra parte, dicen los demandantes que la medida de militarización que se acordó en el art. 3 del Real Decreto 1673/2010 es inconstitucional e ilegal, lo que implica que el Acuerdo del Congreso de los Diputados objeto de este recurso de amparo estaría convalidando y prorrogando una impropcedente militarización de los controladores.

Esta medida de militarización es, a su juicio, inconstitucional e ilegal por las siguientes razones: i) La declaración del estado de alarma no puede acarrear una limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas, limitación que ha comportado la militarización de los recurrentes en amparo, tratándose además de una opción solo prevista para los estados de excepción y sitio; ii) La aplicación de la jurisdicción militar solo está contemplada para el estado de sitio (art. 117.5 CE), en modo alguno para el estado de alarma; iii) El art. 12.2 LOEAES prevé la movilización del personal de las empresas y servicios intervenidos, lo que es distinto a la militarización que de por sí implica la pérdida de derechos fundamentales. Además, la Ley 50/1969, de 26 de abril, Básica de Movilización Nacional ha sido derogada por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, que no contempla la posibilidad de militarización forzosa de civiles; iv) La Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar solo prevé la aplicación del Código Penal Militar a personal no militar en supuestos de estado de sitio y nunca en los supuestos de movilización previstos en el art. 12.2 LOEAES; v) Resulta igualmente impropcedente la invocación que se hace en el art. 3 del Real Decreto 1673/2010 al art. 44 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, pretendiendo que este precepto dé cobertura legal a la militarización de los controladores aéreos. Dicho precepto, con independencia de que es preconstitucional, no se refiere a nada que tenga que ver con la militarización forzosa de personal civil, sino simplemente a las autorizaciones de aeropuertos o aeródromos privados.

...

En consecuencia, según los demandantes, el art. 12.2 LOEAES no puede interpretarse de ninguna manera que permita la militarización para el estado de alarma, sino que ha de interpretarse en el sentido de que lo que contempla es una movilización civil y no militar. Esta interpretación, además, es la única coherente con los arts. 7 y 9 LOEAES, que, como se ha indicado, solo contemplan como posible autoridad en el estado de alarma al propio Gobierno o, por delegación, al presidente de una comunidad autónoma, es decir, en todo caso a una autoridad civil, restringiendo la posibilidad de nombramiento de autoridad militar. La militarización, por tanto,

además de ser inconstitucional conforme a lo dispuesto en los arts. 55, 116 y 117.5 CE es ilegal según lo previsto en el art. 12.2 LOEAES.

...

A juicio de los recurrentes, la militarización también ha impedido o limitado el ejercicio de determinados derechos fundamentales por parte de los recurrentes en amparo, vulnerándose de esa forma los siguientes derechos fundamentales:

El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al juez predeterminado por la Ley (art. 24 CE), como consecuencia del sometimiento de los recurrentes en amparo a la disciplina militar y a la jurisdicción militar. La militarización ha llevado aparejada como consecuencia la sustracción de cualesquiera hechos fiscalizables por la jurisdicción ordinaria para que sean sometidos a la jurisdicción militar, quebrándose de esta forma los derechos fundamentales invocados.

El derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE), que los militares tienen limitado en virtud de lo dispuesto en el art. 178 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, que aprueba las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (RROO). Es indudable que durante el tiempo en que se prolongó el estado de alarma los demandantes de amparo se vieron afectados por esta limitación a la libertad de expresión, que, por mínima que fuera, supone un quebranto de la misma.

Derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE). El art. 180 RROO regula el ejercicio de estos derechos por parte de los militares y es público y notorio que en los momentos previos a la declaración del estado de alarma se sucedieron reuniones de los demandantes de amparo dados los acontecimientos excepcionales que comenzaron a suceder a partir del día 3 de diciembre de 2010 con el cierre del espacio aéreo y hubo una amplia repercusión, una vez declarado el estado de alarma, de la atribución a los recurrentes en amparo de la condición de personal militar. El militar tiene prohibida la asistencia de uniforme o haciendo uso de su condición de militar a reuniones políticas y sindicales. En este caso es evidente que desde la declaración del estado de alarma se subrayó la condición de militares de los recurrentes, por lo que su derecho de reunión quedó totalmente restringido conforme a los postulados de las RROO.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS (RESUMEN)

...

La cuestión a elucidar es la de cuál sea el significado, en este contexto y en el marco general de la Constitución y de la LOTC, de la expresión

«valor de Ley» del art. 42 LOTC y si, en concreto, el Acuerdo recurrido del Pleno del Congreso de los Diputados posee o no aquella cualidad.

...

Sin otra pretensión ahora que la identificación de esa categoría en relación con el específico objeto de este proceso de amparo, es manifiesto que son de subsumir también en la misma aquellas decisiones o actos parlamentarios que sin ser leyes o fuentes equiparadas a la ley, sí pueden, conforme a la propia Constitución, afectar a aquellas normas legales o asimiladas, esto es, excepcionarlas, suspenderlas o modificar su aplicabilidad legítimamente. Si la Constitución y el ordenamiento habilitan a determinados actos, decisiones o resoluciones parlamentarias para modificar de tal modo la aplicación de las leyes, no es de dudar que tales actos, decisiones o resoluciones ostenten ese genérico «rango» o «valor» de Ley que invoca para acotar su objeto el art. 42 LOTC, con la consecuencia de que los mismos son insusceptibles del recurso de amparo previsto en tal precepto y solo cabe impugnarlos ante este tribunal a través de los procesos constitucionales previstos en la CE y en la LOTC que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, normas y actos con fuerza o valor de ley. Ello sin perjuicio, como es evidente, de que los actos que puedan dictarse en aplicación de aquellos puedan impugnarse ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente y los órganos judiciales puedan, al enjuiciarlos, promover cuestión de inconstitucionalidad contra los actos, decisiones o resoluciones con valor o rango de ley de los que son aplicación cuando consideren que pueden ser contrarios a la Constitución.

...

En definitiva, se trata de decisiones o actos parlamentarios que, aunque no dictados en el ejercicio de la potestad legislativa de la Cámara ni revestidos, en consecuencia, de la forma de ley, configuran el régimen jurídico del estado de emergencia en cada caso declarado, repercutiendo en el régimen de aplicabilidad de determinadas normas jurídicas, incluidas las provistas de rango de ley, normas a las que, como ya hemos señalado, pueden, con taxativas condiciones, suspender o desplazar durante el período de vigencia del estado de emergencia de que se trate. Dada su cualidad de decisiones o actos parlamentarios con valor de ley, el cauce para residenciarlos ante la jurisdicción constitucional no es, en lo que aquí importa, el recurso de amparo del art. 42 LOTC, para el que basta la legitimación individual del art. 162.1.b) CE, sino el de inconstitucionalidad, con la legitimación que le es propia, o, en su caso, la cuestión de inconstitucionalidad. Se advierte así, en definitiva, la lógica institucional que subyace a la salvedad presente en el inciso inicial del art. 42 LOTC.

...

Así pues, con base en las consideraciones que se acaban de exponer, el Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de diciembre de 2010, de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, en tanto que no subsumible en la categoría de decisiones o actos sin valor de ley no es susceptible de ser impugnado a través del recurso de amparo previsto en el art. 42 LOTC (RCL 1979, 2383), lo que, como hemos anticipado, ha de conducir a la no admisión del presente recurso de amparo, por manifiesta inadecuación del procedimiento [art. 50.1.a), en relación con el art. 42, LOTC].

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir el presente recurso de amparo.

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA 2012

Dra. Eva María Bru Peral
Magistrado. Comandante auditor

DOMINIO PÚBLICO Y DERECHO PATRIMONIAL

Reversión expropiatoria

STS, sección 6.^a, de 15 de noviembre de 2012, Recurso 6619/2009.
Ponente: D. Carlos Lesmes Serrano.

Se analiza en esta sentencia la desafectación de los bienes objeto de expropiación que puede dar lugar a la reversión expropiatoria, cuando la finca expropiada no ha servido nunca para el fin objeto de la expropiación. El acto administrativo que da lugar al recurso judicial fue la resolución del director general de Infraestructuras de dicho ministerio, de fecha 23 de febrero de 2006, denegatoria de la solicitud de reversión de la finca denominada «Acampo de García», afectada de expropiación por el expediente denominado «Primera Zona de Embalse de Aeropuerto de Valenzuela», confirmada en alzada por la Resolución del Ministerio de Defensa de 31 de julio de 2006.

En este recurso (ROJ: STS 7984/2012) el Tribunal Supremo recuerda que

... el art. 54 LEF establece unos plazos taxativos para solicitar la reversión cuando la afectación al fin público no se hubiera producido o hubiere cesado la afectación, plazos ampliamente superados en nuestro caso si tenemos en cuenta la fecha de la expropiación y la de la solicitud de reversión, cir-

cunstancia a la que se une que ya en el año 1983 fue denegada otra solicitud de reversión, todo lo cual resulta difícilmente compatible con su afirmación de que nunca ha cumplido el fin para el que fue expropiada la finca.

Además, cuando se afirma la desafectación tácita o incluso la no afectación originaria de los bienes expropiados al fin público que justificó la expropiación, corresponde a la parte acreditar por actos concluyentes que de modo claro y rotundo tales circunstancias se han producido, sin que se deduzca del expediente ni de lo actuado en el proceso estos hechos, hechos que, por otra parte, entrarían en contradicción con la posición mantenida por la Sala de instancia al abordar la cuestión litigiosa, pues en ningún momento tiene por probado que los terrenos pertenecientes a la finca «Acampo de García» no hayan cumplido el fin de utilidad pública para el que fueron expropiados (FJ 2.º).

También sobre la «invalidez sobrevenida de la causa *expropiandi*» o la desafectación tácita», el Alto Tribunal llega a la conclusión de que:

las condiciones que la rigen no son determinantes de perjuicio alguno a la causa que justificó en su día la expropiación, pues como deduce la Sala de la pericial practicada el terreno expropiado, a pesar de las obras hechas en él para colocación de los nuevos depósitos, sigue manteniendo la función inicial de «Zona de Embalse de Valenzuela» de la base aérea, pues la extensión ocupada por los depósitos no es tan elevada como para perjudicar la posible escorrentía de las aguas procedentes de las instalaciones del aeropuerto, afirmaciones que al no ser desvirtuadas en este recurso impiden la apreciación del motivo (FJ 2.º).

Deslinde de vía pecuaria sobre terrenos de dominio público afectos a la defensa nacional

STS, sección 5.ª, de 8 de noviembre de 2012, Recurso: 702/2010.
Ponente: D.ª María del Pilar Teso Gamella.

En esta Sentencia el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado contra la Resolución de 29 de septiembre de 2008 de la directora general de Sostenibilidad en la Red de Espacios Naturales de la Consejería de Medio Ambiente, por la que se aprueba el deslinde de la vía pecuaria denominada «Colada del Bujeo al Cascajal y la Costa», declarando su nulidad, exclusivamente en cuanto dicho deslinde afecte a los terrenos de dominio público afectos a la defensa

nacional adscritos al Ministerio de Defensa del «Asentamiento del Bujeo 3.^a Batería Grupo Hawk». Así mismo, se realiza una distinción entre las competencias de la Administración autonómica y estatal.

Tal como se expone en esta Sentencia (ROJ: STS 7287/2012):

SEXTO.—*La resolución del recurso hace necesario partir de una reflexión sobre la naturaleza jurídica de la institución del demanio y de los bienes que lo integran. La propia expresión «bienes de dominio público» no hace referencia a una realidad unitaria, sino que engloba grupos de bienes muy heterogéneos que, justamente por eso, difícilmente pueden conducirse a un tratamiento jurídico uniforme. Y eso tiene consecuencias sobre su caracterización jurídica, como se demuestra por el hecho de que cada categoría de bienes demaniales se ha venido rigiendo antes y ahora por una normativa propia y específica, y ha sido solo en fechas recientes cuando se ha intentado construir una «parte general» del Derecho de los bienes demaniales a través de la ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Esta Ley, sin embargo, consciente de las dificultades que implica dar un tratamiento jurídico común a realidades tan diversas, se configura como una norma de carácter supletorio respecto de las normas especiales que disciplinan cada una de esas categorías de bienes (artículo 5.4).*

La Ley citada 33/2003 (artículo 5.1), recoge, siguiendo la tradicional división, entre bienes afectados al uso general o al servicio público, y en general, aquellos bienes que se estima preciso proteger y preservar de eventuales intromisiones y apropiaciones por parte de otros sujetos. Todo ello en relación con los principios históricamente asentados y constitucionalmente recogidos ahora ex artículo 132.2 de la CE, de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de estos bienes.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, la Ley 33/2003 ha recogido esta caracterización del dominio público como una modalidad del derecho de propiedad desde el momento que regula expresamente el régimen registral de los bienes demaniales y ordena a las administraciones públicas que procedan a la inscripción en los correspondientes registros de «los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción» (artículo 36). De todos modos, esta naturaleza y otras posibles, como constituir un título jurídico público de intervención, no son mutuamente excluyentes, sino que se complementan a la hora de determinar la significación y régimen jurídico de los bienes demaniales, pues la afirmación de que la Administración Pública es titular de dichos bienes no impide la concurrencia sobre ese mismo espacio

de competencias por parte de otras administraciones. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, Sentencia 247/2007 de 12 de diciembre, que siguiendo una doctrina constitucional consolidada, recuerda que «la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno ni la sustrae de las competencias que sobre ese espacio corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad» (FJ 21).

SÉPTIMO.—La impugnación del abogado del Estado ante la Sala de instancia, que el Tribunal acogió, se situó precisamente en esta perspectiva dogmática. Tras enfatizar que una porción de la vía deslindada discurría sobre terrenos de propiedad estatal destinados a la defensa nacional sobre los que se había erigido una base militar, el abogado del Estado reconoció expresamente en su demanda que «sobre un bien de dominio público estatal pueden ejercitar competencias el propio Estado, así como las restantes administraciones», del mismo modo que «en terrenos de dominio público de la Comunidad Autónoma podrá el Estado o las administraciones locales ejercer sus competencias, sin necesidad por ello de ser propietarios». Lo que negó el abogado del Estado, y la Sala de instancia acogió, es que la Comunidad Autónoma pudiera realizar sobre tales terrenos demaniales una operación, como la aquí contemplada, de deslinde de vías pecuarias, que como tal no se limita a fijar los límites de la vía, sino que lleva aneja la adquisición de la propiedad por la Comunidad Autónoma de los bienes deslindados, tal y como establece la Ley estatal 3/1995, de Vías Pecuarias en su artículo 8.3, a cuyo tenor «el deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad demanial a favor de la Comunidad Autónoma».

Ciertamente, en este punto hemos de dar la razón a la Sala de instancia, en cuanto asumió el planteamiento sostenido por el abogado del Estado, pues no es jurídicamente aceptable que la Comunidad Autónoma lleve a cabo una operación como la aquí concernida, de deslinde de una vía pecuaria, que produce por sí misma un efecto traslativo de la propiedad, con la consecuencia de despojar al Estado de bienes demaniales (en cuanto afectos a la defensa nacional) de los que es titular mediante un acto unilateral de la Comunidad Autónoma, y ello al margen de cualquier concertación con el Estado. Tal forma de actuar se revela frontalmente incompatible con la regla antes citada de inalienabilidad de los bienes demaniales que consagra el artículo 132 de la Constitución y recoge el artículo 6 de la tan citada Ley 33/2003 y asimismo resulta contraria a los principios de cooperación y colaboración entre las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias sobre el dominio público que este mismo artículo 6 recoge.

OCTAVO.—La Administración recurrente en casación insiste en que ostenta la competencia para deslindar vías pecuarias, pero eso realmente nadie lo discute, no, desde, luego la Administración demandante y ahora recurrida ni la Sala de instancia. Lo que se discute es si esa competencia puede ser ejercitada sobre terrenos ya demaniales del Estado, y la respuesta ha de ser negativa. Si la operación de deslinde de la vía pecuaria se encuentra en su desarrollo con terrenos integrantes del demanio, habrá de reconsiderarse su trazado, pero nunca persistir en un deslinde que invada el demanio del Estado y conlleve nada menos que la pérdida de su titularidad sobre dicho bien.

Por eso, no es argumento suficiente el carácter debido del deslinde tras el acto de clasificación de la vía pecuaria, a que asimismo se refiere la Comunidad Autónoma. Es verdad que una vez realizada la clasificación de la vía, la Administración competente, que es en el sistema actual de competencias la Comunidad Autónoma, ha de llevar a cabo el deslinde (artículo 8 de la Ley 3/1995), pero esta última operación deviene jurídicamente inviable, so pena de incurrir en un vicio de invalidez, en la medida que a través de ella se pueda alterar el dominio público estatal, pues la Comunidad Autónoma no puede invocar el título competencial relativo a las vías pecuarias para consumar una actuación que, de acuerdo con su regulación normativa, determinaría una consecuencia inasumible como es la alteración del dominio público del Estado.

Realmente, este problema no existía al tiempo de la realización de la clasificación de la vía pecuaria aquí concernida (año 1965, folios 49 y 50 del expediente administrativo), pues en el sistema preconstitucional no podía haber discordancia entre la titularidad del bien demanial afecto a la defensa nacional y la competencia para la clasificación y deslinde de la vía pecuaria, al corresponder ambas al Estado. Desde el momento que esa competencia en materia de deslinde de vías pecuarias se transfiere a las comunidades autónomas surge la posibilidad de tal discordancia, que no puede solucionarse del modo que ha pretendido la Comunidad Autónoma, por las razones que hemos explicado, y que ha de solucionarse, insistimos, mediante cauces cooperativos y/o mediante un nuevo trazado de la vía que no interfiera en el dominio público estatal.

NOVENO.—A la misma conclusión llegaríamos prescindiendo de este dato de la inalienabilidad del demanio y contemplando la cuestión desde el punto de vista de la concurrencia sobre el mismo espacio físico de las respectivas competencias del Estado y la Comunidad Autónoma.

En la reciente Sentencia de 23 de marzo de 2012 (recurso de casación n.º 6099/2008) hemos recordado, siguiendo precedentes de esta misma Sala

y Sección, que las competencias autonómicas y locales en materia de ordenación del territorio y medio ambiente no pueden terminar desvirtuando las competencias que la propia Constitución reserva con carácter exclusivo a la Administración General del Estado, aunque el uso que este haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio, ya que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esa competencia exclusiva por la existencia de las otras competencias, aunque sean también exclusivas, de las comunidades autónomas y los entes locales, pues ello equivaldría a la negación de la misma competencia que le atribuye la Constitución.

Concretamente, la defensa nacional constituye un ámbito de competencia estatal (art 149.1.4 CE) que bien puede calificarse de rigurosamente exclusiva, en el sentido de que las comunidades autónomas no ostentan competencias de ninguna clase sobre él. Por lo demás, se trata de un sector de la actividad estatal cuya relevancia ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional, que se ha referido en numerosas resoluciones a «los altos fines que el art. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional» (STC 179/2004 de 21 de octubre, entre otras).

Obviamente, en la medida que las actividades ligadas a la defensa tienen una indudable proyección o repercusión territorial, ni que decir tiene que en su regulación y desenvolvimiento son esenciales las técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas a que antes nos hemos referido.

En este caso, con toda evidencia, se advierte que la funcionalidad de esta unidad militar se revela incompatible con las finalidades propias de una vía pecuaria, como el servicio a la cabaña ganadera, o, más recientemente, el favorecimiento del contacto del hombre con la naturaleza y el entorno medioambiental a que está llamado el corredor ecológico en que se ha transformado la red de vías pecuarias, que es lo que se persigue con el acto administrativo del deslinde impugnado en la instancia.

Declaración de parque natural por comunidad autónoma en contradicción con zona previamente declarada de interés para la defensa nacional.

STS, sección 5.^a, de 29 de junio de 2012, Recurso 1819/2009.

Ponente: D. Mariano de Oro-Pulido López.

El Tribunal Supremo considera, pese a que el marco competencial diseñado por la Constitución determina la coexistencia de títulos compe-

tenciales con incidencia sobre un mismo espacio físico –se hace imprescindible desarrollar técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas–, que no es posible desvirtuar las competencias que la propia Constitución reserva con carácter exclusivo al Estado, aunque el uso que este haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio. Además, recuerda que al aprobarse la normativa de protección autonómica del Parque Natural del Estrecho, ya existían sobre el espacio físico diferentes unidades y establecimientos militares.

Tal como se contiene en esta Sentencia (ROJ: STS 4756/2012):

CUARTO.–En reciente sentencia de esta Sala y Sección de 23 de marzo de 2012 (recurso de casación n.º 6099/2008) hemos examinado un asunto que guarda numerosas similitudes con este que ahora nos ocupa, al ser las mismas las partes litigantes y versar el litigio sobre los mismos títulos competenciales en relación con la declaración de un espacio natural protegido. Decíamos entonces, y hemos de repetir ahora, que versando la cuestión debatida sobre la concurrencia de títulos competenciales, autonómico y estatal, sobre el territorio, hemos de comenzar nuestra respuesta recordando que, como hemos señalado en sentencia de esta Sala y Sección de 22 de marzo de 2011 (recurso de casación n.º 1845/2006), las competencias autonómicas y locales en materia de ordenación del territorio y medio ambiente no pueden terminar desvirtuando las competencias que la propia Constitución reserva con carácter exclusivo al Estado, aunque el uso que este haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio, ya que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esa competencia exclusiva por la existencia de las otras competencias, aunque sean también exclusivas, de las comunidades autónomas y los entes locales, pues ello equivaldría a la negación de la misma competencia que le atribuye la Constitución. No se puede olvidar que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva (como la aquí concernida), lo hace bajo la consideración de que la atribución competencial a favor del Estado presupone la concurrencia de un interés general superior al de las competencias autonómicas, aunque, para que el condicionamiento legítimo de las competencias autonómicas no se transforme en usurpación ilegítima, resulta indispensable que el ejercicio de esas competencias estatales se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarla para proceder, bajo su cobertura, a una regulación general del entero régimen jurídico de la ordenación del territorio.

Ciertamente, en estos casos en que el marco competencial diseñado por la Constitución determina la coexistencia de títulos competenciales

con incidencia sobre un mismo espacio físico, se hace imprescindible desarrollar técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas, ahora bien, cuando los cauces de composición voluntaria se revelan insuficientes, la resolución del conflicto solo podrá alcanzarse a costa de dar preferencia al titular de la competencia prevalente, que desplazará a los demás títulos competenciales en concurrencia.

Concretamente, la defensa nacional constituye un ámbito de competencia estatal (art. 149.1.4 CE) que bien puede calificarse de rigurosamente exclusivo, en el sentido de que las comunidades autónomas no ostentan competencias de ninguna clase sobre él. Por lo demás, se trata de un sector de la actividad estatal cuya relevancia ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional, que se ha referido en numerosas resoluciones a «los altos fines que el art. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional» (STC 179/2004 de 21 de octubre, entre otras).

Obviamente, en la medida que las actividades ligadas a la defensa tienen una indudable proyección o repercusión territorial, resulta obligado articular en su regulación y desenvolvimiento las técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas a que acabamos de referirnos, pero siempre partiendo de la base de que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esas competencias exclusivas so pretexto de la competencia medioambiental de la Administración autonómica.

En este sentido no estará de más recordar, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004, que la indudable peculiaridad de la función de defensa ha dado lugar a previsiones singulares en relación con el medio ambiente.

QUINTO.—Situados en esta perspectiva, y volviendo al examen del caso que ahora nos ocupa, coincidimos con la Sala de instancia en que los preceptos declarados nulos en su sentencia no superan el examen de legalidad, en la medida que a través del mismo la Junta de Andalucía impone unilateralmente al Estado unos deberes que van desde la necesidad de informe o autorización de la Administración autonómica con carácter previo a la realización de maniobras militares, hasta la simple y llana prohibición de realización de esa clase de ejercicios, pasando por la imposición de medidas correctoras que condicionan su desarrollo.

Así pues, estos preceptos trascienden ampliamente de la limitada y aparentemente neutra finalidad de articular un mecanismo cooperativo entre administraciones territoriales, para convertirse en un instrumento de intervención y limitación, encuadrable en la tradicionalmente deno-

minada actividad administrativa de policía, que se impone por la Comunidad Autónoma al Estado, y que llega al extremo de prohibir en ciertos supuestos el desenvolvimiento de la competencia estatal. A través de esta regulación, la Comunidad Autónoma no se limita a articular unos cauces cooperativos inofensivos para esa competencia exclusiva del Estado, sino que yendo mucho más lejos, pretende autoatribuirse una potestad de control sobre el desarrollo de la competencia estatal en materia de defensa nacional y Fuerzas Armadas, y lo hace además mediante unos sistemas y pautas de intervención que tratan de imponerse unilateralmente por la Comunidad Autónoma al Estado.

No nos hallamos, pues, ante meros instrumentos de articulación coordinada de distintos títulos competenciales, o ante una forma de materializar el deber de colaboración entre administraciones impuesto por la Constitución –art. 103– y la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas –art. 4–; antes al contrario, se trata de unos instrumentos de intervención y fiscalización impuestos por la Comunidad Autónoma, a través de los cuales esta pretende controlar el ejercicio por el Estado de una de sus competencias más típicamente exclusivas.

Sorprende, desde luego, la afirmación de la Administración recurrente en casación de que «en modo alguno se condiciona la práctica de maniobras militares y ejercicios de mando a la previa autorización de la Consejería de Medio Ambiente, por lo que –como no puede ser de otra forma– el ejercicio y el desenvolvimiento de la competencia: las prácticas militares dentro de los enclaves, se gestionan y ponen en práctica en la forma en que el Ministerio de Defensa y los mandos militares tienen por conveniente». Sorprende, decimos, esta afirmación, cuando los preceptos declarados nulos por la sentencia de instancia someten las maniobras militares, en algunos supuestos, a la autorización previa y fijación de condiciones por la autoridad autonómica, y en otros directamente las prohíben.

SEXTO.–Esta conclusión que hemos apuntado –la de que los preceptos controvertidos implican una intromisión en el ámbito de la competencia exclusiva estatal– no puede entenderse contrarrestada por el argumento, sostenido por la Junta de Andalucía, de que en determinados supuestos (que no se especifican ni razonan) la Administración estatal podrá denegar la cooperación solicitada y, en definitiva, pasar por alto de lo establecido en esos preceptos, ex art. 4 de la Ley 30/1992. Con tal razonamiento la propia Administración autonómica parece ser consciente del exceso que supone la regulación cuestionada, hasta el punto de asumir que la misma pueda no ser cumplida, pero lo cierto es que las limitaciones incorporadas a esos preceptos no establecen ninguna salvedad en tal sentido, al

contrario, se imponen al Estado de forma tajante y sin fisuras; a lo que hemos de añadir que en todo caso, de asumir el razonamiento de la Junta de Andalucía, se estaría dejando, al fin y a la postre, la aplicación práctica de la regulación reglamentaria en un nivel de inseguridad e incertidumbre incompatible con los principios de legalidad, certeza y seguridad jurídica, que se proyectan también, como no puede ser de otro modo, sobre las relaciones interadministrativas.

Menos consistente aún es el argumento también sostenido por la Administración recurrente en casación de que siempre cabrá el control jurisdiccional de las decisiones de la Administración autonómica que conllevan una limitación o prohibición para la realización de las maniobras y ejercicios militares. La legalidad de los reglamentos cuestionados se deriva de su propia regulación en sí misma considerada, con independencia y abstracción de las circunstancias casuísticas de su eventual aplicación práctica, por lo que no tiene sentido diferir el control de su legalidad al momento de la fiscalización de sus actos de aplicación, como si el único mecanismo de control de legalidad de las disposiciones reglamentarias fuera el de la llamada «impugnación indirecta».

SEPTIMO.—Por último, pero no menos importante, es necesario tener en cuenta que al tiempo de aprobarse la normativa de protección autonómica aquí concernida, ya existían sobre el espacio físico diferentes unidades y establecimientos militares (relacionados en el informe del Estado Mayor del Ejército, adjunto como documento n.º 3 al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo). Este dato de la preexistencia de esas dependencias militares no puede dejar de ser tomado en consideración, pues, siguiendo la doctrina expresada en el Auto del Tribunal Constitucional n.º 428/1989, de 21 de julio (referido a la pretensión de declarar un parque natural en una zona destinada a polígono de tiro), es cierto que las comunidades autónomas poseen la competencia de declarar espacios protegidos desde la perspectiva medioambiental, pero también lo es que la referida competencia no puede ejercerse de modo que quede menoscabada o invadida la competencia del Estado para declarar una zona como de interés para la defensa nacional, ya que el Estado no ha de verse privado del ejercicio de sus competencias por la existencia de una competencia autonómica; de manera que no resulta válido aprovechar o invocar la declaración de un territorio como parque natural por la Comunidad autónoma para inhabilitar la operatividad de una zona previamente declarada de interés para la defensa por el Gobierno de la Nación, pues en tales casos, apunta el Tribunal Constitucional, la acción estatal impide de raíz toda posibilidad de una acción autonómica de signo contrario.

No quiere decirse con ello que el Estado tenga libertad para desarrollar su competencia en materia de defensa y Fuerzas Armadas prescindiendo de toda consideración a las competencias autonómicas concurrentes sobre el territorio, simplemente se trata de que la Comunidad Autónoma no puede arrogarse competencia para imponer al Estado controles limitativos de su competencia exclusiva en esta materia.

Plan Parcial Operación Campamento

STS, sección 5.^a, de 28 de septiembre de 2012, Recurso: 1009/2011.
Ponente: D.^a María del Pilar Teso Gamella.

Se estudia en el presente recurso si puede subsanarse una falta de justificación por el planificador general en el cambio de clasificación del suelo, concretamente al desclasificar suelo no urbanizable de especial protección, después de haberse declarado judicialmente la nulidad de parte del plan por dicha causa. Ello se hace al hilo de la impugnación de dos autos de la misma Sala de instancia (recurso de casación n.º 2092/2011) dictados en ejecución de la Sentencia de la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de febrero de 2003 (recurso contencioso-administrativo n.º 1328/97), sentencia que había estimado en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, y que luego, mediante STS de 3 de julio de 2007 (dictada en el recurso de casación n.º 3865/2003) se declaró haber lugar, en parte, al recurso interpuesto contra la sentencia anterior, pero manteniendo la nulidad de algunas de sus determinaciones. Por ello, los actos administrativos impugnados en la instancia tienen por finalidad cumplir la Sentencia de 27 de febrero de 2003.

Tal como se expone en la Sentencia del Tribunal Supremo (ROJ: STS 6385/2012):

QUINTO.—Es imprescindible recordar, para la resolución de la cuestión que hemos enunciado en el fundamento anterior, que la sentencia en cuya ejecución se dictan los acuerdos impugnados es nuestra Sentencia de 3 de julio de 2007 (dictada en el recurso de casación n.º 3865/2003), que declaró haber lugar en parte al recurso interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de febrero de 2003 (recurso contencioso-administrativo n.º 1328/97) que, a su vez, había estimado en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid.

En concreto en el fallo de la citada sentencia dispusimos que «Sentencia que casamos, dejándola sin efecto, pero solo y exclusivamente en cuanto anula las determinaciones del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de fecha 17 de abril de 1997, por el que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, referidas a las UZI 0/07 'Montecarmelo' (PAU II-2), UZI 0/08 'Las Tablas' (PAU II-3) y UZI 0/09 'Sanchinarro' (PAU II-4), al API 09/15 'Cerro de los Gamos' y al APR 09/02 'Camino de los Caleros', en cuyos ámbitos desestimamos el recurso contencioso-administrativo».

De manera que en el ámbito al que se refiere la sentencia recurrida, y esgrimía sus pretensiones la recurrente en la instancia y ahora en casación, son aquellos no afectados por nuestra Sentencia de 3 de julio de 2007. En concreto, los relativos a UZI 'Arroyo del Fresno' y APR 10.02 'Instalaciones Militares de Campamento'.

SEXTO.—Los motivos de casación han de ser estimados lo que dará lugar al recurso, pues la cuestión que dejamos enunciada en el fundamento cuarto tiene una respuesta negativa, a diferencia de lo que declara la sentencia que se impugna.

Ciertamente, cuando se declara judicialmente la nulidad de unas concretas determinaciones del plan general, de algunas de sus normas, la aprobación posterior, en ejecución de sentencia, de una justificación, que pretende paliar esa ausencia de explicación en el procedimiento de elaboración de la disposición general, no puede considerarse que cumple y ejecuta la sentencia que declara la nulidad de una parte del plan general. Así es, no se puede subsanar, enmendar, o convalidar el plan nulo. Tampoco pueden conservarse los acuerdos de aprobación definitiva y otros que se mantienen como si las determinaciones del plan no hubieran sido declaradas nulas de pleno derecho. Y, en fin, no podemos considerar que ese posterior complemento de la justificación para la reclasificación de los terrenos pueda tener un alcance retroactivo para intercalarse en el lugar, dentro del procedimiento administrativo, en el que debió haberse proporcionado.

Las razones que seguidamente exponemos avalan esta conclusión.

La sentencia que se trata de ejecutar mediante los acuerdos impugnados en la instancia declara la nulidad de «aquellas determinaciones que suponen la desclasificación de terrenos clasificados en el Plan General de 1985 como Suelo No Urbanizable de Especial Protección» en determinados ámbitos que relaciona y que fueron alterados en casación.

De modo que se ha declarado la nulidad de una disposición de carácter general, de una norma de rango reglamentario, pues tal es la naturaleza de los planes de urbanismo, según venimos declarando desde antiguo,

pues «el Plan, que tiene una clara naturaleza normativa –Sentencias de 7 de febrero de 1987, 17 de octubre de 1988, 9 de mayo de 1989, 6 de noviembre de 1990, 22 de mayo de 1991, etc.», por todas, STS de 9 de julio de 1991 (recurso de apelación n.º 478/1989).

Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico reserva para las disposiciones generales que hayan vulnerado la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de superior rango la consecuencia más severa: la nulidad plena, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992. Y en el caso examinado basta la lectura de la Sentencia del Tribunal Superior y luego de este Tribunal Supremo para constatar que la nulidad se deriva de una flagrante infracción legal.

Este grado máximo de invalidez al que se somete a las disposiciones generales comporta que los efectos de la nulidad se producen ex tunc, desde el momento inicial, y, por ello, no pueden ser posteriormente enmendados. Tampoco advertimos razones para perfilar o ajustar tales efectos, pues la naturaleza del vicio de nulidad apreciado –la desclasificación de terrenos no urbanizables de especial protección que pasan a urbanizables sin justificación en la memoria–, el menoscabo para los derechos de los ciudadanos ante la imposibilidad de cuestionar ese contenido durante la sustanciación del procedimiento de elaboración de la norma, y fundamentalmente los siempre sensibles bienes ambientales concernidos en ese cambio de la clase de suelo, avalan la improcedencia de modular el evidente y contundente alcance de la nulidad plena.

Es cierto que la sentencia no declara la nulidad de todo el plan general, sino solo de algunas determinaciones urbanísticas, de algunas de sus normas, pero esta circunstancia, a que se refiere el auto recurrido, no altera ni priva del carácter de nulidad plena de aquellas que han resultado afectadas por dicho pronunciamiento judicial. La nulidad es de una parte del plan, pero esa parte es nula de pleno derecho, con los efectos propios de esta categoría de invalidez. De modo que no puede sostenerse con éxito que cuando se declara nula una parte de un texto normativo, y no en su integridad, se diluyan o mermen los efectos de esa nulidad plena.

Además se obvia someter a información pública, a pesar de lo indicado en el Auto de 10 de enero de 2012, el expediente según señala el Ayuntamiento de Madrid, en la página 23 de su escrito de oposición, por considerar que dicho trámite «solo es exigible cuando se introduzcan modificaciones sustanciales en la documentación del plan» y en este caso las modificaciones no lo eran, a juicio de la Administración. Quiere ello decir, en definitiva, que las determinaciones del Plan no han podido ser cuestionadas a la vista de la justificación contenida en la memoria.

SÉPTIMO.—La misma naturaleza normativa de las determinaciones del Plan, declaradas nulas, hace inviable la aplicación de los principios de conservación y de convalidación a que se refieren los actos administrativos impugnados en la instancia y la sentencia recurrida.

En efecto, la conservación prevista en el artículo 66 de la Ley 30/1992 se refiere a los «actos y trámites» y el presupuesto de hecho del que parte tal precepto es que se haya declarado la nulidad o se anulen «las actuaciones». Del mismo modo, la convalidación que se regula en el artículo 67 de la misma ley se refiere a los «actos anulables», permitiendo la subsanación, por su propia naturaleza, de los vicios de que adolezcan. Y las diferencias sustanciales entre el acto y la norma, su diferente régimen jurídico sobre la invalidez y el alcance de tales pronunciamientos, hace inviable la «aplicación analógica del artículo 66» de la Ley 30/1992 que se realiza en el auto recurrido (razonamiento tercero), que produciría no pocas distorsiones en el sistema.

Respecto de la convalidación de disposiciones generales hemos declarado, al aplicar el artículo 67 de la Ley 30/1992, que no procede respecto de los planes de urbanismo porque «En primer lugar, por tanto, porque está previsto para los actos administrativos y estamos ante una disposición general. En segundo lugar, porque los vicios de los que adolecen las disposiciones generales son vicios de nulidad plena respecto de los cuales carece de fundamento la convalidación invocada. Y, finalmente, y ligado al anterior, se hace preciso recordar que los vicios de invalidez en que pueden incurrir estas disposiciones generales son únicamente supuestos de nulidad plena, como revela el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (...)» (STS 21 de mayo de 2010 dictada en el recurso de casación n.º 2463/2006).

Igualmente, sobre la conservación y convalidación, hemos señalado que «no hay conservación ni convalidación de trámites necesarios en la aprobación de un instrumento de ordenación urbanística, dado que se trata de disposiciones de carácter general y la ausencia de requisitos formales, a diferencia de lo que sucede con los actos, acarrea su nulidad radical, según dispone categóricamente el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de manera que no es aplicable lo establecido en los artículos 62.1, 63.2, 64 y 66 de la misma ley. (...) Esta sala del Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de fechas 13 de diciembre de 2001 (recurso de casación 5030/1995), 3 de enero de 2002 (recurso de casación 4901/1995) y 10 de mayo de 2011 (recurso de casación 2072/2007) ha declarado que los preceptos contenidos en los artículos 64 y 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no son de aplicación a los reglamentos,

que se rigen por lo dispuesto en el artículo 62.2 de esta misma ley, según el cual los defectos formales en el trámite para la aprobación de las disposiciones de carácter general, cual es un plan general, tienen carácter sustancial y su deficiencia acarrea su nulidad de pleno derecho» (STS de 31 de mayo de 2011 dictada en el recurso de casación n.º 1221/2009).

OCTAVO.—La retroactividad de los actos invocada por la Administración para salvar los trámites del procedimiento de elaboración de la disposición general, incluida la aprobación definitiva, no encuentra amparo en la retroactividad que cita el artículo 67.2 de la Ley 30/1992, pues la elaboración de un complemento de la memoria para justificar ahora lo que se debió de justificar al elaborar el plan y cuya ausencia acarreó su nulidad, no puede alterar los efectos de la nulidad plena declarada judicialmente. No puede, en definitiva, servir de cobertura para conservar el procedimiento de elaboración de una norma reglamentaria, incluida su aprobación definitiva, tras la nulidad declarada por sentencia firme de sus normas, la aplicación de la retroactividad de los actos administrativos.

En otras palabras, al socaire de un acto administrativo posterior, de complemento de la memoria, no puede sanarse una nulidad plena que, por la propia naturaleza y caracterización de este tipo de invalidez, no admite subsanación o conservación. Recordemos, en fin, que esa eficacia extunc, antes mentada, impide introducir una justificación sobre el cambio de clasificación que provocó su nulidad y que ahora se pretende enmendar para evitar, en definitiva, el rigor de los efectos de la nulidad propios de la nulidad plena.

NOVENO.—Quizás se parte, en las resoluciones impugnadas en la instancia, de una premisa inexacta como es considerar que la falta de justificación en ese cambio de clasificación urbanística es un mero defecto formal que puede subsanarse a posteriori tras la nulidad declarada judicialmente.

Conviene reparar a estos efectos que esa carencia reviste un carácter esencial y sustantivo, pues afecta a la comprensión e impugnación del propio cambio normativo. Y sabido es que los trámites tienen un carácter medial o instrumental al servicio de una finalidad que en este caso, insistimos, se conecta con las garantías del ciudadano y la relevancia del medio ambiente, atendida la naturaleza del cambio de clasificación realizado.

No resulta preciso insistir, en este sentido, en la importancia, trascendencia y garantía que para los ciudadanos tiene la justificación expresada en la memoria del plan, para dar sentido a las determinaciones urbanísticas que introduce o modifica el planificador, como sucede con el cambio de clasificación de suelo no urbanizable de especial protección a suelo urba-

nizable. Únicamente puede combatirse aquello que se conoce y cuando se comprenden las razones por las que se realiza tal innovación. Y con mayor intensidad si ello tiene repercusión significativa sobre el medio ambiente.

DÉCIMO.—Los efectos propios de la nulidad plena impiden igualmente que el ordenamiento derivado, planes parciales y de sectorización puedan tener cobertura en las concretas normas declaradas nulas, como venimos señalando de modo profuso y uniforme en el ámbito urbanístico. En efecto, la nulidad de pleno derecho de la norma de cobertura, es decir, de la norma que es presupuesto necesario de las normas sucesivas derivadas de la misma, acarrea la invalidez de estas, al tratarse de una nulidad ad initio.

La solución contraria a la expuesta, que se postula en la sentencia que se impugna, además de infringir lo dispuesto en los artículos 9.3, 24 y 118 de la CE; 18.1 y 2 de la LOPJ; 72.2 y 103.4 de la LJCA, y 62.2 y 65 a 67 de la Ley 30/1992, cuya infracción se aduce en esta casación, pretende hacer tabla rasa sobre las diferencias entre la nulidad plena y la mera anulabilidad.

Lo anterior nos conduce, por tanto, a la estimación de los motivos invocados y a declarar que ha lugar al recurso de casación. También procede estimar el recurso contencioso administrativo contra los actos administrativos relacionados en el primer fundamento.

Traslado del Museo del Ejército a Toledo

STS, sección 4.^a, de 30 de octubre de 2012, Recurso: 570/2010.

Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.

El Tribunal Supremo resuelve el recurso, en sentido desestimatorio, interpuesto contra el Real Decreto 636/2.010, de 14 de mayo, por el que se regula el funcionamiento y se establece la estructura orgánica básica del Museo del Ejército.

Tal como se razona en la Sentencia citada (ROJ: STS 7083/2012):

Las resoluciones del Consejo de Ministros no están condicionadas por las «órdenes» que dé el presidente del Gobierno, de tal manera que los vicios de esas supuestas «órdenes» lastren la eficacia de unos acuerdos que solamente serían válidos si se adoptasen a su amparo. Nuestro ordenamiento encomienda la potestad reglamentaria al Gobierno como órgano colegiado, compuesto por el presidente, los vicepresidentes y los ministros (artículos 97 de la Constitución y 1 y 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno). Y en esos preceptos solamente se sujeta el ejercicio de esa potestad a la Constitución y a la Ley, sin que en ninguna norma de nues-

tro ordenamiento se establezca una ordenación de las fuentes del Derecho tan personalista como la que pretende la asociación recurrente. Es más, los reglamentos que pueda dictar el presidente del Gobierno tienen la misma forma de real decreto y no guardan con las normas aprobadas por el Consejo de Ministros una relación de superioridad o jerarquía, sino de competencia, teniendo el mismo rango (artículo 23.3.1.º de la Ley del Gobierno).

Por otra parte, en este supuesto, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, prevé que los museos se creen mediante real decreto (art. 61.2). Por lo que no hay ningún impedimento para que su organización básica y su sede se establezcan mediante una norma del mismo rango, como aquí ha sucedido. Y ninguna norma con rango superior (rango de ley) reserva el Salón de Reinos del Palacio del Buen Retiro, ni ningún otro lugar concreto, al Museo del Ejército. Es por tanto una potestad discrecional del Gobierno al regular la estructura orgánica del museo en cuestión establecer su sede, en el sentido de que puede optar por varias alternativas, todas ellas igualmente válidas y lícitas, siempre, claro está, que no incurra en arbitrariedad o desviación de poder. Y para descartar estas infracciones del ordenamiento basta con remitirnos al Decreto 335/1965, de 5 de febrero (*BOE* de 27 de febrero), derogado por el real decreto ahora recurrido [Disposición derogatoria, párrafo d)], por el que se creó el Patronato del Museo del Ejército, y que ya dispuso en su artículo primero que se encomendaba a ese órgano «la misión de organizar y llevar a cabo el traslado de todos los elementos que constituyen el actual Museo del Ejército a los locales que con este fin se han habilitado en el reconstruido Alcázar de Toledo» (FJ 2.º).

TRIBUTARIO

Impuesto de sociedades y contratación administrativa. Gastos deducibles

STS, sección 2.ª, de 20 de abril de 2012, Recurso: 1989/2008.
Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Mico.

El Tribunal Supremo analiza si son gastos necesarios a los efectos del impuesto de sociedades, por la complejidad técnica que para Shell España supone un correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de los pliegos de cláusulas administrativas fijadas por el Ministerio de Defensa para los contratos de suministro de combustibles y lubricantes.

Tal como se establece en la Sentencia (ROJ: STS 3428/2012):

Partiendo de que los artículos 13 de la Ley 43/1995 y 111 del Reglamento no contienen una relación exhaustiva de gastos deducibles, es evidente que no debe excluirse que, aparte de las que allí se enumeran existan otras partidas igualmente deducibles en tanto que gastos necesarios para la obtención de los rendimientos, pero en virtud del régimen de carga de la prueba establecido en el artículo 114.1 de la Ley General Tributaria, corresponde a quien pretende la deducción acreditar no solo la existencia del gasto, sino también su naturaleza y finalidad, o, lo que es lo mismo, la conexión existente entre el gasto realizado y la generación de rendimientos.

Debe recordarse que, en virtud de lo que se dispone en el citado artículo 114 de la Ley General Tributaria, «tanto en el procedimiento de gestión como en el de resolución de reclamaciones, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos normalmente constitutivos de los mismos», lo cual está relacionado con el actual artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –antiguo artículo 1214 del Código Civil.–, que establece la regla a efectos de determinar a quién le corresponde la carga de la prueba en la acreditación o afirmación de hechos o derechos, y sin olvidar que en función de lo que se determina en el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los actos administrativos tienen la presunción de validez, correspondiendo siempre al interesado la carga de la prueba a efectos de poder desvirtuar dicha presunción legal.

La realidad del gasto debe de ir acompañada de una prueba con la acreditación del gasto mediante facturas, y no mediante su simple contabilización, ya que el mero apunte contable nada dice por sí solo; la realidad del gasto debe ser acreditada y patentizada mediante algo más que un mero asiento contable, porque así lo exige el artículo 114 de la Ley General Tributaria, que atribuye la prueba de los hechos constitutivos de un derecho a aquel que lo alega, y, en el presente caso, a quien pretende beneficiarse como gasto deducible por ser necesario para la obtención de los ingresos.

El concepto de gasto deducible va necesariamente asociado, en relación de causalidad directa, a su necesidad «para la obtención de los ingresos», además de que debe estar documentalmente justificado y tener su reflejo contable, debiéndose imputar a la base imponible del ejercicio de su procedencia. Pues bien, partiendo del carácter del repetido carácter de gasto deducible, conforme a la normativa aplicable al ejercicio liquidado –1996– la cuestión sobre la procedencia de su consideración en la liquidación practicada por la Inspección depende del hecho de que la prueba de

dicho gasto y de su vinculación con los ingresos sea objeto de acreditación por el sujeto pasivo a través del adecuado medio de prueba.

En el supuesto que nos ocupa, la Inspección rechazó la deducibilidad de tales gastos por la falta de justificación de la necesidad del gasto para la obtención de los ingresos, lo que fue confirmado por la resolución del TEAC combatida.

La recurrente sostiene que los pagos respondían a comisiones pagadas relacionadas con los contratos de suministro de combustible al Ministerio de Defensa español y que no se podía aportar el contrato con las empresas a las que se abonaban tales comisiones, dado el procedimiento a seguir, pues las citadas comisiones se abonaban porque tras la publicación de un concurso de suministro de productos era necesario una actuación encaminada a traducir la caracterización oficial de cada uno de los productos (según especificaciones de la OTAN) para enfrentarla a la gama de productos que posee y puede suministrar la compañía.

Sin embargo, la Inspección apreció que, a efectos de justificar la deducción del importe pagado, solo se aportaron las facturas pagadas que llevaban una numeración correlativa en las que no se identifica la empresa destinataria ni figura el código de la empresa luxemburguesa. Tampoco se aportó documentación justificativa de los trabajos de traducción que se dicen efectuados para cada concurso y en los que fueron aportados sigue sin figurar los datos identificativos de la persona que los efectúa ni de la empresa para las que se realizaron. Tampoco se justifica la necesidad de acudir a una empresa extranjera para llevar a cabo estos trabajos.

La sentencia de instancia ha valorado que la entidad no ha presentado pruebas fehacientes de que estos gastos pagados lo fueran en beneficio o utilidad de la empresa Shell España, S. A. (conforme al art. 114 de la LGT a ella le incumbe la carga de la prueba), y dice la Inspección que en los documentos aportados no consta que Shell fuera la destinataria de esos servicios, por lo que deja sin acreditar uno de los requisitos necesarios para determinar que Shell, pagadora de esos gastos necesarios, fuera la destinataria de los servicios abonados. Toda documentación tendente a acreditar un gasto susceptible de deducción por su propia naturaleza debe ser exhaustivo y detallado donde se relacione el servicio prestado y a quién y ello es lo que no consta en el presente caso, por lo que debe reputarse correcto el criterio de la sentencia recurrida de no considerar suficientemente acreditado la justificación del gasto ni la correlación de los ingresos, no siendo por tanto deducibles.

En cualquier caso, como advierte el abogado del Estado, lo que en el fondo hace la recurrente es reprobar la valoración que de la prueba reali-

zó la sentencia recurrida para acabar reconduciendo la infracción a una falta de motivación.

En efecto, la recurrente ha aplicado su esfuerzo a desvirtuar una apreciación probatoria de la Sala que, como tal, esté excluida de su posible revisión en vía casacional.

Lo que la recurrente reprocha es la ausencia de motivación o razonamiento de la prueba practicada; esta actividad procesal, si bien está sujeta en su práctica y desarrollo a distintas formalidades y se expresan a través de resoluciones judiciales (providencias o autos), la valoración de la misma por el tribunal no se expresa a través de una específica resolución, que exija también específica motivación, sino que, como dice el artículo 209.2 de la LEC, se integra como una de las partes de la sentencia en la que el juzgador se ha de limitar a valorar la prueba, pero en modo alguno a motivar aquella valoración. Es decir, la sentencia motiva la decisión y valora o aprecia la prueba practicada. La sentencia se motiva; la prueba se valora. Tratándose en este caso de pruebas sometidas a la sana crítica del juzgador, debería la recurrente haber acreditado la infracción de las normas sustantivas de la prueba si es que la valoración hubiera resultado arbitraria, contraria al buen sentido o inicuo su resultado, únicos casos a los que se extenderían las facultades de revisión de la prueba libre en vía casacional.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Concepto de acto de servicio

STS, sección 6.^a, de 24 de julio de 2012, Recurso: 4274/2010.

Ponente: D. Agustín Puente Prieto.

El Tribunal Supremo recuerda el principio de responsabilidad objetiva y la jurisprudencia sobre la carga de la prueba en materia de responsabilidad del personal de las Fuerzas Armadas, que ha de matizarse con la jurisprudencia que distingue entre los daños y perjuicios sufridos por la prestación del servicio normal de los de funcionamiento anormal, de forma que en los primeros el servidor público asume voluntariamente un riesgo que excluye la antijuridicidad, y en los segundos se ha de diferenciar si la deficiencia obedece a otros agentes con o sin la concurrencia del propio perjudicado.

Tal como se recoge en la Sentencia citada (ROJ: STS 6053/2012):

CUARTO.—Los dos motivos han de ser examinados conjuntamente dada su íntima conexión y, al efecto, ha de recordarse que la valoración de los hechos efectuada por el Tribunal de instancia ha de respetarse en el ámbito casacional, pues está vedado por la ley rectificar dicha valoración por esta Sala, salvo en los excepcionales supuestos en que se alegue infracción de normas sobre valoración de prueba tasada o cuando, con base en lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución, se invoque la ilógica o arbitraria valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida.

En el presente caso, es evidente que el Tribunal de instancia, según recogíamos anteriormente, ha partido de la afirmación de que la actuación de la Administración ha de encuadrarse en un supuesto de funcionamiento normal de la misma, por cuanto que, como afirmación de hecho, entiende que el salto dentro de una operación desarrollada entre las 9:50 y las 13:05 horas, no consta que se efectuara en condiciones adversas de viento, según consta al folio 55 y documentos aportados a las actuaciones como respuesta a la prueba propuesta por el actor.

Por otro lado, la sentencia afirma que no consta que las lesiones sufridas por el recurrente se debieran a algún fallo o problema mecánico del paracaídas, afirmando expresamente en los fundamentos de derecho que así se desprende de lo que resulta, no solo de los informes obrantes en las actuaciones, sino incluso del examen de las fotografías obrantes al folio 123 en relación con las del folio 36 del propio expediente administrativo.

En relación con las circunstancias meteorológicas en que se produjo el salto origen de la lesión, y partiendo de la hora en que la total operación se produjo, es evidente que ni siquiera cabe aceptar las rachas máximas de viento acaecidas en el día en que se produjo el salto, pues este, como destaca la sentencia recurrida en el fundamento de derecho cuarto, si bien fue de 43 km/h de 360°, ello está referido a una hora en que las operaciones habían finalizado a las 13:05 horas y se produjo a las 16:40 horas. Basta, por tanto, con examinar el folio 186 de estas actuaciones de instancia, donde consta la gráfica del viento existente en aquel día, para concluir que esa racha de viento es indicativa de la intensidad del mismo en ese momento posterior; mientras que, por el contrario, durante las horas en que se produjo la operación las rachas de viento eran no superiores a 6 km/h, lo que evidencia la correcta apreciación de la prueba por el Tribunal de instancia.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que, como la propia sala pone de manifiesto en la sentencia recurrida, el principio de responsabilidad objetiva y la jurisprudencia sobre la carga de la prueba en materia de responsabilidad del personal de las Fuerzas Armadas que prestan servicio

para la Administración del Estado, ha de matizarse con la jurisprudencia de esta Sala formulada al efecto que distingue entre los daños y perjuicios sufridos por la prestación del servicio normal de los de funcionamiento anormal. Y si bien en los primeros el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que de acuerdo con la ley tiene el deber jurídico de soportar, lo que excluye la antijuricidad de la actuación administrativa, no viniendo obligada la Administración a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial más que con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, solo en los segundos, cuando existe un funcionamiento anormal de servicio público, ha de distinguir entre si la deficiencia o normalidad es consecuencia exclusiva de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta, como pone de relieve el Tribunal de instancia y esa jurisprudencia de esta Sala, sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, faltando el nexo causal, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes, con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado, de forma que solo cuando ninguna participación hubiese tenido el funcionario o servidor público perjudicado en el resultado producido, habría de ser resarcido por la Administración Pública hasta alcanzar la plena indemnidad.

Es precisamente en aplicación de esta jurisprudencia y en base a los elementos de hecho correctamente valorados por el Tribunal de instancia, y no cuestionados eficazmente por el recurrente, como ha de resolverse el presente recurso, partiendo de la base como hace la sentencia de instancia de que nos encontramos ante un caso de funcionamiento normal de la Administración, por lo que la responsabilidad por los perjuicios cuya indemnización se solicita no ha de recaer sobre la Administración, sino en los términos derivados de la regulación de la situación estatutaria con el reconocimiento de la pensión que ya se ha efectuado, sin que sea ni mucho menos ilógica o arbitraria la conclusión que realiza el Tribunal de instancia de la falta de acreditación, siquiera sea indiciaria, de ningún fallo mecánico, así como la lógica suposición de que la lesión del brazo deriva de haber pasado el mismo por encima de la cinta extractora, según resulta –y expresamente hace mención a ello el tribunal sentenciador– de las fotografías obrantes en el folio 123 en relación con las del folio 36 del expediente administrativo, respecto a cuyo extremo ninguna objeción se formula por el recurrente y sin que la experiencia del interesado, que hasta entonces había realizado seis lanzamientos en el curso básico y otros dos la semana anterior al accidente, sirvan para acreditar la existencia de ningún fallo mecánico no apreciada por la sentencia recurrida.

En consecuencia, procede la desestimación del presente recurso de casación y la confirmación por ello de la sentencia recurrida.

Daños derivados de la actividad del Polvorín de Barranco Seco

STS, sección 4.^a, de 9 de marzo de 2012, Recurso: 1441/2011.

Ponente: D.^a Celsa Pico Lorenzo.

El Tribunal Supremo confirma la Sentencia desestimatoria de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 5.^a, de 19 de enero de 2011, recurso 154/08, en donde se impugnaba por el Colegio Heidelberg, S. A., la Resolución del Ministro de Defensa de 26 de julio de 2007, confirmada en reposición por la de 18 de marzo de 2008, que desestimaba la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración cuantificada en la suma de 26.468.223,60 euros. Los argumentos de ambas partes eran, por un lado, la pretensión actora sustentada en el daño derivado de la actividad del Polvorín de Barranco Seco permitiendo consolidar las instalaciones del Colegio, que habría de ser clausurado, la oposición de la Administración que niega daño real alguno, así como que la declaración de la zona como de seguridad deriva de 1982. Por otra parte, en el presente procedimiento debe partirse de que la OM 161/1982 fue declarada nula por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Quinta, de 6 de julio de 2010, recurso 64/2006.

El Tribunal Supremo confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional reproduciendo sus fundamentos (ROJ: STS 1514/2012):

... no se reclama un daño efectivo, sino un futuro e incierto (clausura de las instalaciones y subsiguientes traslado del centro escolar), lo que se encuentra fuera del ámbito material de la responsabilidad patrimonial.

Tras ello, en el SEXTO declara que lo anterior sería suficiente para la desestimación del recurso. Añade que «la situación de riesgo que con tanta perseverancia se viene aludiendo a lo largo del escrito de demanda, en su caso, la ha admitido desde el principio la actora, toda vez que la existencia del Polvorín data de los años cuarenta del siglo anterior, circunstancia conocida por todos los habitantes del lugar, con lo cual al comenzar las obras del Colegio Heidelberg y del resto de instalaciones, ya era conocida su existencia, y, desde luego, por la corporación municipal que otorgó las oportunas licencias, aunque si bien conforme a la legislación de esa época (años 70 del pasado siglo), no existía entonces constituida la zona de seguridad, por lo que la propia actora bien pudo adoptar sus propias medidas de seguridad al ubicar edificaciones destinadas a colegio en una zona relativamente cercana a un polvorín del Ejército».

De cualquier manera, según los informes técnicos que obran unidos a los autos, y solicitados a instancia de la parte recurrente, «los riesgos para los usuarios de la carretera de acceso al colegio y para el personal situado en las instalaciones del colegio, son permisibles». (Informe de 3 de septiembre de 2010 del Tcol CIP Torcuato, jefe de la Sección de Supervisión de Proyectos).

En un informe anterior, de 20 de diciembre de 2009, del TCol. Torcuato, pero más extenso y acompañado de reportaje fotográfico, se expresa en similares términos que el anterior y que damos por reproducido.

Igualmente, de todos los informes obrantes en el expediente administrativo, de ninguno de ellos se deduce la existencia de un especial riesgo o peligrosidad, sin perjuicio de poder adoptar medidas correctoras y otras como reducir munición trasladando las minas contracarro a la Península, con objeto de minimizar los efectos de una posible explosión.

La Sala, a tenor de estos informes, «no observa la peligrosidad y el riesgo en los términos pretendidos por la parte demandante, lo que no implica su conformidad con que instalaciones tan sensibles se encuentren ubicadas en esa zona, para la que, precisamente la Administración, la ha delimitado como zona próxima de seguridad, y lo ha hecho de acuerdo a la legislación de la materia, que está integrada en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, ‘de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional’ y el ‘Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional’, aprobado por RD 689/1978, mediante la OM 161/1982, estableciendo que las instalaciones militares del Polvorín de Barranco Seco (Gran Canaria) se considerarán incluidas en el grupo tercero del Reglamento, que comprende ‘los depósitos de municiones de gran calibre o de gran cantidad de municiones de alto explosivo’ (art. 25.2)».

«Ello implica por parte de la Administración el ejercicio de potestades conferidas por la Ley, siendo así que la delimitación de zona próxima de seguridad implica una carga que han de soportar los ciudadanos afectados por ella, sin perjuicio del derecho a las posibles indemnizaciones a que hubiere lugar en caso de limitaciones de derechos o facultades, lo que habría de determinarse en expediente contradictorio aparte y ajeno al de responsabilidad patrimonial que aquí se dilucida; pero, de cualquier manera, tal ejercicio de potestades administrativas priva su actuación del requisito de la antijuricidad, elemento indispensable en esta figura jurídica, porque solo existen daños antijurídicos cuando la víctima no tiene el deber de soportar el daño, deber que surge por todas, STS de 12 de junio de 2001, de la concurrencia de un título que lo imponga, contrato previo, o cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria, como ocurre en nuestro caso, que de-

termina que los afectados por la declaración de zona próxima de seguridad, mediante la OM 161/1982, se vean afectados por una situación especial de sometimiento a la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional y a su reglamento aprobado por RD 689/1978».

Razones todas ellas que conducen a concluir no concurren los requisitos necesarios para dar lugar a la responsabilidad patrimonial.

Finalmente, en el SEPTIMO, respecto al pedimento sobre el derecho a trasladar las instalaciones del Colegio Heidelberg, S. A. a otro lugar, por no haber cesado el daño y el riesgo, lo reputa improcedente y cuestión ajena al propio recurso al no tener conexión alguna con lo resuelto por la Administración en un expediente de responsabilidad patrimonial.

Por las mismas razones anteriores, no acoger la petición subsidiaria de que sea declarado el deber de la Administración militar de proceder a iniciar el procedimiento de expropiación de todas las instalaciones del Colegio Heidelberg y los terrenos en que el mismo se enclava (FJ 1.º).

Responsabilidad patrimonial derivada de anulación de sanción a guardia civil

SAN, sección 5.ª, de 21 de marzo de 2012 (ROJ: SAN 1617/2012), Recurso: 1855/2009.

Ponente: D. José Luis Gil Ibáñez.

En la presente sentencia debe partirse de los antecedentes de hecho que en la misma se recogen:

El 1 de octubre de 2003 se acordó instruir al sargento de la Guardia Civil hoy demandante un expediente gubernativo, seguido con el número 104/03, disponiéndose el cese de funciones por tres meses.

En el mismo expediente, por Resolución de 24 de junio de 2004, del Ministro de Defensa, se acordó el pase del interesado a la situación de suspenso de funciones. Interpuesto recurso de reposición, fue desestimado por Resolución de 28 de diciembre de 2004, del Ministro de Defensa.

Como consecuencia de lo anterior, por Resolución de 2 de septiembre de 2004, del Ministro del Interior, se acordó el cese en el destino ocupado.

El expediente gubernativo indicado terminó con la Resolución de 22 de junio de 2005, del director general de la Guardia Civil, por la que se le consideró autor de una falta muy grave prevista en el artículo 9, número 9, de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, y se le impuso una sanción de seis meses y un día de

suspensión de empleo. Deducido recurso de alzada, fue desestimado por Resolución de 15 de diciembre de 2005 del Ministro de Defensa.

Formulado recurso contencioso-disciplinario militar, fue estimado por Sentencia de 9 de mayo de 2007, de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, que revocó las resoluciones impugnadas «por no ser ajustadas a Derecho, al haber infringido el derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución, y por haber vulnerado los artículos 25.1 y 9.3 de la Constitución en cuanto a los principios de legalidad y tipicidad y el artículo 9.9 de la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Revocación que supone la supresión de la sanción y la desaparición de su anotación, así como la de todas aquellas medidas dictadas con motivo de las anteriores resoluciones». El recurso de casación preparado por el abogado del Estado se tuvo por desierto por Auto de 14 de septiembre de 2007, de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (AH I.º).

A partir de aquí, presentada solicitud de responsabilidad patrimonial, primeramente fue desestimada de forma presuntamente, dictándose, no obstante, por la ministra de Defensa Resolución de 30 de abril de 2010 en la que se estima en parte la reclamación, reconociendo la existencia de responsabilidad patrimonial y el derecho a una indemnización de 1.771,50 euros. De esta forma, quedando el recurso circunscrito al importe de la indemnización solicitada la Audiencia nacional fija lo siguiente:

SEGUNDO.—Los anteriores criterios rectores rigen el análisis de los conceptos reclamados si bien ha de realizarse una precisión previa, puesto que las partidas reclamadas incluyen las consecuencias de tres tipos de actuaciones que han de diferenciarse y que, además, tienen diferente fundamento jurídico: cese en funciones, suspensión de funciones y suspensión de empleo. A este respecto, ha de advertirse que lo que el Tribunal Militar Central anuló fue la resolución imponiendo la sanción de suspensión de empleo, así como la que desestimó el recurso de alzada deducido contra la misma, no las que acordaron el cese y la suspensión de funciones, que, por más que tengan en común el marco de un expediente gubernativo, se sujetan a presupuestos diferentes, sin que conste que las resoluciones disponiendo el cese y la suspensión de funciones hayan sido declaradas disconformes a Derecho, por lo que los perjuicios causados por las correspondientes resoluciones no son antijurídicos ni, en consecuencia, han de resarcirse.

Por consiguiente, los perjuicios deben, de entrada, quedar reducidos a los efectivamente causados por las resoluciones anuladas, pues es dicha anulación la que constituye la base de la responsabilidad patrimonial, ha-

bida cuenta de que no puede, en este proceso, discutirse la disconformidad a Derecho del cese en funciones y de la suspensión de funciones, sometidos, como se ha dicho, a presupuestos distintos.

Complemento de productividad no percibido.

Inicialmente, el actor pedía en concepto de «restitución profesional salarial» las sumas de 8.725,50 euros por el complemento de productividad no percibido y la de 1.771,50 por el complemento específico singular que tampoco se le abonó, si bien el derecho a esta última partida ha sido reconocido a favor del reclamante en la Resolución expresa de 30 de abril de 2010, por lo que solo ha de estudiarse la procedencia del complemento de productividad que, además, como consecuencia del resultado de la prueba practicada, el propio recurrente ha reducido en su escrito de conclusiones a 7.674 euros.

Según viene declarando esta Sección con reiteración, el complemento de productividad está llamado a retribuir el especial rendimiento, la actividad y la dedicación extraordinaria, el interés o la iniciativa con que se desempeñen los puestos de trabajo, siempre que redunden en mejorar el resultado del mismo (entre las últimas, Sentencia de 8 de febrero de 2012 –recurso de apelación número 152/2011–) y, aunque su asignación y percibo no se produce automáticamente ni resulta indefectiblemente ligado al puesto de trabajo que se desempeña en cada momento, en el proceso ha resultado acreditado que el recurrente lo venía percibiendo con regularidad desde que se incorporó a la plaza –únicamente dejó de cobrarle durante los tiempos en los que estuvo sin ocupar materialmente el destino por el cese o las suspensiones–, así como que también se ha abonado a quienes asumieron posterior y sucesivamente el mismo puesto, por lo que se está ante un daño real, ya que, de no haber estado cumpliendo la sanción, le hubiera seguido cobrando.

La cuantificación de este daño ha de realizarse conforme al certificado emitido por el servicio de retribuciones, pero limitado, se insiste, a los seis meses y día que abarcó la sanción anulada.

Pretium doloris.

Bajo este concepto cabe englobar la reclamación por el cumplimiento del cese de funciones, la suspensión de funciones y la suspensión de empleo, por lo que reclama 18.968,50 euros, así como por la pérdida del destino que ocupaba sin tener otro hasta 1 año y 9 meses después, con menoscabo del honor y fama profesional en la localidad y en el Cuerpo, afectación familiar, tratamiento psiquiátrico y no incorporación a la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, cuyo daño alcanzaría los 15.000 euros.

El actor efectúa la concreción por separado, pero se considera aconsejable analizarlas conjuntamente, ya que tienen la misma cobertura, aunque hay que precisar, por un lado, que el tiempo del primer apartado de este concepto ha de reducirse a los 6 meses y 1 día de suspensión en el empleo, descartando, según se ha dicho, el derivado de otras resoluciones; por otro lado, que el demandante ha visto cancelada de su hoja de servicios la nota referida a la sanción, sin olvidar que la propia sentencia anulatoria tiene un claro componente de satisfacción personal y moral que, en sí mismo, compensa en alguna medida los eventuales perjuicios de esa índole sufridos por efecto de la propia sanción; además, consta que al interesado le fue ofrecido reintegrarse al puesto en el que fue cesado.

En todo caso, como ha declarado esta Sección en otras ocasiones (por ejemplo, Sentencias de 20 de diciembre de 2006 –recurso número 340/2006– o de 17 de marzo de 2010 –recurso número 1483/2008–), cabe reconocer que se ha generado un evidente daño moral, cuya cuantificación ha de realizarse a la luz de todas las circunstancias concurrentes, mediante una apreciación racional, que no matemática, al carecerse de parámetros o módulos objetivos y tener que reconocer la dificultad que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria, concurriendo siempre un innegable componente subjetivo.

Daño causado por el retraso en el derecho a concurrir a las convocatorias para ascenso a oficial.

El actor reclama la suma de 6.000 euros por el concepto reseñado, habiendo reconocido la Administración, en una resolución de 5 de noviembre de 2009, de la Subsecretaría de Defensa, la solicitud de la plena restitución del derecho a concurrir a procesos selectivos de los que fue excluido por tener anotada en su hoja de servicios la sanción disciplinaria por falta grave luego anulada.

Por tanto, en la referida Resolución de 5 de noviembre de 2009 se está procediendo a la reparación del daño causado por la sanción, enmarcándose en el cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Militar Central que anuló la resolución sancionadora. En este sentido, se indica en dicha resolución que «debe estarse ahora a la restitución del interesado en la totalidad de sus derechos, eliminando aquellos obstáculos que impidan una total satisfacción y reparación de los perjuicios causados», por lo que no procede reconocer ninguna cantidad en concepto de indemnización por este concepto al no evidenciarse ningún daño efectivo.

TERCERO.–De lo expuesto en el fundamento anterior se infiere la procedencia de reconocer una indemnización a favor del recurrente que comprenda el complemento de productividad dejado de percibir; así como

el pretium doloris en los términos a los que ambas partidas han quedado circunscritas, cuya valoración entiende la Sección, ha de cifrarse prudencialmente en la suma total de diez mil euros (10.000) euros, que se estima actualizada a la fecha de esta Sentencia.

PERSONAL

Impugnación del RD 684/2010 que aprueba el Reglamento de Honores Militares

STS, sección 4.^a, de 12 de junio de 2012, Recurso: 312/2010.
Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.

El Tribunal Supremo estudia la Disposición adicional cuarta que regula la participación de las Fuerzas Armadas en honras fúnebres y en celebraciones de carácter religioso.

El Tribunal, tras rechazar que sea necesario ley orgánica para regular esta materia, establece (ROJ: STS 4438/2012):

CUARTO.–Despejadas estas cuestiones previas es ahora el momento de detenerse en la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, que dispone en sus dos apartados lo que sigue: «Participación en actos religiosos. 1. En los actos oficiales que se celebren con ocasión de honras fúnebres, además de los honores que correspondan, se podrá incluir un acto de culto católico o de la confesión religiosa que proceda, teniendo en cuenta la voluntad que hubiera expresado el fallecido o, en su caso, la que manifiesten sus familiares.

«Por tratarse de actos en los que se interviene en representación de las Fuerzas Armadas, la asistencia a los mismos tendrá consideración de acto de servicio.

2. Cuando se autoricen comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense, se respetará el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y, en consecuencia, la asistencia y participación en los actos tendrá carácter voluntario».

La demanda se centra inicialmente en el párrafo segundo del número 1 de la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 684/2.010 y afirma que «es contraria a la libertad religiosa, que, como derecho fundamental, se consagra en el artículo 16 de la CE. Se determina la obligatoriedad de asistencia y participación de miembros de las Fuerzas Armadas en actos

oficiales que se celebran con ocasión de honras fúnebres de carácter religioso, actos que son calificados como actos de servicio, siendo la asistencia y participación en los mismos de carácter obligatorio para los militares a los que se les designe o se les nombre ese servicio. La justificación es que deben ser tenidos como actos de servicio» con las connotaciones a las que ya nos hemos referido «por tratarse de actos en los que se interviene en representación de las Fuerzas Armadas».

Y acto seguido afirma que estaríamos en este primer supuesto, ante la vulneración del ámbito subjetivo de la libertad religiosa, recogido en el apartado 1 del artículo 16 de la Constitución Española . En relación con todo ello, y en torno a un supuesto fáctico real que guarda muchas similitudes con los supuestos que quieren ser regulados en el apartado 1 de la Disposición adicional cuarta del Reglamento de Honores Militares, es preciso traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996, de 11 de noviembre, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, postura jurisprudencial cuya vigencia ha sido refrendada por el mismo Tribunal Constitucional en su STC 34/2011, de 28 de marzo, de su Sala Segunda.

Recoge a continuación los hechos que enjuició la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996. Y también de esa sentencia reproduce los fundamentos de Derecho 9 y 10 en los que se lee lo que sigue: «Noveno. Ha de reconocerse que estas resoluciones judiciales parten para declarar la licitud constitucional de la orden recibida por el demandante, de una concepción del derecho a la libertad religiosa que este Tribunal no puede compartir».

Ciertamente, con su solicitud para ser relevado del servicio el actor no pretendía la defensa de su libertad para realizar actos de culto en consonancia con la fe escogida y sin injerencia del Estado o de otras personas ni reaccionaba frente a un acto que le exigía declarar sobre su credo religioso o que le obligaba a realizar una conducta contraria al mismo. Manifestaciones, todas ellas, del derecho de libertad religiosa, según se declaró en las SSTC 19/1985 y 63/1994 .

Antes bien, el recurrente perseguía hacer valer la vertiente negativa de esa misma libertad frente a lo que considera un acto ilegítimo de intromisión en su esfera íntima de creencias, y por el que un poder público, incumpliendo el mandato constitucional de no confesionalidad del Estado art. 16,3 CE), le habría obligado a participar en un acto, que estima de culto, en contra de su voluntad y convicciones personales.

El derecho a la libertad religiosa del art. 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autode-

terminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio art. 16.1 CE, incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, f. j. 2.º; 120/1990, f. j. 10 y 137/1990, f. j. 8.º).

Por su parte, el art. 16.3 CE, al disponer que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», establece un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que, como se declaró en las SSTC 24/1982 y 340/1993, «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales». Consecuencia directa de este mandato constitucional es que los ciudadanos, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, cuentan con un derecho «a actuar en este campo con plena inmunidad de actuación del Estado» (STC 24/3982, f. j. 1.º), cuya neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática art. 1,1 CE).

DECIMO.—La anterior doctrina constitucional ha de proyectarse ahora sobre los hechos de los que trae causa la presente demanda de amparo.

Consta en las actuaciones que el recurrente formaba parte de una compañía de honores militares que fue destinada al Acuartelamiento de San Juan de la Ribera Norte (Valencia) para participar en unos actos convocados y organizados por la autoridad militar y de inequívoco contenido religioso, pues su exclusiva finalidad era la de celebrar el V Centenario de la Advocación de la Virgen de los Desamparados. No se trataba, pues, de actos de naturaleza religiosa con participación militar, sino de actos militares destinados a la celebración, por personal militar, de una festividad religiosa.

Entre dichos actos figuraba una parada militar de homenaje a la Virgen. Obra en autos que el recurrente, al tener conocimiento de este hecho, interesó por escrito ser relevado del servicio. Sin embargo, se le ordenó por la superioridad participar en la mencionada parada militar. Surge así un conflicto entre el deber de disciplina y el derecho a la libertad ideológica y de conciencia que el actor resolvió abandonando la formación en el preciso momento de rendir homenaje a la Virgen.

En la sentencia objeto de impugnación se argumenta en justificación de la licitud de la mencionada orden que, a diferencia de otros actos que integraban la celebración de esa festividad, la parada militar no puede calificarse como un acto religioso o de culto, puesto que la unidad que rinde

hombres lo hace en representación de las Fuerzas Armadas y, por tanto, al margen de las convicciones ideológicas o religiosas de cada uno de sus componentes a título individual.

Esta afirmación debe ser, sin embargo, rechazada. En efecto, el art. 16.3 CE no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza. Pero el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza. Decisión personal a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16,3 CE. En consecuencia, aun cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedeció a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa.

Y de ahí concluye la demandante afirmando que «No se adecúa el tenor literal del párrafo segundo del apartado 1 de la Disposición adicional cuarta del Reglamento de Honores Militares a la doctrina del Tribunal Constitucional. Se establece la obligatoriedad de asistencia y participación del militar al que se le designe o se le nombre servicio en actos oficiales de honras fúnebres, con honores militares, justificándose todo ello en que su intervención en los mismos, como acto de servicio, lo es ‘en representación de las Fuerzas Armadas’. Queda afectada la libertad religiosa de los miembros de las Fuerzas Armadas sobre los que se establece la ineludible obligación de participación y asistencia, con la advertencia de que tales acciones tendrán la consideración de acto de servicio, con las consecuencias que el ordenamiento penal y disciplinario militar anudan al incumplimiento de un servicio.

La consecuencia no puede ser otra que la declaración de nulidad de pleno derecho de tal disposición, por vulnerar la libertad religiosa preservada en el artículo 16 de la Constitución Española».

El abogado del Estado, ya en concreto «en cuanto a los actos religiosos en las honras fúnebres, sostiene que las Fuerzas Armadas no participan en el acto religioso, sino que asisten a él. Por tanto, no afecta a la libertad religiosa del militar que participa en la honra fúnebre».

Y añade que «las Fuerzas Armadas en esos actos de honra fúnebre honran al fallecido y a sus familiares y los acompañan por respeto al muerto y tolerancia con sus creencias. Se trata, por tanto, de un acto mili-

tar que puede ir acompañado de una ceremonia en la que están presentes las Fuerzas Armadas».

Carece de razón la alegación que plantea la asociación recurrente en relación con el número 1 de la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 684/2010. Y, desde luego, en absoluto es aplicable a este supuesto la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/1996, porque la misma es congruente con los hechos allí enjuiciados, y lo mismo ocurre en relación con la Sentencia del mismo tribunal 34/2011, y por idénticas razones, en cuanto a la doctrina en ella expuesta.

Lo que la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 684/2010 regula en su número 1 nada tiene que ver, pese a lo que indique el título de la misma, con participación en actos religiosos de las Fuerzas Armadas. Por el contrario, de lo que se trata es de un acto oficial de honores fúnebres militares de los regulados en el título IV del Real Decreto, cuyo artículo 36 dispone que: «Las Fuerzas Armadas rendirán honores fúnebres militares en señal de respeto y homenaje a los restos mortales de aquellas personas que se indican a continuación: a) Las que expresamente les corresponden honores militares según lo previsto en el capítulo II del título I y los arts. 15, 17, 19 y 20. b) Los expresidentes del Gobierno y otras personalidades de especial relevancia a las que por sus excepcionales servicios a España así se determine por real decreto de la Presidencia del Gobierno. c) Los militares y el personal civil con una especial vinculación con la defensa y las Fuerzas Armadas que fallezcan en acto de servicio». Y que se cierra con el apartado 2 que dispone que: «Al organizar los actos de honras fúnebres se tendrá en cuenta la voluntad que hubiera expresado el fallecido o, en su caso, la que manifiesten sus familiares». Honores que según reza el artículo 37 siguiente «se rendirán por una unidad con Bandera, banda y música y consistirá en la interpretación del himno nacional completo, arma presentada y una descarga de fusilería. En su caso, la salva de cañonazos que corresponda». Y que «cuando se realicen en la inhumación, los honores se rendirán por un piquete».

De modo que el militar que haya de formar parte de esa unidad o piquete que deba acudir a prestar esas honras fúnebres no participa aunque esté presente en el acto religioso que se celebre, sea del credo que sea, si el mismo se integra en el acto oficial de honras fúnebres militares, si ese fue el deseo expresado por el fallecido o lo deciden sus familiares. Por ello, no se vulnera el derecho del militar de libertad religiosa y de culto que garantiza la Constitución, artículo 16, y que el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980 describe en sus distintas manifestaciones cuando representa a las Fuerzas Armadas en ese acto oficial. Y de ahí también que la asistencia del

militar al acto concreto para el que se le designe tenga la consideración de acto de servicio como expresa la Disposición adicional cuarta en su primer apartado.

QUINTO.—También impugna la demandante el número 2 de la Disposición adicional cuarta del Reglamento de Honores Militares, que recordamos dispone que: «Cuando se autoricen comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense, se respetará el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y, en consecuencia, la asistencia y participación en los actos tendrá carácter voluntario».

Y sobre ello expresa que «En este caso, la participación de los militares es de carácter voluntario, previa autorización. Esta autorización, que es necesaria para tal participación voluntaria, que no expresa en qué órgano administrativo de la Administración militar o de mando radica la competencia para decidir si se otorga o no ni cuál sería el procedimiento, supone la pérdida de la necesaria neutralidad religiosa de las Fuerzas Armadas como parte de los poderes públicos y es contraria al apartado 3 del artículo 16 de la Constitución Española».

Afirma que «recordaba la STC 177/1996, de 11 de noviembre, en su fundamento de Derecho 9, que ‘Por su parte, el artículo 16.3 CE al disponer que ‘ninguna confesión tendrá carácter estatal’ establece el principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que, como declaró la STC 24/1982, y 340/1993, ‘veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales’». Añade que la neutralidad del Estado «en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas en una sociedad plural y democrática».

Se refiere también a lo dispuesto por la STC 34/2011 de la que transcribe el fundamento de Derecho cuarto. «A la primera cuestión ha de responderse afirmativamente, puesto que en un sistema jurídico-político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado todas las instituciones públicas han de ser ideológicamente neutrales (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9). Y, en efecto, los colegios profesionales son, con arreglo al art. 1 de la Ley 2/1974, de 13 febrero, ‘corporaciones de Derecho público, amparadas por la ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines’. Como hemos declarado en anteriores ocasiones, los colegios profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público,

en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen solo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las administraciones territoriales o permite a estas últimas recabar la colaboración de aquellas mediante delegaciones expresas de competencias administrativas, lo que sitúa a tales corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas administraciones territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquellas (STC 20/1988, de 18 de febrero, FJ 4; y las que en ella se citan)».

Y añade que «la neutralidad que predica el Tribunal Constitucional no queda garantizada en el texto del apartado 2 de la Disposición adicional cuarta del Reglamento de Honores Militares. No queda garantizada por cuanto la participación de miembros de las Fuerzas Armadas, en la condición de tales, previa autorización de autoridades públicas del Ministerio de Defensa y/o de mandos militares, supone que las Fuerzas Armadas participen como tales en un acto religioso, sea de la confesión que sea, y ello aunque haya habido una participación tradicional en el mismo, sin respetar los principios de nuestro sistema político que está basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa y en la aconfesionalidad del Estado. Las Fuerzas Armadas están constitucionalmente obligadas a la neutralidad religiosa, en función de los intereses públicos que representan. Recuerda también el Tribunal Constitucional que ‘es obvio que no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE. La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa’. En el caso de ‘las celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense’, es notorio que domina en ellos su significación religiosa en un grado que permite inferir razonablemente una adhesión de las Fuerzas Armadas a los postulados religiosos que el acto o celebración representa y por ello quiebra la neutralidad religiosa exigible. No estamos pues ante una actuación cuya valoración pueda depender de criterios subjetivos, sino que, al contrario, no ofrece duda que la participación de miembros de las Fuerzas Armadas en una celebración religiosa no puede conducir a otra interpretación que no sea la que lleva a considerar su posicionamiento cercano a quien orga-

nice la celebración religiosa, lo que es tanto como decir que da lugar a la pérdida de la neutralidad exigible».

Recuerda el Tribunal Constitucional en la misma sentencia que «Por último, siguiendo a la antes citada STEDH de 18 de marzo de 2011, caso Lautsi y otros c. Italia, & 72 (con remisión a las SSTEDH Zengin c. Turquía, & 64; y Folgero y otros c. Noriega, & 94) debemos valorar la menor potencialidad para incidir sobre la neutralidad religiosa del Estado de los símbolos o elementos de identidad especialmente pasivos frente a otras actuaciones con capacidad para repercutir sobre las conciencias de las personas como son los discursos didácticos o la participación en actividades religiosas».

Ya en el fundamento de Derecho 5 señala cuándo puede afectar no solo al ámbito subjetivo, sino al elemento objetivo de la libertad religiosa que «En este punto ha de partirse de que los elementos representativos a que nos venimos refiriendo, singularmente los estáticos son escasamente idóneos en las sociedades actuales para incidir en la esfera subjetiva de la libertad religiosa de las personas, esto es, para contribuir a que los individuos adquieran, pierdan o sustituyan sus posibles creencias religiosas o para que sobre tales creencias o ausencia de ellas se expresen de palabra o por obra, o dejen de hacerlo».

Y concluye «entendemos por ello que el contenido del apartado 2 de la Disposición adicional cuarta del Reglamento de Honores Militares es nulo de pleno derecho porque quebranta el deber de neutralidad religiosa, al que están constitucionalmente obligadas las Fuerzas Armadas, que para su participación en dichas celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense precisan una previa autorización. Es decir, que no puede producirse tal participación de las Fuerzas Armadas sin un acto de declaración de voluntad previa que supone la pérdida de la neutralidad religiosa de las mismas en un estado aconfesional».

El abogado del Estado se refiere también «a la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996, que mantiene que la participación de las Fuerzas Armadas en actos religiosos con carácter voluntario está permitida si participa en el rito pero no cuando se asiste a él por otras razones».

Y añade que «el Tribunal Constitucional distingue con claridad lo que se entiende por la aconfesionalidad del Estado, pero permite la cooperación del Estado con las confesiones religiosas, ya que la aconfesionalidad no significa exclusión de la religión, sino neutralidad ante las distintas confesiones».

Tampoco puede estimarse la pretendida nulidad de ese segundo apartado de la Disposición adicional cuarta del Real Decreto. Es cierto que la aconfesionalidad del Estado comporta la neutralidad de los poderes públi-

cos en relación con el hecho religioso; pero esa neutralidad no excluye el que esos poderes tengan en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantengan relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones como dispone el número 3 del artículo 16 de la Constitución.

Este apartado segundo contempla un supuesto distinto del anterior y por ello el tratamiento que recibe en la norma es también diferente. En este supuesto se autorizan por la autoridad o el mando militar competente para ello «comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense». No se trata, por tanto, de actos oficiales propios de las Fuerzas Armadas en los que se rindan honores militares, sino de la participación de miembros de las Fuerzas Armadas en celebraciones de carácter religioso en las que tradicionalmente ha existido una participación castrense. Celebraciones religiosas, e incluso de culto, que responden a las creencias religiosas de la sociedad española, a las que se refiere el artículo 16.3 de la Constitución, generalmente vinculadas a la Iglesia Católica y cuya presencia, según el Reglamento, es para el militar que sea designado para asistir y participar en las mismas, como no podía ser de otro modo, voluntaria. En consecuencia, ese segundo apartado de la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 684/2010 es también conforme a Derecho.

Baja de alumno de la Guardia Civil

STS, sección 7.^a, de 14 de diciembre de 2012, Recurso: 140/2012.

Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas.

El Tribunal Supremo confirma la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Segunda, que desestimaba el recurso interpuesto contra la baja de un alumno en el centro docente militar de formación de la Guardia Civil acordada en aplicación del artículo 41.1.e) de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Personal de la Guardia Civil.

La baja fue debida a la Sentencia de 4 de febrero de 2008, del Juzgado de lo Penal 12 de Sevilla, en la que se condenó al alumno-recurrente como autor de un delito de violencia habitual del art. 173.2 del Código Penal a la pena de seis meses de prisión. Partiendo de este supuesto, el Tribunal Supremo analiza la diferencia de situaciones entre quien todavía no ha llegado a adquirir la condición de guardia civil, pues se encuentra en una fase previa a la misma como alumno, y quien ya tiene esa condición.

Así, la sentencia citada establece (ROJ: STS 9111/2012):

El que la regulación legal de la pérdida de la condición de alumno de la Guardia Civil (esto es, de la que de quien todavía no es guardia civil y se encuentra en vía de poder llegar a serlo) pueda ser más rigurosa que la de la pérdida de la condición ya adquirida de guardia civil, podría merecer al intérprete la valoración crítica que considere oportuna; pero no podrá considerarse motivo ni para alterar el sentido del precepto, para eludir ese mayor rigor, ni menos para poner en duda su validez jurídica, y a partir de esa duda buscar otra interpretación para salvar su validez jurídica.

El alumno de la Guardia Civil se encuentra, se insiste, en una situación previa a la de la adquisición de la condición de guardia civil. Sobre esa base, que la ley establezca mecanismos para que no llegue a consolidar la condición pretendida de guardia civil alguien que por su conducta anterior (tal vez desconocida por la autoridad competente para acordar el ingreso como alumno) ha sido condenado por un delito, habilitando para ello un mecanismo legal de pérdida de la condición de alumno de la Guardia Civil, está en línea de coherencia sistemática con las especiales exigencias de rigor para poder ingresar en centros docentes de formación de la Guardia Civil, expresadas en el artículo 26.2 de la Ley 42/1999. Tales exigencias evidencian la finalidad del precepto de garantizar que solo puedan acceder a dicho instituto personas de conducta irreprochable. Y tal finalidad da sentido a un supuesto de pérdida de la condición de alumno, que no implica sino la interrupción de una dinámica de acceso a la condición de guardia civil.

Desde esa clave sistemática y finalística no se advierte ninguna dificultad lógica ni axiológica para que la ley pueda ser más rigurosa en las cautelas para impedir que se llegue a adquirir la condición de guardia civil, en razón de conductas que, de ser cometidas después de que se hubiese adquirido ya esa condición, no podrían determinar la pérdida de ella (artículo 88 de la Ley 42/1999).

Por otra parte, en una interpretación sistemática de los apartados 1, letras d) y e) del artículo 41 de la Ley 42/1999, si los dos supuestos legales referidos debieran tener la conexión implícita que la tesis de la recurrente propone, lo que podría carecer de sentido, sería la previsión de dos supuestos legales que se sustentarían en un mismo hecho: la condena por sentencia penal por hechos constitutivos del mismo tipo de delito, cometidos después de haber adquirido la condición de alumno.

En cambio, la duplicidad de supuesto adquiere indudable sentido sistemático si la sentencia a la que se refiere el supuesto de la letra e), en vez de limitarse a solo delitos cometidos después de haber adquirido la con-

dición de alumnos (respecto de los que la pérdida de esa condición podría entrar también en el de la letra e), se abre a hechos anteriores al ingreso en la escuela, que, en su caso, lo hubieran impedido, si la sentencia se hubiese dictado antes de él, pues en tal caso no se darían los requisitos exigidos al respecto en el artículo 26.2 de la ley de constante cita.

Desde otro punto de vista, en cuanto a la desvinculación entre los supuestos legales alusivos a los elementos relacionados con la condición de alumno y con la pérdida de la condición de guardia civil, ha de tenerse en cuenta, en línea con lo que antes hemos calificado como mayor rigor en las exigencias de selección de los alumnos, que mientras que la acreditación de buena conducta y la ausencia de antecedentes penales son exigencias para el ingreso, ninguno de esos dos requisitos en general tienen en principio relevancia respecto de las causas de pérdida de la condición de guardia civil. Es más, el hecho impidente del acceso a la condición de alumno de la Guardia Civil por antecedentes penales puede deberse a antecedentes por delito que nada tenga que ver con lo previsto en el supuesto legal de la letra d) del apartado 1 del artículo 41 de la Ley 42/1999, lo que es un dato más evidenciador de lo que hemos calificado de mayor rigor en las exigencias para acceder a la condición de guardia civil, que para la pérdida de esa condición cuando haya llegado a adquirirse.

No puede así considerarse aceptable el elemento de base de la interpretación defendida por el recurrente de la vinculación lógica entre el apartado e) y el d) del apartado 1 del artículo 41 de la Ley 42/1999.

Ello sentado, en la medida en que el supuesto legal del apartado 3) citado no incluye ningún límite cronológico relacionado con el momento de producción de los hechos objeto de la condena penal, es visto que la condena producida después de que el recurrente hubiese adquirido la condición de alumno se integra con indiscutible claridad en dicho supuesto legal, cuya aplicación al caso del actor debe considerarse, como lo ha hecho la sentencia recurrida, totalmente conforme a derecho, lo que basta para la desestimación del recurso de casación (FJ 6.º).

Conciliación en sistemas de ascensos y evaluaciones procedentes de distintas escalas.

SAN, sección 5.ª, de 12 de diciembre de 2012, Recurso: 434/2010.
Ponente: D. Fernando Francisco Benito Moreno.

Se analiza en esta sentencia el encaje de las diferentes normas, antigua escala de oficiales y escala superior, contradictorias entre sí, y su concilia-

ción en los sistemas de ascensos y evaluaciones, a fin de tratar de equiparar dos escalas que de origen eran diferentes.

Sobre este aspecto la Sentencia establece (ROJ: SAN 5257/2012):

TERCERO.—Las reglas generales sobre los ascensos se contienen actualmente en la Ley 39/2007, que prevé distintos sistemas: elección, clasificación, concurso o concurso-oposición y antigüedad; en el sistema de clasificación los ascensos se producen por el orden derivado de un proceso de evaluación (artículo 88.2), rigiendo para el ascenso al empleo de teniente coronel y al de comandante [artículo 89.1.c)].

La concesión del ascenso se condiciona, entre otros requisitos, al de haber sido evaluado, pues la evaluación para el ascenso tiene por objeto determinar la aptitud o la no aptitud para el mismo y, en su caso, las condiciones de idoneidad y prelación, produciendo efectos en el sistema de clasificación —y en el de elección— durante un ciclo de ascensos cuya duración es de un año (artículo 92.1). En este tipo de evaluaciones para el ascenso por clasificación se ha de indicar la aptitud o, motivándola, la no aptitud de los evaluados para el ascenso y analizarse las condiciones de prelación e idoneidad en cuanto a las facultades y capacidades profesionales requeridas para el desempeño de los destinos del empleo superior, que determinarán la clasificación de los evaluados (artículo 94). Además, se encarga al ministro de Defensa fijar «con carácter general los méritos y aptitudes que deben considerar los órganos de evaluación según la finalidad de esta, así como los procedimientos y las normas objetivas de valoración», con ciertas indicaciones expresas (artículo 87.3).

En desarrollo de las disposiciones legales se promulgó el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, «por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería», cuya disposición transitoria novena se dedica a las «evaluaciones para el ciclo de ascensos 2009-2010», previendo que las mismas «se iniciarán el 1 de mayo y finalizarán antes del 2 de julio de 2009, fecha en la que comenzará el ciclo de ascensos» (apartado 1) y que «las evaluaciones se efectuarán con los criterios de las normas objetivas de valoración que se encuentren vigentes el 1 de mayo de 2009» (apartado 3).

Además, en cumplimiento del artículo 87.3 de la Ley 39/2007, se aprobó la Orden Ministerial 17/2009, de 24 de abril, «por la que se establece el procedimiento y las normas objetivas de valoración de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional» y, trayendo causa de esta orden, en lo que aquí interesa, la Instrucción 34/2009, de 4 de junio, «por la que se establecen las puntuaciones y fórmulas ponderadas a

aplicar en las evaluaciones en el Ejército del Aire» y la Instrucción General 60-20, 3.^a revisión, de 9 de junio de 2009, «sobre normas complementarias para la evaluación y clasificación del personal militar profesional».

CUARTO.—A la luz de este marco normativo debemos examinar la pretensión procesal articulada en este proceso.

Hemos de manifestar que el recurso se dirige, más que contra un aspecto concreto de la Resolución 762/11004/09, que establece el ordenamiento definitivo para el ascenso por el sistema de clasificación para el ciclo de ascensos 2009/2010, contra la adopción del sistema de clasificación para el ascenso al empleo inmediato superior.

En consecuencia, los motivos del recurso exceden del ámbito objetivo de conocimiento de este Tribunal, al pretender impugnar la resolución administrativa en base a una supuesta necesidad de haber arbitrado un sistema que tuviera en cuenta el cambio en el sistema de ascenso de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, por el sistema de antigüedad, y la actualmente vigente, por el sistema de clasificación, evitando que el nuevo sistema de ascenso y las normas objetivas de valoración se aplicaran de manera retroactiva a la carrera profesional desempeñada antes del 1 de julio de 2009.

En orden a la supuesta privación de derechos adquiridos y eficacia retroactiva de las normas con afectación negativa de sus intereses profesionales, como ha tenido ocasión de reconocer la Sala, siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, al plantearse cuestiones referidas a la relación jurídica que mantiene el militar con la Administración del Estado, todo lo referente a derechos adquiridos hay que verlo bajo el prisma de esa relación estatutaria, en la que los derechos adquiridos vagamente existen. A estos efectos, cabe oponer que la relación estatutaria que liga a la Administración y al funcionario permite a la primera modificar unilateralmente la situación existente, y esta debe ser aceptada por aquel.

En general, ha de señalarse que la doctrina de los derechos adquiridos, conectada a la irretroactividad de la Ley, se halla en crisis desde hace ya bastante tiempo y encuentra difícil acomodo en nuestro vigente ordenamiento jurídico, como ha tenido ocasión de declarar la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/81, de 20 de julio, cuando dice que desde el punto de vista de la constitucionalidad debemos rehuir cualquier intento de aprehender la teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión derechos adquiridos, y es de suponer que los constituyentes la soslayaron no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de derecho que proclama el artículo

1.º de la Constitución, fundamentalmente porque esa teoría de los derechos adquiridos, que obliga a la Administración, no concierne al Legislativo, ni al Tribunal Constitucional, cuando procede a la función de defensa del ordenamiento, como intérprete de la Constitución. Cuando se trata de la defensa del ordenamiento constitucional, hemos de tener en cuenta que el concepto de «derecho individual» no puede confundirse con el ius quaesitum... el principio de irretroactividad del artículo 9.3 en cuanto a las leyes, concierne solo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos fundamentales, en el sentido que hemos dado a esta expresión. Fuera de ello, nada impide constitucionalmente que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno «... que el ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado, cuando ordena las relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de progreso y perfeccionamiento. Normalmente lo hace así al establecer relaciones profuturo, pero difícilmente una norma puede evitar que la regla de futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes...».

QUINTO.—Así mismo, la parte actora cuestiona las disposiciones aplicadas a la evaluación en el ciclo de ascenso 2009-2010, haciendo referencia a la infracción del principio de irretroactividad.

Extremo sobre el que ya se ha pronunciado esta Sección en Sentencia de 20 de julio de 2012, recurso 2161/2009, en la que decíamos:

«Con carácter previo conviene distinguir el sistema de ascenso, el ciclo de ascenso y la evaluación para el ascenso, pues, aún estando relacionados con la misma cuestión, las del ascenso se sitúan en planos distintos. Con esta diferenciación se comprende que el apartado 1 de la Disposición transitoria primera de la Ley 37/2009 conserve la aplicación de los sistemas de ascenso de la Ley 17/1999 hasta el 30 de junio de 2009; que el apartado 5 de la Disposición transitoria cuarta de la misma Ley 37/2009 diga que el ciclo de ascensos 2009-2010 comienza el 2 de julio de 2009; que la Disposición transitoria primera del Real Decreto 168/2009 señale que el Reglamento que aprueba rija los ascensos que se produzcan a partir del 1 de julio de 2009, y que la Disposición transitoria novena del Reglamento de evaluaciones fije la realización de las evaluaciones para el ciclo de ascensos 2009-2010 entre el 1 de mayo y el 2 de julio de 2009.»

Conforme a la Disposición transitoria novena del Reglamento de evaluaciones y ascensos, las evaluaciones para el ciclo de ascensos 2009-2010, además de tener que realizarse, según se acaba de decir, entre el 1 de mayo y el 2 de julio de 2009, debían efectuarse con los criterios de las normas objetivas de valoración vigentes el 1 de mayo de 2009.

La Orden 17/2009, que, a tenor de su apartado primero, punto 1, tiene por finalidad «establecer los méritos, aptitudes, procedimientos y normas objetivas de valoración que se deben considerar en los procesos de evaluación del personal militar profesional», entró en vigor, según su disposición adicional segunda, el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, que tuvo lugar el 30 de abril de 2009, por lo que es dicha orden la que rige la evaluación correspondiente al ciclo de ascensos reseñado, sin que ningún reproche pueda hacerse al respecto.

De lo que antecede resulta claro que las evaluaciones para el ascenso en el ciclo 2009-2010 se regían por la Orden 17/2009.

Pero el problema se traslada también por el actor a la Instrucción 34/2009, de 4 de junio, del Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, se establecen las puntuaciones y fórmulas ponderadas a aplicar en evaluaciones en el Ejército del Aire, pues es de fecha posterior a la prevista en la disposición transitoria novena del Reglamento de evaluaciones. Sin embargo, hay que destacar que la regla de la indicada disposición transitoria novena se limita a «los criterios de las normas objetivas de valoración», que son los contenidos en la Orden 17/2009, pues la Instrucción no recoge ninguno al limitarse a concretar aspectos de esos criterios predeterminados, sobre la base de la habilitación contenida en la Disposición final primera de la repetida Orden 17/2009.

En consecuencia, ninguna irretroactividad indebida ni vulneración de los principios de legalidad y de jerarquía normativa cabe apreciar en la aplicación de la Orden 17/2009 y de la Instrucción 34/2009».

También en esta Sentencia, respecto de los informes de calificación personal se determina:

Los informes personales de calificación constituyen uno de los elementos que integran el historial militar del funcionario militar, teniéndose en cuenta en la evaluación para el ascenso al empleo inmediato superior. Así, a tenor de la Orden 17/2009, los elementos de valoración «cualidades de carácter profesionales», «cualidades personales» y «prestigio profesional y capacidad de liderazgo» se determinan sobre dichos informes personales de calificación.

Según ha advertido esta Sección en ocasiones anteriores (entre otras, Sentencia de 4 de noviembre de 2009 –recurso contencioso-administrativo 412/2008–), la realización de estos informes se encomendaba al jefe directo del interesado, conforme a conceptos predeterminados por el Ministro de Defensa, a quien incumbía determinar el sistema general de los informes personales de calificación, común para todos los militares de carrera, y el nivel jerárquico de los jefes

directos de los interesados que debían realizarlos y a los jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, quienes podían proponer las condiciones específicas para cada cuerpo o escala de su respectivo ejército. De la regulación sobre estos informes se resalta que la calificación de cada uno de los apartados que integra el informe anual de un concreto funcionario militar reúne los caracteres de un informe emitido por su superior jerárquico, frente al cual la Ley establecía como consecuencia jurídica «que el afectado puede efectuar alegaciones, que se unirán al expediente, y el afectado deberá ser orientado sobre su competencia y forma de actuación profesional en los apartados que obtenga calificación negativa». Sin embargo, también se ha resaltado en pronunciamientos precedentes (a título de ejemplo, Sentencias de 25 de mayo de 2000 –recurso contencioso-administrativo 599/1998–, de 13 de julio de 2000 –recurso contencioso-administrativo 142/1999–, de 6 de marzo de 2003 –recurso contencioso-administrativo 1082/2001– o de 23 de noviembre de 2005 –recurso contencioso-administrativo 21/2004–) que «la comunicación íntegra de los informes personales no es obligatoria, y no solo porque, como todos los informes, constituye actos de trámite –en nuestro caso del procedimiento de evaluación–, sino también porque su publicidad resulta afectada por la normativa sobre secretos oficiales contenida en la Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, ya que la Orden de 28 de mayo de 1997 establece el carácter confidencial de dichos informes y su sujeción a las normas de protección de documentos oficiales, constandingo que, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, dictado al amparo de la Ley de Secretos Oficiales, se ha atribuido la clasificación de ‘reservados’ a esos informes personales».

Partiendo de lo que se acaba de exponer, han de rechazarse las imputaciones efectuadas por el recurrente, pues ninguna denuncia concreta al respecto se realiza por el actor, que centra su esfuerzo argumental en desvirtuar genéricamente la forma de elaboración de los informes personales elaborados con anterioridad a la Ley 37/2009, pero regidos por otra normativa que parece querer obviarse por el demandante.

Finalmente, la pretendida infracción del principio de confianza legítima no puede ser aceptada; como hemos dicho en sentencias precedentes sobre similar cuestión, baste a título de ejemplo las Sentencias de 11 de septiembre de 2008, recurso 441/2007 y 21 de enero de 2009, recurso 457/2007, «... el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco

de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general».

Ascenso por el sistema de clasificación y derechos adquiridos

SAN, sección 5.^a, de 12 de diciembre de 2012, Recurso: 320/2010.

Ponente: D. Ángel Novoa Fernández.

Se estudia en esta Sentencia el ordenamiento definitivo para el ascenso por el sistema de clasificación y se examinan los cambios legislativos habidos en esta materia, desde el prisma de los derechos adquiridos y la eficacia retroactiva de las normas. Así (ROJ: SAN 5251/2012):

En general, ha de señalarse que la doctrina de los derechos adquiridos, conectada a la irretroactividad de la Ley, se halla en crisis desde hace ya bastante tiempo y encuentra difícil acomodo en nuestro vigente ordenamiento jurídico, como ha tenido ocasión de declarar la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/81, de 20 de julio, cuando dice que desde el punto de vista de la constitucionalidad debemos rehuir cualquier intento de aprehender la teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión derechos adquiridos, y es de suponer que los constituyentes la soslayaron no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de derecho que proclama el artículo 1.º de la Constitución, fundamentalmente porque esa teoría de los derechos adquiridos, que obliga a la Administración, no concierne al Legislativo, ni al Tribunal Constitucional, cuando procede a la función de defensa del ordenamiento, como intérprete de la Constitución. Cuando se trata de la defensa del ordenamiento constitucional, hemos de tener en cuenta que el concepto de «derecho individual» no puede confundirse con el ius quaesistum... el principio de irretroactividad del artículo 9.3 en cuanto a las leyes, concierne solo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos fundamentales, en el sentido que hemos dado a esta expresión. Fuera de ello, nada impide constitucionalmente que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno «... que el ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado, cuando ordena las relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de progreso y perfeccionamiento. Nor-

malmente lo hace así al establecer relaciones profuturo, pero difícilmente una norma puede evitar que la regla de futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes...» (FJ 3.º).

Ascenso a comandante auditor

SAN, sección 5.ª de 12 de diciembre de 2012 (ROJ: SAN 5253/2012),
Recurso: 359/2010.

Ponente: D. Ángel Novoa Fernández.

Se resuelve en esta Sentencia el recurso, en sentido desestimatorio, interpuesto contra el orden de clasificación para el ascenso a Comandante auditor en el ciclo 2009/2010.

Tal como se contiene en la Sentencia:

SEGUNDO.—Antes de examinar las concretas vulneraciones que el actor dice cometidas en la ordenación para el ascenso, conviene realizar algunas precisiones.

Las reglas generales sobre los ascensos se contienen actualmente en la Ley 39/2007, que prevé distintos sistemas: elección, clasificación, concurso o concurso-oposición y antigüedad; en el sistema de clasificación los ascensos se producirán por el orden derivado de un proceso de evaluación (artículo 88.2 b), rigiendo para el ascenso al empleo, entre otros, de comandante (artículo 89.1.c).

La concesión del ascenso se condiciona, entre otros requisitos, al de haber sido evaluado, pues la evaluación para el ascenso tiene por objeto determinar la aptitud o la no aptitud para el mismo y, en su caso, las condiciones de idoneidad y prelación, produciendo efectos en el sistema de elección durante un ciclo de ascensos cuya duración es de un año (artículo 92.1).

En este tipo de evaluaciones para el ascenso por clasificación rige lo dispuesto en el art. 94 :

1. Serán evaluados para el ascenso por el sistema de clasificación quienes reúnan o puedan reunir, antes del inicio del ciclo de ascensos, las condiciones establecidas en el artículo 90 y se encuentren en las zonas de escalafón que para cada empleo y escala determinen los jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire. Por orden del ministro de Defensa, previo informe del jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, se establecerá para cada período cuatrienal de plantillas el máximo y el mínimo de la relación entre el número de evaluados en cada ciclo y el de vacantes previstas, concretándolos para cada empleo y escala.

2. Las evaluaciones indicarán la aptitud o, motivándola, la no aptitud de los evaluados para el ascenso y analizarán las condiciones de prelación e idoneidad en cuanto a las facultades y capacidades profesionales requeridas para el desempeño de los destinos del empleo superior, que determinarán la clasificación de los evaluados.

La evaluación, una vez informada por el Consejo Superior correspondiente, será elevada al jefe de Estado Mayor del Ejército respectivo, quien, teniendo en cuenta además su propia valoración, declarará en primer término la aptitud o no aptitud de los evaluados para el ascenso y aprobará su orden de clasificación.

En desarrollo de las disposiciones legales se promulgó el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, «por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería», cuya disposición transitoria novena se dedica a las «evaluaciones para el ciclo de ascensos 2009-2010», previendo que las mismas «se iniciarán el 1 de mayo y finalizarán antes del 2 de julio de 2009, fecha en la que comenzará el ciclo de ascensos» (apartado 1) y que «las evaluaciones se efectuarán con los criterios de las normas objetivas de valoración que se encuentren vigentes el 1 de mayo de 2009» (apartado 3).

Además, en cumplimiento del artículo 87.3 de la Ley 39/2007, se aprobó la Orden Ministerial 17/2009, de 24 de abril, «por la que se establece el procedimiento y las normas objetivas de valoración de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional».

TERCERO.—El anterior marco sirve para analizar los defectos de tramitación y la falta de motivación relacionados en la demanda:

a) La primera queja del actor tiene que ver con la vulneración de trámites esenciales del procedimiento administrativo: los motivos de impugnación que fundamentan en el presente recurso se sustentan, en primer término, en entender que la norma procedimental que sirve de cauce para la realización del proceso de evaluación y clasificación, la Orden Ministerial 17/2009, de 24 de abril, «por la que se establece el procedimiento y las normas objetivas de valoración de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional», adolece de vicio de nulidad de pleno derecho al prescindir de trámites esenciales en el procedimiento administrativo y, en definitiva, ser inadecuada a la finalidad que para las evaluaciones para el ascenso establece la Ley 39/2007, de la Carrera Militar.

A esta pretendida nulidad de pleno derecho se pueden argumentar varias cuestiones:

La primera, que la falta de audiencia a la que alude, y de la que en definitiva deriva el vicio de nulidad, se refiere al procedimiento de elaboración de los actos administrativos (art. 84 LPA. Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5.) pero no a los procedimientos específicos que tienen su propia regulación legal y reglamentaria. En este caso, por la Ley 37/2009; el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, y la Orden 17/2009, que, a tenor de su apartado primero, punto 1, tiene por finalidad «establecer los méritos, aptitudes, procedimientos y normas objetivas de valoración que se deben considerar en los procesos de evaluación del personal militar profesional».

La segunda, y en relación con la anterior; es que se le ha producido una indefensión ante la actuación de la Junta de Evaluación; desconociendo los elementos objetivos en los que su labor se apoye, lo único conocido durante la tramitación resulta ser el requerimiento de documentación que se exige para estar en el proceso y la resolución final publicada en el BOD. Sobre estas cuestiones ya se ha pronunciado esta misma Sala y Sección en diversas sentencias, con la siguiente doctrina (recurso 47/2002, entre otros): «Conjugando lo expuesto en los dos fundamentos jurídicos anteriores resulta que, por una parte, para el ascenso al empleo superior el militar debe haber sido previamente evaluado... Y ello debe hacerse en base a un procedimiento y unos criterios establecidos normativamente, de tal modo que el control jurisdiccional solo puede alcanzar, salvo en supuestos de desviación de poder, arbitrariedad o error –que, en nuestro caso, no se han acreditado ni siquiera indiciariamente–, a los aspectos jurídicos en discusión.

Lo mismo cabe decir del trámite de audiencia, que además resulta innecesario, y su falta no produce, por esto, indefensión si se tiene en cuenta que la materia de calificación está sometida a la discrecionalidad técnica de la Administración y su criterio no puede impugnarse en vía contencioso-administrativa salvo error de hecho o infracción de una norma jurídica que, como veremos, no se han producido en el presente caso.

La tercera alegación viene residenciada en la falta de motivación de la resolución que pone final al procedimiento, que debería incorporar al menos la fundamentación fáctica y jurídica.

Hemos de recordar en primer término que la resolución impugnada no hace sino desestimar el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución 5431/10628/09, de 7 de julio, por la que se aprueba el orden de clasificación para el ascenso a comandante auditor; y desestima el mismo explicando las razones de hecho y de derecho que se constriñen fundamentalmente

a que el actor no hace sino cuestionar la actividad de los organismos de evaluación, y explicando detalladamente en los puntos II y IV las razones para desestimar el recurso de alzada respecto a alegaciones que reproduce en vía jurisdiccional.

Pero es más, ha de tenerse en cuenta que, como ya declaró esta Sección en sentencias precedentes (así, Sentencia de 9 de junio de 2010 –recurso contencioso-administrativo 1484/2008–), «en materia de procesos selectivos no rigen los principios generales sobre la motivación de los actos administrativos, conforme al artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino que se realizará con arreglo a las normas que regulan la convocatoria, y, concretamente en los ascensos, la simple resolución acordando el ascenso está suficientemente motivada precisamente por las razones de escoger al más capacitado y al más idóneo para el ascenso, por lo que se considera que no existe dicha falta de motivación, toda vez que las puntuaciones que reflejan las mismas traen causa directa en los méritos acreditados documentalmente por los aspirantes, sobre los cuales se ha desplegado la discrecionalidad técnica del órgano de selección, la Junta de Evaluación, y en vista de la documentación presentada otorga una puntuación, y en base a la cual se determina quién asciende y quién no» .

Hay que puntualizar, además, que la Resolución 5431/10628/09, de 7 de julio, anuncia que contra la misma cabe recurso de alzada, y que como hemos visto materializa en actor, culminando el recurso con la vía contencioso-administrativa. No existe indefensión alguna.

CUARTO.–Bajo la rúbrica de «vulneración de los trámites esenciales del procedimiento de evaluación y clasificación, que imposibilitan una resolución ajustada a derecho» denuncia una serie de vicios de forma que invalidan la resolución de fondo al privar a la autoridad competente para resolver de los elementos esenciales para valorar los méritos y capacidades del personal evaluado.

Basta la lectura de los distintos apartados de la demanda, para denotar una crítica del sistema de evaluación que no se ampara en dato válido alguno, así, desde supuestas certificaciones erróneas por parte del secretario, falta de respeto a los plazos, falta de solicitud de informes sobre capacidad de liderazgo, junto a una crítica sostenida del sistema, que no ampara en norma alguna infringida, concluye con que no resulta admisible entender que como apunta la resolución impugnada, que las actas de la Junta Permanente de Evaluación tengan la cualidad de materia clasificada, así como las deliberaciones y actuaciones de las Juntas Superiores.

Pues bien, el art. 57.1 y 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, atribuyen la presunción de validez y eficacia a los actos administrativos, lo que conlleva que quien impugna la validez o eficacia de los actos administrativos tiene que justificar, además de los datos fácticos en que se apoya su derecho, en qué infringe el acto impugnado las normas de aplicación al caso, pues de otro modo el planteamiento de una controversia ante los tribunales de Justicia resulta defectuosa, pues estos no pueden sustituir a los órganos de la Administración en las funciones que les son propias al venir limitado el objeto de la revisión a lo dispuesto en la ley de esta jurisdicción.

Dicho esto, esta Sección tiene declarado sobre las actas, informes y documentos utilizados en las evaluaciones, de las evaluaciones lo siguiente (recurso 47/2002, entre otros):

De ahí que no pueda ni atribuir a la evaluación una supuesta oscuridad en base a que infringe los principios constitucionales reseñados, porque se valoran documentos a los que no se tiene acceso, así, los informes personales y las actas de la Junta de Evaluación tienen carácter reservado, sin que además se cumplan los trámites de audiencia a los interesados, ya que esta documentación que analiza la Junta de Evaluación, y que comprende el historial militar, con su hoja de servicios, IPEC, expediente académico entre otros, conforme ha igualmente declarado esta Sección... La comunicación de los IPEC no es obligatoria no solo porque, como todos los informes, constituyen actos de trámite, sino también porque su publicidad resulta afectada por la normativa sobre secretos oficiales contenida en la Ley 9/68, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/78, de 7 de octubre, ya que la OM 74/93, de 8 de abril, establece el carácter confidencial de dichos informes y su sujeción a las normas de protección de documentos oficiales, por lo que, según informa la Administración en el expediente, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, dictado al amparo de la Ley de Secretos Oficiales, atribuye a dichos informes personales la clasificación de reservado.

Los informes personales de calificación constituyen uno de los elementos que integran el historial militar del funcionario militar, teniéndose en cuenta en la evaluación para el ascenso al empleo inmediato superior. Así, a tenor de la Orden 17/2009, los elementos de valoración «cualidades de carácter profesionales», «cualidades personales» y «prestigio profesional y capacidad de liderazgo» se determinan sobre dichos informes personales de calificación.

Según ha advertido esta Sección en ocasiones anteriores (entre otras, Sentencia de 4 de noviembre de 2009 –recurso contencioso-administrativo

412/2008– y de 20 de junio de 2012 –recurso 2136/2009–), la realización de estos informes se encomendaba al jefe directo del interesado, conforme a conceptos predeterminados por el ministro de Defensa, a quien incumbía determinar el sistema general de los informes personales de calificación, común para todos los militares de carrera, y el nivel jerárquico de los jefes directos de los interesados que debían realizarlos y a los jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire quienes podían proponer las condiciones específicas para cada cuerpo o escala de su respectivo ejército. De la regulación sobre estos informes se resalta que la calificación de cada uno de los apartados que integra el informe anual de un concreto funcionario militar reúne los caracteres de un informe emitido por su superior jerárquico, frente al cual la Ley establecía como consecuencia jurídica «que el afectado puede efectuar alegaciones, que se unirán al expediente, y el afectado deberá ser orientado sobre su competencia y forma de actuación profesional en los apartados que obtenga calificación negativa». Sin embargo, también se ha resaltado en pronunciamientos precedentes (a título de ejemplo, Sentencias de 25 de mayo de 2000 –recurso contencioso-administrativo 599/1998–, de 13 de julio de 2000 –recurso contencioso-administrativo 142/1999–, de 6 de marzo de 2003 –recurso contencioso-administrativo 1082/2001– o de 23 de noviembre de 2005 –recurso contencioso-administrativo 21/2004–) que «la comunicación íntegra de los informes personales no es obligatoria, y no solo porque, como todos los informes, constituyen actos de trámite –en nuestro caso del procedimiento de evaluación–, sino también porque su publicidad resulta afectada por la normativa sobre secretos oficiales contenida en la Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, ya que la Orden de 28 de mayo de 1997 establece el carácter confidencial de dichos informes y su sujeción a las normas de protección de documentos oficiales, constando que, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, dictado al amparo de la Ley de Secretos Oficiales, se ha atribuido la clasificación de ‘reservados’ a esos informes personales» .

Adjudicación de vacante

SAN, sección 5.^a, de 28 de marzo de 2012, Recurso: 1705/2009 y Recurso: 1877/2009.

Ponente: D. José Luis Gil Ibáñez.

Se resuelven en estas dos sentencias los dos recursos interpuestos contra el nombramiento de delegado de Defensa en Andalucía, con sede en

Sevilla, al coronel auditor del Cuerpo Jurídico Militar de la Escala Superior de Oficiales. Los contundentes argumentos utilizados en las sentencias para desestimar las impugnaciones fueron los siguientes (ROJ: SAN 1643/2012 y SAN 1644/2012):

SEGUNDO.—El Real Decreto 308/2007, de 2 de marzo, «sobre organización y funcionamiento de las Delegaciones de Defensa», dispone, en el apartado 1 del artículo 6, que «Al frente de cada Delegación de Defensa existirá un delegado, cuyo nombramiento corresponderá al ministro de Defensa, a propuesta del subsecretario de Defensa, entre oficiales generales y oficiales en situación de servicio activo o reserva».

Por consiguiente, como reconoce el propio demandante, ninguna restricción se impone en cuanto a los cuerpos militares de donde puede proceder el personal que ocupe tales destinos, y es este criterio rector el que, al emanar de una disposición general, ha de regir la interpretación de las convocatorias para la cobertura de las distintas delegaciones.

En este sentido, es cierto que la convocatoria de referencia alude expresamente a los distintos cuerpos específicos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, así como que, en las observaciones comunes se consigna la posibilidad —“pueden ser solicitadas», se dice— de que las vacantes las solicite determinado personal de esos mismos cuerpos específicos, pero de ello no se sigue sin más, como pretende el recurrente, que estén excluidos los integrantes de los Cuerpos Comunes; del mismo modo, nótese que una observación común faculta para solicitar las vacantes al personal destinado en el extranjero —también se dice que «pueden ser solicitadas» por ese personal—, lo que no supone que solo este personal está habilitado para pedir las.

En efecto, al suponer una excepción a la norma general prevista en el Real Decreto 308/2007, la exclusión debería haber estado expresamente recogida o, cuando menos, deducirse sin ningún género de dudas y, en todo caso, venir justificada. Por el contrario, la misma propuesta de publicación de la vacante carecía de una prevención sobre la imposibilidad de que los integrantes de los Cuerpos Comunes pudieran solicitarla, a lo que hay que añadir que se trata de un destino «no específico», a diferencia de los específicos, en los que, quien los ocupa, ejerce mano o desarrolla funciones propias de su cuerpo, escala, empleo y especialidades. También hay que tener en cuenta que se trata de una vacante cuyo sistema de cobertura es el de libre designación, en el que han de reconocerse unas características peculiares que contradicen la tesis del actor, y que la Instrucción Comunicada número 36/2008, de 11 de abril, contiene prevenciones específicas para cuando «los puestos [...] se asignen a personal de los Cuer-

pos Comunes de las Fuerzas Armadas», figurando en la plantilla orgánica aprobada por dicha instrucción, anexo I, la Delegación de Defensa en Andalucía.

Por consiguiente, la convocatoria de referencia ha de interpretarse en el sentido propugnado por las partes demandadas, de que la expresa mención a los Cuerpos Específicos de los Ejércitos y de la Armada no supone la exclusión de los Cuerpos Comunes, siendo la designación del codemandado conforme a Derecho.

Esta conclusión no se desvirtúa por las alegaciones contenidas en la demandada, ya que, por un lado, la interpretación que hace el recurrente de la convocatoria no es la única que se compadece con el ordenamiento jurídico, habida cuenta de la norma que sirve de cobertura de la convocatoria, a cuyo tenor ha de entenderse la misma; por otro lado, la circunstancia de que, en convocatorias posteriores, se haga una mención expresa a que las plazas pueden solicitarse también por los integrantes de los Cuerpos Comunes, que, para el actor, revelaría que en la presente estarían excluidos, admite igualmente otro propósito, cual sería el de clarificar el aspecto discutido en este proceso; finalmente, como resalta el codemandado, no es posible desconocer que, con carácter inmediatamente anterior, ocupó una plaza de subdelegado de Defensa.

Compatibilidad

STSJ, sección 8.ª, de 2 de abril de 2012, Recurso: 693/2011.

Ponente: D.ª María del Carmen Rodríguez Rodrigo.

Se analiza la denegación de la compatibilidad solicitada para el ejercicio de la actividad privada por cuenta ajena solicitada –abogado–. El Tribunal reitera los argumentos esgrimidos en recursos de esta naturaleza. Así (ROJ: STSJ MAD 2503/2012):

PRIMERO.—Como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala y Sección en supuestos similares (Recurso n.º 724/2008, Sentencia 16-XII-09), la resolución recurrida de 25 de mayo de 2011 invoca el art. 16.4 de la Ley 53/1984, según el cual solo podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30% de su retribución básica excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad. Y añade que ascendiendo las retribuciones básicas anuales y el total de los complementos específicos a 13.553,68 euros, el 30% de las retribuciones

básicas, excluidos los conceptos que tienen su origen en la antigüedad, asciende a un total de 4.880,71 euros, y en consecuencia los complementos exceden en un total de 8.672,97 euros anuales del límite legal de 4.880,71 euros anuales.

El criterio mantenido por la Subdirección General de la Oficina, de Conflictos de Intereses del Ministerio de Administraciones Públicas, la cuantía del complemento específico a que se refiere el art. 16.4 de la Ley 53/1984, a tener en cuenta para efectuar el cálculo de solicitudes de compatibilidad para actividades privadas formuladas por miembros de la Fuerzas Armadas, habrá de ser la suma del importe de los dos componentes, general y singular, que constituyen el complemento específico de este personal, el cual excede, en efecto, en el presente caso del referido 30% de las retribuciones básicas.

De lo expuesto se deduce que las razones para denegar la compatibilidad pretendida por el recurrente son, de una parte, la equiparación entre el complemento específico regulado en la Ley 30/1984 y el complemento de igual denominación establecido en el Reglamento de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, sin distinguir entre sus dos componentes, general y singular, y, de otra, que en este caso la cantidad que percibe el recurrente por el referido complemento excede del 30% de las retribuciones básicas, excluido el importe de los trienios.

Esta Sección no comparte tales argumentos, y ello porque en el régimen de retribuciones del personal militar, el componente general del complemento específico no tiene ninguna correspondencia con el complemento específico del personal funcionario civil.

En efecto, el art. 3.1 del RD 1314/2005 establece que el complemento general es la parte del complemento específico que se percibe en función del empleo que se tenga, siguiendo un orden jerárquico dentro de cada categoría.

Añade dicho artículo que el componente singular es la parte del complemento específico que retribuye las especiales condiciones en que la unidad de destino desarrolla su actividad, así como, dentro de ella, las particulares condiciones de responsabilidad, preparación técnica, peligrosidad y penosidad del puesto.

Por su parte el art. 23.3.b) de la Ley 30/1984 define el complemento específico como aquel destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad.

Por lo tanto lo equiparable es el componente singular del complemento específico del personal de las Fuerzas Armadas con el complemento espe-

cífico de los funcionarios de la Administración civil, quedando fuera de la equiparación el componente general de aquel complemento, que nada tiene que ver con el puesto de trabajo, sino con el empleo del militar de que se trate.

La referencia que se hace en el art. 16.4 de la Ley 53/1984, precepto en el que se fundamenta la denegación de la compatibilidad, a «complementos específicos o conceptos equiparables» no debe interpretarse en el sentido de que, tratándose de funcionarios militares, se incluya en tales conceptos el componente general del complemento específico, que no es equiparable al complemento específico regulado en la Ley 30/1984.

En consecuencia con lo expuesto, si según la «Certificación de haberes» y la «Hoja de cálculo» existentes en el expediente, el recurrente percibía en concepto de componente general del complemento específico la cantidad mensual de 484,39 euros, el importe anual por este concepto no puede ser tenido en cuenta para confrontarlo con el 30% de las retribuciones básicas, como límite anual, ascendente a 4.880,71 euros, debiendo computarse solamente la cantidad percibida en concepto de componente singular –483,73 euros por doce meses– 5.804,76 euros anuales, aquí sí supera el referido 30% (4.880,71 euros), en la cantidad de 924,05 euros, por lo que no procede la compatibilidad solicitada y, en consecuencia, resulta procedente la desestimación del recurso.

CUESTIONES PROCESALES

Consideración de acto firme a los efectos del artículo 29.2

LRJCASTS, sección 6.^a, de 21 de marzo de 2012, Recurso 1389/2009.
Ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso.

El Tribunal Supremo estudia en esta Sentencia la posible falta de ejecución de actos firmes por parte de la Administración, todo ello en relación con los terrenos en donde se ubica el acuartelamiento militar denominado «Campamento Benítez» y la diferencia entre reversión de un bien expropiado como consecuencia de su desafectación, o la revocación de una donación con la consiguiente devolución de lo donado.

Los hechos analizados arrancan de la sesión celebrada por el Ayuntamiento de Málaga el 30 de julio de 1924, en la que se adoptó el acuerdo de adquirir la «Viña procedente del Cortijo de Velarde, que tiene una cabida de 67 obradas, equivalentes a 27 hectáreas» y «ceder gratuita-

mente al Ramo de Guerra la propiedad de dicha finca para instalación de la Brigada de Reserva del Ejército de África, a condición de que si el Estado dejara de utilizarla para dichos fines u otros análogos, volverá la repetida finca al dominio de la corporación municipal», autorizando al alcalde para el otorgamiento de las correspondiente escrituras. Sin embargo, según consta en el acta de la sesión que tuvo lugar el 20 de mayo de 1925, el jefe de Derechos y Propiedades del Ramo de Guerra en Málaga devolvió «el proyecto de escritura de cesión al referido Ramo del Cortijo de Velarde, con destino a la instalación de la Brigada de Reserva de África», acompañado de diversos antecedentes e informes, pidiendo la modificación [aunque en el texto consta «la notificación»] «del proyecto de que se trata, en el sentido de que la donación sea en pleno dominio y sin causa de reversión alguna», aprobándose por unanimidad esta propuesta, de forma que el 3 de mayo de 1928 se otorgó escritura de donación por el «Ayuntamiento de Málaga a favor del Estado (Ramo de Guerra) [d] el Campamento de Benítez», en la que constan las siguientes «cláusulas o estipulaciones»: Donación. El mismo señor [alcalde de Málaga], llevando a término el acuerdo del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, dona el predio descrito en el apartado sexto al Estado (Ramo de Guerra), en pleno dominio, como libre en absoluto de cargas reales vigentes y con las servidumbres activas indicadas al describirlo y, en general, cuantos usos o aprovechamientos le sean accesorios.

Pasado el tiempo, por Resolución de 17 de noviembre de 1995, del ministro de Defensa, se acordó la desafectación, alienabilidad y puesta a disposición de la Gerencia de Infraestructura de la Defensa del denominado «Acuartelamiento Campamento Benítez», ante lo cual el Ayuntamiento de Málaga solicitó la revisión de oficio, debido a la desafectación producida, por nulidad de pleno Derecho, de la Resolución de 17 de noviembre de 1995. El conflicto terminó en los tribunales, que fallaron a favor del Ministerio de Defensa.

No obstante, el alcalde de Málaga dirigió nuevo escrito el 8 de julio de 2004 al Ministerio de Defensa interesando la revocación de la donación por la vía del artículo 647 del Código Civil. Este escrito fue respondido por otro de 30 de julio de 2004, del ministro de Defensa, informando «que he remitido al secretario de Estado de Defensa su escrito para que lo estudie con el debido interés y a fin de que haga llegar la correspondiente respuesta». Por un nuevo escrito de fecha 3 de marzo de 2005, el alcalde de Málaga reitera la cuestión, contestando el ministro de Defensa en el sentido de afirmar «la absoluta seguridad de que el Ministerio de Defensa acomodará sus decisiones a los imperativos legales».

Con posterioridad, por Orden de 27 de febrero de 2006, del ministro de Economía y Hacienda, se acordó la afectación al dominio público del Acuartelamiento Campamento Benítez y su adscripción al Ministerio de Fomento, que el 4 de julio de 2005 había firmado un protocolo con el Ministerio de Defensa para dedicar el terreno a la construcción de un parque y Museo del Transporte. Por Resolución de 29 de julio de 2008, la ministra de Fomento desestimó «la reclamación previa a la vía judicial civil formulada por [...] el Ayuntamiento de Málaga, declarando que no procede la reversión de los terrenos conocidos como Acuartelamiento Campamento Benítez, sitios en la ciudad de Málaga».

Tras estas vicisitudes, el Ayuntamiento de Málaga acudió a la Audiencia Nacional, y con referencia al escrito de fecha 8 de julio de 2004, mediante demanda presentada en esta Sala el 1 de julio de 2008, la representación procesal del Ayuntamiento de Málaga solicitó, sobre la base del apartado 2 del artículo 29 de la Ley de esta jurisdicción, que «se ordene a la Administración General del Estado que ejecute el acto administrativo producido por silencio positivo y consecuentemente proceda a la reversión de los terrenos conocidos como Acuartelamiento Campamento Benítez al Ayuntamiento de Málaga, otorgando la escritura pública de transmisión para su constancia y reflejo en el Registro de la Propiedad a favor del municipio».

Con estos antecedentes, el Tribunal Supremo en esta Sentencia determina (ROJ: STS 1727/2012):

«... lo primero que procede examinar es si nos encontramos ante un acto administrativo firme ganado por silencio positivo, punto de partida o premisa del Ayuntamiento recurrente. Si no existe un acto firme mal puede instarse de la Administración su ejecución y, ante su negativa a ejecutar, demandarlo con éxito, al amparo del artículo 29.2 de la Ley Jurisdiccional, por el procedimiento abreviado del artículo 78 de igual texto legal, al que expresamente se remite el citado artículo 29.2.

Así lo entiende la sentencia de instancia cuando refiere en su fundamento de Derecho segundo que lo primero que ha de constatarse es la existencia de un acto administrativo firme.

Es incuestionable que la inexistencia de un acto administrativo firme que deba ejecutarse impida la utilización del procedimiento del artículo 78 de la Ley Jurisdiccional al que, en efecto, se remite el artículo 29.2 para el supuesto de que «la Administración no ejecute sus actos firmes» y deje transcurrir el plazo de un mes desde la petición de ejecución que se le formule.

Pues bien, en consideración a que a juicio de la Sala de instancia no existe un acto firme, la sentencia desestima el recurso contencioso-admi-

nistrativo. Para ello tiene en cuenta esencialmente, y así se expresa en su fundamento de derecho segundo, que el acto administrativo firme que en definitiva se invoca «sería consecuencia del silencio positivo», y que, de conformidad con el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, «no se pueden adquirir facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, ya que en tales casos el acto es nulo de pleno derecho».

Expuesto en los términos indicados el ámbito del debate, es de advertir que aunque la Sentencia se fundamenta esencialmente en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, para no apreciar la existencia de un acto administrativo firme ganado por silencio, implícitamente, al analizar la naturaleza de la donación y hacer mención a su hipotética revocación, lo que en definitiva observa la Sala a quo es, no solo la inexistencia de un acto firme, sino también la inexistencia de un acto administrativo que como por tal proceda ejecutarse.

La inexistencia de un acto administrativo resulta evidenciada en el supuesto de autos en el que lo realmente instando no es la reversión de un bien expropiado como consecuencia de su desafectación y sí la revocación de una donación con la consiguiente devolución de lo donado. No de otra forma ejercitó el Ayuntamiento su pretensión devolutiva, como fácilmente puede comprobarse con el escrito de 8 de julio de 2004, reiterado el 3 de marzo de 2005, en la que ya no solo se alude a la revocación de la donación con pretendido amparo en el artículo 647 del Código Civil, sino que además se presenta como una pretensión previa a la reclamación en la vía jurisdiccional civil (FJ 3.º).

DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado mayor del Consejo de Estado

I. Comentario general de doctrina legal: 1. Certificaciones de obra; 2. Calificación de los créditos derivados del impago de los justiprecios en los casos de concurso de las beneficiarias de las expropiaciones

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

I. LAS CERTIFICACIONES DE OBRA

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de enfrentarse en su labor consultiva durante el año de 2012 a algunas prácticas irregulares en el ámbito de la contratación administrativa. En efecto, se ha verificado en algunas ocasiones que los directores de obras han certificado no sobre la obra realmente ejecutada, sino sobre la presupuestada.

El pago del precio en los contratos de obra puede hacerse, bien cuando el contratista ejecuta a satisfacción de la Administración la totalidad del objeto del contrato, bien de manera parcial y sucesiva (pagos parciales) durante su ejecución, según se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En estos últimos casos, se reconoce al contratista el derecho a percibir abonos a cuenta a medida que vaya ejecutando el objeto del contrato mediante la expedición de las correspondientes certificaciones. Para que puedan producirse los citados abonos a cuenta es necesario que el órgano de contratación vigile la concordancia entre dichos abonos y el cronograma de ejecución de la obra.

Las certificaciones de obras son títulos jurídicos que legitiman al contratista a hacer efectivos los derechos económicos derivados del pago de su prestación (Dictamen del Consejo de Estado número 33.121). Incorporan un derecho de crédito del contratista frente a la Administración por virtud de los cuales esta realiza abonos, con carácter parcial y provisional, a cuenta del precio del contrato, a fin de permitir una mejor financiación de los trabajos (Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1993, de 27 de mayo). Y, en fin, son documentos que expide la Administración y que incorporan un reconocimiento de deuda líquida como contraprestación por las unidades de obra ejecutadas durante el período a que se refieren.

Las certificaciones de obra son liquidaciones parciales y provisionales del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1990) y actos administrativos declarativos de derechos; en concreto, del derecho a percibir su importe (Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 14 de diciembre de 1976). Sirven, además, para acreditar la obra ejecutada (Sentencia de la Audiencia de Las Palmas de 24 de marzo de 1994), de tal suerte que tienen la condición de actos de verificación. No tienen autonomía y sustantividad propia respecto del contrato principal (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998). En cuanto título, son documentos administrativos de carácter contable (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980), legitimadores del derecho a exigir el pago efectivo de la prestación cumplida (Dictamen del Consejo de Estado de 3 de diciembre de 1964). En ningún caso, su expedición supone aprobación, aceptación o recepción de las obras a que se refieren (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1974, 12 de marzo de 1992 y 31 de octubre de 1992). Tienen, por tanto, carácter provisional (Dictamen de 9 de julio de 1959).

Las cantidades percibidas por el contratista en concepto de certificaciones de obra no pasan a formar parte definitivamente de su patrimonio hasta la terminación y recepción de la prestación por parte de la Administración. El contrato administrativo es un contrato, en principio, de resultado, en el sentido de que la prestación ha de ser cumplida en su totalidad. El abono parcial del precio mediante certificaciones no afecta al principio de indivisibilidad del objeto del contrato (Sentencia de 12 de marzo de 1992). En todo caso, las certificaciones no son títulos valores ni pueden asimilarse a ellos. No incorporan una orden de pago, ni son libremente transmisibles, ni se independizan de la relación jurídica que constituye la causa jurídica de su expedición (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1984, 6 de marzo de 1986 y 12 de noviembre de 1990). Tampoco son jurídicamente un pago, pese a su naturaleza de acto debido para la Administración. Falta

en ellas el carácter liberatorio y de cumplimiento de la prestación debida. Constituyen, de una parte, una técnica de apoyo económico y financiero al contratista para una mejor ejecución del contrato y, de otra, un mecanismo de control administrativo que garantiza el seguimiento interno del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980).

No obstante su carácter de actos administrativos de adveración y declarativos de derechos, las certificaciones pueden ser anuladas por la Administración sin sujetarse al procedimiento establecido en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980). Y es que cabe que las certificaciones sean rectificadas en la medición final de la obra (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1990).

Habida cuenta la naturaleza expuesta de las certificaciones de obra, es claro que su expedición está basada en el principio de realidad, de tal suerte que procede la expedición solo cuando los trabajos están efectivamente realizados. Ello comporta que únicamente pueden emitirse previa verificación de la realidad y certeza de las labores desarrolladas. Sin dicha realidad y certeza, las certificaciones no son legítimas y carecen de validez. En consecuencia, no cabe expedirlas sobre las obras presupuestadas, sino solo sobre las realmente hechas.

Operar de otro modo y, en especial, certificar obras que no han sido realmente ejecutadas implica, de un lado, una falsedad de la realidad –por cuanto se está declarando la realización de unos trabajos no hechos– y, de otro lado, pudiere comportar un eventual perjuicio de los caudales públicos –por cuanto las certificaciones permiten al contratista disponer de fondos públicos por unas labores no ejecutadas–.

En algunos casos consultados, el Consejo de Estado ha verificado la expedición de certificaciones de obra no sobre las labores realmente hechas, sino sobre las presupuestadas. Esta práctica administrativa carece de todo fundamento legal, no se acomoda a la legislación administrativa y contable –generadora de responsabilidad contable– por cuanto puede comportar un perjuicio de los fondos públicos.

Igual juicio desfavorable merece el hecho, también observado en algunos expedientes relativos a la contratación pública, en los que el contratista gira cargos y certificaciones –por las obras ejecutadas– con arreglo al presupuesto de licitación y no al precio de adjudicación. Todos los contratos tienen un precio cierto y determinado, el de adjudicación, y, en consecuencia, el derecho de los contratistas a percibir las cantidades devengadas está referido exclusivamente a las obras hechas con arreglo a los citados

precios de adjudicación –y no a los precios de licitación–. La percepción de cantidades fijadas con arreglo a los precios de licitación constituye una manifiesta ilegalidad, toda vez que genera en los contratistas un enriquecimiento injusto y correlativamente origina un perjuicio económico directo en la Administración.

Por consiguiente, el Consejo de Estado considera que debe extremarse el celo por parte de los directores de obra a fin de evitar prácticas inadecuadas como las indicadas.

2. CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS DERIVADOS DEL IMPAGO DE LOS JUSTIPRECIOS EN LOS CASOS DE CONCURSO DE LAS BENEFICIARIAS DE LAS EXPROPIACIONES

Con ocasión de la declaración de concurso de diversas concesionarias de autopistas de peaje, se están planteando ante los Juzgados de lo Mercantil dos cuestiones de interés, a saber: la calificación tanto de los créditos ostentados por los expropiados por impago del justiprecio como de los intereses devengados por el retraso en su abono en el procedimiento de ejecución general.

En relación con la primera de las cuestiones, la mayor parte de los juzgados de lo mercantil vienen calificando los créditos no pagados por las beneficiarias concursadas como créditos ordinarios con arreglo a las disposiciones de la Ley Concursal –que contraviene en este punto a la legislación administrativa aplicable–, pese a que tal calificación es contraria a la naturaleza de las cosas y al ordenamiento jurídico-administrativo.

La situación habida es consecuencia de que la Ley Concursal no prevé una situación como la que es suscitada. En concreto, no contempla el caso de concurso de una concesionaria, titular de un servicio público como es la autopista, que adeuda los justiprecios de las expropiaciones de las que ha sido beneficiaria. Y es patente que la posición jurídica de los expropiados, que no han entablado voluntariamente ningún tipo de relación con la concursada y que se han visto coactivamente privados de sus bienes y no resarcidos, no es equiparable a la de los demás acreedores. La falta de una regulación específica para este concreto y singular caso no puede comportar sin más la aplicación de la regulación general. Antes al contrario, el juzgador debe realizar una interpretación completiva de las previsiones legales para dar una solución adecuada y justa a la cuestión planteada ante la imprevisión del legislador.

Dicha solución debe alcanzarse atendiendo a la naturaleza misma del instituto de la expropiación forzosa. La potestad de expropiar está cons-

truida legalmente conforme a dos reglas inspiradoras: es, de una parte, una garantía para el expropiado, al que se asegura el cobro de la indemnización que le corresponde como consecuencia de ser privado de sus bienes, y, de otro lado, como un poder circunscrito a límites concretos –que se funcionalizan específicamente como presupuestos de validez–, de modo que solo dentro de los mismos el ataque al patrimonio privado puede calificarse de poder jurídico. Al margen de estos límites no existe expropiación, sino «vía de hecho», no un poder jurídico, sino un despojo ilegal. El principio de la indemnización como elemento esencial de la expropiación forzosa está establecido en nuestro derecho, incluso con carácter constitucional (Constitución, artículo 33.3). El verdadero título (en sentido genuino) de la atribución patrimonial o del desapoderamiento del expropiado es precisamente el pago. La indemnización no es un efecto derivado de la potestad expropiatoria, sino justamente como todo lo contrario, un presupuesto de legitimidad para su ejercicio. Y es que la indemnización es concebida por el ordenamiento como una «carga» en el sentido rigurosamente técnico de necesidad de adoptar un cierto comportamiento para obtener un resultado ventajoso, de tal suerte que el efecto expropiatorio se entiende consumado con el pago, puesto que la ley no ha derogado para este caso la regla común que sitúa en el acta del pago el título formal de transmisión. La explicación del fenómeno de la ocupación urgente solo puede venir por su calificación como requisición de uso, y que es, en efecto, objeto de una indemnización sustantiva.

Así, en el interregno entre el depósito previo y el pago definitivo no hay una transferencia de la propiedad, sino una posesión administrativa, sometida a una condición resolutoria; la del pago total. El anticipo que obliga a depositar a la administración expropiante tiene el carácter de una cautela. La prueba es que la transmisión de la propiedad es posterior al pago del justiprecio, ya que el acta de depósito previo a la ocupación no es el título inscribible. Hasta el pago total, no se consuma la expropiación. La inscripción de la transferencia se suspende hasta que, fijado el justiprecio, se haya verificado el pago o su consignación. En otros términos, la expropiación no puede entenderse «consumada» hasta que hayan tenido lugar dos requisitos: el pago y la ocupación. Porque, si ambos no concurren, no puede operarse la transferencia forzosa de los bienes o derechos expropiados, con plenitud de efectos jurídicos reales, por el imperativo constitucional de que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino... mediante la correspondiente indemnización».

En el procedimiento ordinario no se plantea problema porque pago y ocupación son prácticamente simultáneos (artículo 53 Ley de Expro-

piación Forzosa). En el procedimiento de urgencia se anticipa la ocupación, pero ello no significa que se trate de una «confiscación» o de una «requisa», sino tan solo de una anticipación de los efectos del pago que, previsiblemente, se ha de producir en un momento posterior inmediato con efectos retroactivos. De tal manera que si el pago no llega a producirse, la ocupación pierde toda su eficacia, en cuanto título real, y se convierte en un puro hecho posesorio.

En los casos de urgente ocupación, aunque haya tenido lugar la efectiva ocupación de los bienes o derechos expropiados, hasta que no se hace efectivo el pago del justo precio, ni puede hablarse de transferencia forzosa de la titularidad dominical, ni de expropiación plenamente consumada. El expropiado queda en una situación análoga a quien ha vendido con precio aplazado. Así las cosas, el pago del justiprecio es «algo más» que un puro «crédito de resarcimiento», de tal suerte que el crédito tendente a exigir su pago está en relación directa, preferente y objetiva sobre el bien expropiado, por ser un presupuesto esencial de validez del negocio jurídico-expropiatorio, de tal suerte que si no se satisface regularmente provoca la nulidad radical del negocio mismo. Dicho algo más, equipara la posición del expropiado con el titular de un crédito derivado de una compraventa con precio aplazado, previsto en el artículo 90.1.4.º de la Ley Concursal. Y dicho «algo más» que califica al crédito del expropiado justifica su calificación como privilegio general conforme a los artículos 89 y 91 de la Ley Concursal. Más cuando, caso de producirse la asunción por el Estado –bien por reversión de la concesión, bien por otras causas– de la finca objeto de expropiación, sin haberse pagado el correspondiente justiprecio, nacería automáticamente la obligación de resarcir al propietario por su importe en virtud de la interdicción del enriquecimiento injusto que acoge nuestro ordenamiento jurídico como principio especial. La generación de dicho derecho a ser resarcido a título de enriquecimiento injusto frente al Estado evidencia que hay un derecho *propter rem* en el expropiado respecto de los bienes de los que se ha visto privado que es calificable de privilegiado conforme a la Ley Concursal.

Por todo ello, la falta de configuración de los créditos dimanantes de indemnizaciones por justiprecio –principal– como créditos ordinarios evidencia un palmario defecto de la Ley Concursal, que se compadece mal con el resto del ordenamiento jurídico aplicable; en especial, el administrativo.

La segunda de las cuestiones suscitadas hace referencia a las cantidades adeudadas por las concursadas en concepto de intereses. En estos casos los juzgados de lo mercantil, a instancia de los administradores concur-

sales, están calificando los correspondientes créditos como subordinados, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 92.3.º de la Ley Concursal, que previene que tienen tal carácter «los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía».

Tal calificación es errónea porque no atiende a la verdadera naturaleza de los denominados «intereses» previstos en la Ley de Expropiación Forzosa. En efecto, con arreglo a esta disposición, los denominados intereses no tienen ni naturaleza moratoria ni penitencial, sino que poseen un carácter distinto, completamente distinto, a los previstos en el Código Civil y demás disposiciones legales. Conforme a la Ley de Expropiación Forzosa, los intereses contemplados en sus previsiones tiene el carácter de mecanismo de actualización de la cantidad debida, de tal suerte que participan de la naturaleza de la deuda principal –el justiprecio–. Frente a otros mecanismos de actualización previstos en la legislación administrativa –el caso de la actualización mediante el IPC contemplado en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para el caso de indemnizaciones de responsabilidad patrimonial, o de la revisión de precios, en el caso de los contratos previsto en los artículos 89 a 94 de la Ley de Contratos del Sector Público–, la Ley de Expropiación Forzosa utiliza el mecanismo de actualización de los intereses que, vistos desde la perspectiva indicada, nada tienen que ver con los prevenidos en el artículo 92.3.º de la Ley Concursal –de índole moratoria y penalizadora–.

En efecto, en el específico ámbito de la expropiación forzosa, el mecanismo de estabilización tiene perfiles propios. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Expropiación Forzosa, las tasaciones de los bienes expropiados se deben efectuar con arreglo al valor que tengan al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro. El pago del justiprecio debe abonarse en el plazo máximo de seis meses.

Si transcurren más de seis meses desde la iniciación del expediente expropiatorio sin haberse determinado por resolución definitiva el justiprecio de las cosas o derechos, la administración expropiante está obligada a abonar al expropiado una indemnización que consiste en el interés legal del justo precio hasta el momento en que se haya determinado y que se determinará con efectos retroactivos, una vez que el justiprecio haya sido efectuado, según previene el artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa. Esos intereses son el mecanismo actualizador del justiprecio. Su devengo es un crédito accesorio de la indemnización principal y su pago una

obligación legal que pesa sobre las Administraciones Públicas conforme al artículo 1108 del Código Civil, sin que sea precisa reclamación alguna para que nazca. Su naturaleza estabilizadora hace que no se requiera demostrar la existencia de ningún daño a consecuencia del retraso en la fijación del justiprecio. Se devengan por el mero hecho del transcurso del plazo establecido por la Ley. Al no tener naturaleza indemnizatoria sino estabilizadora, su importe está determinado objetivamente por la Ley y su plazo de prescripción es el de cuatro años. El *dies a quo* para el cómputo del plazo de los seis meses no es la fecha de abrirse el expediente específico de justiprecio, sino el día en que comenzó el procedimiento expropiatorio; esto es, la del acuerdo de necesidad de ocupación. El *dies ad quem*, aquel en el que el Jurado de Expropiación Forzosa fijó definitivamente el justiprecio en vía administrativa.

En todo caso, el abono de los intereses por el período de tiempo en que el expediente estuvo en el Jurado de Expropiación Forzosa para la fijación del justiprecio corre a cargo del beneficiario que, durante dicho tiempo, dispuso simultáneamente del bien expropiado y del dinero correspondiente a su precio.

Los intereses estabilizadores analizados son distintos de los moratorios previstos en el artículo 57 de la ley expropiatoria. Y es que, conforme a este precepto, transcurridos seis meses desde la determinación del justiprecio sin haberse abonado, se devenga el interés legal en favor del expropiado hasta que se proceda a su pago. Los intereses que encuentran su fundamento en este artículo 57 deben computarse sobre las cuantías finalmente establecidas y se siguen devengando hasta que se proceda a su abono. El devengo de estos intereses requiere de intimación y solo produce efecto desde entonces. Esta exigencia evidencia su distinto carácter respecto a los intereses estabilizadores previstos en el artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa.

En definitiva, los intereses de la Ley de Expropiación Forzosa forman parte del justiprecio y, por ende, merecen la misma calificación que este a la hora de su reconocimiento como créditos frente a la concursada.

ESTADOS PARTE EN LOS CONVENIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

	Protection of Victims of Armed Conflicts
GC IV/1949	Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 12 August 1949. Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, 12 August 1949. Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949. Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949.
AP I/1977	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Geneva, 8 June 1977.
AP I Declaration art. 90	Declaration provided for under article 90 AP I. Acceptance of the Competence of the International Fact-Finding Commission according to article 90 of AP I.
AP II/1977	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, Geneva, 8 June 1977.
AP III/2005	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (Protocol III), 8 December 2005.
CR-1989	Convention on the Rights of the Child, New York, 20 November 1989.
Opt Prot. CRC 2000	Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict, New York, 25 May 2000.
International Criminal Court	
ICC Statute 1998	Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998.
Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict	
Hague Conv. 1954	Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.
Hague Prot. 1954	First Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.
Hague Prot. 1999	Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 26 March 1999.
Environment	
ENMOD Conv. 1976	Convention on the prohibition of military or any other hostile use of environmental modification techniques, New York, 10 December 1976.
Weapons	
Geneva Gas Prot. 1925	Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and Warfare, Geneva, 17 June 1925.
BWC 1972	Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, Opened for Signature at London, Moscow and Washington, 10 April 1972.
CCW 1980	Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects, Geneva, 10 October 1980.
CCW Prot. I 1980	Protocol on non-detectable fragments (I).
CCW Prot. II 1980	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of mines, booby-traps and other devices (II).
CCW Prot. III 1980	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of incendiary weapons (II).
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 Amndt. 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.
AP Mine Ban Conv. 1997	Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, Oslo, 18 September 1997.
Cluster Munitions 2008	Convention on Cluster Munitions, 30 May 2008

Country	Protection of victims of armed conflicts										International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment
	GC HV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 20	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	10/11/2009		10/11/2009		29/03/1984	24/09/2003	10/02/2003				22/10/1985			
Albania	27/05/1957	16/07/1993		16/07/1993	06/02/2008	27/02/1992	09/12/2008	31/01/2003	20/12/1960			19/12/1991			
Algeria	20/06/1960	16/08/1989	16/08/1989	16/08/1989		02/01/1986	06/05/2009								
Andorra	17/09/1993					02/01/1986	30/04/2001	30/04/2001							
Angola	20/09/1984	20/09/1984				05/12/1990	11/10/2007		07/02/2012						
Antigua and Barbuda	06/10/1986	06/10/1986				05/10/1993		18/06/2001				25/10/1988			
Argentina	18/09/1956	26/11/1986	11/10/1986	26/11/1986	16/03/2011	04/12/1990	10/09/2002	08/02/2001	22/03/1989	10/05/2007	07/01/2002	20/03/1987			
Armenia	07/06/1993	07/06/1993	21/06/1991	21/06/1991	12/08/2011	23/06/1993	30/09/2005	01/07/2002	05/09/1993	05/09/1993	18/05/2006	15/05/2002			
Australia	14/10/1958	21/06/1991	23/09/1982	21/06/1991	15/07/2009	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	03/06/2009	06/08/1992	01/02/2002	28/12/2000	25/03/1964	25/03/1964	01/03/2002	17/01/1990			
Azerbaijan	01/06/1993					13/08/1992	03/07/2002		20/09/1983	20/09/1983	17/04/2001				
Bahamas	11/07/1975	10/04/1980		10/04/1980		20/02/1991									
Bahrain	30/11/1971	30/10/1986		30/10/1986		13/02/1992	21/09/2004		26/08/2008	26/08/2008	26/06/2008				
Bangladesh	04/04/1972	08/09/1980		08/09/1980		03/08/1990	06/09/2000	23/03/2010	23/06/2006	23/06/2006	02/10/2008	03/10/1979			
Barbados	10/09/1968	19/02/1990		19/02/1990		09/10/1990		10/12/2002	09/04/2002	02/10/2008					
Belarus	03/08/1954	23/10/1989	23/10/1989	23/10/1989	31/03/2011	01/10/1990	25/01/2006	28/06/2000	07/05/1957	13/12/2000	12/07/1982	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	13/10/2010	12/07/1982			
Belize	29/06/1984	29/06/1984		29/06/1984	03/04/2007	03/08/1990	21/01/2005	22/01/2002	17/04/2012	17/04/2012	17/04/2012	30/06/1986			
Benin	14/12/1961	28/05/1986		28/05/1986		01/08/1990	09/12/2009								
Bhutan	10/01/1991					01/08/1990	09/12/2009								
Bolivia	10/12/1976	08/12/1983	10/08/1982	08/12/1983		26/06/1990	22/12/2004	27/06/2002	17/11/2004						
Bosnia-Herzegovina	31/12/1992	31/12/1992	31/12/1992	31/12/1992		09/01/1993	10/10/2003	11/04/2002	12/07/1993	12/07/1993	22/05/2009				
Boswana	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	28/08/2009	24/09/1990	27/01/2004	20/06/2002	12/09/1958	12/09/1958	23/09/2004	12/10/1984			
Brunei Darussalam	14/10/1991	14/10/1991		14/10/1991		27/12/1995									
Bulgaria	22/07/1954	26/09/1989	09/05/1984	26/09/1989	13/09/2006	03/06/1991	12/02/2002	11/04/2002	07/08/1956	09/10/1958	14/06/2000	31/05/1978			
Burkina Faso	07/11/1961	20/10/1987	24/05/2004	20/10/1987		31/08/1990	06/07/2007	16/04/2004	18/12/1969	04/02/1987					
Burundi	27/12/1971	10/06/1993		10/06/1993		19/10/1990	24/06/2008	21/09/2004							
Cameroon	09/12/1958	14/01/1988		14/01/1988		15/10/1992	16/07/2004	11/04/2002	04/04/1962	04/04/1962	17/09/2013				
Canada	16/09/1963	16/03/1984		16/03/1984		11/01/1993	04/02/2013		12/10/1961	12/10/1961		18/04/2011			
Canada	14/05/1965	20/11/1990	20/11/1990	20/11/1990	26/11/2007	13/12/1991	07/07/2000	07/07/2000	11/12/1988	29/11/2005	29/11/2005	11/06/1981			
Cape Verde	11/05/1984	16/03/1995	16/03/1995	16/03/1995		04/06/1992	10/05/2002	10/10/2011				03/10/1979			
Central African Republic	01/08/1966	17/07/1984		17/07/1984		23/04/1992		04/10/2001							
Chad	05/08/1970	17/01/1997		17/01/1997		02/10/1990	28/08/2002	01/11/2006	17/06/2008						
Chile	12/10/1950	24/04/1991	24/04/1991	24/04/1991	06/07/2009	13/08/1991	31/07/2003	29/06/2009	11/09/2008	11/09/2008	11/09/2008	26/04/1984			
China	28/12/1956	14/09/1983		14/09/1983		02/03/1992	20/02/2008		05/01/2000	05/01/2000		08/06/2005			
Colombia	08/11/1961	01/09/1993	17/04/1986	14/08/1995		28/01/1991	25/05/2005	05/08/2002	18/06/1988	18/06/1988	24/11/2010				
Comoros	21/11/1985	21/11/1985		21/11/1985		22/06/1993		18/08/2006							
Congo	04/02/1967	10/11/1983		10/11/1983		14/10/1993	24/09/2010	03/05/2004							
Congo (Dem Rep)	24/02/1961	03/06/1982	12/12/2002	12/12/2002		27/09/1990	11/11/2001	11/04/2002	18/04/1961	18/04/1961					
Cook Islands	07/05/2002	07/05/2002		07/05/2002	07/09/2011	06/06/1987		18/07/2008							

Country		Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court		Protection of Cultural Property			Environment
Country	GC HV 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	
Costa Rica	15/10/1969	15/12/1983	09/12/1999	15/12/1983	30/06/2008	21/08/1990	24/01/2003	07/06/2001	03/06/1988	03/06/1988	09/12/2003	07/02/1986	
Côte d'Ivoire	28/12/1961	20/09/1989	11/05/1992	20/09/1989	13/06/2007	04/02/1992	12/03/2013	15/02/2013	24/01/1980	24/01/1980			
Croatia	11/05/1992	11/05/1992	11/05/1992	11/05/1992	13/06/2007	21/08/1991	09/02/2007	21/05/2001	06/07/1992	06/07/1992	08/02/2006		
Cuba	15/04/1954	25/11/1982	23/06/1999	23/06/1999	27/11/2007	12/08/1991	02/07/2010	07/03/2002	26/11/1957	26/11/1957	10/04/1978	10/04/1978	
Cyprus	23/05/1962	01/06/1979	14/10/2002	18/03/1996	27/11/2007	07/02/1991	03/07/2011	21/03/2002	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	23/05/2007	22/02/1993	02/10/2001	07/03/2002	26/03/1993	26/03/1993	08/06/2007	22/02/1993	
Denmark	27/06/1951	17/06/1982	17/06/1982	17/06/1982	25/05/2007	19/07/1991	27/08/2002	21/06/2001	26/03/2003	26/03/2003		19/04/1978	
Djibouti	06/03/1978	08/04/1991		08/04/1991		12/06/1990	27/04/2011	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	01/04/2009	11/06/1991		12/05/2005	05/01/1960	21/03/2002	03/03/2009		
Ecuador	11/08/1954	10/04/1979		10/04/1979		23/03/1990	07/06/2004	05/02/2002	02/10/1956	08/02/1961	02/08/2004		
Egypt	10/11/1952	09/10/1979		09/10/1979	12/09/2007	06/07/1990	02/06/2007		17/08/1955	17/08/1955	01/04/1982		
El Salvador	17/06/1953	23/11/1978		23/11/1978		10/07/1990	18/04/2002		19/07/2001	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	20/02/2009	18/01/1993	28/02/2008	21/10/1991		30/01/2002	04/04/1995	17/01/2005	17/01/2005	14/04/2011	
Ethiopia	02/10/1969	08/04/1994		08/04/1994		14/05/1991							
Fiji	09/08/1971	30/07/2008		30/07/2008		13/08/1993		29/11/1999					
Finland	22/02/1955	07/08/1980		07/08/1980	14/01/2009	20/06/1981	1/00/4/2002	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	17/07/2009	07/08/1990	05/02/2003	09/06/2000	07/06/1957	07/06/1957			
Gabon	26/02/1965	08/04/1980		08/04/1980		09/02/1994	21/09/2010	20/09/2000	04/12/1961	04/12/1961	29/08/2003		
Gambia	20/10/1966	12/01/1989		12/01/1989		08/08/1990		28/06/2002					
Georgia	14/09/1993	14/09/1993		14/09/1993	19/03/2007	02/06/1994	03/08/2010	05/09/2003	04/11/1992	04/11/1992	13/09/2010		
Germany	03/09/1954	14/02/1991	14/02/1991	14/02/1991	17/06/2009	06/03/1992	13/12/2004	11/12/2000	11/08/1967	11/08/1967	25/11/2009	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	04/02/1988	15/02/1993	26/10/2009	11/05/1993	22/10/2003	15/05/2002	09/02/1981	09/02/1981	20/04/2005	23/08/1983	
Grenada	13/04/1981	23/09/1998		23/09/1998		05/11/1990	06/02/2012	19/05/2011					
Guatemala	14/05/1952	19/10/1987		19/10/1987	14/03/2008	06/06/1990	09/05/2002	02/04/2012	02/10/1985	19/05/1994	04/02/2005	21/03/1988	
Guinea	11/07/1984	11/07/1984	20/12/1993	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	21/09/2009	14/01/1991	11/08/2010	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	08/12/2006	10/08/1990	14/08/2002	01/07/2002	25/10/2002	25/10/2002	26/01/2003	16/08/2010	
Hungary	03/08/1954	12/04/1989	23/09/1991	12/04/1989	15/11/2006	07/10/1991	24/02/2010	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	04/08/2006	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	24/09/2012		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	01/04/2010				15/06/1994	24/06/2008		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	

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		
Israel	06/07/1951	27/02/1986	27/02/1986	27/02/1986	22/11/2007	03/10/1991	18/07/2005								
Italy	17/12/1951	27/02/1986	27/02/1986	27/02/1986	29/01/2009	06/09/1991	09/05/2002	26/07/1999	03/10/1957	01/04/1958	10/07/2009	27/11/1981			
Jamaica	2/07/1964	29/07/1986	29/07/1986	29/07/1986		14/05/1991	09/05/2002		09/05/1956	09/05/1956					
Japan	21/04/1953	31/08/2004	31/08/2004	31/08/2004		22/04/1994	02/08/2004	17/07/2007	10/09/2007	10/09/2007	10/09/2007	09/06/1982			
Jordan	29/05/1951	01/05/1979	01/05/1979	01/05/1979		24/05/1991	23/05/2003	11/04/2002	02/10/1957	02/10/1957	05/05/2009				
Kazakhstan	05/05/1992	05/05/1992	05/05/1992	05/05/1992		12/08/1994	10/04/2003		14/03/1997	14/03/1997		25/04/2005			
Kenya	20/09/1966	23/02/1999	23/02/1999	23/02/1999		30/07/1990	28/01/2002	15/03/2005							
Kiribati	05/01/1989					11/12/1995									
Korea (Dem People's Rep.)	27/08/1957	09/03/1988				21/09/1990						08/11/1984			
Korea (Republic of)	16/08/1956	15/01/1982	16/04/2004	15/01/1982		20/11/1991	24/09/2004	13/11/2002	06/06/1969	17/02/1970		02/12/1986			
Kuwait	02/09/1967	17/07/1985	21/06/2013	17/07/1985		27/10/1991	26/08/2004		03/07/1995			02/01/1980			
Kyrgyzstan	18/09/1992	18/09/1992	18/09/1992	18/09/1992		07/10/1994	13/08/2003								
Laos (People's Dem.)	29/10/1956	18/11/1980	3/01/1988	18/11/1980		08/05/1991	20/09/2006					05/10/1978			
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					
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	13/08/2010	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							
Libya	22/05/1956	07/06/1978		07/06/1978		15/04/1993	29/10/2004		19/11/1957	19/11/1957	20/07/2001				
Liechtenstein	21/09/1950	10/08/1989	10/08/1989	10/08/1989		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		31/01/1999	28/11/2007	12/05/2003	27/07/1988	27/07/1988	13/03/2002	16/04/2002			
Luxembourg	01/07/1953	29/08/1989	12/05/1993	29/08/1989		07/03/1994	04/08/2004	08/09/2000	29/09/1961	29/09/1961	30/06/2005				
Madagascar	18/07/1963	08/05/1992	27/07/1993	08/05/1992		19/03/1991	22/09/2004	14/03/2008	03/11/1961	03/11/1961					
Malawi	05/01/1968	07/10/1991		07/10/1991		02/01/1991	21/09/2010	19/09/2002				05/10/1978			
Malaysia	24/08/1962					17/02/1995	12/04/2012		12/12/1960	12/12/1960					
Maldives	18/06/1991	03/09/1991		03/09/1991		11/02/1991	29/12/2004	21/09/2011							
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	15/11/2012				
Malta	22/08/1968	17/04/1989	17/04/1989	17/04/1989		30/09/1990	09/05/2002	29/11/2002							
Marshall	01/06/2004					04/10/1993		07/12/2000							
Mauritania	30/10/1962	14/03/1980		14/03/1980		16/05/1991									
Mauritius	18/08/1970	22/03/1982	22/03/1982	22/03/1982		26/07/1990	12/02/2009	05/03/2002	22/09/2006	22/09/2006	07/10/2003	09/12/1992			
Mexico	29/10/1952	10/03/1983		10/03/1983		21/09/1990	15/03/2002	28/10/2005	07/05/1956	07/05/1956					
Micronesia	18/09/1995	19/09/1995		19/09/1995		05/05/1993									
Moldova (Republic of)	24/05/1993	24/05/1993		24/05/1993		26/07/1993	07/04/2002	12/10/2010	09/12/1999	09/12/1999					
Monaco	05/07/1950	07/01/2000	26/10/2007	07/01/2000		26/07/1993	19/08/2008	26/07/1993	10/12/1957	10/12/1957					
Mongolia	20/12/1958	06/12/1995	06/12/1995	06/12/1995		05/07/1990	06/10/2007	13/11/2001	10/12/1957	10/12/1957					
Montenegro (Republic of)	02/08/2006	02/08/2006	02/08/2006	02/08/2006		23/10/2006	23/10/2006	23/10/2006	11/04/2002	04/11/1964	26/04/2007	19/05/1978			
Morocco	26/07/1956	03/06/2011		03/06/2011		21/06/1993	22/05/2002		26/04/2007	26/04/2007	05/12/2013				
Mozambique	14/03/1983	14/03/1983		12/11/2002		26/04/1994	19/10/2004		30/08/1968	30/08/1968					
Myanmar	25/08/1992					15/07/1991			10/02/1956	10/02/1956					
Namibia	22/08/1991	17/06/1994	21/07/1994	17/06/1994		30/09/1990	16/04/2002	26/06/2002							
Nauru	27/06/2006	27/06/2006		27/06/2006		27/07/1994		12/11/2001							

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment			
	GC I-V 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
Nepal	07/02/1964						03/01/2007							
Netherlands	03/08/1954	26/06/1987	26/06/1987	13/12/2006	13/12/2006	06/02/1995	24/09/2009	17/07/2001	14/10/1958	14/10/1958	30/01/2007	15/04/1983		
New Zealand	02/05/1959	08/02/1988	08/02/1988	23/10/2013	23/10/2013	06/04/1993	12/11/2001	07/09/2000	24/07/2008	17/10/2013	23/10/2013	07/09/1984		
Nicaragua	17/11/1953	19/07/1999	19/07/1999	02/04/2009	02/04/2009	05/10/1990	13/03/2005	11/04/2002	25/11/1959	01/06/2001	01/06/2001	06/09/2007		
Niger	21/04/1984	08/06/1979	08/06/1979			30/09/1990	13/03/2012	11/04/2002	06/12/1976	06/12/1976	16/08/2006	17/02/1993		
Nigeria	20/06/1961	10/10/1988	10/10/1988			19/04/1991	25/09/2012	27/09/2001	05/06/1961	05/06/1961	21/10/2005			
Niue	(¹)					20/12/1995								
Norway	03/08/1951	14/12/1981	14/12/1981	13/06/2006	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	16/05/2011			
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	30/04/2012	30/04/2012	12/12/1990	08/08/2001	21/03/2002	17/07/1962	08/03/2001	08/03/2001	13/05/2003		
Papua New Guinea	26/05/1976												28/10/1980	
Paraguay	23/10/1961	30/11/1990	30/01/1998	13/10/2008	13/10/2008	25/09/1990	27/09/2002	14/05/2001	09/11/2004	09/11/2004	09/11/2004			
Peru	15/02/1956	14/07/1989	14/07/1989	14/07/1989	14/07/1989	04/09/1990	08/05/2002	10/11/2001	21/07/1989	21/07/1989	24/05/2005			
Philippines	06/10/1952	30/03/2012	02/10/1992	22/08/2006	22/08/2006	21/08/1990	26/08/2003	30/08/2011						
Poland	26/11/1954	23/10/1991	23/10/1991	26/10/2009	26/10/2009	07/06/1991	07/04/2005	12/11/2001	06/08/1956	06/08/1956	03/01/2012	08/06/1978		
Portugal	14/03/1961	27/05/1992	01/07/1994	27/05/1992	27/05/1992	21/09/1991	19/08/2003	05/02/2002	04/08/2000	18/02/2005				
Qatar	15/01/1975	05/04/1988	24/09/1991	05/01/2005	05/01/2005	03/04/1995	25/07/2002		31/07/1973		04/09/2000			
Romania	01/06/1954	21/06/1990	31/05/1995	21/06/1990	21/06/1990	28/09/1990	10/11/2001	11/04/2002	21/03/1958	21/03/1958	07/08/2006	06/05/1983		
Russian Federation	10/05/1954	29/09/1989	29/09/1989	29/09/1989	29/09/1989	16/08/1990	24/09/2008	04/01/1957	04/01/1957	04/01/1957		30/06/1978		
Rwanda	05/05/1964	19/11/1984	08/07/1993	19/11/1984	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	14/02/1986	14/02/1986	24/07/1990	11/12/2008							
Saint Lucia	18/09/1981	07/10/1982	07/10/1982	07/10/1982	07/10/1982	16/06/1993		18/08/2010				27/05/1993		
Saint Vincent & Grenadine	01/04/1981	09/04/1983	09/04/1983	09/04/1983	09/04/1983	26/10/1993	29/03/2011	03/12/2002				27/04/1999		
Samoa	23/08/1984	23/08/1984	23/08/1984	23/08/1984	23/08/1984	29/11/1994		16/09/2002						
San Marino	29/08/1953	05/04/1994	05/04/1994	22/06/2007	22/06/2007	25/11/1991	26/09/2011	13/05/1996	09/02/1956	09/02/1956				
Sao Tome and Principe	21/05/1976	05/07/1996	05/07/1996			14/05/1991						05/10/1979		
Saudi Arabia	18/05/1963	21/08/1987	21/08/1987			26/01/1996	10/06/2011		20/01/1971	06/11/2007	06/11/2007			
Senegal	18/05/1963	07/05/1985	07/05/1985	07/05/1985	07/05/1985	31/07/1990	03/03/2004		17/06/1987	17/06/1987				
Serbia (Republic of)	16/10/2001	16/10/2001	16/10/2001	18/08/2010	18/08/2010	12/03/2001	31/01/2003	02/02/1999	11/09/2001	09/11/2001	02/09/2002			
Sierra Leone	08/11/1984	08/11/1984	22/05/1992	08/11/1984	08/11/1984	07/09/1990	10/08/2010	10/08/2010						
Seychelles	10/06/1965	21/10/1986	21/10/1986			18/06/1990	15/05/2002	15/09/2000						
Singapore	27/04/1973			07/07/2008	07/07/2008	05/10/1995	15/05/2002							
Slovakia	02/04/1993	02/04/1993	13/03/1995	02/04/1993	02/04/1993	30/05/2007	28/05/1993	11/04/2002	31/03/1993	31/03/1993	11/02/2004	28/05/1993		
Slovenia	26/03/1992	26/03/1992	26/03/1992	26/03/1992	26/03/1992	06/07/1992	23/09/2004	31/12/2001	28/10/1992	05/11/1992	13/04/2004	20/04/2005		
Solomon Islands	06/07/1961	19/09/1988	19/09/1988			10/04/1995						19/06/1981		
Somalia	12/07/1962													
South Africa	31/03/1952	21/11/1995	21/11/1995			16/06/1995	24/09/2009	27/11/2000	18/12/2003					
South Sudan	25/01/2013	25/01/2013	25/01/2013	25/01/2013	25/01/2013									
Spain	04/08/1952	21/04/1989	21/04/1989	10/12/2010	10/12/2010	06/12/1990	08/03/2002	24/10/2000	07/07/1960	26/06/1992	06/07/2001	19/07/1978		
Sri Lanka	28/02/1959					12/07/1991	08/09/2000		11/05/2004			25/04/1978		

Country	Protection of victims of armed conflicts										International Criminal Court	Protection of Cultural Property		Environment
	GC I-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	
Sudan	23/09/1957	07/03/2006	13/07/2006		25/06/2013	03/08/1990	26/07/2005		23/07/1970					
Suriname	13/10/1976	16/12/1985	16/12/1985			01/03/1993		15/07/2008						
Swaziland	28/06/1973	02/11/1995	02/11/1995			07/09/1995	24/09/2012							
Sweden	28/12/1953	31/08/1979	31/08/1979			29/06/1990	20/02/2003	28/06/2001	22/01/1985	22/01/1985	22/01/1985	27/04/1984		
Switzerland	31/03/1950	17/02/1982	17/02/1982		14/07/2006	24/02/1997	26/06/2002	12/10/2001	15/05/1982	15/05/1982	09/07/2004	05/08/1988		
Syrian Arab Republic	02/11/1953	14/11/1983	14/11/1983			15/07/1993	17/10/2003		06/03/1986	06/03/1986				
Tajikistan	13/01/1993	10/09/1997	13/01/1993			28/10/1993	05/08/2002	05/03/2000	28/08/1992	28/08/1992	21/02/2006	12/10/1999		
Tanzania (United Rep. of)	12/12/1962	13/02/1963	15/02/1983			10/06/1991	11/11/2004	20/08/2002	23/09/1974					
Thailand	28/12/1954					27/03/1992	27/02/2006		02/05/1986					
The former Yugoslav Republic of Macedonia	01/09/1993	01/09/1993	01/09/1993		14/10/2008	02/12/1993	12/01/2004	06/03/2002	30/04/1997	30/04/1997	19/04/2002			
Timor-Leste	08/05/2003	12/04/2005	12/04/2005		29/07/2011	16/04/2003	02/04/2004	08/09/2002						
Togo	08/01/1962	21/06/1984	21/06/1984			01/08/1990	28/11/2005							
Tonga	13/04/1978	20/07/2003	20/07/2003			06/11/1995								
Trinidad and Tobago	24/09/1953	20/07/2001	20/07/2001			05/12/1991		06/04/1999	28/01/1981	28/01/1981		11/05/1978		
Tunisia	04/05/1957	09/08/1979	09/08/1979			30/01/1992	02/01/2003	24/06/2011	15/12/1965	15/12/1965				
Turkey	10/02/1954					04/04/1995	04/05/2004							
Turkmenistan	10/04/1992		10/04/1992			20/09/1993	29/04/2005							
Tuvalu	19/02/1981					22/09/1995								
Uganda	18/05/1964	13/03/1981	13/03/1981			17/08/1990	06/05/2002	14/06/2002						
Ukraine	03/08/1954	25/01/1990	25/01/1990		19/01/2010	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			03/01/1997								
United Kingdom	23/09/1957	28/01/1988	17/05/1999		23/10/2009	16/12/1991	24/06/2003	04/10/2001						
United States of America	02/08/1955				08/03/2007	08/03/2007								
Uruguay	05/03/1969	13/12/1985	17/07/1990		19/10/2012	20/11/1990	09/09/2003	29/06/2002	13/03/2009	13/03/2009		16/05/1978		
Uzbekistan	08/10/1993	08/10/1993	08/10/1993			29/06/1994	23/12/2008		24/09/1999	24/09/1999	03/01/2007	17/01/1980		
Vanuatu	27/10/1982	28/02/1985	28/02/1985			07/07/1993	26/09/2007	02/12/2011	21/02/1986	21/02/1986		26/05/1993		
Venezuela	13/02/1956	23/07/1988	23/07/1988			13/09/1990	23/09/2003	07/06/2000						
Viet Nam	28/06/1957	19/10/1981				28/02/1990	20/12/2001		09/05/2005					
Yemen	18/07/1970	17/04/1990	17/04/1990			01/05/1991	03/02/2007		06/02/1970	06/02/1970		26/08/1980		
Zambia	19/10/1966	04/05/1985	04/05/1985			06/12/1991						20/07/1977		
Zimbabwe	07/03/1983	19/10/1982	19/10/1982			11/09/1990	22/05/2013	13/11/2002						
Total	195	473	167	66	193	452	122	103	126	67	76			

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".

On 31 October 2011, Palestine became a full member of UNESCO. On 22 March 2012, Palestine deposited with the UNESCO Director-General its instrument of accession to the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its two Protocols.

(*) Note. As evidenced by paragraph 10(1), read together with sub-paragraph 10(3)(b) of New Zealand's 1958 Geneva Conventions Act, adopted in anticipation of New Zealand's accessions (2 May 1959) to the Four Geneva Conventions of 1949, New Zealand's Geneva Conventions Act 1958 (published most recently in New Laws 2006, vol. 2, p. 877), bearing in mind the rule as expressed in Article 29 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, and following discussions with relevant authorities, the International Committee of the Red Cross considers that the 1959 New Zealand accessions cover the territory of Niue.

Country	Weapons											Cluster Munitions 2008		
	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CW 1980	CW Prot. I 1980	CW Prot. II 1980	CW Prot. III 1980	CW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amtd 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993		AP Mine Ban Conv. 1997	
Afghanistan	09/12/1986	26/03/1975											11/09/2002	08/09/2011
Albania	20/12/1989	11/08/1992	28/08/2002	28/08/2002	28/08/2002	28/08/2002	28/08/2002	28/08/2002	28/08/2002	12/05/2006	24/09/2003	11/09/2002	29/02/2000	16/06/2009
Algeria	27/01/1992	22/07/2001											09/10/2001	
Andorra													29/06/1998	09/04/2013
Angola	08/11/1990												05/07/2002	
Antigua and Barbuda	07/04/1989	29/01/2003	23/08/2010	23/08/2010	23/08/2010	23/08/2010	23/08/2010	23/08/2010	23/08/2010		29/08/2005	03/05/1999	23/08/2010	
Argentina	12/05/1989	05/12/1979	02/10/1995	02/10/1995	02/10/1995	02/10/1995	02/10/1995	21/10/1998	21/10/1998	25/02/2004	02/10/1995	14/09/1999		
Armenia	07/06/1994										27/01/1995			
Australia	24/05/1930	05/10/1977	29/09/1983	29/09/1983	29/09/1983	29/09/1983	29/09/1983	22/08/1997	22/08/1997	03/12/2002	06/05/1994	14/01/1999	14/01/1999	08/10/2012
Austria	09/05/1928	10/08/1973	14/03/1983	14/03/1983	14/03/1983	14/03/1983	14/03/1983	27/07/1998	27/07/1998	25/09/2003	17/08/1995	29/06/1998	29/06/1998	02/04/2009
Azerbaijan		26/02/2004									29/02/2000			
Bahamas		26/11/1986									21/04/2009	31/07/1998		
Bahrain	09/12/1988	28/10/1988									28/04/1997			
Bangladesh	20/05/1989	13/03/1985	06/09/2000	06/09/2000	06/09/2000	06/09/2000	06/09/2000	06/09/2000	06/09/2000	26/09/2013	25/04/1997	06/09/2000		
Barbados	16/07/1976	16/02/1973									03/07/2007	26/01/1989		
Belarus		26/03/1975	23/06/1982	23/06/1982	23/06/1982	23/06/1982	23/06/1982	13/09/2000	13/09/2000	27/03/2008	11/07/1996	03/09/2003		
Belgium	04/12/1928	15/03/1979	07/02/1995	07/02/1995	07/02/1995	07/02/1995	07/02/1995	10/03/1999	10/03/1999	12/02/2004	27/01/1997	04/09/1998	04/09/1998	22/12/2009
Belize		20/10/1986									01/12/2003	23/04/1998		
Benin	09/12/1986	25/04/1975	27/03/1989	27/03/1989	27/03/1989	27/03/1989	27/03/1989				14/05/1998	25/09/1998		
Bhutan	19/02/1979	08/06/1978									18/08/2005	18/08/2005		
Bolivia	13/08/1985	30/10/1975	21/09/2001	21/09/2001	21/09/2001	21/09/2001	21/09/2001	21/09/2001	21/09/2001	17/03/2008	14/08/1998	09/06/1998	09/06/1998	30/04/2013
Bosnia-Herzegovina		15/08/1994	01/09/1993	01/09/1993	01/09/1993	01/09/1993	01/09/1993	11/10/2001	11/10/2001		25/02/1997	08/09/1998	08/09/1998	07/09/2010
Bolswaria		05/02/1992									31/08/1998	01/03/2000		27/06/2011
Brazil	28/08/1970	27/02/1973	03/10/1995	03/10/1995	03/10/1995	03/10/1995	03/10/1995	04/10/1999	04/10/1999	30/11/2010	13/03/1996	30/04/1999		
Brunei Darussalam		31/01/1991									28/07/1997	24/04/2006		
Bulgaria	07/03/1934	02/08/1972	15/10/1982	15/10/1982	15/10/1982	15/10/1982	15/10/1982	03/12/1998	03/12/1998	28/02/2003	10/08/1994	04/09/1998	04/09/1998	06/04/2011
Burkina Faso	03/03/1971	17/04/1991	26/11/2003	26/11/2003	26/11/2003	26/11/2003	26/11/2003	26/11/2003	26/11/2003	26/11/2003	08/07/1997	16/09/1998	16/09/1998	16/02/2010
Burundi		18/10/2011	13/07/2012	13/07/2012	13/07/2012	13/07/2012	13/07/2012				04/09/1998	22/10/2003	22/10/2003	25/09/2009
Cambodia	15/03/1983	09/03/1983	25/03/1997	25/03/1997	25/03/1997	25/03/1997	25/03/1997	25/03/1997	25/03/1997		19/07/2005	28/07/1999		
Cameroon	20/07/1989	18/01/2013	07/12/2006	07/12/2006	07/12/2006	07/12/2006	07/12/2006	07/12/2006	07/12/2006		16/09/1996	19/09/2002	19/09/2002	12/07/2012
Canada	06/05/1930	18/09/1972	24/06/1994	24/06/1994	24/06/1994	24/06/1994	24/06/1994	05/01/1998	05/01/1998	22/07/2002	26/09/1995	03/12/1997		
Cape Verde	15/10/1991	20/10/1977	16/09/1997	16/09/1997	16/09/1997	16/09/1997	16/09/1997	16/09/1997	16/09/1997		10/10/2003	14/05/2001		19/10/2010
Central African Republic	31/07/1970										20/09/2006	08/11/2002		
Chad											13/02/2004	06/05/1999		26/03/2013
Chile	02/07/1935	22/04/1980	15/10/2003	15/10/2003	15/10/2003	15/10/2003	15/10/2003	27/09/2007	27/09/2007	18/08/2009	12/07/1986	10/09/2001		16/12/2010
China	13/07/1982	15/11/1984	07/04/1982	07/04/1982	07/04/1982	07/04/1982	07/04/1982	04/11/1998	04/11/1998	11/08/2003	25/04/1997			
Colombia		19/12/1983	06/03/2000	06/03/2000	06/03/2000	06/03/2000	06/03/2000	06/03/2000	06/03/2000	20/05/2009	05/04/2000	06/09/2000	06/09/2000	
Comoros											18/08/2006	19/09/2002		28/07/2010
Congo		23/10/1978									04/12/2007	04/05/2001		04/12/2007
Congo (Dem Rep)		16/09/1975									12/10/2005	02/05/2002		02/05/2002
Cook Islands		04/12/2008									15/07/1994	15/03/2006		23/08/2011

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. a 1996	CCW Amndt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	AP Mine Ban Conv. 1997	Cluster Munitions 2008
Costa Rica	17/03/2009	17/12/1973	17/12/1988	17/12/1988	17/12/1988	17/12/1988	17/12/1988	17/12/1988	17/12/1988	17/12/1988	17/12/1988	17/03/1999	28/04/2011
Cote d'Ivoire	27/07/1970											17/03/1999	
Croatia	18/12/2006	08/10/1991	02/12/1983	02/12/1983	02/12/1983	02/12/1983	02/12/1983	02/12/1983	02/12/1983	02/12/1983	18/12/1995	30/06/2000	12/03/2012
Cuba	24/06/1966	21/04/1976	02/03/1987	02/03/1987	02/03/1987	02/03/1987	02/03/1987	02/03/1987	02/03/1987	02/03/1987	23/05/1995	20/05/1998	17/08/2009
Cyprus	12/12/1966	06/11/1973	12/12/1988	12/12/1988	12/12/1988	12/12/1988	12/12/1988	12/12/1988	12/12/1988	12/12/1988	28/08/1998	17/01/2003	
Czech Republic	16/08/1938	05/04/1993	22/02/1993	22/02/1993	22/02/1993	22/02/1993	22/02/1993	22/02/1993	22/02/1993	22/02/1993	06/03/1996	26/10/1999	22/09/2011
Denmark	05/05/1930	01/03/1973	07/07/1982	07/07/1982	07/07/1982	07/07/1982	07/07/1982	07/07/1982	07/07/1982	07/07/1982	13/07/1995	08/06/1998	12/02/2010
Djibouti			29/07/1986	29/07/1986	29/07/1986	29/07/1986	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	21/06/2010				21/06/2010	21/06/2010	21/06/2010	21/06/2010	27/03/2009	30/06/2000	20/12/2011
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	10/03/2009	10/03/2009	06/09/1995	29/04/1999	11/05/2010
Egypt	06/12/1928												
El Salvador	26/02/2008	31/12/1991	26/01/2000	26/01/2000	26/01/2000	26/01/2000	26/01/2000	26/01/2000	13/09/2007	23/03/2006	30/10/1995	27/01/1999	10/01/2011
Equatorial Guinea	20/05/1989	16/01/1989									25/04/1997	16/09/1998	
Eritrea											14/02/2000	27/08/2001	
Estonia	28/08/1931	21/06/1993	20/04/2000	20/04/2000	20/04/2000	20/04/2000	20/04/2000	20/04/2000	12/05/2003	18/12/2006	26/05/1999	12/05/2004	
Fiji	07/10/1935	26/05/1975									13/05/1986	17/12/2004	
Finland	26/06/1929	04/02/1974	08/05/1982	08/05/1982	08/05/1982	08/05/1982	11/01/1996	03/04/1988	22/06/2004	23/03/2005	07/02/1995	09/01/2012	
France	10/05/1926	27/09/1984	04/03/1988	04/03/1988	18/07/2002	18/07/2002	30/06/1988	23/07/1988	10/12/2002	31/10/2006	02/03/1995	23/07/1998	25/09/2009
Gabon		16/08/2007	01/10/2007	01/10/2007	01/10/2007	01/10/2007	22/09/2010	22/09/2010	22/09/2010	22/09/2010	08/09/2000	08/09/2000	
Gambia		21/11/1991									19/05/1988	23/09/2002	
Georgia		22/05/1996	29/04/1996	29/04/1996	29/04/1996	29/04/1996	14/07/2006	08/06/2009	08/06/2009	22/12/2008	27/11/1995		
Germany	25/04/1929	07/04/1983	25/11/1982	25/11/1982	25/11/1982	25/11/1982	25/11/1982	27/06/1997	02/05/1987	26/01/2005	12/08/1984	23/07/1998	08/07/2009
Ghana	03/05/1967	06/06/1975									09/07/1997	30/06/2000	03/02/2011
Greece	30/05/1931	10/12/1975	28/01/1982	28/01/1982	28/01/1982	28/01/1982	05/08/1987	20/01/1989	26/11/2004		22/12/1984	25/09/2003	
Grenada	03/01/1989	22/10/1986									03/06/2005	19/08/1998	29/06/2011
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	13/02/2009	28/02/2008	12/02/2003	26/03/1999	03/11/2010
Guinea											09/06/1997	08/10/1998	
Guinea-Bissau	20/05/1989	20/08/1976	06/08/2008	06/08/2008	06/08/2008	06/08/2008	06/08/2008	06/08/2008	06/08/2008	06/08/2008	20/05/2008	22/05/2001	29/11/2010
Guyana		26/03/2013									12/09/1987	05/08/2003	
Haiti											22/02/2006	15/02/2006	
Holy See	18/10/1966	04/01/2002	22/07/1987	22/07/1987	22/07/1987	22/07/1987	22/07/1987	22/07/1987	09/12/2002	13/12/2005	12/05/1989	17/02/1998	03/12/2008
Honduras		14/03/1979	30/10/2003	30/10/2003	30/10/2003	30/10/2003	30/10/2003	30/10/2003		16/08/2010	29/08/2005	24/09/1998	21/03/2012
Hungary	11/10/1952	27/12/1972	14/06/1982	14/06/1982	14/06/1982	14/06/1982	30/01/1988	30/01/1988	27/12/2002	13/11/2006	31/10/1996	06/04/1998	03/07/2012
Iceland	02/11/1967	15/02/1973	22/08/2008	22/08/2008	22/08/2008	22/08/2008	22/08/2008	22/08/2008	22/08/2008	22/08/2008	28/04/1997	05/05/1999	
India	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	19/02/1992									12/11/1988	16/02/2007	
Iran (Islamic Rep)	05/11/1929	22/08/1973									03/11/1987		
Iraq	08/09/1931	19/06/1991									13/01/2009	15/08/2007	14/05/2013
Ireland	29/09/1930	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	03/12/2009

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 1985	CCW Prot. V 1986	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	AP Mine Ban Conv. 1997	Cluster Munitions 2008	
Israel	20/02/1969	22/03/1995	22/03/1995	22/03/1995	20/01/1995	30/10/2000	30/10/2000	01/09/2004	11/02/2010	08/12/1995	23/04/1999	21/09/2011		
Italy	03/04/1928	30/05/1975	20/01/1995	20/01/1995	20/01/1995	13/01/1999	13/01/1999	25/09/2008	25/09/2008	08/09/2000	17/07/1998			
Jamaica	28/07/1970	13/08/1975	25/09/2008	25/09/2008	25/09/2008	25/09/2008	25/09/2008	10/06/1997	10/07/2003	30/09/1998	14/07/2009			
Japan	21/05/1970	18/06/1982	09/06/1982	09/06/1982	09/06/1982	10/06/1997	10/06/1997	06/09/2000		29/10/1999	13/11/1998			
Jordan	20/01/1977	27/06/1975	19/10/1995	19/10/1995	19/10/1995	08/07/2009	08/07/2009			23/03/2000	23/01/2001			
Kazakhstan	28/06/2007	08/07/2009	08/07/2009	08/07/2009	08/07/2009					25/04/1997	07/09/2000			
Kenya	06/07/1970	07/01/1976												
Kiribati														
Korea (Dem People's Rep.)	04/01/1989	13/03/1987						09/05/2001	13/02/2003	23/01/2008	28/04/1997			
Korea (Republic of)	04/01/1989	25/06/1987	09/05/2001	09/05/2001				24/05/2013	24/05/2013	24/05/2013	28/05/1997	30/07/2007		
Kuwait	15/12/1971	26/07/1972	24/05/2013	24/05/2013	24/05/2013						29/09/2003			
Kyrgyzstan		12/10/2004												
Laos (People's Dem.)	20/05/1989	25/04/1973	03/01/1983	03/01/1983	03/01/1983			02/02/2012	02/02/2012	25/02/1997		18/03/2009		
Latvia	03/06/1931	06/02/1997	04/01/1993	04/01/1993	04/01/1993	11/03/1998	11/03/1998	22/08/2002	16/09/2009	23/07/1996	01/07/2005			
Lebanon	17/04/1969	26/03/1975								20/11/2008				
Lesotho	10/03/1972	06/09/1977	06/09/2000	06/09/2000	06/09/2000			07/12/1994	07/12/1994	02/12/1998	23/12/1999	28/05/2010		
Liberia	17/06/1927		16/09/2005	16/09/2005	16/09/2005			16/09/2005	16/09/2005	23/02/2006				
Libya	29/12/1971	19/01/1982								06/01/2004				
Liechtenstein	06/09/1991	06/06/1991	16/08/1989	16/08/1989	16/08/1989			18/06/2004	12/05/2006	24/11/1999	05/10/1999	04/03/2013		
Lithuania	15/06/1933	10/02/1998	03/06/1998	03/06/1998	03/06/1998			12/05/2003	29/09/2004	15/04/1998	12/05/2003	24/03/2011		
Luxembourg	01/09/1936	23/03/1976	21/05/1996	21/05/1996	21/05/1996	05/08/1999	05/08/1999	13/06/2005	13/06/2005	15/04/1997	14/06/1999	10/07/2009		
Madagascar	02/08/1967	07/03/2008	14/03/2008	14/03/2008	14/03/2008					20/10/2004	16/09/1999			
Malawi	14/09/1970									11/06/1998	13/08/1998	07/10/2009		
Malaysia	10/12/1970	06/10/1991								20/04/2000	22/04/1999			
Maldives	27/12/1966	02/06/1993	07/09/2000	07/09/2000	07/09/2000			07/09/2000	07/09/2000	31/06/1994	07/09/2000			
Malta	25/11/2002	24/10/2001	24/10/2001	24/10/2001	24/10/2001			24/04/2009	24/04/2009	28/04/1997	07/05/2001	30/06/2010		
Mali	21/09/1964	07/04/1975	26/06/1995	26/06/1995	26/06/1995			24/09/2004	22/09/2006	28/04/1997	07/05/2001	24/09/2009		
Marshall	15/11/2012									19/05/2004				
Mauritania														
Mauritius	12/03/1968	11/01/1973	06/05/1996	06/05/1996	06/05/1996	24/12/2002	24/12/2002			09/02/1998	21/07/2000	21/02/2012		
Mexico	28/05/1932	08/04/1974	11/02/1982	11/02/1982	11/02/1982	10/03/1998	10/03/1998			09/02/1993	03/12/1997			
Micronesia											29/08/1994	09/06/1998	06/05/2009	
Micronesia (Republic of)											21/06/1999			
Moldova	05/11/2004	05/11/2004	08/09/2000	08/09/2000	08/09/2000	08/09/2000	08/09/2000	05/01/2005	21/04/2008	06/07/1996	08/09/2000	16/02/2010		
Monaco	06/01/1967	30/04/1999	12/08/1997	12/08/1997	12/08/1997			08/12/1997		01/06/1995	17/11/1998	21/09/2010		
Mongolia	06/12/1968	14/09/1972	08/06/1982	08/06/1982	08/06/1982	06/04/1999	06/04/1999			17/01/1995				
Montenegro (Republic of)	03/06/2007	23/10/2006	23/10/2006	23/10/2006	23/10/2006			30/12/2011	23/10/2006	23/10/2006	23/10/2006	25/01/2010		
Morocco	13/10/1970	21/03/2002	19/03/2002	19/03/2002	19/03/2002					28/12/1995				
Mozambique										15/08/2000	25/08/1998	14/03/2011		
Myanmar	29/03/2011													
Namibia											24/11/1995	21/09/1998		
Nauru		05/03/2013	12/11/2001	12/11/2001	12/11/2001	12/11/2001	12/11/2001			12/11/2001	07/08/2000	04/02/2013		

Country		Weapons												Cluster Munitions 2008
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	AP Mine Ban Conv. 1997	Cluster Munitions 2008	
Nepal	09/05/1969										18/11/1997			
Netherlands	3/1/10/1930	22/06/1981	18/06/1987	18/06/1987	18/06/1987	18/06/1987	25/03/1999	25/03/1999	19/05/2004	18/07/2005	12/04/1999	12/04/1999	23/02/2011	
New Zealand	24/05/1930	18/10/1993	18/10/1993	18/10/1993	18/10/1993	18/10/1993	08/01/1998	08/01/1998	21/08/2007	02/10/2007	15/07/1999	27/01/1999	22/12/2009	
Nicaragua	05/10/1990	07/08/1975	05/12/2000	05/12/2000	05/12/2000	05/12/2000	18/09/2007	18/09/2007	06/09/2007	15/09/2005	05/10/1999	30/11/1998	02/11/2009	
Niger	05/04/1967	23/06/1972	10/11/1992	10/11/1992	10/11/1992	10/11/1992	18/09/2007	18/09/2007	18/09/2007		09/04/1997	23/03/1999	02/06/2009	
Nigeria	15/10/1968	09/07/1973									20/05/1999	27/09/2001		
Niue											15/04/2005	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	08/11/2005	07/04/1994	09/07/1998	03/12/2008	
Oman		3/10/3/1992									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		03/02/2009	28/10/1997			
Palau		03/02/2003									03/02/2003			
Panama	04/12/1970	20/03/1974	26/03/1987	26/03/1987	26/03/1987	26/03/1987	26/03/1987	03/10/1999	16/08/2004	29/11/2010	19/11/2007		29/11/2010	
Papua New Guinea	02/09/1980	27/10/1980									07/10/1988	07/10/1988		
Paraguay	22/10/1933	09/06/1976	22/09/2004	22/09/2004	22/09/2004	22/09/2004	03/12/2008	22/09/2004	03/12/2008	03/12/2008	17/04/1986	28/06/2004		
Peru	13/09/1985	05/06/1985	03/07/1997	03/07/1997	03/07/1997	03/07/1997	12/06/1997	03/07/1997	14/02/2005	29/05/2009	01/12/1994	13/11/1998	26/09/2012	
Philippines	08/06/1973	21/05/1973	15/07/1986	15/07/1986	15/07/1986	15/07/1986	12/06/1997	12/06/1997			11/12/1986	15/02/2000		
Poland	04/02/1929	25/01/1973	02/06/1983	02/06/1983	02/06/1983	02/06/1983	23/09/2004	14/10/2003	15/09/2006	26/09/2011	23/08/1995	27/12/2012		
Portugal	01/07/1930	15/05/1975	04/04/1987	04/04/1987	04/04/1987	04/04/1987	12/11/2001	31/03/1999	22/02/2008	22/02/2008	10/09/1996	19/02/1999	09/03/2011	
Qatar	18/10/1976	17/04/1975	16/11/2009	16/11/2009	16/11/2009	16/11/2009	16/11/2009	16/11/2009		16/11/2009	03/09/1997	13/10/1998		
Romania	23/08/1929	26/07/1979	26/07/1985	26/07/1985	26/07/1985	26/07/1985	25/08/2003	25/08/2003	25/08/2003	29/01/2008	15/02/1995	30/11/2000		
Russian Federation	05/04/1923	26/03/1975	10/06/1982	10/06/1982	10/06/1982	10/06/1982	09/09/1999	02/03/2005	24/01/2007	21/07/2008	05/11/1997			
Rwanda	11/05/1964	20/05/1975									31/03/2004	08/06/2000		
Saint Kitts and Nevis	27/04/1989	02/04/1991									21/05/2004	02/12/1998	13/09/2013	
Saint Lucia	21/12/1988	26/11/1986									09/04/1997	13/04/1999		
Saint Vincent & Grenadine	24/03/1999	13/05/1999	06/12/2010	06/12/2010	06/12/2010	06/12/2010				06/12/2010	18/09/2002	01/08/2001	29/10/2010	
Samoa											27/09/2002	23/07/1998	28/04/2010	
San Marino		11/03/1975									10/12/1989	18/03/1998	10/07/2009	
Sao Tome and Principe		24/08/1979									09/09/2003	31/03/2003		
Saudi Arabia	27/01/1971	24/05/1972	07/12/2007	07/12/2007	07/12/2007	07/12/2007				08/01/2010	09/08/1986			
Senegal	15/06/1977	29/03/1975	29/11/1989	29/11/1989	29/11/1989	29/11/1989		29/11/1989		06/11/2008	20/07/1988	24/09/1988	03/08/2011	
Serbia (Republic of)	03/06/2006	13/06/2001	12/03/2001	12/03/2001	12/03/2001	12/03/2001	12/08/2003	14/02/2011	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	30/09/2004	30/09/2004	07/04/1993	02/06/2000	20/05/2010	
Sierra Leone	20/03/1967	29/06/1976	30/09/2004	30/09/2004	30/09/2004	30/09/2004	30/09/2004	30/09/2004	30/09/2004	30/09/2004	30/09/2004	25/04/2001	03/12/2008	
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	08/04/2008	07/04/1992	06/07/1992	06/07/1992	06/07/1992	06/07/1992			02/07/2008	22/02/2007	11/06/1987	27/10/1988	19/08/2009	
Solomon Islands	01/06/1981	17/06/1981									23/09/2004	26/01/1999		
Somalia											29/05/2013	16/04/2012		
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	24/01/2012	24/01/2012	13/09/1995	26/06/1998		
South Sudan	22/08/1929	20/06/1979	29/12/1993	29/12/1993	29/12/1993	29/12/1993	19/01/1998	27/01/1998	09/02/2004	02/09/2007	03/08/1994	19/01/1999	17/06/2009	
Spain	20/01/1954	24/09/2004	24/09/2004	24/09/2004	24/09/2004	24/09/2004	24/09/2004	24/09/2004	24/09/2004	24/09/2004	19/08/1994			
Sri Lanka		18/11/1986												

Country		Weapons												
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	AP Mine Ban Conv. 1997	Cluster Munitions 2008	
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	13/09/2011	
Sweden	25/04/1930	05/02/1976	07/07/1982	07/07/1982	07/07/1982	07/07/1982	15/01/1987	16/07/1987	03/12/2002	02/06/2004	17/06/1993	30/11/1998	23/04/2012	
Switzerland	12/07/1932	04/05/1976	20/08/1982	20/08/1982	20/08/1982	20/08/1982	24/03/1988	24/03/1988	19/01/2004	12/05/2006	10/03/1995	24/03/1998	17/07/2012	
Syrian Arab Republic	17/12/1980										14/09/2013			
Tajikistan		08/12/2004	12/10/1999	12/10/1999	12/10/1999	12/10/1999	12/10/1999	12/10/1999		18/05/2006	11/01/1995	12/10/1999		
Tanzania (United Rep.of)	22/04/1963										25/06/1998	13/11/2000		
Thailand	06/06/1931	28/05/1975									10/12/2002	27/11/1998		
The former Yugoslav Republic of Macedonia		14/03/1987	30/12/1986	30/12/1986	30/12/1986	30/12/1986	19/03/2007	31/05/2005	11/07/2007	19/03/2007	20/06/1997	09/09/1998	08/10/2009	
Timor-Leste		05/05/2002									07/05/2003	07/05/2003		
Togo	05/04/1971	10/11/1976	04/12/1985	04/12/1985	04/12/1985	04/12/1985					23/04/1997	09/03/2000	22/06/2012	
Tonga	19/07/1971	28/09/1976									29/05/2003			
Trinidad and Tobago	31/08/1962	19/07/2007									24/06/1997	27/04/1998	21/09/2011	
Tunisia	12/07/1967	06/06/1973	15/05/1987	15/05/1987	15/05/1987	15/05/1987	23/03/2006	23/03/2006	11/03/2009	07/03/2008	15/04/1997	09/07/1999	28/09/2010	
Turkey	05/10/1929	04/11/1974	02/03/2005	02/03/2005	02/03/2005	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				23/07/2012	29/09/1994	19/07/1998		
Tuvalu											19/01/2004	13/09/2011		
Uganda	24/05/1965	12/05/1982	14/11/1995	14/11/1995	14/11/1995	14/11/1995					30/11/2001	25/02/1999		
Ukraine	07/09/2003	26/03/1975	23/06/1982	23/06/1982	23/06/1982	23/06/1982	28/05/2003	15/12/1999	29/06/2005	17/05/2005	16/10/1996	27/12/2005		
United Arab Emirates		19/06/2008	26/02/2009	26/02/2009	26/02/2009	26/02/2009				26/02/2009	28/11/2000			
United Kingdom	09/04/1930	26/03/1975	13/02/1995	13/02/1995	13/02/1995	13/02/1995	11/02/1989	11/02/1989	25/07/2002		13/05/1996	31/07/1998	04/05/2010	
United States of America	10/04/1975	26/03/1975	24/03/1995	24/03/1995	24/03/1995	24/03/1995	21/01/2009	24/05/1989	21/01/2009	21/01/2009	25/04/1997			
Uruguay	12/04/1977	06/04/1981	06/10/1994	06/10/1994	06/10/1994	06/10/1994	18/08/1988	18/08/1988	07/08/2007	07/08/2007	06/10/1994	07/06/2001	24/09/2009	
Uzbekistan		11/01/1986	29/09/1997	29/09/1997	29/09/1997	29/09/1997					23/07/1996			
Vanuatu		12/10/1980									16/09/2005	16/09/2005		
Venezuela	09/02/1928	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		15/01/2008	25/09/2013	25/09/2013	25/09/2013	25/09/2013				25/09/2013	09/02/2001	23/02/2001	12/08/2009	
Zimbabwe		05/11/1990									25/04/1997	18/06/1998		
Total	137	169	117	112	93	108	102	100	79	84	190	161	84	

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN DE LIBROS

BENVENISTI, EYAL. *The International Law of occupation*. Oxford University Press. Oxford, 2012, 383 páginas.

Carlos Eymar
General auditor.

El autor de este libro, catedrático de Derechos Humanos en la Universidad de Tel Aviv, estudia en él el desarrollo del derecho de ocupación, desde su irrupción en el siglo XVIII hasta nuestros días. No obstante, en la construcción del libro, en su actual formato, hay que distinguir con claridad dos diferentes estratos: hasta 1990 y desde este año hasta el 2011. El núcleo del libro lo constituye la tesis doctoral del autor, presentada en la Universidad de Yale en el año 1990 y que fue publicada como libro en 1993. El libro actual, aunque en puridad es una segunda edición de aquel, contiene, sin embargo, muchas novedades con el análisis de múltiples casos de ocupación acaecidos con posterioridad a 1993, así como de las resoluciones y sentencias por ellos provocadas.

Así pues, en la primera parte del libro se nos exponen los aspectos fundamentales del derecho de ocupación clásico y las regulaciones que, desde el siglo XIX, han aspirado a definirlo y regularlo. En este sentido el derecho de ocupación es concebido inicialmente como formando parte del Derecho de la guerra y como un subproducto de la guerra. Por esta razón, y estrechamente vinculada al concepto de soberanía, la ocupación se suele dividir en beligerante o pacífica, según que la transferencia de soberanía que implica se realice de forma forzada o voluntaria. En su evolución se va comprobando una mayor presencia de los derechos de los habitantes

de los territorios ocupados, la cual puede seguirse con una mera lectura de los textos legales. Así, la Declaración de Bruselas de 1874 permitía a los ejércitos ocupantes utilizar los recursos de la población ocupada para sostener sus propios esfuerzos bélicos. Algo más tarde, aunque también condicionada por la evolución de la logística, la Convención de la Haya de 1899 estableció que «en la medida de lo posible» se efectuara el pago de una compensación por los daños causados a los territorios ocupados. Finalmente, la Convención de la Haya de 1907 dispuso el pago de una real compensación. Independientemente de esas compensaciones, el Derecho de la Haya establece el deber, por parte de la potencia ocupante, de establecer un sistema de administración directa, el cual se fundamenta no en el derecho legal a gobernar, sino en el puro hecho de la ocupación. Así, el artículo 43 de la Convención dispone que «La autoridad del poder legítimo, al haber pasado de hecho a manos del ocupante...». El reconocimiento del ocupante a asumir su autoridad, no emana de su poder soberano, sino que se sujeta al Derecho internacional y este consagra como uno de sus principios el de la inalienabilidad de la soberanía ante cualquier acción unilateral de un poder extranjero. No obstante, en ese caso, hay que tener en cuenta la excepción de la llamada *debellatio*. Esta institución hace referencia a una situación de total sojuzgamiento, en la cual una parte en conflicto ha sido totalmente derrotada en la guerra y en la que se han desintegrado por completo todas sus instituciones nacionales. En tal situación se considera que el Estado es inexistente y, en puridad, no puede hablarse de ocupación. Los Convenios de la Haya son inaplicables en la *debellatio* y, así, la potencia victoriosa queda habilitada para anexionarse el territorio o a asumir la soberanía. Fuera de ese caso, la potencia ocupante, aun sin asumir la soberanía, está habilitada por el Derecho internacional para exigir obediencia a la población local y castigar a los civiles que se opusieran a sus normas.

La perspectiva adoptada por los Convenios de la Haya con respecto a la ocupación apenas tomaba en consideración los derechos de los habitantes del territorio ocupado. Poco a poco, con el trasfondo de las barbaries cometidas por las potencias del Eje sobre sus territorios ocupados, el derecho de ocupación se fue abriendo progresivamente a la influencia del Derecho de los derechos humanos. Es así como llegamos al Convenio IV de Ginebra, que impuso a los ocupantes amplias obligaciones con respecto a los civiles de los territorios ocupados; junto a él encontramos otros instrumentos de derechos humanos tendentes no solo a proteger contra la crueldad, sino a imponer a la potencia ocupante conductas positivas con respecto a la población de aquellos territorios. Así mismo, algún otro tratado internacional, como el de la Protección de Bienes Culturales de 1954, exigía a la potencia

ocupante un cierto apoyo a las autoridades nacionales para la protección y salvaguarda de este patrimonio. Aunque se produjo un debate sobre la aplicabilidad a los territorios ocupados de los tratados generales o regionales sobre derechos humanos, la mayor parte de la doctrina se inclinó por una respuesta afirmativa.

Todos esos antecedentes hemos de tenerlos en cuenta a la hora de seguir el desarrollo del derecho de ocupación en el segundo período considerado por el autor, es decir, el que va desde 1990 hasta el 2011. Aunque se citan muchos otros casos, merece la pena detenerse en dos especialmente significativos: Irak y Kosovo.

El caso de Irak puede ser considerado como un auténtico laboratorio para observar las interacciones o las tensiones producidas entre el derecho de ocupación y otros ámbitos del Derecho internacional. Así, Estados Unidos afirmaba que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no era de aplicación fuera de su territorio y durante un conflicto armado. En este sentido, afirmaba que el Derecho humanitario es conceptualmente distinto del Derecho de los derechos humanos y que ambos derechos no se pueden aplicar simultáneamente. Por su parte, el Reino Unido tuvo que hacer frente a numerosas peticiones en relación con la aplicabilidad en Irak de la Convención europea de Derechos Humanos, y si bien dio razones para su no aplicabilidad, hubo alguna resolución de la Corte Europea de Derechos Humanos en sentido contrario. Otra cuestión planteada también en relación con Irak es la del fin de la ocupación. Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Convención de la Haya se establece que el fin de la ocupación se produce cuando el ocupante no puede ejercer su autoridad en el territorio ocupado, o cuando el Gobierno local consiente su presencia. Es esta última circunstancia la que tuvo lugar en Irak, produciéndose formalmente el fin de la ocupación por la Resolución 1546 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 30 de junio de 2004. En ella se declaraba el fin de la Autoridad Provisional de la Coalición y la recuperación de la plena soberanía por parte de Irak. No obstante, la liberación formal de las tareas como ocupante contrastaba con el hecho de la incapacidad de Irak para asumir la responsabilidad de un gobierno efectivo bajo el Derecho internacional. De hecho, las fuerzas de la Coalición siguieron ejerciendo el control directo y efectivo sobre el territorio y la población, en tanto que fuerzas multinacionales, actuaban bajo lo dispuesto en las Resoluciones 1511 y 1546. Pero, aun dentro del marco de las citadas Resoluciones, el propósito final de transformar a Irak en una democracia, basada en una economía de mercado, podría llevar el riesgo, según Benvenisti, de infringir el derecho de autodeterminación de los pueblos. Las resoluciones del

Consejo de Seguridad tienden a conciliar las obligaciones de los estados con respecto al Derecho internacional y el respeto a los derechos de los individuos, pero, según Benvenisti, en el caso de producirse un conflicto entre ambos han de prevalecer los derechos de los individuos. Cuando la fuente de autoridad de un poder ocupante es contestada por la población indígena que ejerce su derecho de autodeterminación, no puede ponerse en cuestión dónde reside la soberanía.

Otro caso ilustrativo de la moderna gestión de la ocupación es el de Kosovo, sobre el que la Resolución 1244, de 10 de junio de 1999, del Consejo de Seguridad, garantizaba una administración interina por parte de las Naciones Unidas (UNMIK). Se preguntaba Benvenisti por qué en el establecimiento de esta misión, y en la análoga de Timor Oriental por Resolución 1272 de 25 de octubre de 1999, no se aludió al derecho de ocupación. Las razones invocadas para no hacerlo, por ejemplo, el consentimiento de los estados soberanos, que la administración no se produce como consecuencia de un conflicto armado y que las Naciones Unidas no son equiparables a una potencia ocupante, no son convincentes según Benvenisti. Así, por ejemplo, el consentimiento de Serbia para el establecimiento de UNMIK no fue legalmente válido al ser arrancado por la fuerza. Así mismo, sugerir que la administración de las Naciones Unidas está por encima de cualquier interés es un error, en cuanto que está condicionada por la percepción de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Aunque el propósito de las Naciones Unidas fuera el de la creación de unas instituciones estables, fundadas en la protección y promoción de los derechos humanos conforme a estándares internacionales, este propósito implicó la modificación de muchas leyes civiles locales. Por esta razón los habitantes sobre quienes recae la administración de las Naciones Unidas pueden percibir a esta organización como no representativa y contraria a sus intereses. Según Benvenisti, las Naciones Unidas están sometidas al cumplimiento del Derecho internacional como si se tratara de un auténtico estado y, en este sentido, habrían de cumplir también las disposiciones relativas al derecho de ocupación, lo cual, por otra parte, podría ser de utilidad. Pues, como afirma el autor, el derecho de ocupación ofrece mecanismos para responder a retos inmediatos, para asumir el control y restaurar el orden público. Proporciona el marco adecuado y los necesarios ingredientes para promover la estabilidad en un período de caos y confusión sobre la determinación de la ley aplicable.

Aparte del de Irak o el de Kosovo, el libro de Benvenisti está lleno de consideraciones sobre distintos regímenes históricos de ocupación. Las ocupaciones realizadas durante y después de la Primera Guerra Mundial, o

las realizadas por las potencias del Eje o las potencias aliadas durante la segunda, constituyen un primer bloque de análisis. El otro bloque incluye las ocupaciones realizadas desde 1970, entre las que se incluyen la ocupación marroquí del Sahara occidental en 1975, la indonesia de Timor Oriental (1975-1999), la invasión de Afganistán por las tropas soviéticas (1978-1988), las de Granada (1983-84) o Panamá (1989) por parte de los Estados Unidos, o la de Kuwait por Irak (1990). Especial tratamiento merece la ocupación israelí de territorios de la Transjordania y Franja de Gaza, a la que se dedica todo un interesante capítulo, iluminado por el conocimiento de primera mano del autor, de nacionalidad israelí. Por último, esta revisión histórica se cierra con los dos casos, ya citados, de Irak y Kosovo.

El autor, además del pormenorizado análisis de los distintos regímenes y de las consecuencias jurídicas de la ocupación, destaca el papel que han ido desempeñando los tribunales internacionales para la definición y revisión de los conflictos legales que traen su causa en el derecho de ocupación. Por citar un ejemplo, tenemos la resolución de la Corte Internacional de Justicia que declaró que la ocupación de Namibia por Sudáfrica, sin título alguno, implicaba responsabilidades derivadas de la violación de una obligación internacional. Así mismo, el autor revisa algunas de las sentencias dictadas por diversos tribunales nacionales que, aunque sin unidad de criterio, se pronuncian con respecto a las demandas individuales por daños o violaciones de la ley de ocupación, entre las que se incluyen algunas prescripciones del Derecho internacional humanitario.

Se trata, en definitiva, de un libro interesante, que, además de consideraciones jurídicas, ofrece una amplia panorámica de las relaciones internacionales en los últimos dos siglos en los que el derecho de ocupación adquiere un insospechado protagonismo.

VV. AA. Elizabeth Wilshurst (editora). *International Law and the Classification of Conflicts*. Oxford University Press. Reino Unido, primera edición, 2012, 531 páginas.

Jerónimo Domínguez Bascoy
Coronel auditor

La adaptación de las normas del Derecho internacional humanitario a los nuevos escenarios de conflicto, particularmente en lo que se refiere al uso extraterritorial de la fuerza contra actores no estatales, ha sido en los últimos años objeto de un especial interés por parte de la doctrina iusinternacionalista. Obras como, entre otras, *New Battlefields, Old Laws* (Columbia University Press, 2011) o *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors* (Oxford University Press, 2010) son buen ejemplo de ello. Como también lo es el libro que ahora reseñamos, cuyo interés añadido radica en el amplio espacio que dedica al siempre revelador estudio de casos, que permite enriquecer las reflexiones teóricas con las experiencias de la realidad.

International Law and the Classification of Conflicts es una obra producto de diversas reuniones auspiciadas por la Chatam House (Royal Institute of International Affairs) en las que participaron juristas expertos en Derecho internacional junto a representantes de las Fuerzas Armadas del Reino Unido. Objeto de tales reuniones fue el examen de los problemas que plantea la adecuada clasificación de la violencia armada y su consiguiente impacto sobre las reglas de Derecho internacional aplicables.

Como señala en el prólogo Sir Daniel Bethlehem, quien por los años (entre 2006 y 2011) en que estuvo al frente de la asesoría jurídica de la Foreign and Commonwealth Office hubo de lidiar con gran parte de las cuestiones que se tratan en la obra, el libro aporta disciplina empírica y

rigor normativo en el análisis de un tema que hunde profundamente sus raíces en la estructura misma del Derecho internacional humanitario: la diferenciación entre los conflictos armados internacionales y los no internacionales, así como la distinción entre estos y otras situaciones de violencia armada. Tema importante, según el citado prologuista, por varias razones que el mismo apunta, si bien todas ellas pueden resumirse en el hecho de que la clasificación va a determinar el marco jurídico aplicable, introduciendo claridad normativa en lo que se refiere a la aplicación del Derecho internacional humanitario, del Derecho internacional de los derechos humanos, del Derecho penal internacional y de cualesquiera normas internas relevantes de los estados involucrados en el conflicto.

El libro se estructura en tres partes, la primera de las cuales se dedica a tratar aspectos de carácter general, abordando temas como el de las cambiantes características de los conflictos armados contemporáneos, los conceptos jurídicos más relevantes a la hora de llevar a cabo la clasificación de los conflictos y la medida en que esta clasificación incide especialmente en el derecho aplicable a la detención y al uso de la fuerza.

La segunda parte, la más extensa del libro, es la dedicada al estudio de casos, examinándose cada uno de ellos según un esquema similar, con el que se persigue la particularización de aquellos aspectos generales tratados en la primera parte: la clasificación del conflicto en cuestión, las reglas a que en cada caso se sujeta el uso de la fuerza y las normas aplicables en orden a la adopción de medidas privativas de libertad. Los casos concretos estudiados son, por este orden, los de Irlanda del Norte, entre 1968 y 1998; la República Democrática del Congo, entre 1993 y 2010; Colombia y Afganistán, entre 2001 y 2010; Gaza y Osetia del Sur en 2008; Iraq, desde 2003 hasta la actualidad; Líbano, en 2006 y la «guerra» (en el libro el término aparece seguido de un signo de interrogación) contra Al Qaeda. Cierra esta segunda parte un capítulo en el que Michael N. Schmitt estudia los problemas que presenta la clasificación de futuros conflictos, con especial referencia a la ciberguerra, al terrorismo transnacional y a los espacios de batalla complejos.

La tercera y última parte del libro es la que la propia editora de la obra dedica a extraer conclusiones de los estudios precedentes. Tras referirse a los problemas de clasificación del conflicto en los casos objeto de estudio, así como a las consecuencias tanto jurídicas como prácticas que se derivan de dicha clasificación en lo tocante a la utilización de la fuerza, a la detención y a otros aspectos del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho penal internacional, concluye Elizabeth Wilmshurst señalando, de entrada, que en ninguna de las situaciones de violencia arma-

da estudiadas en el libro la clasificación del conflicto está completamente exenta de controversia. En la mayoría de los casos, afirma, la opinión del autor del correspondiente estudio es diferente de la alcanzada por las propias partes enfrentadas o de la de otros autores, lo que pone de manifiesto que la cuestión de la clasificación depende, en la práctica, más de la visión subjetiva de las partes que de un análisis objetivo de hechos y normas. A partir de esta constatación, las conclusiones concretas que se alcanzan son: 1.^a) Que ninguno de los autores participantes recomienda cambios significativos en el vigente sistema de clasificación de los conflictos. Sin ignorar las propuestas que en ocasiones se han hecho para asimilar las dos formas de conflictos armados, en el libro se viene a mantener la idea de que, en tanto subsista el paradigma poswestfaliano de la soberanía estatal y la principal fuente de derecho aplicable esté constituida por los Convenios de Ginebra y sus protocolos, la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales resulta inevitable, si bien las dificultades que entraña la clasificación en los casos examinados debe alentar a la búsqueda de mejoras tanto en el sistema normativo como en el de su aplicación. 2.^a) Que en aquellos supuestos en que la clasificación sea controvertida, podría ser factible animar a los estados parte en el conflicto a que formulen declaraciones unilaterales acerca de las normas a que se van a sujetar. 3.^a) Que los casos estudiados ponen de manifiesto que los problemas planteados no residen tanto en la clasificación del conflicto en sí misma cuanto en las lagunas que presenta el derecho aplicable a los conflictos armados no internacionales y en las incertidumbres que genera la adecuada interacción del Derecho internacional humanitario con el Derecho internacional de los derechos humanos. Deberían, por tanto, examinarse vías para solucionar estos problemas, de modo que si los tribunales y otros mecanismos de protección de los derechos humanos no son capaces de remover tales problemas, habrían de ser los gobiernos y otros actores quienes llegaran a acuerdos para la aplicación de los principios apropiados. 4.^a) Que el tema de la clasificación debería ser abordado con más seriedad por parte de los estados, los cuales sería deseable que categorizaran objetivamente los conflictos en los que son parte, haciendo explícitas sus decisiones al respecto. Los tribunales y otras autoridades encargadas de la aplicación del Derecho penal y del Derecho de la responsabilidad estatal van a hacer determinaciones objetivas sobre la naturaleza de las hostilidades *a posteriori*, lo que podría ir en perjuicio del soldado individual cuando la clasificación subjetiva del conflicto le haya llevado a realizar actos más allá de lo permitido por las normas aplicables del Derecho internacional. La protección de las víctimas de los conflictos depende de la correcta aplicación del Derecho

internacional humanitario y esta depende, a su vez, de una apropiada clasificación.

Un libro, en suma, cuyo mayor interés reside en la detección de los problemas que ha planteado la determinación del régimen jurídico aplicable a las distintas situaciones de violencia armada acaecidas en el mundo actual, con un estudio detallado de varios casos señalados, lo que hace su lectura muy recomendable para todo interesado en el Derecho militar y, muy en especial, para los lectores de esta Revista, en la que las cuestiones más relevantes relativas a la aplicación del Derecho internacional a las operaciones militares han sido siempre objeto de especial atención.

CANDIL MUÑOZ, RAMÓN SANTIAGO. *La solución al conflicto yugoslavo y el advenimiento de un nuevo país*. Editorial Académica Española. Saarbrücken, Alemania, 2012, 459 páginas.

Jerónimo Domínguez Bascoy
Coronel auditor

Con el subtítulo de «Un análisis retrospectivo del Proceso de Paz en los Balcanes dieciséis años después de los Acuerdos de Dayton», el libro de Ramón Candil Muñoz –quien a buen seguro es bien conocido por gran parte de los lectores de esta Revista por su condición de oficial del Cuerpo Jurídico Militar, y quien a lo largo de su ya dilatada carrera militar ha dado repetidas muestras de su interés por los temas relacionados con la política y el Derecho internacionales– supone la salida a la luz de las reflexiones que en una mente intelectualmente inquieta como la del autor comenzaron a surgir con motivo de su participación como asesor jurídico de sendas brigadas españolas que, formando parte de IFOR, la primera, y de SFOR, la segunda, desplegaron en Bosnia Herzegovina entre mayo y diciembre de 1996 y entre abril y junio de 1999, respectivamente.

Si bien, por la formación y trayectoria profesional del autor, el centro de gravedad de la obra se sitúa en el análisis desde el punto de vista jurídico de los acuerdos negociados a lo largo de noviembre de 1995 en la base aérea de Wright-Patterson, en Dayton (Ohio, Estados Unidos), y, en especial, del apéndice B al anexo I-A de dichos acuerdos, en el que se contiene el concreto acuerdo que entre la República de Bosnia Herzegovina y la OTAN se suscribió en relación con el estatuto de la propia OTAN y de su personal (el SOFA, en definitiva), lo cierto es que ello no se hace en el vacío, sino que, muy por el contrario, Ramón Candil se ha preocupado de contextualizar su estudio atendiendo, asimismo, tanto a los aspectos políti-

cos como a los estrictamente militares del proceso de paz objeto de sus reflexiones. Es, precisamente, en esta ambiciosa triple perspectiva –política, jurídica y militar– con la que se aborda la exposición donde, a nuestro juicio, radica el mayor interés del libro, el cual no ha sido escrito, es evidente, para ser leído exclusivamente por juristas, sino por un público más general, interesado en adquirir conocimientos o, en su caso, en profundizar en los que ya se tengan acerca del tema sobre el que el mismo versa. Esto explica que el propio título de libro sea más bien el de un ensayo histórico-político que el de una obra de contenido estrictamente jurídico.

El interés que, en términos generales, tiene el libro de Ramón Candil se hace, si cabe, más intenso cuando se repara en su utilidad desde un punto de vista puramente didáctico. Quienes en las Fuerzas Armadas participan en el planeamiento y conducción de operaciones de paz y, muy en especial, quienes como jurídicos militares tienen encomendada la importante tarea de asesorar al mando, sea este político o militar, a lo largo de tales procesos, encontrarán en la obra una muy práctica guía a la hora de resolver los complejos y variados problemas que dichas operaciones plantean. El autor, en este sentido, no se ha limitado a exponer la problemática a que hubo de enfrentarse por razones profesionales –que, ya por sí sola, ofrece un rico muestrario de «lecciones aprendidas»–, sino que, además, en su afán de contextualización, animado con toda seguridad por un loable propósito divulgador de temas poco conocidos, incluso por los profesionales del Derecho, aprovecha para explicarnos los aspectos esenciales de algunas de las materias que integran ese sector del Derecho militar que constituye el, cada vez más consolidado, Derecho militar operativo. Se tocan, así, cuestiones como la de la aplicación del Derecho internacional humanitario en operaciones de paz, la teoría general sobre los estatutos de fuerzas (SOFA), el concepto de apoyo de nación anfitriona (HNS) o la regulación del uso de la fuerza a través de las Reglas de enfrentamiento (ROE). No en balde, Ramón Candil desempeñó durante varios años la Jefatura de Estudios de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, precisamente cuando la dirección de esta la desempeñaba quien hoy dirige esta Revista Española de Derecho Militar, el General Eymar, a quien, sin ninguna discusión, debe atribuirse el mérito de haber plantado las semillas para que ese Derecho militar operativo comenzara a germinar en nuestro país. Obras como la de Ramón Candil son muestra palpable de que su esfuerzo ha dado frutos.

No cabe, en fin, más que felicitar a Ramón Candil por haber escrito y visto publicada una obra que, sin duda, ha contribuido a ampliar las posibilidades de conocer con mayor profundidad tanto el proceso histórico puesto en marcha con el desmembramiento de la antigua Yugoslavia cuanto de-

terminados aspectos críticos que, desde una perspectiva jurídica, presentan todas y cada una de las operaciones paz, con el análisis pormenorizado, en este caso, de las singularidades de las que, primero la ONU y después la OTAN, desarrollaron en los Balcanes. Y, por supuesto, agradecer al autor el ejemplar que generosamente ha donado a la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, donde esta Revista tiene su sede.

NOTICIAS DE REVISTAS

NOTICIAS DE REVISTAS

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz

Sumario

A) Cuestiones administrativas. B) Cuestiones de Derecho internacional y humanitario de la guerra. C) Cuestiones penales.

A) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO

En el número 2/2012 de la *Revista Española de Derecho Internacional* se insertan los siguientes trabajos de interés: «Tratados internacionales y conflictos armados; una cuestión siempre pendiente», de C. M. Díaz Barrado, y «¿Hacia la armonización de los controles nacionales a la exportación nuclear?», de M. Álvarez Verdugo.

En el *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, 2012, núms. 3 y 4, se publican dos artículos de interés: uno, de Richard B. Stewart, «The world trade organization: multiple dimensions of global administrative law», y Pavlos Eleftheriadis *et alii*, «Foreword: The changing landscape of European constitutionalism».

En *Cuadernos de la Guardia Civil*, número XLV, año 2012, Manuel Montoya Vicente publica «Las Naciones Unidas en Timor Oriental: análisis de una intervención necesaria de la Comunidad Internacional ante el décimo aniversario de la independencia del país».

La *Harvard Law Review*, vol. 123, February 2010, n. 4, incluye una nota, sin firmar, «Prosecutorial power and the Legitimacy of the Military Justice System».

La revista *Foro*, 13-2011, incluye un trabajo de Elena Conde Pérez que examina la «Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos», Nueva York, 1973.

El número 155 de los Cuadernos de Estrategia (2011), está dedicado a la cultura de seguridad y defensa en España, examinándose las cuestiones relativas a sus orígenes, pedagogía de la cultura de la seguridad en la enseñanza no universitaria y en el ámbito universitario y, finalmente, en los países de nuestro entorno.

B) CUESTIONES PENALES

En *La Ley Penal*, núm. 91, de marzo de 2012, se insertan varios artículos de interés, de los que son autores Esteban Mestre Delgado, sobre «Pruebas ilícitas y pruebas nulas»; de Carmen Figueroa Navarro, sobre «La obtención de pruebas mediante la entrada y registro en domicilio»; de José Antonio del Olmo del Olmo, «Las garantías procesales en la identificación de imputados mediante perfiles de ADN», y de Francesc Mestre Naval y Joseph Vives-Regó, «Identificación de características forenses avanzadas a partir del ADN: etnogeografía, patología delictiva y morfoanatomía».

La misma revista, *La Ley Penal*, número 98-99, de 2012, está dedicada al derecho penal militar. Incluye un editorial, «Derecho penal militar y conflictos de jurisdicción», y tres estudios monográficos, a saber: «Delimitación constitucional de la jurisdicción militar», de Ángel Calderón; «El derecho de defensa en la jurisdicción militar», de Eduardo de Urbano Castrillo, y «La casación penal militar», de Fernando Pignatelli.

NOTICIA DE REVISTAS SOBRE DERECHO MILITAR RECIBIDAS EN LA EMEJ

Marina de Luengo Zarzoso
Teniente (EC-CJM), secretaria de estudios de la EMEJ

En la Escuela Militar de Estudios Jurídicos se reciben periódicamente tres revistas dedicadas a temas relacionados con el Derecho militar: *The Military Law and the Law of War Review/Revue de Droit Militaire et Droit de la Guerre*, publicada semestralmente por el Centro Belga de Estudios de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra, bajo los auspicios de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra, así como *The Army Lawyer* y la *Military Law Review*, publicaciones estas mensual y trimestral, respectivamente, del Judge Advocate General's Legal Center and School del Ejército de Tierra de los Estados Unidos. Analizados los números de las citadas revistas correspondientes al año 2012, se expone brevemente a continuación aquel contenido de las mismas que se considera de mayor interés.

1. THE MILITARY LAW AND THE LAW OF WAR REVIEW, N.º 51/1-2 (2012)

El número 51 (1) está dedicado a cuestiones de Derecho marítimo. Comienza con una serie de artículos relativos a los destacamentos de protección de buques y los equipos embarcados de seguridad privada. Entre ellos, merece destacar el artículo titulado «Embarking Vessel Protection Detachments and Private Armed Guards on Board Commercial Vessels:

International Legal Consequences and Problems under the Law of the Sea» (Embarcando equipos de escolta militar y guardias armados de seguridad privada: consecuencias legales internacionales y problemática en relación con el Derecho del mar), de Clive R. Symmons, profesor adjunto del Centro de Derecho Marítimo de la Universidad de Galway, que analiza los problemas que se desprenden del empleo reciente de equipos de escolta y protección en buques mercantes (tanto pertenecientes a fuerzas armadas como a compañías de seguridad privada). También es interesante el escrito por Kiara Neri, investigadora del Centro de Derecho Internacional de la Universidad Jean Moulin Lyon 3: «The use of force by Military Vessel Protection Detachments» (El uso de la fuerza por los equipos de escolta militar a bordo de buques mercantes), que tiene por objeto el estudio de la naturaleza jurídica de estos equipos a fin de determinar el régimen jurídico que les es de aplicación. A estos les sigue un artículo sobre el acuerdo legal bajo el que la Marina belga operó contra los piratas en la costa de Somalia. Junto con este conjunto de artículos se recoge el resultado del «Proceso de Copenhague sobre el Tratamiento de los Detenidos en Operaciones Militares Internacionales», cuestión que ha preocupado siempre en las campañas militares y que en los últimos tiempos ha supuesto un reto desde el punto de vista jurídico; por ello, Dinamarca promovió en 2007 el mencionado Proceso, que concluyó en 2012 con la aclamación unánime por los participantes del documento «Proceso de Copenhague: Principios y Directrices» (CPPG). Dicho documento, que constituye un marco de referencia no vinculante desde el punto de vista legal en relación al tratamiento de detenidos, es publicado en el número de la revista que estamos analizando, junto con una nota introductoria a cargo de los organizadores del Proceso y varios comentarios de la presidencia danesa.

Por lo que respecta al número 51 (2) encontramos artículos sobre cuestiones diversas, entre los que merece la pena destacar «The Scope of Jurisdiction Provisions in Status or Forces Agreements Related to Crisis Management Operations» (Alcance de las normas sobre aspectos jurisdiccionales previstas en los Acuerdos sobre el Estatuto de la Fuerza aplicables en operaciones de gestión de crisis), escrito por Bas Van Hoek, Jarin Nijhof y Jop Voetelink. Los autores abordan la cuestión relativa a si la inmunidad de jurisdicción penal que normalmente recoge el SOFA permite también que las fuerzas del estado visitante lleven a cabo labores de investigación o policía judicial de esos delitos, identificando una serie de limitaciones que, en su opinión, aconsejan debatir la cuestión con mayor profundidad y llevar a cabo una política mucho más detallada.

En cuanto a la parte que la revista dedica a los más recientes desarrollos del Derecho militar, cabe destacar el informe de la Conferencia Jurídica anual de la OTAN correspondiente a 2012, celebrada en esta ocasión en Tirana, entre el 24 y el 28 de septiembre del pasado año, y titulada *Cooperating with NATO* (La cooperación con la OTAN). Tal y como indica dicho título, las reuniones se centraron en identificar los actores externos que se relacionan con la OTAN (industrias, organizaciones internacionales y países no miembros de la OTAN) y los motivos por los que es necesaria dicha cooperación, a saber, los nuevos retos a los que se enfrenta la seguridad internacional: ciberataques, terrorismo o el papel de los parlamentarios en materia de seguridad de la información.

2. THE ARMY LAWYER, NÚMEROS PUBLICADOS EN 2012

De entre los artículos publicados durante el año 2012 en esta revista, ha sido objeto de nuestra especial atención el titulado «A Balancing Act: in pursuit of proportionality in self-defense for on-scene commanders» (Un acto de balance: en busca de la proporcionalidad en la legítima defensa para los jefes militares sobre el terreno), del comandante de la Armada de los Estados Unidos, Eric C. Husby, publicado en el número correspondiente al mes de mayo, y que examina los requisitos, bajo el Derecho internacional humanitario, que deben tener en cuenta los jefes militares a la hora de equilibrar la ventaja militar con los daños colaterales a civiles en las operaciones, así como la aplicación práctica de dichos requisitos.

Destacamos igualmente el contenido en el número de enero, escrito por el comandante del Ejército del Aire de Estados Unidos Theodore T. Richard, «Training the Rules of Engagement for the counterinsurgency fight» (Entrenando las Reglas de enfrentamiento para la lucha contrainsurgente), donde se muestra que los actuales métodos de adiestramiento de las ROE no preparan suficientemente ni a los mandos ni a los soldados para las complejidades que plantea la contrainsurgencia.

3. MILITARY LAW REVIEW, VOLÚMENES 211, 212, 213 Y 214

De los volúmenes de esta revista correspondientes al año 2012 que hemos revisado, resulta a nuestro juicio de especial interés el artículo del volumen 211 titulado «Not all civilians are created equal: the principle of distinction, the question of direct participation in hostilities and evolving

restraints on the use of force in warfare» (No todos los civiles son iguales: el principio de distinción, la cuestión de la participación directa en las hostilidades y restricciones en la evolución del uso de la fuerza), de Trevor A. Keck. Se analiza aquí el problema que existe en los conflictos actuales, fundamentalmente los llamados «conflictos asimétricos», a la hora de distinguir entre combatientes y población civil, dado que este tipo de conflictos se caracterizan por una participación activa de grupos armados no estatales, contrainsurgentes y terroristas.

También es interesante el escrito por el teniente coronel de la Armada británica Mike P. J. Cole sobre «The inaugural Major General John L. Fugh Symposium on law and military operations. Investigating military operations: added value or added hype?» (El simposio inaugural «General John L. Fugh» sobre derecho y operaciones militares: ¿añade valor o «da bombo»?) (volumen 212), que examina el simposio celebrado en mayo de 2011 que da título al artículo y que versa sobre la tendencia actual hacia la investigación, análisis y elaboración de informes sobre operaciones militares llevados a cabo por órganos externos, esto es, fuera del procedimiento interno de las Fuerzas Armadas; así mismo, se plantea el valor real de dicha investigación externa.

Merece la pena resaltar en el volumen 213 «The use of law in counterinsurgency» (El uso de la ley en la contrainsurgencia), del profesor de Derecho de la Universidad de Virginia Thomas B. Nachbar, que aborda el debate acerca del actual concepto de *lawfare*, esto es, el uso del Derecho como «arma» en los nuevos conflictos, sobre todo, por parte de los contrainsurgentes.

Finalmente, es curioso el volumen 214 dedicado a analizar los beneficios y servicios, tanto económicos como de cualquier índole, que Estados Unidos ofrece a sus veteranos de guerra, así como el proceso para reclamarlos y la participación en el mismo de los beneficiarios y sus familiares.

INFORMACIÓN

NOTA PARA LA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

EL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO AERONÁUTICO Y DEL ESPACIO, Y DE LA AVIACIÓN COMERCIAL CELEBRÓ EN CÁDIZ SUS XL JORNADAS.

Durante los días 2 a 5 de octubre de 2012 han tenido lugar en Cádiz las XL Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio, y de la Aviación Comercial, organizadas por el Instituto de la misma denominación.

Por conmemorarse en la citada ciudad el Segundo Centenario de la Constitución de 1812, “la Pepa”, y en atención al carácter iberoamericano del Instituto y al hecho de que fueron muchos los constituyentes procedentes de la España de ultramar, se estimó oportuno que las Jornadas que en el año 2012 debían celebrarse en España, lo fueran en Cádiz y vinculadas con los actos organizados con motivo de tal conmemoración. Ello propició el apoyo y la atención de las autoridades políticas de la provincia y de la ciudad, del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz, y del Ilustre Colegio de Abogados de la Provincia. Unas y otras autoridades contribuyeron con su participación en los actos institucionales y académicos a la dignificación de estas Cuadragésimas Jornadas del Instituto.

Las actividades académicas de la reunión consistieron en la presentación y discusión de cuatro ponencias, a las que se aportaron seis comunicaciones. La PRIMERA PONENCIA, bajo el título “Modelo de Administración Aeroportuaria adoptado por Brasil y Aeropuertos 2000 de Argentina”, fue presentada por los Drs. Julio Cezar da Cruz Costa, de Brasil, y Diego R. González, de Argentina. El Dr. da Cruz Costa expuso el régimen jurí-

dico de actuación en relación con la construcción, mantenimiento y explotación de los aeropuertos en la República Federativa del Brasil, que se realizan directamente por la Unión, bien por “empresas especializadas de la Administración Federal Indirecta”, bien por los Estados o Municipios mediante convenios, o por particulares en virtud de concesión o autorización, significando que, a partir de la creación en 2005 de la Agencia Nacional de Aviación Civil, es a esta entidad a quien compete otorgar las concesiones o autorizaciones de explotación de la infraestructura aeroportuaria; el resultado ha sido una mejora de la competitividad que, en su opinión, aún deberá incrementarse en adecuadas condiciones de seguridad jurídica. Por su parte, el Dr. González expuso el Sistema Nacional de Aeropuertos de Argentina, creado en 1997 y dotado de un Organismo Regulador en el que se concentran las facultades del Ejecutivo al respecto. Está integrado por una red de cincuenta y tres aeropuertos, de los que treinta y tres forman el llamado Grupo A, operados por la empresa de derecho privado “Aeropuertos Argentina 2000” a la que le fue otorgada la correspondiente concesión con carácter integral y exclusivo. El Sistema funciona mediante explotación en red o subsidio cruzado, con un sistema de distribución de resultados mediante el que con los rendimientos de los aeropuertos más rentables debe mantener y operar la totalidad de los aeropuertos concesionados en condiciones de calidad y eficiencia, y el Estado concedente ha de derivar lo producido por la concesión a inversiones en los aeropuertos no concesionados. Indicó que tras una crisis la concesión fue renegociada, entrando el Estado Nacional a formar parte como accionista ordinario de la sociedad concesionaria.

La SEGUNDA PONENCIA, sobre “Alianzas estratégicas en el transporte aéreo”, fue presentada por el Prof. Jorge L. Álvarez Méndez, de Venezuela, de la Universidad Andrés Bello, de Caracas (Venezuela) y Vicepresidente del Instituto, y por el Prof. Ignacio Quintana Carlo, de España, Catedrático de la Universidad de Zaragoza y Vocal del Consejo Directivo del Instituto. El primero presentó una visión iberoamericana de las alianzas y tras exponer los antecedentes de las hoy existentes y el proceso de su evolución, se centró en el examen de los elementos presentes en la alianzas para, seguidamente, examinar la situación en Iberoamérica y concretamente la del Grupo LAN, TAM S.A., AVIANCA y TACA, para concluir suscitando el temor de que las concentraciones empresariales puedan llagar a controlar el mercado aeronáutico. El Prof. Quintana, tras exponer que las alianzas estratégicas en el sector del transporte aéreo pueden impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado, examinó como abordan el problema los ordenamientos de Australia, Japón, Estados

Unidos y la Unión Europea, por ser de estas nacionalidades los integrantes de las principales alianzas globales, y el efecto del Acuerdo de Cooperación en Materia de Transporte aéreo firmado entre los Estados Unidos y la Unión Europea en 2003 y revisado en 2007, significando que se ha adoptado una política de inmunidad antitrust contra la que comienzan a alzarse voces críticas tanto en los Estados Unidos como en Europa. Desde este punto y contando con la existencia de las tres grandes alianzas – One World, SkyTime y Star Alliance –, concluyó que podría producirse un endurecimiento en la aplicación de las medidas antitrust, que no parece probable la creación de una cuarta gran alianza, siendo previsible un endurecimiento en la competencia y una disminución de los márgenes de beneficios de los operadores; suscitó la cuestión de cuál sería el efecto de una alianza entre las compañías de bajo coste y subrayó que tanto el Departamento de Justicia de los Estados Unidos como un sector importante de la doctrina europea abogan por la aplicación pura y simple al sector de la legislación vigente sin excepciones de ningún tipo.

A esta ponencia se presentaron dos comunicaciones; una del Dr. Eduardo T. Cosentino, de Argentina, Vicepresidente del Instituto y Catedrático Consulto de la Universidad de Buenos Aires, que tras el cuadro normativo, el contenido de las alianzas entre compañías aéreas y los componentes contractuales, y la autorización de la inmunidad antitrust, profundizó en SkyTime, el Acuerdo Franco-holandés en Aviación Civil y en las relaciones entre Air France y KLM y las decisiones sobre ellas de la autoridad de competencia. En otra comunicación, el Dr. Carlos M. Vasallo, también de Argentina, Vocal del Consejo del Instituto y Titular de la Unidad de Asuntos Contenciosos del Grupo empresario Aerolíneas Argentinas, expuso el contenido de las alianzas globales aerocomerciales, sus objetivos y efectos sobre responsabilidad, para centrarse en el proceso de ingreso de Aerolíneas Argentinas en SkyTeam y su admisión como miembro tras un proceso que se inició con la aplicación de un código compartido. Concluyó considerando las alianzas como la mejor solución para soslayar la ausencia de una liberalización a nivel global en el transporte aéreo, aunque comiencen a escucharse voces críticas acerca de la política de “inmunidad antitrust”.

Las conclusiones aportadas por los ponentes y comunicantes fueron aprobadas por unanimidad en un texto sintético.

“Contaminación aeronáutica: los derechos de emisión de CO₂” fue el objeto de la TERCERA PONENCIA, que fue desarrollada por la Dra. Griselda Capaldo, de Argentina, y el Dr. Ingeniero Aeronáutico Arturo Benito, de España. La Dra. Capaldo, Vocal del Consejo del Instituto y Profesora de Derecho Aeronáutico de la Universidad de Buenos Aires, tras un minucio-

so análisis de la situación planteada a las empresas aéreas como entidades contaminantes del medio ambiente por el elevado volumen de las emisiones de gases que afectan a la capa de ozono e intervienen en el cambio climático, examinó la aplicabilidad del Convenio sobre el Cambio Climático de 1992 y el Protocolo de Kyoto de 1997, así como el sistema de comercialización de emisiones de gases mediante los bonos de carbono. Expuso después la actuación de la OACI en relación con esta cuestión y la postura de la Unión Europea, deteniéndose en el puntual examen de la Directiva 2008/101/CE y en el litigio mantenido por American, Continental y United Airlines contra el Secretario de Estado para la Energía y el Cambio Climático de Inglaterra, cuestionando la Directiva y su aplicación, y examinó y criticó la sentencia dictada por el Tribunal Europeo, concluyendo que la cuestión debe ser regulada por la OACI. El Dr. Ingeniero Aeronáutico Arturo Benito, Profesor de la Universidad Politécnica de Madrid, enfocó la cuestión desde un punto de vista técnico, y tras exponer el problema que plantean las actividades humanas generando el cambio climático, se centró en el impacto que produce la aviación y la necesidad de su reducción, para lo que señaló como camino el trabajo en conjunto con cuatro grupos de elementos disponibles, recogiendo la idea lanzada por la Asociación Europea de Líneas Aéreas y adoptada por la IATA, conocida por “las cuatro columnas”. Sería menester trabajar en el desarrollo de nuevas tecnologías, la mejora de las infraestructuras y de los procedimientos operativos, y si todos los esfuerzos anteriores no fueran suficientes para alcanzar los objetivos ambientales perseguidos, aplicar los mecanismos de mercado. Finalmente examinó las acciones internacionales, prestando especial atención al esquema europeo de comercio de emisiones.

Dos fueron las comunicaciones presentadas a esta ponencia, una del Dr. Alejandro de Fuentes Talice, de Uruguay, miembro del Instituto y Magister en Integración y Comercio Internacional, en la que se examinó el hecho de las emisiones y los “derechos de emisión de CO₂”, a través de las actuaciones de Naciones Unidas en la Convención sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kyoto, las de la OACI mediante la publicación de la Resolución 17/2, y las de la Unión Europea con sus Directivas 2003/87CE y 2008/101/CE, sugiriendo que las medidas adoptadas por la Unión Europea sean de aplicación gradual dentro del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en acuerdos bilaterales y regionales, para llegar a un acuerdo multilateral en un futuro próximo. El Dr. Alfonso Novales Aguirre, de Guatemala, miembro del Instituto, Abogado y Notario, hizo una sintética e interesante exposición sobre “El mercado de créditos de carbono y proyectos en Guatemala”, en la que concluyó que la

actuación en su país mediante la siembra de árboles de caucho, además de la obtención de caucho para la industria, produce la captación de dióxido de carbono para la purificación del aire y la venta de bonos de carbono, además de una reforestación masiva.

Las conclusiones propuestas fueron aprobadas por unanimidad.

La CUARTA PONENCIA, dedicada a un tema espacial, estudió el riesgo creciente que generan los residuos espaciales y su relación con la Estación Espacial Internacional. La Dra. Maureen Williams, de Argentina, Vocal del Consejo Directivo del Instituto, Catedrática de Derecho Internacional de las Universidades de Buenos Aires y Belgrano y Presidenta de la Comisión de Derecho Espacial de la International Law Association presentó su ponencia sobre “El riesgo creciente de los residuos espaciales”, en la que señaló que éstos figuran entre los riesgos más preocupantes de la seguridad espacial, junto con la carrera armamentista en el espacio y la presencia de objetos naturales cercanos a la tierra, examinando después los pasos encaminados para lograr un tratamiento jurídico efectivo, con especial atención a los esfuerzos de la International Law Association, al Instrumento Internacional de Buenos Aires para la Protección del Ambiente por Daños causados por Residuos Espaciales, adoptado en 1994, y a las aportaciones realizadas sobre él, diferenciando los residuos identificados en cuanto a su procedencia, a los que ha de ser de aplicación el Convenio de Responsabilidad por Daños causados por Objetos Espaciales, de 1972, y los no identificados; también señaló la diferencia entre los daños causados en la superficie de la Tierra y los producidos en órbita, y sugirió la sumisión de los conflictos que puedan surgir en este ámbito a la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, con aplicación de las normas sobre solución de controversias relativas a actividades en el espacio ultraterrestre. Expuso el riesgo creciente de colisiones en el espacio ultraterrestre por el aumento de residuos espaciales como consecuencia del número cada vez mayor de países involucrados progresivamente en la actividad espacial, y la postura de la Subcomisión Jurídica de COPUOS y sus Directrices para la reducción de residuos espaciales, para concluir con la necesidad de soluciones normativas rigurosas. La Dra. Elisa González Ferreiro, de España, Coordinadora de Derecho Espacial del Instituto, expuso la otra parte de la ponencia, “La Estación Espacial Internacional y los residuos espaciales” y, tras establecer los conceptos de residuo espacial y Estación Espacial Internacional, manifestó que la Estación ha tenido que proceder a realizar maniobras de evitación de colisión y, en ocasiones, ha sufrido impactos de algún residuo espacial, con citas puntuales de unas y otros. Siguió después con un detenido examen de la normativa que rige la Estación, exponiendo

artículo por artículo el texto comentado del Acuerdo Intergubernamental de 29 de enero 1998, relacionando su contenido con los Convenios que constituyen el llamado *Corpus Iuris Spatialis* y otros instrumentos internacionales, como el Código de Conducta Europeo sobre la Reducción de Desechos Espaciales, de 2004, el Manual de la Agencia Espacial Europea, de 2002, el Proyecto de Código de Conducta para actividades llevadas a cabo en Espacio Ultraterrestre elaborado en 2010 por el Instituto de Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme, y terminó su presentación con unas interesantes conclusiones de las que son de destacar la posibilidad de que los elementos aportados a la Estación se conviertan en residuos espaciales y la conveniencia de regular su posible remoción, así como el mantenimiento de la responsabilidad del Estado de lanzamiento aún cuando hubiera cambiado la propiedad del objeto convertido en residuo, y ello sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el nuevo propietario en virtud de los acuerdos suscritos entre las partes.

A esta ponencia se presentaron dos comunicaciones: una por el Prof. Rafael Moro Aguilar, de España, (LLM), sobre las “Vías para abordar jurídicamente el problema de los Residuos Espaciales”, en la que tras la exposición de los textos actualmente vigentes y la propuesta fallida de transformar en una Declaración de Principios jurídicos al respecto el contenido de las Directrices de COPUOS, señaló las dos alternativas posibles a su parecer sobre la autorregulación: un Código internacional de conducta, como propone la Unión Europea, y el intercambio frecuente de información entre los Estados de lanzamiento para que todos conozcan las buenas prácticas adoptadas. La segunda comunicación, sobre “La generación de residuos espaciales mediante el empleo de armas”, fue presentada por el Dr. Guillermo Javier Duberti, de Argentina, Profesor de la Universidad de Belgrano, y planteó la gravedad del problema que se incrementa por la ilicitud de la utilización de armas en el espacio deducida de la Declaración de Principios que deben regir las actividades espaciales, de 1963, y los artículos III y IV del Tratado del Espacio. Pasó después a exponer los proyectos actuales, señalando la propuesta de un tratado internacional elaborada por Rusia y China, y el Código de Conducta presentado a la Conferencia de Desarme en 2009, que continúa en ronda de negociaciones sin conseguir ninguna adhesión expresa. Por ello propuso la preparación de un convenio internacional con principios rectores sin normas demasiado rígidas, lo que a su parecer sería fácilmente aceptable y serviría para poner fin a la utilización de armas en el Espacio.

Las conclusiones presentadas por ponentes y comunicantes fueron aprobadas por unanimidad.

Además de las actuaciones académicas que quedan expuestas, en las Jornadas de Cádiz se celebró un sentido homenaje a los constituyentes procedentes de América que se trasladaron a España para participar en la discusión y redacción del texto de la Constitución de 1812, hallando la muerte en alguna ocasión dadas las circunstancias en que se encontró la ciudad, sitiada por los Ejércitos Napoleónicos y padeciendo una grave epidemia de peste. En el Homenaje, que tuvo lugar en la Capilla de San Felipe Neri con asistencia de la Excm. Sra. Alcaldesa de la Ciudad de Cádiz, doña Teófila Martínez Saiz, que presidió el acto con otras autoridades, pronunciaron parlamentos de admiración y respeto a todos ellos, y con particular mención de algunos cuya actuación fue especialmente significativa, además de la Sra. Alcaldesa, el Vicedecano del Iltre. Colegio de Abogados de Cádiz, y el Presidente y destacados miembros del Instituto de Argentina, España, Panamá y Venezuela.

También tuvieron lugar sendas reuniones del Consejo Directivo y de la Asamblea General del Instituto, con sujeción a las correspondientes órdenes de asuntos a tratar.