



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

6

Julio-diciembre 2015

SUMARIO

«Inherent Resolve» 2015 (Irak): El despliegue de una operación militar sin cobertura HNS. Lecciones aprendidas.

Ramón S. Candil Muñoz, teniente coronel auditor, Doctor en derecho

Misiones del Ejército de Tierra: Operaciones de apoyo a autoridades civiles en la Comandancia General de Melilla.

José Antonio Palau y Cuevas, teniente coronel auditor

Reglas de enfrentamiento (I): Documentos y procedimientos operativos.

Miguel Alía Plana, comandante auditor, Doctor en derecho

El concepto de mínima gravedad en el delito de abuso de autoridad del artículo 106 del Código Penal Militar.

José Luis Martín Delpón, capitán auditor

El mandato constitucional de objetividad en la actuación administrativa y el estatuto del militar.

Juan José Herbón Costas, capitán auditor, Doctor en derecho

Las zonas de exclusión a la navegación y las prospecciones petrolíferas frente a las costas Canarias: Los problemas jurídicos suscitados.

Isidro Fernández García, capitán auditor, Doctor en derecho

Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos



MINISTERIO DE DEFENSA



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

6

Julio-diciembre 2015

SUMARIO

«Inherent Resolve» 2015 (Irak): El despliegue de una operación militar sin cobertura HNS. Lecciones aprendidas.

Ramón S. Candil Muñoz, teniente coronel auditor, Doctor en derecho

Misiones del Ejército de Tierra: Operaciones de apoyo a autoridades civiles en la Comandancia General de Melilla.

José Antonio Palau y Cuevas, teniente coronel auditor

Reglas de enfrentamiento (I): Documentos y procedimientos operativos.

Miguel Alía Plana, comandante auditor, Doctor en derecho

El concepto de mínima gravedad en el delito de abuso de autoridad del artículo 106 del Código Penal Militar.

José Luis Martín Delpón, capitán auditor

El mandato constitucional de objetividad en la actuación administrativa y el estatuto del militar.

Juan José Herbón Costas, capitán auditor, Doctor en derecho

Las zonas de exclusión a la navegación y las prospecciones petrolíferas frente a las costas Canarias: Los problemas jurídicos suscitados.

Isidro Fernández García, capitán auditor, Doctor en derecho

Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos



MINISTERIO DE DEFENSA

DIRECTOR

Francisco Luis Pascual Sarría, coronel auditor

CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Hernández-Tejero García, general auditor

Jerónimo Domínguez Bascoy, coronel auditor

Antonio López Urgoiti, coronel auditor

SECRETARIO

Álvaro Conradi Monner, teniente coronel auditor

REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Camino de los Ingenieros, 6 (28047 Madrid)

Teléfono: 91 3647393

Fax: 91 3647399

Correo-e: emej@oc.mde.es

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES

<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Edita:



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

© Autores y editor, 2015

NIPO: 083-15-289-5 (impresión bajo demanda)

NIPO:083-15-290-8 (edición en línea)

ISSN: 2444-6807 (edición en línea)

Fecha de edición: diciembre 2015

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

Sumario

1. «Inherent resolve» 2015 (Irak): el despliegue de una operación militar sin cobertura hns. Lecciones aprendidas.....	5
<i>Ramón S. Candil Muñoz, teniente coronel auditor, Doctor en Derecho, Ex Profesor de Relaciones Internacionales, Diplomado en Derecho Internacional Militar</i>	
2. Misiones del ejército de tierra: operaciones de apoyo a autoridades civiles en la Comandancia General de Melilla	31
<i>José Antonio Palau y Cuevas. Comandante Auditor</i>	
3. Reglas de enfrentamiento (i): documentos y procedimientos operativos.....	53
<i>Miguel Alía Plana. Comandante auditor, Doctor en Derecho</i>	
4. El concepto de mínima gravedad en el delito de abuso de autoridad del artículo 106 del C.P.M.....	75
<i>Capitán Auditor José Luis Martín Delpón. Juzgado Togado Territorial 51</i>	
5. El mandato constitucional de objetividad en la actuación administrativa y el estatuto del militar	103
<i>Juan José Herbón Costas. Capitán auditor, Doctor en Derecho</i>	
6. Las zonas de exclusión a la navegación y las prospecciones petrolíferas frente a las costas canarias: los problemas jurídicos suscitados	133
<i>Isidro Fernández García. Capitán auditor, Doctor en Derecho</i>	
.. Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.....	155

1. «INHERENT RESOLVE» 2015 (IRAK): EL DESPLIEGUE DE UNA OPERACIÓN MILITAR SIN COBERTURA HNS. LECCIONES APRENDIDAS

*Ramón S. Candil Muñoz, teniente coronel auditor
Doctor en Derecho
Ex Profesor de Relaciones Internacionales
Diplomado en Derecho Internacional Militar*

SUMARIO: 1.- Invierno de 2015... 2.- Lo habitual e inexcusable: un SOFA. 2.1.- Los Acuerdos sobre el Estatuto de la Fuerza: dos posibles diseños para dos finalidades. 2.2.- El apoyo logístico del Estado anfitrión (HNS). 2.2.A.- Concepto. 2.2.B.- El HNS en operaciones en territorio de países no coaligados bajo la estructura de la Fuerza visitante. 2.3.- El desarrollo sectorial de los SOFA. 3.- Una Coalición desprovista de cobertura legal. 4.- ¿Por qué? 5.- La gestión de los diferentes desafíos. 5.1.- La entrada y salida en el teatro de operaciones – Las prerrogativas que conlleva el pasaporte de servicio. 5.2.- La libertad de importación y exportación. 5.3.- El uso de terrenos e instalaciones. 5.4.- La contratación de recursos locales. 5.5.- Responsabilidad patrimonial y libertad de movimientos. 6.- Balance. 7.- Lecciones aprendidas. Bibliografía recomendada.

1. INVIERNO DE 2015...

Era el 9 de febrero y, procedentes de Bagdad, acabábamos de llegar extenuados a un terreno cuya cesión por el Ejército iraquí había sido negociada con antelación con su responsable último, el general Saheb Abbas Fadhill. Se trataba del *Besmayah Range Complex*, un enclave situado a poco más de 20 kms de la capital de Irak, cuyo propietario es el Ejército, y en el que está ubicada, tanto su unidad de Base iraquí, como una unidad norteamericana: «*Task Force 2 PANTHER*» (2º Batallón del Regimiento 505 de la 82nd División Aerotransportada), que había desplegado tan solo veinte días antes que nosotros, y un descomunal campo de maniobras y adiestramiento apto para ejercicios de fuego real a nivel batallón.

Era una joya; nuestro país había asumido el compromiso de crear y liderar uno de los cuatro BPC (*Building Partnership Capacity*) destinados a entrenar a un Ejército iraquí, potente, pero todavía en fase de reconstrucción después de la remodelación de que fue objeto tras la pasada guerra y con una preocupante falta de moral y de «voluntad de vencer». En particular, el BPC de Besmayah, tenía el reto, marcado en el OPLAN 00071 de CMOPS, consistente en la generación, o regeneración, de tres unidades tipo Brigada, además de eventuales UOE (Unidades de Operaciones Especiales) iraquíes.

Así pues, el formidable campo de entrenamiento citado, el más idóneo de todo Irak, relativamente protegido de eventuales acciones del DAESH¹, no permitía sino albergar esperanzas, más que positivas, para la Unidad llamada a poner en marcha semejante cometido: un contingente más de 260 hombres y mujeres, formado primordialmente en torno al Tercio Alejandro Farnesio, 4º de la Legión (incluido su coronel jefe como jefe de todo el Contingente), con la adición de una potente Unidad de Ingenieros con 70 efectivos, venida de tierras salmantinas, en calidad de «Apoyo al despliegue», cuya incesante actividad se convertiría en determinante, y dos pequeñas Unidades de Operaciones Especiales (desplegadas en la ciudad de Bagdad y en Taji). A todo lo cual hay que sumar enlaces y puestos concretos ocupados por españoles en los dos Cuarteles Generales (Kuwait y Bagdad).

Pero lo que nosotros vimos, tras una noche desapacible plagada de sentimientos contradictorios, y ya en el frío amanecer de aquel nueve de febrero, era cualquier cosa menos esperanzadora. Un terreno inhóspito, totalmente desértico, con solo una edificación habitable: una sobrecogedora casa azul construida, sin duda, en pleno acceso de algún tipo de delirio, otro grupo de casas en estado de semi-ruina, un autobús que parecía sacado de algún film norteamericano de los años 50, y... nada más. Por supuesto nadie vino a recibirnos, y (aún) no teníamos intérpretes.

Para entonces también sabíamos, sin género de dudas, que la total ausencia de Acuerdos HNS con Irak no tenía viso alguno de solucionarse.

De hecho, ya desde Almería, había mantenido una comunicación constante con el asesor jurídico del mando del Componente Terrestre de la Coalición (CJFLCC), coronel JAG Craig E. Merutka, y sabía que el último borrador, sobre «mínimos», y tan solo en materia de cesión de terrenos e instalaciones, que Estados Unidos había sometido a la consideración del primer ministro iraquí, no había prosperado.

La consecuencia es que, por no tener, no teníamos reconocido ni el derecho a estar dónde estábamos, al menos por escrito. Pero desde un punto de vista más práctico, no sabíamos ni por dónde empezar: ni teníamos acuerdos a fin de que se nos proporcionasen los recursos más básicos, ni tampoco un régimen claro con

¹ El EI o Estado Islámico, tal como es denominado en España (o IS en el Reino Unido), es conocido en todos los círculos militares y políticos como DAESH, que viene a ser un acrónimo de *Al-Dawla Al-Islamiya Al-Iraq Al-Sham*. Este vocablo, íntimamente relacionado con una expresión peyorativa que podría traducirse como «*El que siembra la discordia*», es el que utilizaremos también aquí. El rechazo a tal término por parte de los yihadistas es tal, que han amenazado con cortar la lengua a todo aquel que lo pronuncie.

el que abordar la contratación de recursos locales, máxime debiendo extremar la seguridad con personal iraquí por razones obvias. En definitiva, estábamos solos². Y aún no sabíamos que el buque en el que viajaba gran parte de nuestro material logístico indispensable quedaría bloqueado en el puerto de Kuwait hasta primeros de mayo sin poder descargar nada, dada la falta de acuerdos en materia de libertad de importación y exportación del material necesario para la operación, y de exención de trabas administrativas, que Irak en ningún momento tuvo intención de firmar.

Pero lo que estaba igualmente claro es que, aun partiendo de la nada, estábamos obligados a crear una auténtica Base Militar, capaz de albergar, en condiciones aceptables de habitabilidad y seguridad, a más de 300 personas (no había que olvidar que, más tarde o más temprano, se incorporaría un Contingente portugués bajo nuestro *Tactical Control* o TACON). Y sobre todo a prestar el soporte necesario para que nuestra propia Unidad de Adiestradores (BDE) pudiera incorporarse de inmediato al trabajo de *Training* con la primera Brigada iraquí, lo que es en última instancia el objeto único de nuestra presencia en Besmayah.

Y para todo aquello, había que multiplicar esfuerzos y negociaciones, en todos los ámbitos y coetáneamente, a fin de paliar la negativa a firmar acuerdos por parte iraquí, que tanto podría dificultar la operación. Además de constituir una posición incomprensible dado que la operación *Inherent Resolve* (*Apoyo a Irak*), respaldada por la Resolución del CSNU 2170 (2014), de 15 de agosto³, respondía a una petición de ayuda urgente, formulada el 8 de agosto, por el propio Gobierno de Irak, para poder derrotar al DAESH; que quién te pide que le ayudes dentro de su casa, se niegue luego a abrirte la puerta no deja indiferente a nadie. Es esta carencia de acuerdos imprescindibles para facilitar la operación, sin precedentes, lo que convierte a la Operación Militar en Irak en una de las más singulares de las abordadas por cualquier país de la Comunidad Internacional en la reciente historia de las intervenciones militares.

² Lo único que palió nuestra perplejidad fue la visita, a los pocos días de nuestra llegada, del general de Brigada Ghika (UK), segundo jefe del CJFLCC, quien compartió, con naturalidad, todas nuestras iniciales carencias (eran los tiempos en que había que consumir la comida, limitada a raciones de combate norteamericanas, a la luz de linternas frontales, o de que no quedase otro remedio que dormir en el suelo). Con una extraordinaria educación e inteligencia, nada habituales, y con un no disimulado asombro por nuestros rápidos progresos, volvió dos veces más y siempre nos apoyó y estuvo a nuestro lado, creándose un lazo de aprecio recíproco con todos los componentes de la Unidad, muy difícil de olvidar.

³ La postura española fue trasladada al CSNU tan solo cinco días más tarde, por vía de nuestra representación diplomática en Naciones Unidas que, en su Nota 236, hacía constar textualmente lo siguiente: *España manifiesta su satisfacción por la adopción el pasado viernes 15 de agosto por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de la Resolución 2170 (2014), en la que se aborda el enorme riesgo que suponen para la región y para la Comunidad Internacional las organizaciones terroristas, Estado Islámico de Irak y el Levante (EIL) y el Frente Al Nusra, afiliado a Al Qaeda, que operan en Irak y Siria. De hecho nuestro país, dada la magnitud del peligro potencial que representaba la expansión del DAESH, ha querido que nuestra aportación fuese una de las más importantes. La comparecencia del ministro de Defensa en el Congreso y la aprobación parlamentaria de la Operación se saldaron con un apoyo prácticamente unánime (22 de octubre de 2014).*

Pero no adelantemos acontecimientos. Aunque ello nos exija un paréntesis con ciertas reflexiones doctrinales, recordemos primero, cuál es el paraguas legal que razonablemente deberíamos haber tenido, y que seguimos sin tener en la fecha en que se escriben estas líneas.

2. LO HABITUAL E INEXCUSABLE: UN SOFA

2.1. LOS ACUERDOS SOBRE EL ESTATUTO DE LA FUERZA: DOS POSIBLES DISEÑOS PARA DOS FINALIDADES

La paz formal que siguió a la Segunda Guerra Mundial, y sobre todo las circunstancias impuestas por la guerra Fría, hicieron que las Fuerzas aliadas se mantuviesen más tiempo del previsto en el territorio de los países derrotados. En ese momento ya nadie defendía una «soberanía territorial» a ultranza que, conquistada en el Renacimiento, e impulsada por la revolución francesa conforme al diseño averroísta del moderno estado absoluto: *rex imperator in regno suo est* (fruto de la reinterpretación de ideas aristotélicas llevada a cabo por autores como Dante o Marsilio de Padua), jamás hubiera permitido a las unidades militares en un país extranjero invocar el privilegio de extraterritorialidad que comporta la «ley de bandera». Es entonces cuando se inicia la firma de numerosos Acuerdos de Cooperación Militar y de Ayuda para la Mutua Defensa, destinados a arropar la presencia de las Fuerzas de Estados Unidos en más de 70 países del globo terráqueo. Y esto es lo que hizo nacer una red de acuerdos o instrumentos jurídicos destinados a regular el Estatuto de tales Fuerzas instaladas en un país que no es el suyo, y que han venido a denominarse *Status Of Force Agreements* o SOFA.

La creciente importancia de los SOFA. se ha visto más enfatizada, si cabe, por la evolución de la doctrina militar que ha convertido en indispensable la creación de Unidades de Acción Rápida, flexibles y proyectables a zonas de conflicto. Y la situación es siempre la misma: Fuerzas militares estacionadas en un país extranjero y necesitadas de un SOFA que, acordado con el país anfitrión, regule todas las materias legales que ello comporta, desde la entrada por la frontera de tales Fuerzas hasta su grado de inmunidad penal ante las autoridades judiciales locales, pasando por un sinfín de cuestiones fiscales, mercantiles, laborales, etc.

Con lo ya dicho, se desprende la existencia de dos tipos de SOFA totalmente diferentes: en primer lugar, el acordado con países aliados, cuya única finalidad es proceder a un reparto de cargas en el terreno logístico, al tiempo que establecer unas pautas de equilibrio en todos los temas que puedan suponer una merma de la soberanía del país anfitrión (el ejemplo paradigmático no es otro que el llamado SOFA OTAN de 1951).

Otra cosa muy distinta son los SOFA que se acuerdan con países objeto de una Operación de Gestión de Crisis. Aquí la finalidad cambia: de lo que se trata

es de evitar, o al menos minimizar, la injerencia de las leyes locales en la propia Operación Militar.

Consecuencia de lo anterior es que el principio de «soberanía territorial» sea sustituido por un potente principio de «bandera», pero un SOFA de estas características, no deberá olvidar otorgar algún tipo de tratamiento, al menos, a las siguientes materias:

- La competencia para ejercer la jurisdicción penal, con motivo de infracciones de igual carácter, cometidas por miembros de la Fuerza extranjera (reconociendo una inmunidad casi absoluta ante las autoridades judiciales locales).
- El ejercicio de la jurisdicción civil sobre miembros de la mencionada Fuerza.
- El procedimiento para solventar las reclamaciones civiles que tengan lugar con motivo de actividades militares.
- Las lógicas medidas encaminadas a facilitar la entrada y salida del teatro de operaciones (exención de pasaportes, exenciones fiscales en la frontera,...).
- Las normas para el uso de personal civil local por vía de contratos laborales formalizados en el propio territorio del país objeto de la intervención militar.
- El derecho a conducir la operación sin restricciones.
- Las instalaciones necesarias, tanto para alojar al personal militar, como para establecer los puestos de control y dirección que resulten precisos.
- La absoluta libertad de movimientos por todo el país y con objeto de cometidos oficiales.
- El control aéreo y del espacio electromagnético.
- Las normas para el uso de puertos y aeropuertos.
- Los procedimientos de coordinación entre la Fuerza multinacional y las autoridades locales.

Este tipo de SOFA son, en mayor o menor medida, deudores de la experiencia adquirida con el primero y más importante de todos los habidos hasta la fecha: el SOFA que, como apéndice B del anexo 1-A, formó parte de los Acuerdos de Dayton. El hecho de que la redacción de este último se haya reproducido, casi textualmente, en muchos otros SOFA pactados en posteriores operaciones de Gestión de crisis⁴ lo convierte en especialmente útil⁵.

⁴ Por ejemplo, muchas de las previsiones del SOFA acordado en Dayton, pueden verse reproducidas, en idénticos términos en el SOFA aplicable a las tropas de OTAN en la operación de ISAF (*International Security Assistance Force*), vigente hoy, veinte años después de Dayton.

⁵ Para los más interesados véase: Candil Muñoz, R. S. (2012), *El papel de la Alianza Atlántica en la reconstrucción de la antigua Yugoslavia. Un análisis de las claves políticas, jurídicas y militares del proceso de paz en los Balcanes*, (2008), Dykinson, volumen nº 3 de la Colección del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU- San Pablo, Madrid.

2.2. EL APOYO LOGÍSTICO DEL ESTADO ANFITRIÓN (HNS)

2.2.A. *Concepto.*

El apoyo puramente logístico que puede prestar una nación a una Fuerza extranjera instalada en su territorio, es una materia propia de los SOFA, si bien por sus especiales características y complejidad ha ido adquiriendo cierta autonomía.

El MC 334 (MC o *Military Committee* no es otra cosa que el órgano ejecutivo del CAN, o Consejo de la Alianza), en su revisión de 1999, nos brinda una definición que estimo que no necesita ser traducida:

*HNS is a civil and military assistance rendered in peace, emergencies, crisis, and conflict by a host nation to allied forces and organizations which are located on, operating through the host nation's territory*⁶.

Tal autonomía llega hasta el punto de que con el tiempo ha sido dotado de unos instrumentos normativos (siempre acuerdos políticos) específicos e inconfundibles⁷.

2.2.B. *El HNS en operaciones en territorio de países no coaligados bajo la estructura de la Fuerza visitante.*

¿Qué ocurre cuando se trata de convenir esta materia con un país no estrictamente aliado? Recordemos que en estos casos, la finalidad del SOFA, y por

⁶ Su definición y límites no alcanzaron carta de naturaleza hasta que, en el marco OTAN, el LSM (*Logistic Staff Meeting*), perteneciente a la SNLC (*Senior NATO Logisticians Conference*), decidió crear, en su reunión de 29 de enero de 1992, un grupo de trabajo que estudiase y definiese los Principios y la Política que debía regular el Apoyo de la Nación Anfitriona o HNS (*Host Nation Support*). Este Grupo (HNSWG o *Host Nation Support Working Group*), presentó finalmente sus conclusiones que serían aprobadas el 7 de marzo de 1994, por vía del MC 334, y bajo el nombre de «*NATO Principles and Policies for Host Nation Support*», «documento vivo» que requeriría periódicas actualizaciones.

⁷ Los instrumentos normativos que permiten poner en práctica un apoyo HNS, con independencia del marco en que se esté activando, pueden ser, principalmente, cuatro, los dos primeros de uso polivalente, y los dos siguientes específicos de HNS:

- a. Los MOU. (*Memorándums of Understanding*) o Memorándums de Entendimiento, que, después del SOFA, constituyen la piedra angular sobre la que, por definir el marco general, deberán girar todos los acuerdos de desarrollo sectoriales.
- b. Los Acuerdos Técnicos, o *Technical Arrangement* (TA), en el que se identifican las necesidades específicas que va a requerir la presencia de la Fuerza militar en el lugar de que se trate
- c. Los Planes de Apoyo Conjuntos o *Joint Host Nation Support Plans* (JHNSP), que contiene las normas y procedimientos a seguir en el desarrollo de los TA.
- d. Los *Joint Implementation Plans* o *Agreements* (JIP o JIA) que constituyen la herramienta de trabajo más conocida ya que su mayor detalle, desarrollando los TA y los JHNSP, garantiza la total viabilidad del apoyo logístico.

En la práctica, a estos cuatro instrumentos, podríamos añadir los contratos privados locales que la Fuerza visitante utiliza para hacerse con determinados bienes y servicios de poca entidad.

tanto del tratamiento del HNS, no es otra que minimizar la injerencia de las leyes locales en la operación. Pues bien, aquí de lo que se trata es de que el apoyo HNS sea el menor posible, considerándose lo ideal que el Estado que envía la Fuerza militar prescindiera por completo del apoyo HNS (*Host Nation Support*).

La razón se nos antoja meridianamente clara y siempre gira en torno a la escasa fiabilidad que ofrece el país objeto de la operación militar. En el caso de Irak por ejemplo, la Fuerza multinacional no puede hacer depender el éxito de su misión del apoyo que le preste un país sometido a posiciones políticas potencialmente mutantes y con dependencias de países que ni son aliados ni comparten la necesidad de una Coalición en tierras iraquíes (Irán). Se trata entonces de que la Fuerza militar se lleve consigo todos aquellos recursos que pueda necesitar.

No obstante reducir la materia HNS a mínimos, tales como apoyos esporádicos y excepcionales, y desde luego suprimirla por completo en el territorio del país no aliado, es cuando menos un ejercicio de pura ingenuidad. Y ello porque hay aspectos que la Fuerza jamás podrá llevarse consigo, y son:

1. Los aeropuertos y puertos que la Fuerza va a tener forzosamente que utilizar para entrar en la zona, y ello incluye todos los servicios que será preciso activar en los aeródromos y en los muelles.
2. Las Unidades militares tendrán que contar con la anuencia de las autoridades locales para realizar modificaciones en la infraestructura del país anfitrión, en beneficio de las misiones asignadas a la Fuerza militar y será igualmente imperativo acordar que ocurrirá con tales modificaciones cuando la intervención militar se dé por concluida.
3. Los recursos más elementales: el agua potable y la energía eléctrica. Sería un disparate planificar una operación de estas características, que puede durar años, con buques-aljibes, plantas potabilizadoras, y, aunque posible, tener que contar siempre con grupos electrógenos repartidos por doquier.
4. Por último, una obviedad esencial: el suelo. El suelo no es nuestro; las Unidades habrán de desplegarse, y muy raro será (por no decir imposible) que el suelo, de titularidad pública o privada, pertenezca a los países que conforman la Fuerza militar. Exactamente igual va a ocurrir con las instalaciones que habrán de servir para dirigir la operación y como centro de vida del personal. Habrá que acordar lo necesario para que las mismas sean cedidas a Unidades militares, en calidad de apoyo logístico, cuya ausencia resultaría sencillamente impensable.

2.3. EL DESARROLLO SECTORIAL DE LOS SOFA

Una vez conseguido el punto de partida que supone el SOFA, pero en la convicción de que el documento de poco va a servir, si no existen además acuerdos sectoriales que lo desarrollen, afrontando los problemas prácticos y concre-

tos, es preciso negociar y firmar los anexos que contemplen los pormenores de las cuestiones más delicadas del SOFA.

Con tales anexos sí tendremos un cuerpo normativo, quizás no muy estructurado ciertamente, pero que en la práctica, y a la larga, se ha mostrado tan indispensable como eficaz para que la Fuerza militar no haya tenido problemas insalvables a la hora de abordar las diferentes misiones impuestas.

Efectivamente, muchas de las prerrogativas, aun estando concedidas, suelen constituir meros enunciados programáticos apenas aplicables sin la remisión a estos anexos; estamos pensando en lo concerniente a materias tales como el complejo, a la par que razonable, proceso que en cooperación con la nación anfitriona, cubre nuestra responsabilidad patrimonial (*Claims Annex*); en el necesario acceso a terrenos e instalaciones públicas y/o privadas para fines militares (*Facilities Annex*); en todo lo que comporta la inmunidad judicial en la esfera penal (*Legal Annex*); en el anexo referente al régimen de compras y contratos (*Purchasing and Contracting Annex*); en lo relativo a contratos laborales concertados con personal local, y su régimen de la Seguridad Social (*Labour Annex*); en el caso de Irak, quizás en algo relativo al cruce de fronteras con Siria si las mismas no estuvieran controladas por el DAESH, y desde luego a las conectadas con Turquía y Kuwait (*Customs and Border Crossing Annex*); en los problemas de movimientos y control aéreos (*Air Annex*); en el uso de los puertos (*Ports Annex*); en la retirada de las minas e IED, preferiblemente por Fuerzas locales (*Mines Annex*); en el apoyo sanitario a prestar por hospitales locales a personal militar, en casos excepcionales (*Medical Annex*), etc.

Anexos todos ellos, que, en definitiva, tendrían por finalidad otorgar a lo estipulado una razonable viabilidad práctica. Y la experiencia ha demostrado que donde más importancia cobra el haber alcanzado acuerdos sumamente pormenorizados, es en todo aquello que constituye el HNS.

3. UNA COALICIÓN DESPROVISTA DE COBERTURA LEGAL

Nada de esto existe en la operación Inherent Resolve; carecemos de acuerdos, tanto de los complejos, precisados de una post-regulación específica, como de los más sencillos e incuestionables e inmediatamente activables. En definitiva no tenemos la regulación consensuada necesaria para dar un cauce legal a la operación, y es el Gobierno iraquí el que propicia la prolongación de esta anómala situación. Esta tesitura, que puede poner en peligro la operatividad de la Fuerza militar, es insólita y nunca antes había ocurrido.

Las operaciones de más envergadura (aunque sin llegar a reconocer que lo que está en juego es *la estabilidad mundial directamente afectada por la amenaza yihadista*⁸, como ocurre en Inherent Resolve) han tenido siempre cubierto este apartado en la forma en que hemos visto, al menos desde que se aprobó el SOFA contemplado en los Acuerdos de Dayton (1995) en la operación en la antigua Yugoslavia (BiH), donde tuve el honor de servir en dos ocasiones. Reproducido, tex-

⁸ OPLAN 00071 de CMOPS (confidencial), p.14.

tualmente, en las «Regulation» del Representante Especial de Naciones Unidas sobre el «Estatuto, Privilegios e Inmidades de KFOR y UNMIK y su personal en Kosovo» aprobadas en 1999 para la Operación Militar en esta área geográfica, también se trasladó, y con igual fidelidad, al anexo del MTA firmado por el Gobierno interino de Afganistán (2002), para la instauración de ISAF (Documento A/45/594, de 1990 de la Asamblea General de Naciones Unidas)⁹.

Dada la gravedad de la situación, el país elegido líder de la Coalición, Estados Unidos, intentó negociar, inicialmente, un documento, el «LAND USE MOU» con un contenido «mínimo», destinado a salvaguardar los derechos más elementales en lo concerniente a la ocupación de terrenos. La idea era que lo firmase el Gobierno iraquí con Estados Unidos (a quien por razones obvias se le suponía una mayor ascendencia sobre las autoridades locales) y al que luego podrían adherirse el resto de países de la Coalición, dado su carácter de mero acuerdo político.

En el mismo, se contemplaban, entre otras, cuatro prerrogativas que debería reconocer el Gobierno iraquí: el control táctico del terreno cedido¹⁰, de uso pacífico, libre y sin restricciones; la provisión dentro del mismo, sin cargo alguno, de electricidad, agua potable y saneamiento¹¹; el derecho a realizar modificaciones en el terreno y en sus edificaciones¹², y, finalmente un sistema un tanto duro para el momento del repliegue, en virtud del cual el país visitante podría optar libremente por dejar el terreno tal como estuviese en el momento de irse, retirando o no las mejoras introducidas en el mismo, y en ambos casos el Gobierno iraquí se comprometería a no exigir la reposición de los terrenos a su estado original, pero, a cambio, EEUU renunciaría a ser indemnizada por el importe de las mejoras que la Fuerza militar no se llevase consigo (aunque tuviesen un gran valor, lo que no es óbice para que su repatriación no fuese rentable).

La negociación fue llevada a cabo por el coronel JAG Craig Merutka antes citado (quien también redactó los términos del borrador), en su calidad de asesor jurídico en jefe del Componente Terrestre de la Coalición (CJFLCC), pero, tras obtener el visto bueno del Ministerio de Defensa de Irak, se encontró con la tajante oposición del primer ministro, Haider Al-Abadi.

Se estimó, entonces, que el desencuentro se debía únicamente a que el borrador incluía la *Green Zone* (zona monumental de Bagdad ocupada militarmente desde la guerra de 2003), por lo que, ya en febrero de 2015, se formuló un segundo borrador en el que se excluyó la *Green Zone*, circunscribiéndolo a los 4 BPC y a los emplazamientos de *Advise & Assist*, todos ellos además

⁹ *No en vano todas las referencias que hagamos en cursiva a la hora de analizar el estado actual del tratamiento de algunas de las prerrogativas que «no tenemos», lo serán con referencia a los tres documentos señalados.*

¹⁰ «... grants the temporary operational control of the Site without rental compensation».

¹¹ «... shall furnish, without charge, electricity, potable water, and sewage treatment».

¹² «... shall have the right, during the existence of the MoU, to make alterations and additions, including, but not limited to grade, condition, installing drainage facilities, place gravel or hard stand, attach fixtures, erect improvements and structures or signs, and remove all obstructions which may constitute a hindrance, in or upon the Site».

muy vinculados al Ministerio de Defensa, lo que podría inclinar la balanza a favor de su firma. En el mismo se introducía otra variante, consistente en que ya no se firmaría por Estados Unidos, sino con el CJFLCC antes citado, lo que podría dar lugar a su aplicación inmediata por la Fuerza española sin necesidad de adhesión¹³.

Sin embargo la respuesta fue idéntica; el primer ministro bloqueó cualquier tipo de negociación tendente a una eventual firma.

El pasado 16 de junio, la nueva asesora jurídica interina (igualmente del JAG) del CJFLCC, me comunicó que Estados Unidos ya ha renunciado definitivamente a realizar más intentos de concertar documento HNS alguno, en la percepción de que la voluntad del primer ministro del Gobierno de Irak, consistente en no vincular a su país con acuerdos militares, parece tan firme como irrevocable.

4. ¿POR QUÉ?

Evidentemente, lejos de apostar por un posicionamiento caprichoso o irreflexivo de las autoridades iraquíes, estamos ante una cuestión política en la que no voy a detenerme sino lo indispensable, además de ser esta una materia más propia de un Political Adviser. Tan solo unas pinceladas, en la consideración de que esta situación podría reiterarse en otros escenarios ligados a la complicada enrucijada de intereses que se está formando en el área del Golfo, para los que el DAESH puede ser tan solo un pretexto para intervenir con finalidades espurias.

Hay básicamente tres factores que pueden haber influido: en primer lugar, cuando Irak, quizás bajo cierta presión, pidió ayuda a la Comunidad Internacional, puede que solo buscarse dar carta de naturaleza a la campaña aérea (acciones de «targeting» y bombardeo aéreo contra objetivos del DAESH), ya iniciadas unilateralmente por Estados Unidos, en agosto de 2014. Y ello dado que se trata de acciones que, hoy por hoy, la Fuerza Aérea iraquí, aunque cada vez con más y mejores medios, se muestra incapaz de abordar.

Las otras vías de ayuda (adiestramiento de sus tropas y asistencia en el planeamiento y dirección del combate, aun sin participar en el mismo), que son las que exigen personal en el terreno, podrían no estar en la mente del Gobierno iraquí, pero formaban parte del «paquete» que se le ofreció a Irak, sin margen para decir: esto sí, pero lo otro no. Y tuvo que decir sí, a todo.

En segundo lugar, y ligado a lo anterior, lo cierto es que desde la guerra de 2003, Irak ha sido un país ocupado, fundamentalmente por tropas norteamericanas. El hecho de que después de diez años, cuando esa situación parecía llegar a su fin (merced a la retirada decidida por Obama), resulte que todo vuelve a la situación anterior (con un personal militar en suelo iraquí que alcanza ya

¹³ Asumir un Acuerdo Internacional *no normativo* de CJFLCC, por estar bajo su control operativo u OPCON, es lo mismo que ya ocurrió cuando asumimos similares Acuerdos de SACEUR en la antigua Yugoslavia, Kosovo y Afganistán, con base al mismo OPCON, y sin tramitación alguna por vía de DIGENPOL.

los 7.300 norteamericanos y a los que hay que aunar a los procedentes de más de doce países), está llevando a que gran parte de la población, y a muchas facciones políticas con presencia en el Parlamento, demuestren una clara posición anti-americana, y por extensión anti-coalición. En estas condiciones de rechazo, totalmente confirmadas por nuestra inteligencia, facilitar el despliegue de tropas terrestres, con la publicidad que conllevaría la firma de acuerdos de apoyo logístico a la intervención, debe ser lo último que desea el Gobierno iraquí¹⁴.

Por último esta Irán. Su intervención por vía del envío de milicias de voluntarios chiitas, y del entrenamiento de la Hizbulá libanesa, igualmente chiita, en el propio suelo iraquí, resultó ser determinante para lograr la recuperación de Tikrit. Pero Irán ha condicionado mantener su apoyo en la lucha contra el DAESH a que Irak prescinda, de forma absoluta, del apoyo de la Coalición, incluyendo los bombardeos que, sin solución de continuidad, se deciden en la *Strike Cell* en Bagdad (por cierto, con la intervención crucial del LEGAD norteamericano, a efectos de evitar daños colaterales y salvaguardar bienes culturales protegidos por la LOAC)¹⁵.

Pero si tales bombardeos pueden ser asumidos, en su día, por la propia Aviación iraquí, la presencia de la Coalición podría ser innecesaria, siempre que Irán mantenga su apoyo en el combate. Así las cosas, la firma de acuerdos que respalden la actual intervención, parecerían un contrasentido y un error político porque, si bien supondría una mejora (innecesaria) de sus relaciones con EEUU, podría irritar al improvisado aliado iraní¹⁶. He aquí otra razón para explicar la inactividad de las autoridades iraquíes en el tema que nos ocupa.

5. LA GESTIÓN DE LOS DIFERENTES DESAFÍOS

Volviendo a lo que decíamos en el punto 1, partíamos de una palmaria ausencia de estatus, que empezaba por lo más básico. En ningún lado estaba contemplado «el derecho de los miembros de la Fuerza a portar armas, a vestir uniforme, o a no precisar convalidación del permiso de conducir militar o civil para el manejo, tanto de vehículos militares como civiles. Ni el derecho a poseer y

¹⁴ Por ejemplo, las acciones CIMIC no están previstas en la operación, pero lo llamativo es que, aunque en algún momento se decidiese afrontarlas para otorgar mayor transparencia y legitimidad a *Inherent Resolve* (en ese sentido hay una SOP norteamericana: *Civilian Casualty Mitigation and Response Procedures*, que prevé ayuda médica a civiles locales damnificados por acciones del DAESH), lo más probable es que se tornasen del todo invariables, desde el momento en que, a nivel mediático, nadie parece tener interés en reconocer públicamente el actual despliegue de tropas de la Coalición dentro de Irak.

¹⁵ No es menos cierto que Estados Unidos ha hecho lo propio, vinculando su apoyo aéreo a la no intervención de tropas iraníes, sabedora de que su presencia en Irak puede ser peligrosa para la relativa hegemonía de Arabia Saudí en el Golfo. En definitiva, lo que está reapareciendo es el peligro fundamentalista de la mano de Irán y que Sadam Hussein conjuró en la guerra de los '80.

¹⁶ «En esta controversia de intereses nosotros somos meros espectadores, y quizás... tan solo marionetas» son palabras, tan lúcidas como valientes, pronunciadas por el coronel jefe del Contingente, D. Julio Salom Herrera, en una conferencia de actualización política y militar, dirigida a todos los miembros del BPC de Bismayah, el 30 de mayo de 2015.

portar armas, ni tan siquiera el derecho a exhibir en cualquiera de sus uniformes, medios de transporte o instalaciones, las banderas nacionales de los componentes y de las Unidades». Todo ello reconocido, sin paliativos, en el SOFA de Yugoslavia o Afganistán.

Pero, había que ponerse a trabajar y encontrar una solución legal para afrontar todos los cometidos, de una cierta entidad, debíamos sacar adelante. Y en mi vida he visto una Unidad tan abocada a sufrir con más resignación las carencias que teníamos, y centrarse en trabajar sin descanso en el cumplimiento de las órdenes recibidas, sin reparar en el cansancio, ni protestar jamás. Y además con alegría e ilusión.

Vamos ahora a centrarnos en cinco de los apoyos «olvidados» para ver cuál es exactamente la incidencia de su ausencia y las posibles alternativas. Cuando las ha habido.

5.1. LA ENTRADA Y SALIDA EN EL TEATRO DE OPERACIONES

Nuestros hombres y mujeres deberían tener reconocido algo similar, y tan sencillo, como lo siguiente: *El Gobierno de (...) reconoce la necesidad de agilizar los procedimientos de entrada y salida del personal de la OTAN, y la necesidad de que el personal de la OTAN sea objeto de procedimientos rápidos de ingreso y salida.*

Y a continuación: *Este personal no estará sujeto a la reglamentación en materia de pasaportes y visados ni a los requisitos de registro que se aplican a los extranjeros. El personal de la OTAN portará documentos de identificación que las autoridades de (...) podrán pedir que se les exhiban.*

En lugar de lo anterior, lo que tenemos es un silencio sepulcral. Llegando al absurdo de que, para entrar en Irak, los militares, tanto de España como de cualquier otro país de la Coalición, tienen (a día de hoy) que presentar pasaporte ¡y visado! (exceptuando los norteamericanos que aquí, sí tienen la ventaja de no necesitar visado amparándose en exenciones, aún vigentes, suscritas recién terminada la guerra de 2003). Y dado que no se conceden visados si no es por motivos turísticos que precisan identificar el hotel donde el viajero va a alojarse, o una declaración ante un fedatario público que responda del mismo, el disparate alcanza un límite difícilmente soportable.

Aquí, nuestra diplomacia encontró «in extremis» una forma de sobrellevar este dislate: en virtud de un Canje de Notas de fecha de 3 de diciembre de 2014¹⁷ la República de Irak, acordó *reconocer con respecto a todo el personal militar español, una vez provisto de pasaporte diplomático* (cuyo cargo o función, según se ha consignado en el mismo, es la pertenencia a la operación «Inherent Resolve»), *un estatus equivalente (sic) al de «personal administrativo y técnico de misiones di-*

¹⁷ El Canje de Notas tuvo lugar entre la Embajada del Reino de España en Bagdad (referencia española 2014/61) que presentó las suyas el 1 de diciembre de 2014, y el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Irak (10040/62-/11) que las firmó el 3 de diciembre del mismo año.

plomáticas», contemplado en el Convenio sobre Relaciones Diplomáticas de Viena, de 18 de abril de 1961.

La emisión del pasaporte (no es el rojo sino el azul «de servicio») encontró posturas, sino reacias, sí al menos que delataban sorpresa en el Ministerio de Justicia español, pues no en vano ha supuesto incrementar en casi 300 miembros la misión diplomática española en Irak, circunstancia esta inusual, máxime sabiéndose que no se trata de diplomáticos *stricto sensu*.

En todo caso este pasaporte garantiza la obtención del visado sobre la base de su carácter diplomático, y tras la admisión de credenciales que conlleva el citado Canje de Notas. Y esta vía, claro está, funciona. El visado tardó en emitirse, lo que obligó a retrasar por dos veces el vuelo de la primera rotación, pero al final se pudo entrar en Irak.

Las prerrogativas que conlleva el pasaporte de servicio.

El pasaporte de servicio ha tenido más influencia de la esperada; además de permitir la emisión del visado que finalmente abre las puertas de la frontera, de forma indirecta también nos atribuye una serie de prerrogativas que, a la postre, constituyen todo nuestro estatus.

Efectivamente, al amparo de lo previsto en los Convenios, sobre Relaciones Diplomáticas, hecho en Viena, el 18 de abril de 1961 (ratificado por España el 21 de noviembre de 1967) y sobre Relaciones Consulares, hecho en Viena, el 2 de abril de 1963 (Instrumento de Adhesión de España del 3 de febrero de 1970), nuestro personal, aunque ni el BPC ni el Contingente, tienen reconocidos:

1. *La libertad de circulación y tránsito* (sin armas) por el territorio iraquí, sin perjuicio de la existencia de zonas de acceso prohibido o restringido por razones de seguridad nacional.
2. *El libre envío de correo y mensajes en clave o en cifra, y su inviolabilidad.*
3. El derecho a que *la valija* (constituida por los «bultos» que se trasladan desde, y al, TN) *no sea objeto de retención o apertura* bajo ningún concepto.
4. *Exención de gravámenes de aduana* en la entrada al país tanto de objetos destinados a uso oficial, como los traídos para uso personal de los miembros del BPC «solo» al efectuar su primera instalación.
5. *Inmunidad ante la jurisdicción penal* de Irak.
6. *Inmunidad ante la jurisdicción civil y administrativa* de Irak.
7. *Exención del deber de testificar*, tanto ante autoridades gubernativas como judiciales.
8. *Exención de cualquier tipo de impuesto o gravamen* nacional o regional, pero con la excepción de los impuestos indirectos incluidos en la mercadería o servicios.
9. *El derecho a no ser objeto, en forma alguna, de detención o arresto.*

10.5.2. LA LIBERTAD DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN

Aunque de capital importancia, no tiene solución. Deberíamos tener reconocido algo como lo siguiente: *Se concederá autorización para importar y exportar equipo, víveres y suministros necesarios para la Operación, siempre y cuando esos bienes sean para uso oficial o para la venta a través de economatos o cantinas establecidos al afecto.*

Y dicho sea de paso que (la Fuerza multinacional) *estará exenta de presentar listas de existencias u otros documentos aduaneros habituales acerca del personal, los vehículos, los buques, los aviones, el equipo, los suministros y los víveres que... transiten por el territorio de (...).*

Como no hay nada acordado todo va a depender del azar. Es cierto que, aun mediando acuerdos con un contenido como el transcrito, nada priva a la policía local de los puestos fronterizos (aeródromos o puertos) de ejercer su legítimo derecho a examinar la mercancía; deben de comprobar, bien el carácter oficial de los bienes o bien el hecho de haber sido expedidos en establecimientos comerciales militares (entre ellos los famosos PX) y a personal exclusivamente de la Operación.

Pero esto en la práctica no es nada fácil. En Yugoslavia trajo de cabeza a los asesores jurídicos y a los responsables de las diferentes SEA, cuyo trabajo tras innumerables reuniones en Plôce, culminó con la SOP 4001: *Freedom of Movement of Duty Free Goods*, que luego obligaría a abordar un minucioso trabajo para crear vastos apéndices comprensivos de un número interminable de modelos de certificaciones, comprobantes, formularios, listados, etc.

Pero tenemos la experiencia (peor) en virtud de la cual, ajustándose a la ausencia de acuerdos al respecto, nada impide que en los puestos fronterizos se adopten medidas para con la Fuerza militar como si de un particular se tratase.

Eso fue lo que ocurrió con el buque que quedó paralizado en el puerto de Kuwait, sometido a numerosos requisitos de índole aduanero, tanto para desembarcar como para cruzar la frontera con Irak. Ni el personal de la Embajada en Kuwait, ni el del Cuartel General supremo de la Coalición (CJTF), que también se encuentra en Kuwait, pudieron hacer mucho al respecto. El BPC español tuvo en Kuwait City algunas personas destacadas para custodiar el buque, hasta que todos los trámites (en concreto el *import facilitation* o LEW), sin excepción alguna, estuvieron cumplimentados permitiendo que lo que trasportaba, desde vehículos mecanizados (entre ellos 16 Lince), hasta contenedores de munición, pasando por una lavandería de campaña, llegase a nuestra Base. Estábamos a principios de mayo y el barco había tocado puerto ¡casi dos meses antes! (el 7 de marzo).

Sin embargo, el material que se está importando desde España vía aérea, oficial o no, aunque con retrasos en la frontera suele llegar sin grandes sobresaltos.

En conclusión, la falta de acuerdos hace que todo dependa de la eventual predisposición de las autoridades aduaneras para hacer las cosas más fáciles, pero

mientras tanto no hay nada que nosotros podamos invocar desde un plano estrictamente legal¹⁸.

5.3. EL USO DE TERRENOS E INSTALACIONES

Los SOFA suelen adoptar fórmulas bastante elásticas para asegurar esta cuestión porque, como bien se comprende, la necesidad de un lugar para vivir y trabajar es algo que no admite discusiones: *El Gobierno (...) proporcionará a la OTAN «a título gratuito» las instalaciones que necesite para preparar y ejecutar la Operación.*

Aunque hay que decir que este sistema presentaba en la antigua Yugoslavia, bastantes fisuras y propiciaba muchos desacuerdos por causa del citado «a título gratuito». Hasta el punto de que, finalmente, tuvo que ser rectificado por vía del «*Facilities Annex*» correspondiente, reconociendo que, por lo que se refería a las edificaciones o terrenos *Private Owned* (de titularidad privada), «*IFOR contratará directamente con el tenedor real de la instalación o terrenos privados*». Contrato que, como bien se entiende, solo puede versar sobre una cosa: el abono de una renta o canon.

En Irak, a falta de cualquier previsión sobre esta materia (recordemos que el *Land Use MoU* propuesto por Estados Unidos nunca dejó de ser un mero borrador) sobra toda discusión no solo sobre el carácter gratuito antes citado, sino sobre el derecho en sí mismo a ocupar terrenos o instalaciones. Nuevamente, todo depende del azar, o de la predisposición de la autoridad iraquí correspondiente.

Es por ello que la primera medida que adoptamos al llegar a Besmayah fue la de concertar una reunión con el general responsable del *Besmayah Range Complex*, acompañados del teniente coronel jefe del Batallón norteamericano. Y la misma, hábilmente manejada por el coronel jefe de nuestro Contingente, no pudo arrojar mejores resultados; el citado general comprendió perfectamente la situación, y sin necesidad de concertar acuerdo alguno, se comprometió a permitirnos libertad absoluta en «nuestro» perímetro (control táctico e instalación de check-points incluidos), obviamente sin abonar cantidad alguna, así como a asumir

¹⁸ Tampoco hay que olvidar las restricciones que pueden surgir, y de hecho surgen, del otro lado de la frontera, y en las que subyace, no tanto de la ausencia de una franquicia aduanera aplicable al material afecto a la Operación, como de la existencia de una aduana común para el territorio de la Unión Europea, que, como es obvio, no puede ser franqueada por mercancías diferentes al material propio de la operación militar. Se trata de todas aquellas mercancías ajenas al material oficial que se envía por paquetería, o que acompañan al militar en su regreso definitivo al país de procedencia, y respecto a las cuales debían de entrar en juego las leyes aduaneras vigentes, unificadas a raíz del Acta Única Europea en 1996. Aun así, en la práctica, países, como por ejemplo Francia, hasta hace poco solían soslayar la legislación comunitaria y aplicar solamente sus leyes nacionales, aprovechando que el cruce de fronteras intracomunitarias se reducía a un avión militar que aterrizaba directamente en suelo francés. Pero algo semejante pasa con respecto a España cuando se trata de un avión militar (supuesto más usual) y que, como es natural, porta los correspondientes *NATO Travel Order*, por razón del sobrevuelo de países pertenecientes a la Alianza.

las obras que tendríamos que llevar a cabo dentro del mismo, que comprendían la demolición de algún edificio. Además nos facilitó la persona adecuada que (por razones de seguridad) habría de servir de intermediario para todos nuestros contratos de recursos locales. A partir de ahí, no solo ha respetado su palabra, sino que ha afrontado una labor de cooperación y apoyo mutuo del todo satisfactorias, y que ha acabado por fraguar una auténtica relación de camaradería y amistad entre los oficiales iraquíes y los españoles. Pero, qué duda cabe, que todo podría haber sido muy diferente...

Por lo que se refiere a las posibles compensaciones con motivo del repliegue y del cese en el uso de la instalación, dentro de tres años, o dentro de seis meses (tal es la indefinición actual acerca de la duración de la misión), a día de hoy es todo un misterio que nadie se ha atrevido a poner sobre la mesa.

5.4. LA CONTRATACIÓN DE RECURSOS LOCALES

Por lo que se refiere a los contratos que las Unidades militares pueden concertar en ZO, al amparo de un marco legal creado a tal fin, vamos a soslayar los que tienen por objeto complementar el HNS (servicios públicos indispensables como agua y energía eléctrica), y los que, ligados al ámbito CIMIC (a día de hoy inexistente en Irak) podrían ser gestionados para facilitar obras de reconstrucción nacional, con fondos de la UE o del Banco Mundial.

Vamos a centrarnos en los que puedan revestir dos modalidades por lo demás muy básicas, pero que aquí, las necesidades de crear una Base los han hecho muy frecuentes: los contratos directos con proveedores de bienes y servicios, y los de carácter laboral con personal local, o LCH (*Local Civilian Hired*).

Empezando por los primeros, lo que tendríamos que tener es una previsión tal como: *La OTAN podrá contratar directamente con proveedores de bienes y servicios sin tener que pagar impuestos ni derechos al no estar los mismos sujetos al pago de impuestos sobre la compraventa ni a otros gravámenes...*

Además en algún sitio debería constar lo que se denomina una *Tax Exemption For Supplies or Service*, destinada a eximir al proveedor de aquellos impuestos equivalentes al IVA europeo, justificando su impago por parte del adquirente (nosotros). Aunque tal exención suele ser exigible solo en la adquisición de bienes o servicios por un valor superior a una determinadas cantidad (el equivalente en moneda local a 120 € es lo habitual).

Pero como ya sabemos, nada de eso está acordado, y la alternativa es bien fácil: aplicar la legislación española. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por R. D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), en la redacción que le fuera otorgada con fecha de 15 de julio de 2014, establece en su Disposición Adicional Primera, cómo ha de llevarse a cabo la «Contratación en el extranjero». Aunque su regulación es parca, constituye una útil herramienta para afrontar legalmente estos contratos, y entre sus particularidades está la de prescindir de la fiscalización previa a cargo del interventor en ZO y la de

sustituir el informe del asesor jurídico sobre el pliego de cláusulas administrativas particulares (115.6 del Texto Refundido), por otro que recaerá directamente sobre el clausulado del contrato. Ahora bien, con nuestras leyes nacionales, podemos olvidarnos del descuento de impuestos indirectos (IVA), ya que eso requiere la autorización del país anfitrión.

En cuanto a los contratos de servicios a cargo del personal local, lo usual era acordar una serie de beneficios que aunque lo son del trabajador, no dejan de revertir en la Unidad militar. Lo habitual es en los términos siguientes: ... *podrá contratar personal local que estará sujeto a las leyes y reglamentos locales. No obstante, el personal local contratado: 1. Disfrutará de inmunidad judicial respecto de las declaraciones que formulen de palabra o por escrito y de los actos que realicen en el desempeño de sus funciones; 2. Estarán exentos del servicio nacional y de las obligaciones del servicio militar nacional, y 3. Estarán exentos de impuestos sobre los sueldos y emolumentos que les pague la Fuerza militar.*

Este marco de prerrogativas, como bien se ve en la nº 1, está pensado para los intérpretes locales, y la primera ventaja para ellos es que les otorgaría un estatus que, acordado con el país anfitrión, les harían formar parte de la Unidad militar. De esta forma, el uso de la fuerza para preservar su integridad física les sería tan aplicable como si se tratase de militares españoles, dado el carácter extendido con el que el MOP ha aprobado las ROE actualmente vigentes en Irak.

La segunda ventaja es el hecho de saberse arropado en cuanto digan y escriban, habida cuenta de su inmunidad judicial, algo que obviamente otorga mayor credibilidad a la labor de aquellos cuya lealtad no debe necesitar ser puesta a prueba.

Pero hay que volver a la realidad; como nada de esto se ha querido acordar, un intérprete local en Irak, con todo lo que su trabajo conlleva de conocimiento de materia «sensible», y siendo a menudo crucial en el campo de la seguridad para la Fuerza militar (son nuestros ojos y oídos de todo lo que nos rodea), no tiene un estatus diferente del que cabe predicar de cualquier otro trabajador, por irrelevante que resulte el cometido de este último. Y no tiene solución.

Para finalizar, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público contempla, para todo tipo de contratos en el exterior, varios incisos que nos obligan a tener en cuenta las leyes locales, en nuestro caso la complicada legislación laboral iraquí entremezclada con derivaciones de la Ley Sharia. Así, el problema no es ya entender la legislación laboral local (lo que requeriría de letrados árabes), sino algunas de sus características más conocidas y llamativas: las mujeres, sencillamente, no pueden trabajar; se necesita habilitar en las instalaciones militares un lugar especialmente adecuado para los cuatro rezos diarios, etc.

Este problema ya fue abordado por la OTAN en Afganistán, que empezaba a observar como la inseguridad sobre la legislación local estaba propiciando un auténtico proceso de invención de un singular derecho laboral ex-novo, en todo caso cambiante y variable con los sucesivos relevos y diferente según la nacionalidad de los contingentes. El resultado no podía ser otro que una absoluta disparidad en estos contratos en el seno de la misma Fuerza y una palmaria in-

seguridad jurídica. Para remediar esto se elaboró una pormenorizada regulación en materia laboral que viene a constituir lo que se denomina «La Nueva Política del HQ (*Head Quarter*) sobre el Personal Civil y las Escalas Salariales» (1 de abril de 1999). Todo ello en la convicción (muy posiblemente cierta) de que lo previsto en este documento rebasa los «mínimos» que puedan establecer las leyes y reglamentos laborales locales. Su vocación es de que, en un futuro próximo, se aplique a toda Fuerza patrocinada por la OTAN.

Su contenido globalizador del tratamiento de las relaciones laborales en las Unidades involucradas en operaciones militares, así como su alto grado de rigor técnico, apuntan a una política que no debe resultarnos ajena, y de hecho nos ha llevado a incorporar en nuestros contratos LCH algunas de sus revisiones. Dado que remediar la carencia del estatus de los intérpretes no está en nuestras manos, al menos, podemos establecer cláusulas de salvaguardia destinadas a potenciar su lealtad y discreción¹⁹.

5.5. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y LIBERTAD DE MOVIMIENTOS

Desafortunadamente son más las áreas precisadas de cobertura legal, pero en algunas de ellas su puesta en práctica no requiere un esfuerzo de excesiva entidad, como, por ejemplo, la adquisición de recursos básicos, o el libre uso del espacio electromagnético. En otras, su mayor importancia intrínseca no obsta al hecho de que, en el diseño de la actual operación en Irak, su trascendencia se encuentre muy difuminada: las improbables modificaciones en los elementos de la infraestructura civil del país, la instauración de un cauce procedimental para atender a los supuestos, igualmente escasos, de responsabilidad patrimonial, o el libre movimiento de las tropas por el teatro de operaciones.

Aun así, sobre las reclamaciones por razón de responsabilidad patrimonial no está de más citar un claro ejemplo de cómo, algunas veces, la posibilidad de acudir a las leyes locales puede ser acordada cuando el país anfitrión, aunque ajeno a nuestra organización militar, mantiene unas relaciones amistosas con los países del entorno occidental y tiene, además, una legislación sobre responsabilidad patrimonial, tan estable y consolidada, como plena de garantías para el damnificado. Esto ocurre con Kuwait, donde sigue vigente el Canje de Notas firmado con el Reino de España, constitutivo del Acuerdo sobre el Estatuto de las

¹⁹ Por ejemplo, se ha consignado que *el contratista y los trabajadores podrán ser requeridos para rellenar un test destinado a evaluar su propia capacidad de discreción en materias oficiales, así como para firmar un documento de lealtad a las Fuerzas militares de la Coalición, extremos estos a los que quedarán obligados en cualquier momento durante la vigencia del presente contrato, por estrictas razones de seguridad. Igualmente se ha establecido que tal «documento de lealtad» deberá contener una manifestación aproximada a lo siguiente: «Me comprometo solemnemente a desempeñar con toda lealtad, con discreción y en conciencia, las funciones laborales que me sean confiadas como trabajador de la Fuerza militar que me ha contratado y también me comprometo solemnemente a no solicitar ni aceptar instrucciones con respecto a mis cometidos laborales que provengan de autoridades que no sean las del BPC I de Besmayah».*

Fuerzas Armadas españolas en aquel país²⁰. El texto propone, en su artículo 5, una solución bastante original y práctica. Los gobiernos renuncian a formularse reclamaciones entre ellos, pero se permite lo siguiente: *El Gobierno del Estado de Kuwait atenderá, de acuerdo con su legislación, las reclamaciones de terceras partes que surjan en su propio territorio como consecuencia, o en relación con cualquier acción u omisión del Gobierno del Reino de España o del personal de las Fuerzas Armadas españolas, en la realización de actos del servicio de los que resulte lesión, muerte, pérdida o daño material. El Gobierno del Reino de España pagará una justa y razonable compensación al Gobierno del Estado de Kuwait en función de esas reclamaciones.*

Resulta casi insólito, y muy de agradecer, que el estado anfitrión se haga cargo de los daños causados por las Fuerzas Armadas españolas, dejando en manos de nuestro Gobierno una ulterior y definitiva compensación, máxime en los términos acordados («justa y razonable» dice el Acuerdo), solo explicable por las excelentes relaciones entre ambos países.

Pero lo cierto es que hoy no tiene apenas incidencia práctica por lo que a *Inherent Resolve* se refiere; a pesar de que el mando de la Coalición tiene allí su Cuartel General (el CJTF), no hay un despliegue militar de entidad, ni de España (solo dos concretos puestos en el Cuartel General), ni de ninguna de las otras naciones participantes en la Coalición (como tal Coalición).

Con un poco más de detenimiento cabe detenerse en el libre movimiento de las tropas por el teatro, aunque solo sea por las airadas protestas que la ausencia de su reconocimiento levantó en los inicios de la misión²¹.

Hubiera sido deseable contar con un acuerdo como el siguiente: *«El personal junto con sus vehículos, buques, aviones y equipo, disfrutarán de plena libertad de circulación en toda la República y de acceso libre a su territorio, incluidos su espacio aéreo y sus aguas territoriales... Los vehículos, buques y aviones que se empleen para prestar apoyo a la Operación no serán sometidos a las formalidades de licencia ni a los requisitos de registro ni deberán suscribir seguros comerciales...»*. Y más aún:

²⁰ De 14 de abril de 2003, las notas fueron del entonces embajador de España en Kuwait Álvaro Alabart, proponiendo el texto del Estatuto, y del vice-primer ministro y ministro de Defensa, Jeque Jaber Al-Mubarak Al-Harnad Al-Sabah, aceptando los términos propuestos (BOD nº 115, de 18 de junio de 2003).

²¹ Primero fue la delegación holandesa que, en la Conferencia Legal de la Coalición que tuvo lugar los días 21 y 22 de enero de 2015 (Tampa, Florida), anunció su renuncia a incorporarse a la Operación (un BPC en la vanguardia al nordeste del país) si no se les reconocía el derecho a la libertad de movimiento con armas por todo el teatro, cuya ausencia consideraban inaceptable. Finalmente desistieron.

También el Reino Unido se expresó en parecidos términos, pero, lejos de apartarse han mantenido muchos puestos en los Cuarteles multinacionales (tanto en el CJTF como en el Componente Terrestre, los segundos jefes son generales británicos), y recientemente están intentando colocar personal suyo en los BPC y *Advise & Assist sites*, para involucrarse en actividades counter-IED. También se han conocido reuniones entre el ministro de Interior iraquí Mohammed Al Ghabban, y el embajador británico, Frank Baker, en la que se ha abordado un posible adiestramiento de unidades iraquíes, que suponemos que, si bien lo es al margen de la Coalición, sería coordinado con ella.

«*Quedaran comprendidos, el derecho a acampar, hacer maniobras en cualquier zona o instalación o hacer uso de ellas, si se considera necesario*».

Y complemento de lo anterior es que «... utilizará los aeropuertos, los caminos y los puertos sin pagar derechos, impuestos, peajes ni cargas. No obstante, no pedirá que se la exima del pago de cargos razonables por servicios solicitados y recibidos»²².

Como ya se ha explicado suficientemente nada de esto se ha negociado, pero en este caso ello carece de importancia real; todas las actividades propias de la Coalición, sin excepción alguna (tanto el adiestramiento, como el *Advise & Assist* o como el planeamiento de los bombardeos puntuales decididos en la *Strike Cell*), se llevan a cabo en centros militares, dirigidos en coordinación con el Ejército iraquí. La necesidad, o la mera conveniencia, de moverse por el teatro con destino a emplazamientos civiles es nula.

Lo que sí es muy frecuente es la necesidad de moverse entre lugares militares, y estos desplazamientos son efectuados siempre, y sin excepción, por helicóptero, en *Chinook* o en *Black Hawk* (y, dicho sea de paso, de noche, sin luces y con activación de contramedidas tales como el lanzamiento de bengalas desde el propio aparato, todo ello para evitar constituir un blanco fácil de batir). Y a este respecto, hay que decir que el respeto que vienen mostrando las autoridades iraquíes, por la libertad de la Coalición a la hora de planear tales vuelos, es absoluto e incondicional.

Y mi percepción es que esto no va a variar, por mucho que cambien las circunstancias.

6. BALANCE

Lo que ha ocurrido en Besmayah es difícil de explicar, pero se acerca al milagro. Algo que solamente puede entenderse cuando se conoce el espíritu de sacrificio de los caballeros y damas legionarios, y su capacidad de trabajo tan callado y leal como abnegado, sin importar cuan duras sean las circunstancias. Lo anterior, sin olvidar el excelente personal que nos ha acompañado y que, aunque ajeno a la Legión, parece haberse contagiado de las virtudes señaladas.

Nada más llegar, los que ya estaban allí pensaron lo lógico: que iban a pasar semanas hasta que fuéramos capaces de comenzar el trabajo. Pero empezamos a hacerlo de inmediato y todos en la Coalición se preguntaban cómo eran estos españoles que sobrevivían en un barrizal pero que todas las mañanas, tras arrinconar los escombros del trabajo nocturno, instruían una División.

²² La exención alcanzaría a los *Landing Fees* (canon de uso de las instalaciones del aeropuerto); *Aircraft Operating Fees* (uso de las instalaciones de control de tráfico aéreo, cuando el aeropuerto es explotado por una compañía privada), y *Passenger Fees* (procesos de seguridad de los pasajeros). No obstante habría que abonar los *Handling Fees* o costes por el aterrizaje del avión, apoyo de ordenación en tierra, agua, electricidad y escaleras.

Transcurridos apenas dos meses, nos fue reconocido el liderazgo absoluto sobre el BPC de Besmayah (CJFLCC-I FRAGO D15-103, de 11 de abril), que, partiendo de una posición no muy ventajosa (lejos de la zona de combate), empezaba a convertirse en el más importante de los 4 BPC creados y ya activados al amparo de la operación *Inherent Resolve*,

Poco después llegó la 92 Brigada iraquí, nuestra primera Brigada realmente, porque la Coalición ya había decidido que, aunque auxiliados por los norteamericanos, fuéramos nosotros los líderes y responsables de su adiestramiento. Y donde había un puñado de hombres sin moral, ni cohesión, ni fe en sí mismos, fuimos tejiendo los mimbres de una unidad que llegaría a tener moral de victoria, espíritu de combate, voluntad de vencer y, en definitiva, dignidad. Hemos sido pues el primer país, tras Estados Unidos, que ha preparado para el combate a una gran Unidad iraquí, habiendo llevado en volandas a un batallón norteamericano y a un destacamento portugués, ambos bajo nuestro TACON, hacia el éxito y la culminación de una excepcional labor, unánimemente reconocida²³.

Y al paso que marcaba la desaparición de la sorpresa para tornarse en admiración, empezaron a llegar las visitas, desde las más tempranas del embajador de España en Irak, de nuestro ministro de Defensa, del almirante CMOPS o la primera del General Ghika, hasta las más recientes del jefe del CJFLCC (en dos ocasiones) o del teniente general J. Therry, jefe de la propia Coalición y de su segundo jefe, pasando por la de una delegación venida expresamente del Pentágono, periodistas, y tantas otras...

Ahora, tan solo cinco meses después de nuestra llegada, lo que era un terreno prácticamente abandonado y baldío, se ha convertido en una Base modélica, y con vocación de llegar a ser el auténtico Centro de Excelencia en materia de Training de todo Irak, máxime, una vez que también hemos sabido potenciar el desarrollo de una Escuela EOD (Explosive Ordnance Disposal) dentro de nuestra área de responsabilidad. La consecuencia es que, a día de hoy, nos consta que en nosotros se posan muchas miradas de sincero reconocimiento y gratitud, tanto de los miembros de las Fuerzas Armadas iraquíes como de los participantes en la Coalición.

Llegados aquí, cabe preguntarse cómo ha sido posible el logro de todo lo anterior, en el marco de una operación precisamente caracterizada por partir de una grave e insólita deficiencia de acuerdos capaz de comprometer, no ya su éxito, sino su propia viabilidad...

²³ En calidad de anécdota, pero llena de hondo significado, hay que señalar como cincuenta integrantes del BPC, con fecha de 1 de abril del presente año, fuimos distinguidos por la División Aerotransportada 82nd del Ejército de los Estados Unidos, previa aprobación del comandante en jefe del Ejército de Tierra norteamericano, con la concesión del distintivo SSI-FWTS (*Shoulder Sleeve Insignia-Former Wartime Service*): Más conocido como «Parche de combate», este distintivo tiene por base el reconocimiento de la «participación activa o en apoyo a operaciones terrestres de combate en el exterior, contra fuerzas hostiles, durante las cuales, se estuvo expuesto a la amenaza de la acción enemiga o al fuego directo o indirecto». Es un honor que solo con determinados requisitos se concede al personal norteamericano, y muy raramente a personal ajeno a las Fuerzas Armadas de EEUU.

7. LECCIONES APRENDIDAS

La pregunta es ¿cabe abordar una operación militar de las características apuntadas sin poder concertar antes con el país anfitrión, acuerdo alguno destinado a garantizar su viabilidad?, y la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa. Pero esto ha requerido la conjunción de, al menos, tres condiciones:

1. En primer lugar, la injerencia de las leyes locales ha sido mínima. Es un hecho que estamos sometidos a la legislación iraquí pero mientras la ausencia de acuerdos no provoque la aplicación de normativa que merme nuestra operatividad, podemos estar razonablemente tranquilos.
2. Es necesario que, sobre la base de unas relaciones cordiales con las autoridades locales, convenientemente forjadas, estas asuman libre y voluntariamente algunas de las condiciones de la operación que, aun no estando acordadas, se consideran imprescindibles, como así ha ocurrido (la cesión y control pacíficos del terreno e instalaciones, la permisibilidad, sin perturbaciones, de los movimientos aéreos de la Coalición, etc).
3. A cambio de que se nos permita llevar a cabo una determinada actividad no acordada, hemos sabido estar dispuestos a tolerar la inaplicación de algunas concretas prerrogativas que, en condiciones normales, son inherentes a toda operación militar (podemos contratar la adquisición de bienes con arreglo a nuestra propia legislación, pero renunciando a la exención del pago de impuestos indirectos, por ejemplo).

También, con la mira puesta en futuras operaciones y, principalmente, en el relevo de esta misma, es conveniente adoptar determinadas medidas, como así ya he hecho constar en los informes post-misión enviados a FUTER y al CMOPS:

- a) En la fase de preparación debe analizarse, con base a la información proporcionada por el asesor jurídico saliente, cuál es el tratamiento a adoptar para cada una de las áreas carentes de acuerdos previos, a fin de que, una vez efectuado el despliegue se sepa cómo actuar.

Y es importante que el asesor saliente traslade, no solamente lo positivo, sino también aquellas medidas que NO han dado el resultado esperado, a fin de no reincidir en formas de actuar, ya ensayadas, que se han desvelado infructuosas.

- b) Es igualmente importante mantener un lazo de comunicación fluido y constante, desde el primer momento de la concentración, con el asesor jurídico del CJFLCC, a fin de no mantener formas de actuar o protocolos desligados de la política de la Coalición (cuyo problema más acuciante es la falta de cohesión²⁴).

²⁴ Su escaso desarrollo, normativamente hablando, ha provocado que no haya un OPLAN de la operación *Inherent Resolve*, ni Planes de Contingencia (COPLAN), ni tan siquiera un Concepto de la Operación (CONOP), y que no haya MOU u otros Acuerdos Técnicos que armonicen las relaciones entre los países participantes (!), o que no se hayan podido aprobar unas ROE comunes.

- c) Nunca va estar totalmente descartada la injerencia de las leyes locales en la operatividad de nuestras Fuerzas, pues a falta de acuerdos estamos siempre sometidos a una potencial aplicación de normativa iraquí. Incluso nuestra propia legislación nos exige acomodarnos, en la medida de lo posible, a las leyes locales (tal como vimos que se desprende de la Disposición Adicional Primera 1, del Real Decreto Legislativo 3/2011, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

Así las cosas, es conveniente que en el *manning* de esta operación se prevea la incorporación de un «paralegal» que permita anticipar las respuestas que puede requerir la aparición de inconvenientes sobrevenidos, derivados de la aplicación de leyes locales.

Un «paralegal» es, en el sentido con que esta figura fue creada en la década de los 90: un civil o militar, preferiblemente licenciado en Derecho, que, acompañando al asesor jurídico, y siempre con un intérprete (a ser posible asignado en régimen de exclusividad), tiene por cometido adquirir un conocimiento exhaustivo del derecho local en todo aquello que pueda afectar negativamente a nuestra propia operatividad. Ulteriormente será el asesor jurídico quien deberá encontrar, y si es preciso negociar, la vía adecuada para neutralizar, o al menos minimizar, los obstáculos que presente la incidencia planteada²⁵.

- d) Por último, es también necesario impulsar y potenciar la negociación y firma delegada de acuerdos políticos al amparo de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (y las aún vigentes Normas-Guía de DIGENPOL 1990).

Allá donde no han fructificado los esfuerzos diplomáticos, la negociación y firma de MOU o TA en asuntos muy concretos, y sometidos a una tramitación en TN extremadamente sencilla, puede ser la solución ideal para colmar las lagunas creadas por la falta de otros acuerdos más omnicomprensivos. Igual de vinculantes que un SOFA, pueden activarse sobre todo en materias que contemplan obligaciones recíprocas de apoyo logístico (bien con Unidades militares, o bien con entidades civiles locales) con vocación de reiterarse con el trascurso del tiempo.

Para mayor abundamiento, si ya hemos dicho que la falta de cohesión es una asignatura pendiente de la Coalición ¿no tendrá una Coalición unida y cohesionada por medio de Acuerdos de apoyo logístico internos, más fuerza para presionar en aras de un marco legal con el Estado anfitrión, que la que tienen sus integrantes por separado?

No en vano esta actividad está contemplada con carácter imperativo, entre las obligaciones marcadas para el Contingente, por el OPLAN 00071 del CMOPS en su apartado 5.a. (3) (c): «Materializar los acuerdos de HNS necesarios para la

²⁵ Esta figura ya fue ensayada en el mando subregional de la OTAN en Madrid. En un primer momento se trató de un suboficial licenciado en Derecho (Andrés Muñoz Mosquera) que posterior, e inesperadamente, sería elegido para ocupar un puesto de muy alto nivel en la estructura legal del SHAPE, en Bruselas. Adicionalmente, el «paralegal» puede ser también útil a la hora de negociar a acuerdos tales como MOU o TA con entidades iraquíes.

operación» (sic), pero también «proponer a CMOPS nuevos acuerdos logísticos a firmar». Las Unidades que nos releven lo agradecerán en la medida en que, finalmente, podrán contar con algo de lo que partir para iniciar su andadura, en la que tendrán que ahondar en lo ya conseguido en la lucha contra el actual fenómeno yihadista, y a la búsqueda de una definitiva pacificación del Golfo.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA:

LIBROS.

AAVV. (s.f.) *Law and Military Operations in the Balkans, 1995-1998, Lessons Learned for Judge Advocates*, bajo el cuidado de David E. Graham, *Center for Law and Military Operations (CLAMO) Judge Advocates General's School*, Charlottesville (Virginia).

Casajus Aguado, S. (2001), «El Régimen de la contratación», en AAVV, *Lecciones de Derecho Militar Operativo*, Ministerio de Defensa (Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica), Madrid.

Corrales Elizondo, A. (2001) «Algunos problemas actuales sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito militar, penal y administrativo. Consideración especial de la originada en operaciones internacionales de las Fuerzas Armadas», en AAVV, *Lecciones de Derecho Militar Operativo*, Ministerio de Defensa (Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica), Madrid.

Naert, F. (2007), *ESDP in Practise: Increasingly Varied and Ambitious EU Security and Defence Operations*, en AAVV M. Trybus & N. White (eds.): *European Security Law*, (PART II), Oxford University Press, Oxford.

ARTÍCULOS EN PUBLICACIONES ESPECIALIZADAS.

AAVV (2006), Actas del Congreso Internacional de Scheveningen sobre *Las reglas legales en las Operaciones de Paz: «National Reports» y «Recommendations»*, *International Society for Militar Law and the law of War*, n° XVII, mayo (pp. 109-409 y 411- 417, respectivamente).

Candil Muñoz, R. S. (1998), «La competencia de nuestra jurisdicción penal en los supuestos de intervención militar en el extranjero», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* n° 1832, de 1 de noviembre.

Candil Muñoz, R. S. (1999), Comunicación a la ponencia «Notas sobre el procedimiento diseñado por la OTAN para la indemnización a posibles perjudicados en operaciones militares internacionales», en *Actas a las II Jornadas del Grupo Español de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra*.

Candil Muñoz, R. S. (2009), «Factores determinantes del proceso de Paz en la antigua Yugoslavia», en el número 14, Monográfico «Especial Balcanes I», de la publicación *Hesperia*, diciembre.

Chubert, R. «Military logistic support of civilian personnel overseas under Status of Forces agreements», *The Military Law and the Law of War Review*, nº 380 (c.r.).

Dorenberg, A.J.T. (1989), «Opérations de maintien de la paix : aspects juridiques, Congrès d'Edinburgh 1998 », *The Military Law and the Law of War Review*, Informe general.

Naert, F. (2004), «The impact of the fight against international terrorism on the *ius ad bellum* after 11 September», *The Military Law and the Law of War Review*, número 43, vol. 3-4.

2. MISIONES DEL EJÉRCITO DE TIERRA: OPERACIONES DE APOYO A AUTORIDADES CIVILES EN LA COMANDANCIA GENERAL DE MELILLA

*José Antonio Palau y Cuevas
Comandante Auditor*

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Localización geográfica II.1. Peñón de Vélez de la Gomera II.2. Isla de Alhucemas II.3. Islas Chafarinas III.- Breve aproximación histórica III.1. Peñón de Vélez de la Gomera III.2. Isla de Alhucemas III.3. Islas Chafarinas IV.- Normativa relativa a las islas y peñones IV.1. Normativa internacional IV.2. Normativa interna IV.3. Normativa administrativa militar V.- Lucha contra la inmigración ilegal y el narcotráfico VI.- Conclusiones. Bibliografía

I.- INTRODUCCIÓN

Si hiciéramos una encuesta en diversos foros respecto a la localización geográfica en nuestro país de islas como el Hierro, La Palma o Fuerteventura, rápidamente las situaríamos en el archipiélago canario. Si hiciéramos lo mismo respecto a Ibiza o Formentera las localizaríamos en el archipiélago balear y en ambos casos las adscribiríamos administrativamente a dichas comunidades autónomas.

Sin embargo si preguntamos por el archipiélago de las Chafarinas, isla de Alhucemas o peñón de Vélez de la Gomera, a duras penas las situaríamos en la costa africana.

Han sido precisamente las recientes informaciones respecto a avalanchas de inmigrantes en las ciudades españolas de Ceuta y Melilla las que han traído a colación de la opinión pública española la existencia de unos territorios en los que si bien ondea la bandera española, para la generalidad de la población no se sabe muy bien porqué.

¿Qué importancia tiene para esa misma opinión pública la pertenencia o no a España de diversos islotes y peñones en la costa marroquí, cuando incluso se está redefiniendo el concepto de soberanía nacional?

II.- LOCALIZACIÓN GEOGRÁFICA

1.- EL PEÑÓN DE VELEZ DE LA GOMERA.- Para situar estas tres posiciones en el mapa diríamos que de oeste a este la primera de ellas es el peñón de Vélez de la Gomera; se trata de un islote pequeño y rocoso, llamado también isla de San Antonio, situado en la costa del Rif entre Ceuta y Alhucemas.

Consiste en un peñasco de 85m. de altura en su parte más alta (la corona), y 250m. de largo y 100m. de ancho unido a la roca por un istmo bajo las aguas, está la isleta con unas dimensiones de 100m. de largo y 40m. de ancho. Siempre ha sido una isla hasta el año 1934 en que quedó unido al continente por una lengua de arena de unos 80m., la curiosa frontera que separa los dos estados lo constituye una cuerda fijada por militares españoles en la mitad de la citada lengua de arena.

2.- ISLA DE ALHUCEMAS E ISLAS DE MAR Y TIERRA.- Se encuentran situadas en la desembocadura del río Nekor. En la bahía de su nombre, a unos 1.000 metros de la costa, y situado en los 35' y 1'7" de latitud norte y 0°, 11' y 12" longitud oeste, del meridiano de Madrid. Tiene 170 metros de largo y 86 de anchura máxima, pudiéndose circunscribirse su perímetro, que es de unos 480 metros en una semicircunferencia de 80 de radio, su altitud es de 15 metros.

3.- ISLAS CHAFARINAS.- Se encuentran a una distancia de veintisiete millas de Melilla y a dos millas del puerto de cabo de agua, apenas a una decena de kilómetros de la frontera entre Marruecos y Argelia. Situadas en el meridiano de Almería, al este de Melilla, se trata de islas de origen volcánico, que reciben los nombres de «Congreso», «Isabel II» y «el Rey». La isla de Isabel II es la única habitada. La isla del Rey situada en la parte oriental sirve de emplazamiento a su cementerio, mientras que en la isla del Congreso se sitúan exclusivamente puestos de vigilancia con ocasión de las operaciones de control de inmigración.

III.- BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA

Tras la conquista de Granada en 1492 y la expulsión de los moriscos en 1501, los árabes salieron de la Península y se asentaron principalmente en los reinos de Fez y Tremecén (Argelia). Los moros se organizaron en la costa de África formando nidos de corsarios desde los que asolaban las costas Españolas. Los más importantes de estos puntos eran Argel, Orán, Bades y Río Martín.

Como consecuencia de ello los Reyes Católicos optaron por conquistar puntos claves en la costa vecina y obedeciendo a esta política se ocupó Melilla (1497) y Cazaza (1505) entre otros.

PEÑÓN DE VELEZ DE LA GOMERA,- En esta misma política de seguridad previa a la conquista de Orán, el rey Fernando ordenó la conquista del peñón de Vélez. La Armada, al mando de D. Pedro Navarro se presentó frente al peñón y la guarnición mora allí establecida pensó que el objetivo era la toma de la ciudad de Vélez, llamada por los lugareños Deyrat Bedis,(6.000 habitantes) y se retiraron a tierra firme refugiándose en la ciudad, con lo que se ocupa el peñón el 23 de julio de 1508.

La toma del peñón produjo malestar en Portugal ya que este país tenía una bula concedida por el papa Alejandro VI (1494) en la que solo Portugal podía conquistar en el Reino de Fez y España en el de Tremecén; considerándose la divisoria de ambos reinos moros el río Muluya. Este tema quedó zanjado en el Tratado de Cintra por el que Portugal conquistaría el oeste de Ceuta, salvo Santa Cruz de Mar Pequeña (Ifni) y España lo haría al este de Ceuta.

El peñón se fortificó y artilló, disparándose con cierta asiduidad a la ciudad de Vélez, de tal forma que los lugareños, por miedo proveían a la guarnición. Por las molestias que se causaban desde el peñón, el rey de Fez, ordenó la reconquista del peñón.

El 20 de diciembre de 1522, después de muchos intentos, los moros, consiguen apoderarse de la Plaza mediante tratos con varios de los miembros de la guarnición, matando al alcaide Juan de Villalobos y pasando a cuchillo a toda la guarnición.

Hubo dos intentos fallidos por reconquistar el peñón por parte de los españoles; en octubre de 1525, tras ser la flota atacada por un artillero español cautivo en el peñón; y el 22 de julio de 1563, con una flota al mando de D. Sancho de Leyva, quien desembarcó en la ciudad de Vélez, manteniéndose en la misma por tres días, pero estimando que su defensa precisaba de mayor guarnición, regresó a Málaga.

Aprovechando dicha base los corsarios moros se prodigaron en sus piraterías y consideraban al peñón inexpugnable.

En 1564, Felipe II, considerando que la armada turca ese año no se iba a establecer por el mediterráneo occidental ordena a D. García de Toledo la conquista del peñón, quien esta vez conseguiría recuperar la Plaza en dicho año. Para ello contó con una armada compuesta por 78 galeras, 4 carabelas de armada y 31 buques menores.

En ellos zarparon 6.000 españoles, 2.000 alemanes y 1.200 italianos. Estas tropas pertenecían a España, al Papa, a Malta y a Toscana, congregados en una guerra contra los infieles.¹

¹ De Estrada, Juan Antonio. Población General de España, sus reinos y provincias, ciudades, villas y pueblos, islas adyacentes y presidios de África. Tomo II. 1768. Madrid. Imprenta de D. Andrés Ramírez. La edición consultada se corresponde al Servicio de Publicaciones del Excmo. Ayto. de Melilla (Fundación Municipal Sociocultural y Biblioteca Nacional. Melilla 1995. Introducción y Edición Vicente Moga Romero.

ISLA DE ALHUCEMAS.- Enrique Arqués, respecto a la conquista de la isla de Alhucemas manifiesta como su conquista se debe también a los deseos de la corona española de acabar con el corso². Para terminar con las incursiones de los piratas que en todo tiempo tenían en Alhucemas su base y albergue, fue tomada la isla por la gente de desembarco de una reducida escuadra mandada por el príncipe de Montesacro.

Este arribó a la costa de África y reconociendo la fortaleza como espaciosa ensenada para puerto y abrigo de muchas embarcaciones, utilizó a D. Antón González como conocedor de la costa en funciones de práctico de mar, procediendo a bombardearla con navíos pequeños de más fácil maniobra. Viendo que era insuficiente, situó cuatro cañones en una de las islas cercanas al peñón (que pasarían también a ser de soberanía española) desde donde se cañoneó la fortaleza durante tres días hasta que los moros de la misma capitularon, quedando como alcaide (gobernador) D. Francisco López Moreno, junto a cincuenta mosqueteros, un capellán, un patrón de barcaza con una lancha y doce cañones, marchándose la flota el 26 de septiembre.

LAS ISLAS CHAFARINAS.- Tal y como nos decía el cronista oficial de Melilla D. Rafael Fernández de Castro y Pedrera³, en el primer centenario de la ocupación de las islas, estos tres peñones fueron muy estimados por los marinos que cruzaban el litoral norteafricano, toda vez que servían de refugio cuando el viento dificultaba la navegación, facilidades que no escaparon a la guarnición de Melilla, motivo por el cual se hicieron diversos reconocimientos para su conquista.

Parece ser que el primer reconocimiento de las islas, lo practicó en 1735 el buque español «San Fernando» con base en el puerto español de Orán (Argelia), apreciando en ellas unas buenas condiciones de refugio de embarcaciones durante los temporales de Levante. Posteriormente en 1773, se levantó por Vicente Dolz el primer plano topográfico de las islas.

Durante el asedio a la plaza de Melilla de 1774, las escuadras españolas utilizaron ese refugio para protegerse de los temporales. España, embebida en una época turbulenta, no prestó atención al archipiélago.

A partir de 1830, los ojos de muchos navegantes extranjeros se fijaron en los tres peñones y con motivo de la intensa acción francesa en Argel y su desplazamiento hacia la frontera del Muluya, España tuvo miedo de perder el apoyo que prestaban las islas a la navegación entre Melilla y la Península y, fue el motivo de que un brigadier de Ingenieros D. Miguel Santillán, practicara en ellas un detenido reconocimiento para estudiar su ocupación y artillado, en 1845.

Durante un Consejo de Ministros celebrado en Madrid el 26 de junio de 1847, se acordó la ocupación de Chafarinas y guarnecerlas con un fuerte destacamento, siendo encargado de esta misión el entonces capitán general de Grana-

² Arqués, Enrique. Las Adelantadas de España. Las plazas españolas del litoral africano del mediterráneo. CSIC. 1966. Madrid.

³ Fernández de Castro y Pedrera, Rafael. Primer centenario de la ocupación de Chafarinas. Revista África. CSIC. 1947.

da D. Francisco Serrano Domínguez. Se prepararon en Málaga los transportes «Carmen», «S. Joseph», «Carmelita» y «Tomás», que habrían de conducir 550 soldados pertenecientes a los Batallones de África y Navarra, 8 piezas de artillería, tren de fortificación y obreros especializados de Ingenieros.

Previamente se habría practicado con disimulo un último reconocimiento de las islas por orden del comandante militar de Melilla, quien simulando un viaje de recreo estudió la isla central donde debía instalarse la guarnición.

El día 4 de enero de 1848 salió la expedición para Melilla, donde fue recibido con todos los honores. En la tarde del 5 embarcaron las tropas en las embarcaciones que hacían el servicio de correos en las Plazas Menores. Se organizó el convoy bajo la dirección del vapor «VULCANO», de la Armada. Poco después de iniciado el desembarco bajó a tierra el general Serrano, enarbolando la bandera española, para tomar posesión del archipiélago con las palabras de ritual, disparándose a continuación los 21 cañonazos de ordenanza. Días después de su conquista una escuadra francesa al mando del almirante Mucchez, que se suponía tenía orden de desembarcar en el archipiélago, y que, al encontrárselas ya guarnecidas por nuestros soldados, se volvió a Orán, aceptando el hecho consumado.

IV.- NORMATIVA RELATIVA A LAS ISLAS Y PEÑONES

En ninguna norma interna vigente se recoge la consideración de territorio nacional de las islas y peñones mencionados.

1.- NORMATIVA INTERNACIONAL

Para ello es preciso remontarse a los Tratados firmados entre España y el sultán de Marruecos entre los siglos XVIII y XIX, en los que se mencionan los destacamentos de Vélez, de la Gomera y Alhucemas.

Como origen sin embargo debemos remontarnos a los años finales del siglo XV. Con la caída de Granada se obtiene la integridad territorial de España. El Reino de Aragón era abiertamente mediterráneo. Las naves aragonesas comerciaban por el mediterráneo occidental y precisaban de bases en la costa africana que asegurasen su primacía en ese comercio frente a las naves otomanas y de las Repúblicas italianas. Por otro lado la corona de Castilla anhelaba su expansión para frenar a los musulmanes en su propio territorio. Con la finalización de la reconquista los reyes envían a África diversas personas que bajo una pretendida acción comercial informan a los monarcas acerca de la posibilidad de conquista o vasallaje de los territorios en los Reinos de Fez y Tremecen. Cuando se realizaban los preparativos para el establecimiento de bases en dichos Reinos en 1493 Cristóbal Colón regresa de América con la noticia del descubrimiento de una tierra hasta entonces desconocida. Las necesidades de la nueva situación determinan a los reyes a aplazar la aventura africana. Es preciso desplazar toda la diplomacia para aglutinar los nuevos territorios bajo la Corona de Castilla y Aragón, sobre

todo frente al Portugal de Juan II cuyos intereses atlánticos interferían con los españoles. Los monarcas decidieron anexarlas a Castilla obteniendo una bula papal, la segunda Inter-Coetera, fechada el 4 de mayo de 1493, llamada de partición, porque dividía el océano en dos partes, mediante una línea de polo a polo (un meridiano, aunque con algún sesgo), que se trazaría a 100 leguas al oeste las islas Azores y Cabo Verde. Las tierras al occidente de dicha línea serían para Castilla y las del oriente portuguesas.

Comoquiera que los portugueses no aceptaran la división papal empezó una negociación diplomática entre Castilla y Portugal. El acuerdo se plasmó en el Tratado de Tordesillas, firmado el 7 de julio de 1494 (Tratado africano) que dividió la costa atlántica a Portugal a cambio del control del comercio mediterráneo. Igualmente España necesitaba asegurarse el control de las rutas comerciales que desde el interior de África traían a la península metales preciosos.

En el Tratado Africano, portugueses y castellanos, dividen el reino de Fez para futuras conquistas y regulan los derechos de pesca y navegación por la costa atlántica africana, asegurándose los castellanos los territorios de Melilla y Cazaza y la pesca hasta el cabo Borjador. El pacto para Castilla tendrá un valor extraordinario ya que ese tratado delimitaba la zona de futura conquista y expansión del cristianismo hispano frente al Islam en el norte de África, objetivo prioritario de la monarquía española.

«... e de voluntad e mandamiento de los dichos señores rrey e rreyna de Castilla e de Araçón e çetera e del dicho señor rrey de Portuçal ...puedan aver e çanar las villas de Melilla e Çaçaza de los moros e las puedan tener e tençan paja si para sus rreynos seçund de yuso será contenido».

Como manifiesta el Dr. Remiro Brotons, el Gobierno español ha sostenido que los peñones de Vélez de la Gomera y de Alhucemas, forman parte de España desde su misma⁴ constitución como Estado, antes de la existencia de Marruecos como entidad política y las islas Chafarinas, fueron ocupadas en 1847, cuando se encontraban abandonadas y despobladas, siendo el ejercicio de la soberanía sobre esos territorios permanente y efectivo y lo que es más importante reconocido por los diversos Tratados firmados por España y Marruecos.

1.- Tratado de Paz y Comercio firmado en Marrakech el 28 de mayo de 1767. En el artículo 15 del mismo se establece que *«Todo cristiano o renegado que se refugie en los presidios o a bordo de los navios o embarcaciones de S.M.C., queda libre; así como todo mahometano o renegado que en los puertos de España se refugie en las embarcaciones de guerra de S.M.I.»*

Aparecen ya las primeras menciones a los Presidios, denominación originaria que se dio a las posesiones del norte de África, incluidos los dos citados peñones.

⁴ Remiro Brotons, Antonio. Derecho Internacional Público: 1. Principios Fundamentales. Ed. Tecnos. 1983. Madrid

En el artículo 19 del mismo Tratado se prohíbe la ampliación de los límites de los cuatro Presidios (Ceuta, Vélez, Alhucemas y Melilla) pues «desde el tiempo que se tomaron, fijaron sus límites SS.MM.II. por dictamen de sus taleb y sabios, y juraron no alterarlos, cuyo juramento han practicado y practican todos los emperadores, y es causa que S.M.I. no pueda concederlo, sin embargo que su real ánimo quisiera extenderse mucho más».

2.- Tratado de Paz, Amistad, Navegación, Comercio y Pesca, firmado en Mequinez el 1 de marzo de 1799. Dicho Tratado viene a ratificar el anteriormente citado y otros dos que relativos al comercio mercante no afectaban a las posesiones españolas.

En el artículo 14 del mismo se señala que «Los vasallos de S.M.C. que deserten de los Presidios de Ceuta, Peñón, Melilla y Alhucemas, serán conducidos desde luego que lleguen a territorio de Marruecos a presencia del cónsul general, quedando a disposición de este...Pero, si puestos ante dicho cónsul, dijese o insistiese en abrazar el mahometanismo, entonces los recogerá el Gobierno marroquí».

El artículo 15 nuevamente viene a hacer referencia a la ampliación de los límites, necesidad planteada por España por motivos de seguridad y autoabastecimiento de los citados presidios, así referente a los peñones el citado artículo manifiesta:

«Al paso que ha habido la mejor armonía entre dicha plaza (Ceuta) y los moros fronterizos, es bien notorio cuan inquietos y molestos son los de Melilla, Alhucemas y el Peñón, que a pesar de las órdenes de S. M. marroquí no han dejado de incomodarlas continuamente...queda acordado por este nuevo tratado que las fortalezas españolas usen del cañón y del mortero...pues la experiencia ha demostrado que no basta el fuego del fusil para escarmentar dicha clase de gentes».

El artículo 25 recoge nuevamente el derecho de asilo que correspondía a «los esclavos cristianos de cualquier potencia que se refugien en Ceuta, Melilla, Peñón y Alhucemas».

3.- El Convenio de Larache de 6 de mayo de 1845. «El Sultán de Marruecos dará sus órdenes y prevendrá eficazmente a los moros fronterizos de Melilla, Alhucemas y peñón de la Gomera a conducirse como corresponde con los habitantes de dichas plazas y con los buques que se aproximen a sus costas».

4.- Convenio ampliando los términos jurisdiccionales de Melilla y pactando la adopción de las medidas de seguridad necesarias para la seguridad de los Presidios españoles en la costa de África, firmado en Tetuán el 24 de agosto de 1859.

En su artículo 6 se preservaba la seguridad de los peñones para lo que el rey de Marruecos dispondría el establecimiento de «un Caid con las tropas suficientes, a fin de hacer respetar los derechos de España» .Finalizaba el convenio manifestando que las tropas a destacar en las proximidades tanto de Melilla como de los peñones, serían del Ejército marroquí «sin que pueda encomendarse este encargo ni a jefes ni a tropas del Rif».

5.- Tratado de Paz y Amistad, firmado en Tetuán el 26 de abril de 1860. Que confirma las cesiones territoriales de ampliación del territorio de Melilla y confirma las garantías, privilegios y guardias moros del rey a favor del peñón de Vélez y Alhucemas, tal y como manifestaba el artículo 6 del Convenio citado.

6.- Tratado de Comercio, firmado en Madrid el 20 de noviembre de 1861. Establecía un fuero especial para los comerciantes radicados en Marruecos, que incluía la persecución judicial por deudas contraídas por los súbditos marroquíes en los dominios de S.M.C. la reina de España (artículos 11 y ss.). Igualmente figuraba un derecho de extradición sobre los desertores del Ejército, Armada o Presidios (artículo 17).

Se reconocía el libre derecho de comercio entre los dominios de S.M.C. y los dominios del rey de Marruecos (artículo 44). El artículo 57 reconocía la facultad de pescar a cualquier súbdito español *«habitante... de las posesiones de S.M.C. en el continente africano»*.

7.- Convenio para cumplimiento de los Tratados vigentes en la parte referente a Melilla, firmado en Marakech, el 5 de marzo de 1894. En su artículo 4º se establecía que «a fin de evitar todo nuevo acto de agresión de parte de los rifeños, y para dar el debido cumplimiento, a lo que previene el art. 6º del Tratado de 26 de abril de 1860... se establecerán y permanecerán también constantemente otras fuerzas marroquíes en la proximidad de las plazas españolas de «Chafarinas», el peñón de Vélez de la Gomera y Alhucemas, conforme a lo establecido en el artículo 6º del Convenio sobre los límites de Melilla... Estas fuerzas dependerán del mismo Caid que las de Melilla».

8.- La Declaración conjunta Hispano Marroquí de 7 de abril de 1956. España, declaró terminado el protectorado establecido por el Tratado de Fez de 1912. En el art. 2 de dicha Declaración se reconocía, junto con «la independencia» de Marruecos, «la unidad territorial» de dicho Estado, lo que ha servido de apoyo a las reivindicaciones marroquíes. Dicho texto especificaba que:

«el Gobierno español y SM Mohamed V, considerando que el régimen establecido en Marruecos no corresponde a la realidad actual, declaran que el Convenio firmado en Madrid el 27 de noviembre de 1912 no puede regir en lo sucesivo las relaciones hispano-marroquíes y, en consecuencia, el Gobierno español reconoce la independencia de Marruecos, renueva su voluntad de respetar la unidad territorial del Imperio que garantizan los tratados internacionales y se compromete a prestar a su majestad la ayuda y la asistencia que de común acuerdo se estimaran necesarias».

9.- Protocolo sobre los tratados y las actas de adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; de la República Helénica; del Reino de España y de la República Portuguesa, y de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia. Que en su artículo 31 establece la aplicación de los términos de la Constitución europea a Ceuta y Melilla. Llama la atención que no hace mención a las otras posesiones españolas.

1. Tanto la Constitución como los actos de las instituciones se aplicarán en Ceuta y en Melilla, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 y 3 y en las demás disposiciones de la presente sección.

2.- NORMATIVA INTERNA

Respecto de la regulación interna de las islas y peñones hay que decir que sobre ellos ha predominado el régimen castrense.

La «Ley de 18 de mayo de 1863» por la que se declararon puertos francos los de Ceuta, Melilla y Chafarinas, quedando libres de derechos y arbitrios de todas clases. De esta forma, se ponía a disposición de los territorios un instrumento legal básico para aprovechar su situación geográfica privilegiada.

Dicha situación se mantuvo hasta la promulgación de la «Ley Provincial de 1882», en que los dos peñones y las islas Chafarinas, junto con Melilla, pasaron a integrarse en la provincia de Málaga.

A partir de 1912 y con la instauración del Protectorado, por los avatares militares de la época pasaron a depender del alto comisario en Marruecos, autoridad que si bien solía recaer en un militar en activo dependía administrativamente del ministro de Estado.

Dicho alto comisario actuó con una cierta indefinición administrativa hasta 1927, en que producida la pacificación por «Ley de 31 de octubre de 1927» se creó una circunscripción única en la que el alto comisario tenía las funciones de gobernador civil de los territorios.

La «Ley de 17 de mayo de 1952», por la que se regulaba el régimen jurídico de las corporaciones locales, preveía la constitución en los destacamentos de corporaciones locales.

Esta situación venía determinada por el hecho de la existencia de población civil en dichos destacamentos. Así en el censo de 1960:

VÉLEZ DE LA GOMERA

Población de derecho: 39 habitantes.

Población de hecho: 152 habitantes.

ALHUCEMAS

Población de derecho: 20 habitantes.

Población de hecho: 139 habitantes.

ISLAS CHAFARINAS

Población de derecho: 90 habitantes.

Población de hecho: 239 habitantes.

La diferencia entre una y otras cifras como manifiesta Dionisio García Flórez⁵, se debe a que en la población de hecho se incluía la guarnición militar.

Si bien esta situación se produce a partir de la pacificación y la fundación a primeros de los años treinta de la ciudad de Villa Sanjurjo (Alhucemas) que despobló el peñón de Alhucemas y Torres de Alcalá que hoy mantiene pese a la independencia dicha denominación que despobló el cercano peñón de Vélez.

Anteriormente a dicha situación según autores, la población de los peñones estuvo entre las trescientas y las quinientas personas y la de las islas Chafarinas llegó a las tres mil quinientas. Población que conociendo las condiciones de vida existente es a todas luces desproporcionada.

La «Ley de 22 de diciembre de 1955 sobre régimen económico y financiero de Ceuta y Melilla» proclama en su base primera la «soberanía y nacionalidad plena e inalienable de estos territorios y sus dependencias». Según su base tercera serán a efectos aduaneros puertos francos.

El «Decreto de 21 de marzo de 1958» en el que se ampliaban las disposiciones relativas a la limitación de adquisición de propiedades por extranjeros en Vélez de la Gomera, Alhucemas y Chafarinas.

El «Decreto nº 487, de 25 de febrero de 1965» divide el litoral español en provincias y distritos marítimos, incluyendo en el litoral de las islas y peñones en la región sur mediterránea: «el litoral de los territorios de soberanía correspondientes a... islas Chafarinas, peñones de Vélez de la Gomera y Alhucemas». Este Decreto venía a sustituir al Decreto de 22 de marzo de 1946 dictado por el Ministerio de Marina y al Dahir de 25 de abril de 1946, dictado por la Administración Pública del Protectorado, en el que se hacía la división del litoral de dicho Protectorado en intervenciones y distritos militares de Marina.

El Decreto de 1965 fue sufriendo diversas modificaciones, por «Decreto de 14 de diciembre de 1973» y por Real Decreto de 3 de mayo de 1977 o 4 de noviembre de 1988, pero que no han afectado al litoral de las islas y peñones. En particular en el Decreto de 1973 se recoge como integrantes de la provincia marítima de Melilla, el litoral de Melilla, así como el de los peñones de Vélez de la Gomera, Alhucemas y Chafarinas. Dicho Decreto debe ser puesto en consonancia con la «Ley 10/1977 de 4 de enero de Reglamentación española sobre su mar territorial».

La «Constitución Española de 1978» en su artículo 69 señala que el Senado es la cámara de representación territorial. En su número 3 hace referencia a la representación de las provincias insulares y en el número 4 a las poblaciones de Ceuta y Melilla. Así pues no se hace mención alguna a las islas y peñones de soberanía, toda vez que en las mismas no existe censo de población y más aun actualmente no hay población permanente en las mismas ni civiles ni militares.

⁵ García Flórez, Dionisio. Ceuta y Melilla: Cuestión de Estado. Ciudad Autónoma de Melilla. Ciudad Autónoma de Ceuta. 1999.

El artículo 137 de la misma carta señala que el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y las comunidades autónomas que se constituyan.

El artículo 141.4 señala que en los archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de cabildos o consejos.

Ninguno de estos principios es aplicable a los territorios objeto de nuestro estudio. ¿Quiere esto decir que se encuentran fuera de la Constitución?

Parece que no por cuanto el artículo 8 de la misma establece como una de las misiones de las Fuerzas Armadas el defender la integridad territorial del Estado, artículo que se debe poner en relación con el capítulo III del título III «De los Tratados Internacionales», y en particular, el artículo 96, según el cual «Los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno».

La disposición transitoria quinta de la Constitución española establece que las ciudades de Ceuta y Melilla podrán constituirse en comunidades autónomas. Como consecuencia de ello a partir de mediados de los años 80, se empezaron a esbozar proyectos de estatuto de autonomía para ambas ciudades.

El 26 de febrero de 1986 se publican en el Boletín Oficial de las Cortes los primeros proyectos de estatutos de autonomía de Ceuta y Melilla. En el «Proyecto de Ley de estatuto de autonomía de Ceuta» el art. 2 incluyó al islote de Perejil y al Peñón de Vélez de la Gomera en su territorio municipal:

«el territorio de la ciudad de Ceuta, es junto con el peñón de Vélez de la Gomera y la isla del Perejil, el comprendido en la delimitación actual de su territorio municipal».

Esta mención dio lugar a una reivindicación marroquí de la soberanía sobre Perejil que se manifestó en la Nota Verbal de 5 de enero de 1987.

En el «Proyecto de estatuto de autonomía de Melilla» en su artículo 3.1 se establecía como ámbito de aplicación:

«se extiende el territorio de la comunidad al peñón de Alhucemas, al peñón de Vélez de la Gomera y al archipiélago de las Chafarinas, formado por las islas del Congreso, de Isabel II y del rey Francisco».

No obstante ello ni en el estatuto de autonomía de la ciudad de Ceuta, aprobado por «Ley Orgánica 1/1995», ni en el estatuto de autonomía de la Ciudad de Melilla, aprobado por «Ley Orgánica 2/1995» se incluyen los territorios de soberanía. Así en el artículo 2 de ambos estatutos se establece que el territorio de la ciudad de Ceuta y Melilla es el comprendido en la delimitación actual de su territorio municipal, que en el caso de Melilla es el concertado en el Tratado de 1859 ampliado en 1862 con Marruecos, por lo cual los territorios de soberanía han quedado fuera de la organización territorial del estado español.

No existen pues competencias municipales o autonómicas sobre dichos territorios, lo que se debería extender a la autoridad de los delegados del Gobierno,

como representantes del Gobierno en el territorio de la Ciudad Autónoma de Melilla.

Así esta Institución viene regulada en el capítulo II del título II de la «Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado».

Según el artículo 22 de dicha norma *corresponden a los delegados del Gobierno las funciones de representación del Gobierno en el territorio de la comunidad autónoma y de coordinación entre los órganos territoriales de la Administración General.*

En cumplimiento de la disposición final segunda de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, el «Real Decreto 1330/1997, de 1 de agosto», procedió a la integración orgánica en las Delegaciones del Gobierno de los servicios periféricos de los Ministerios de Fomento, Educación y Cultura, Industria y Energía, Agricultura, Pesca y Alimentación y Sanidad y Consumo, suprimiéndose simultáneamente las Direcciones Provinciales aún existentes en los citados departamentos. La disposición adicional primera de la citada norma excluye la organización militar y las Delegaciones de Defensa de la integración en la estructura periférica general del Estado como dependiente de las Delegaciones del Gobierno.

3.- NORMATIVA ADMINISTRATIVA DE ÁMBITO MILITAR

Como decíamos será la regulación militar la que vendrá a integrar en su organización el territorio de estos destacamentos. La Comandancia General de Melilla, abarca, además del término municipal de la ciudad, los tres destacamentos militares de soberanía. Los citados destacamentos militares, están adscritos a la guarnición de Melilla, conforme al «Real Decreto de 11-7-1997, núm. 1132/1997, por el que se reestructura la organización militar del territorio nacional». Dicha norma en su artículo 3 establece:

Artículo 3. Zonas Militares.

Las Zonas Militares extra peninsulares tendrán una denominación geográfica propia, quedando definidas como se expresa a continuación:

4.- ZONA MILITAR DE MELILLA

Con mando y Cuartel General en Melilla; comprende la ciudad de Melilla, los peñones de Vélez de la Gomera y de Alhucemas y las islas Chafarinas.

La «Instrucción 302/98 del jefe de Estado Mayor del Ejército» en su anexo B «Organización Territorial del Ejército», catalogó dichos destacamentos como acuartelamientos. No obstante la vigente IOFET nº 50/2011, ha dejado fuera de dicha consideración aquellos territorios donde no existan dependencias militares

(es decir las islas de Mar y Tierra en el archipiélago de Alhucemas y las islas del Congreso y rey Francisco en el archipiélago de Chafarinas.

A mayor abundamiento el territorio comprensivo de las islas y peñones de soberanía dependientes de la Comandancia General de Melilla se encuentran inscritos en el «Registro de la Propiedad de Melilla» como propiedad del Estado, obtenida por derecho de conquista afectos al Ramo Ejército, en el caso de las tres islas comprensivas del archipiélago de las Chafarinas y la isla de Alhucemas, la isla de Tierra y la isla de Mar. Por otro lado consta que el peñón de Vélez de la Gomera está inscrito de igual manera en el «Registro de la Propiedad de Ceuta».

V.- LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN ILEGAL Y EL NARCOTRÁFICO. LAS OTRAS «MISIONES» DE LAS FUERZAS ARMADAS EN MELILLA

El principal problema planteado en esta cuestión es una delimitación clara de las aguas territoriales de islas y peñones, nunca reconocidas por Marruecos, ni tan siquiera a las ciudades de Ceuta, Melilla, incumpliendo taxativamente con ello la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, firmada en Montego Bay.

El artículo 2 de la citada Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, y que fue firmada por España junto con 133 Estados más, señala que

«La soberanía del estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores... a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial».

El artículo 3 de la misma Convención determina que la anchura del mar territorial tendrá «un límite que no exceda de doce millas marinas...»

Esta disposición fue asumida por la ley interna española, mediante la Ley de 4 de enero de 1977 reglamentada del mar territorial, la cual en su artículo 4 establece la equidistancia como forma de delimitar el mar territorial español frente a los países vecinos, cuyas costas se encuentren frente a las españolas, una vez realizada la proclamación sobre la soberanía del Estado español, que «se extiende, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, al mar territorial adyacente a sus costas».

Es decir que la Convención de Derecho del Mar reconoce el derecho de delimitación del mar territorial a todos los estados costeros.

La Convención genera a favor de los estados ribereños fundamentalmente tres ámbitos jurisdiccionales, esto es, mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental. Este artículo define isla como «una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de esta en pleamar».

A mayor abundamiento el artículo 121.2 señala que «salvo lo dispuesto en el epígrafe 3 (rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica

propia), el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental de una isla serán determinados de conformidad con las disposiciones de esta Convención».

Es decir que se podría plantear que los destacamentos militares, no serían considerados islas sino que estarían incluidas en el concepto de roca del epígrafe 3, lo que de cualquier forma, si bien no los autorizaría a poseer zona económica exclusiva o plataforma continental no les impediría tener mar territorial.

Pese a ello, como hemos dicho Marruecos no reconoce a los territorios de soberanía situados en su costa, mar territorial, por cuanto, contraviniendo lo establecido en la Convención firmada, por Decreto 2-75/311 aprobado por Dahir de 21 de julio de 1975, determinó *las líneas de cierre de las bahías en las costas marroquíes y las coordenadas geográficas del límite de las aguas territoriales y de la zona exclusiva de pesca marroquíes* por medio de líneas de base recta delimitadoras de su mar territorial, incluyendo en las mismas las aguas de los territorios de soberanía española e incluso utiliza cotas de soberanía española para fijar los puntos sobre los que trazar las líneas de base. A este respecto dos años antes ya había fijado su mar territorial con una anchura de 12 millas mediante Decreto 1-7/211 aprobado por Dahir de 5 de marzo de 1973.

Si se proyectan en una carta marina las coordenadas indicadas en sus arts. 1 y 2 en relación con el art. 5, el resultado es el siguiente: de un lado, que las líneas de base rectas para el trazado del límite exterior del mar territorial encierran a los territorios españoles en el norte de África, privándoles así de espacios marítimos. De otro, que tales líneas bien parten de estos territorios o terminan en ellos, como si se tratara de territorios bajo soberanía marroquí. Esta medida contraviene lo dispuesto en el artículo 7.6 de la Convención en virtud del cual *«El sistema de líneas de base rectas no puede ser aplicado por un estado de forma que aisle el mar territorial de otro estado de la alta mar o de una zona económica exclusiva».*

España protestó formalmente mediante nota de 7 de febrero de 1976 contra el Decreto de 21 de julio de 1975 manifestando: *«Ese decreto, en violación de normas de Derecho Internacional reconocidas universalmente, toma como puntos de referencia para el trazado de las líneas de base territorios que se encuentran bajo soberanía española y no son oponibles a España tanto por las consecuencias antes indicadas como por su invalidez según el Derecho Internacional del Mar».*

La regulación española, poco ayuda a mejorar la situación por cuanto es el Decreto 2510/1977 de 5 de agosto, el que fijó las líneas de base recta en la costa española, olvidando delimitar dichas líneas en Ceuta y Melilla y sus destacamentos, por lo que la postura marroquí encuentra un inesperado apoyo en la propia legislación interna española.

La Ley 10/77 citada, o la Ley 8/1975 de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional y su reglamento desarrollador aprobado por Real Decreto 689/1978 de 10 de febrero, permitirían hacer una interpretación extensiva de la consideración de zona de seguridad de los acuartelamientos para referirnos al mar territorial. Así el artículo 1 del Reglamento citado señala: *«Para salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional y la seguridad y eficacia de sus organizaciones*

e instalaciones, quedarán sujetos a las limitaciones previstas en la ley los derechos sobre bienes situados en aquellas zonas del territorio nacional que en la misma, desarrollada por el presente reglamento de ejecución, se configuran, con arreglo a la siguiente clasificación»:

- 1.- De interés para la Defensa Nacional.*
- 2.- De seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar.*
- 3.- De acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros.*

Conforme a ello el artículo 2 define que son zonas de interés para la Defensa Nacional *«las extensiones de terreno, mar o espacio aéreo que así se declaren en atención a que constituyan o puedan constituir una base permanente o un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin».*

A los efectos del reglamento, el objeto de nuestro estudio, deben ser entendidas como instalaciones militares del grupo primero enumeradas en el epígrafe primero del artículo 8.1: *«Bases terrestres, navales y aéreas y estaciones navales; puertos, dársenas y aeródromos militares; acuartelamientos permanentes para unidades de las Fuerzas Armadas; academias y centros de enseñanza e instrucción; polígonos de experiencias de armas y municiones; asentamiento de armas o de sistemas de armas; obras de fortificación, puestos de mando, de observación, detección o señalización; direcciones de tiro; sistemas de defensas portuarias y estaciones de calibración magnética y, en general, todas las organizaciones e instalaciones castrenses directamente relacionadas con la ejecución de operaciones militares para la defensa terrestre, marítima o aérea de la nación».*

El artículo 10 del reglamento establece: *«La zona próxima de seguridad abarcará los espacios terrestres y marítimos correspondientes y tendrá como norma general una anchura de 300 metros, contada desde el límite exterior o líneas principales que definen el perímetro más avanzado de la instalación.*

En los puertos militares, la zona próxima de seguridad comprenderá, no solo su interior y canal de acceso, sino también un sector marítimo que con un radio mínimo de una milla abarque el frente y ambos costados, computándose esta distancia a partir de los puntos más avanzados de su obra de infraestructura, boca o balizamiento».

¿Puede ser considerado el puerto de las islas Chafarinas como puerto militar? Para ello hay que acudir a la Ley 27/1992 de 24 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, conforme a la cual, precisamente excluye del ámbito de aplicación de la misma los puertos, bases, estaciones, arsenales e instalaciones navales de carácter militar y zonas militares portuarias.

A fin de aplicar esta tesis nada tendría que ver el hecho que el puerto de las islas Chafarinas fue construido por la Autoridad portuaria de Melilla y a ella pertenece, puesto que tanto en la IOFET, como en el Registro de la Propiedad de Melilla, aparece como integrante del acuartelamiento la totalidad del territorio de las mismas.

El profesor Lacleta⁶ señala que la jurisprudencia internacional, ofrece un supuesto parecido al de las islas Chafarinas, que es el de las islas británicas del canal de la Mancha, Jersey y Guernesey. Gran Bretaña sostenía que las islas debían quedar unidas a la plataforma continental británica, extremo que fue desestimado por el Tribunal arbitral que concedió un mar territorial de doce millas. Conforme a este criterio por la vertiente de la costa marroquí se delimitaría el mar territorial de las islas Chafarinas equidistante de la costa marroquí y por el extremo opuesto se delimitaría con una superficie de doce millas que sería suficiente para la protección del espacio biológico marino.

Sentada pues la legalidad de la existencia de un «mar territorial», el ámbito de actuación de la administración militar es el que le otorga la Constitución española en su artículo 8 y la Ley Orgánica de la Defensa Nacional. Por ello, ¿Cómo manifiesta su actuación la administración pública en los territorios de soberanía? Para responder a esta pregunta debemos acudir a la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común.

El ámbito de actuación de la norma es el de la actuación de las administraciones públicas. El artículo 2 de la misma define las administraciones públicas a efecto de su aplicación, quedando incluidas la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración Local.

El artículo 3.1 establece como principio de actuación de las Administraciones Públicas entre otros el de coordinación, continuando el epígrafe 2 que las Administraciones Públicas, en sus relaciones, se rigen por los principios de cooperación y colaboración. El desarrollo de este principio de actuación se recoge en el artículo 4.d), conforme al cual las Administraciones Públicas, en el desarrollo de su actividad y en sus relaciones recíprocas, deberán «prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias». En el número 4 del mismo artículo se reitera que: «*La Administración General del Estado, las de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración Local deberán colaborar y auxiliarse para aquellas ejecuciones de sus actos que hayan de realizarse fuera de sus respectivos ámbitos de competencias*».

Esto viene a significar que pese al vacío normativo respecto a los destacamentos militares, si exceptuamos la declaración de parque natural efectuada y el decreto e instrucción citados afectos a la Administración Militar, la vía de colaboración entre Administración del Estado y Autonómica o entre los órganos de la propia Administración Estatal es la adecuada para solventar la falta de competencias de Defensa fuera de su ámbito de actuación.

⁶ Lacleta Fernández, José Manuel. Las aguas españolas en la costa africana. Semana de Estudios del Mar de la Asociación de Estudios del Mar. Melilla. Octubre de 2003

Ahora bien los mecanismos dispuestos en los artículos 6 y 7, Convenios de colaboración o planes y programas conjuntos de actuación se muestran del todo inútiles para resolver las controversias de la actuación administrativa diaria.

Estos deben ser aprobados por los ministros del ramo, con el largo proceso que ello conlleva, lo que ha determinado la utilización de normas operativas que permita una más fluida relación entre administraciones locales y autonómicas con la administración central.

A fecha de hoy se encuentra pendiente la aprobación un Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Defensa y la Delegación del Gobierno en Melilla-Ministerio de Interior relativo a la realización por las Fuerzas de la Comandancia General de Melilla de labores asignadas a las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado

Se manifiesta en la justificación del convenio

Las organizaciones que trafican con seres humanos, han intentado desde el año 2012 utilizar estos territorios y sus zonas de vigilancia y seguridad para introducir inmigrantes de forma ilegal en el territorio nacional.

El artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, señala que el cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas y el desarrollo de su contribución complementaria o subsidiaria de interés público requieren realizar diferentes tipos de operaciones, tanto en territorio nacional como en el exterior que pueden consistir entre otras en la vigilancia de los espacios marítimos, como contribución de la acción del Estado en la mar. En cumplimiento de dicha misión. En todas las ocasiones en las que se han producido este tipo de incidentes, la Comandancia General de Melilla, ha apoyado a la Delegación del Gobierno en Melilla, con el personal, medios, instalaciones, suministros y asistencia sanitaria de primera necesidad que le han sido solicitados y de los que en ese momento disponía.

La Delegación del Gobierno en Melilla, conforme a los artículos 53, 57 y 58 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000) y su reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto núm. 557/2011 de 20 de abril, es competente para acordar la expulsión y devolución de aquellos ciudadanos extranjeros que entren o pretendan entrar ilegalmente en el territorio nacional.

El marco legislativo y normativo referido en los puntos anteriores y la experiencia obtenida en materia de vigilancia y control de la inmigración ilegal en las islas y peñones de soberanía, ponen de relieve la necesidad de llevar a efecto un Convenio de Colaboración.

Ahora bien en este sentido se ha de traer a colación que la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, atribuye en el artículo 12.1 A) b) y c) al Cuerpo Nacional de Policía, el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros y las previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigra-

ción y en el artículo 12.1B) d) a la Guardia Civil, la custodia de costas, fronteras y puertos.

Por otro lado el Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, atribuye en su art. 4 a la Dirección General de la Guardia Civil, a través de la Dirección Adjunta Operativa, Mando de Operaciones (Jefatura Fiscal y de Fronteras), la custodia y vigilancia de costas, fronteras, puertos, aeropuertos y mar territorial y, en este ámbito el control de la inmigración irregular; en el art. 3 atribuye a la Dirección General de la Policía a través de la Dirección Adjunta Operativa (Comisaría General de Extranjería y Fronteras): «el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros; la prevención, persecución e investigación de las redes de inmigración ilegal; y, en general, el régimen policial de extranjería, refugio y asilo e inmigración».

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social establece en su artículo 25 «Requisitos de entrada y salida»: 1º) «El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto...».

El reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 551/2011, de 20 de abril, señala en el artículo 23, sobre devoluciones, que no será necesario un expediente de expulsión para la devolución, en virtud de resolución del subdelegado del Gobierno, o del delegado del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales, de los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones. En este supuesto las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución. En este sentido la Instrucción 20/2005, de 23 de septiembre de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre control de la inmigración irregular que llega a España en embarcaciones, dice que corresponde a la Guardia Civil, en el ejercicio de las funciones que le atribuye el artículo 12.1 B) d), de la citada Ley Orgánica 2/ 1986, llevar a cabo, mediante el empleo de sus Unidades y, en especial, del Servicio de Costas y Fronteras, Servicio Marítimo y Servicio Aéreo, la localización e interceptación de las embarcaciones que lleguen de manera irregular a las costas españolas, para poner a sus ocupantes a disposición del Cuerpo Nacional de Policía.

Sin embargo como ya hemos adelantado en las islas y peñones adscritos a la Comandancia General de Melilla, no existe otra estructura administrativa (excluida la de parques naturales) que la propia de Defensa. Conforme a ello, para el ejercicio de estas misiones de protección de fronteras se ha utilizado la vía de la aplicación de la Directiva 1/2010, de 5 de enero de EME-DIVOPE de operaciones de Apoyo a Autoridades Civiles.

Los elementos esenciales de estas colaboraciones consisten:

- Utilización de medios técnicos para proporcionar información sobre la situación en la zona.
- Apoyo logístico al personal actuante autorizado, en su caso la Delegación del Gobierno en Melilla / FCSE e inmigrantes interceptados, siempre que las FCSE no dispongan de los medios necesarios en esos momentos y la situación requiera su utilización inmediata, mediante:
 - Transporte en helicóptero / embarcación de Melilla a las islas y peñones y regreso.
 - Transporte en las embarcaciones del destacamento en cuestión a la zona de espera donde se encuentren las embarcaciones de inmigrantes interceptadas o las de las autoridades o fuerzas competentes que se hagan cargo de los inmigrantes interceptados.
 - Transporte de personal detenido, en su caso, por las FCSE.
 - Alojamiento temporal, víveres y ropa de abrigo, prestación de asistencia sanitaria, etc., en función del personal y recursos disponibles.
- Apoyo al personal embarcado de las FCSE con personal militar del destacamento afectado.

Estas solicitudes de apoyo se han efectuado a la mayor brevedad posible por la Delegación del Gobierno en Melilla según los cauces de enlace establecidos hasta la fecha. En primer lugar a través de contacto telefónico y posteriormente por medios telemáticos.

Los medios de detección y procedimientos empleados para llevar a cabo el control de accesos a las islas y peñones así como la permanencia no autorizada en las mismas y en el espacio marítimo próximo (Zonas de Seguridad y Vigilancia), serán los contemplados en los respectivos planes de Seguridad y Defensa establecidos y aprobados por la Autoridad Militar. Por ello corresponde a las fuerzas militares destacadas la realización de misiones de carácter militar, como es la protección de bases y acuartelamientos, que tienen un muy alto componente de actuación propia de las FCSE.

Conforme al artículo 53 de la citada L.O. 4/2000, de 11 de enero, es infracción grave en materia de extranjería, encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización.

El delegado del Gobierno en Melilla podrá acordar, según proceda, la expulsión (art. 57) o devolución (art. 58) del territorio nacional del infractor.

Así mismo, el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, de 13 de febrero de 1992, que faculta para la entrega a las autoridades nacionales de ambos países de aquellas personas que hubieran entrado ilegalmente a través del territorio del otro Estado parte (conocido periodísticamente como devolución en caliente o rechazo en frontera).

La Instrucción 70/2011, de 27 de septiembre, del jefe de Estado Mayor (JEME) del Ejército de Tierra por la que se aprueban las Normas de Organización y Funcionamiento del ET considera como Acuartelamiento la isla de Isabel II, la isla de Alhucemas y el peñón de Vélez de la Gomera, por lo que el Ministerio de Defensa ejerce competencias administrativas en dichas instalaciones. Por otra parte, también lo hacen el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, tras la creación por Real Decreto 1115/82, de 17 de abril, del Refugio Nacional de Caza de las islas Chafarinas y, por último, la Autoridad Portuaria de Melilla, titular del puerto de las islas Chafarinas.

La Instrucción General 03/09 del JEME remarca que «las Unidades, Centros y Organismos (UCO) del ET utilizan medios militares (personal, material o instalaciones), en beneficio directo o indirecto de la población, en respuesta a solicitudes de autoridades, organismos o entidades públicas o privadas. A los efectos de lo regulado en la presente instrucción y otra normativa relacionada con las colaboraciones se clasifican en operaciones de Apoyo a Autoridades Civiles y Acciones de Cooperación».

Dicha norma establece en su punto 5.1 que «son operaciones de Apoyo a Autoridades Civiles aquellas que se desarrollan en tiempo de paz y que suponen la utilización de medios militares en beneficio directo o indirecto de la población para prevenir o hacer frente a casos de riesgo, catástrofe o calamidad, amenaza u otra necesidad pública de naturaleza análoga que desborden, o pudieran desbordar, la capacidad de aquellas, así como el apoyo a investigaciones u operaciones en curso de las FCSE. Tiene la misma consideración la participación en ejercicios cuya finalidad sea la puesta en práctica de los procedimientos a seguir en caso de que dichas eventualidades pudieran producirse». En el ámbito del ET, el planeamiento, dirección y control es responsabilidad de la División de Operaciones (DIVOPE) del Estado Mayor del Ejército (EME).

La Directiva 1/2010, de 5 de enero, de EME-DIVOPE, de Operaciones de Apoyo a Autoridades Civiles establece en su apartado 5 que «toda operación realizada en apoyo (a estas) se puede encuadrar, inicialmente, en ámbitos de actuación de Protección Civil o Seguridad. El apartado 5.1.4.1. incluye dentro de estas operaciones de apoyo aquellas que se desarrollan en tiempo de paz, y siempre que:

- Supongan la utilización de medios militares del ET (personal, material o instalaciones) en beneficio, directo o indirecto, de la población.
- Sean solicitadas por las autoridades civiles o FCSE, exista un marcado carácter de urgencia, y consistan..., en el refuerzo de alguna capacidad a las Autoridades Civiles.

Como ejemplo de este tipo de operaciones se pueden citar aquellas relacionadas con el apoyo a las FCSE o autoridades civiles en la búsqueda de personas desaparecidas, el apoyo con medios militares a autoridades civiles, el transporte de personal civil en el marco de una operación de las autoridades civiles, el apoyo a la acogida de inmigrantes ilegales, etc.».

Dentro de estas competencias, según establece la Instrucción 70/2011, de 27 de septiembre, del JEME por la que se aprueban las Normas de Organización y Funcionamiento del ET, la COMGEMEL se constituye el mando de segundo nivel del ET directamente subordinado al jefe de la Fuerza Terrestre, responsable de la preparación de sus unidades y de la generación de los mandos y fuerzas que se les requiera. De acuerdo al marco normativo reseñado se ha de concluir:

- a) Que las islas y peñones se encuentran bajo la estructura del MINISDEF, teniendo por tanto, este ministerio, competencia para actuar en el ámbito de su territorio y zona de vigilancia y seguridad.
- b) Que en materia de inmigración es competente la Delegación del Gobierno en Melilla / FCSE, si bien las islas y peñones de soberanía son objeto de una creciente presión migratoria y su vigilancia y control permanente es, hasta la fecha, ejercida únicamente por los destacamentos militares que la COMGEMEL tiene desplegados en las mismas.
- c) Que las autoridades civiles y en este caso, la Delegación del Gobierno en Melilla pueden solicitar y el MINISDEF (DIGENPOL) apoyar, en el marco de la Directiva 01/2010, en el refuerzo de capacidades a las autoridades civiles.
- d) Que el apoyo proporcionado por el personal militar a Delegación del Gobierno en Melilla / FCSE lo será, de acuerdo al R.D. 194/2010, por el que se aprueban las Normas sobre Seguridad de las Fuerzas Armadas, en condición de agente de la autoridad.
- e) Como consecuencia de los Convenios y Acuerdos Internacionales, la Circular SAR 8/3, de 17 de junio de 2011 de la Organización Marítima Internacional, a iniciativa del Reino de Marruecos, fijó las coordenadas de la zona de salvamento marítimo asignadas a las Unidades de SAR de dicho Reino. Entre ellas figuran las siguientes en el mar Mediterráneo: **A:** Argelia – Frontera de Marruecos: (L= 35° 05.4' N – G= 002° 13.2' W); **B:** L= 36° 00.0' N – G= 002° 13.2' W; **C:** L= 36° 00.0' N – G= 005° 16.7' W; **D:** L= 35° 54.0' N – G= 005 16.7' W. Estas coordenadas incluyen los espacios marítimos de islas y peñones de soberanía española.
- f) Sin perjuicio de otros mecanismos de solicitud de protección internacional, el personal de las Fuerzas Armadas desplegado en las islas y peñones no es competente para admitir solicitudes en ese sentido formuladas por inmigrantes, al no ser competencia de las recogidas en el Reglamento de desarrollo de la Ley de Asilo.

Finalmente se debe hacer mención igualmente a la lucha contra la delincuencia y crimen organizado, en particular a la lucha contra el narcotráfico.

La Audiencia Provincial de Málaga, sección séptima en Melilla en Auto de fecha 2 de junio de 2011, resolutorio de recurso de apelación interpuesto contra Auto de fecha 14 de febrero de 2011 en Diligencias Previas nº 52/2011, del Juzgado de Instrucción nº 4 de Melilla señala expresamente que *los miembros de la Policía Militar, Naval o Aérea y el personal de la guardia de seguridad, personal todo, que conforme a la interpretación actualizada del artículo 283 de la LECRIM*

que preconiza la jurisprudencia del T.s. puede y debe ser considerado como tal (Policía Judicial).

En dicho auto se reconocía igualmente el carácter de agente de autoridad en su ámbito, y otorgando por tal hecho el uso de una embarcación rápida que desde la Comandancia General de Melilla se interesó, al amparo del artículo 374 del Código Penal.

Este hecho no es asilado en el ámbito de esta Audiencia ya que la misma catalogación se ha dado al personal militar destacado en islas y peñones por parte del Juzgado de Instrucción nº 4 de Vélez Málaga, quien cedió a la Comandancia General de Melilla el uso de una embarcación semirrígida, por mediación de la Unidad combinada de vigilancia aduanera de Málaga, en virtud de lo dispuesto en el artículo 374. 1.3ª, mediante auto de fecha 22 de marzo de 2011, dictado en Diligencias Previas nº 488/2011.

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Melilla igualmente en Diligencias Previas nº 565/2011 cedió el uso a dichos fines de la embarcación semirrígida marca AS-TEC, matrícula española nombre «La Hiena».

Más recientemente el Juzgado de Instrucción nº 1 de Almuñécar (Granada) igualmente otorgaba el uso de la embarcación MUIDEN considerando a las fuerzas militares como «*Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas*».

BIBLIOGRAFÍA

De Estrada, Juan Antonio. Población General de España, sus reinos y provincias, ciudades, villas y pueblos, islas adyacentes y presidios de África. Tomo II. 1768. Madrid. Imprenta de D. Andrés Ramírez. La edición consultada se corresponde al Servicio de Publicaciones del Excmo. Ayto. de Melilla (Fundación Municipal Sociocultural y Biblioteca Nacional). Melilla 1995. Introducción y Edición Vicente Moga Romero.

Arqués, Enrique. Las Adelantadas de España. Las plazas españolas del litoral africano del mediterráneo. CSIC. 1966. Madrid.

Fernández de Castro y Pedrera, Rafael. Primer centenario de la ocupación de Chafarinas. Revista África. CSIC. 1947

Remiro Brotons, Antonio. Derecho Internacional Público: 1. Principios Fundamentales. Ed. Tecnos. 1983. Madrid

García Flórez, Dionisio. Ceuta y Melilla: Cuestión de Estado. Ciudad Autónoma de Melilla. Ciudad Autónoma de Ceuta. 1999.

Lacleta Fernández, José Manuel. Las aguas españolas en la costa africana. Semana de Estudios del Mar de la Asociación de Estudios del Mar. Melilla. Octubre de 2003.

3. REGLAS DE ENFRENTAMIENTO (I): DOCUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS OPERATIVOS

*Miguel Alía Plana
Comandante auditor
Doctor en Derecho*

SUMARIO: 1: Conceptos básicos: Reglas de Enfrentamiento («Rules of Engagement», ROE). Estructura y documentos de referencia: Códigos-Roe («Standig ROE», SROE) y ROE ad hoc. 3: Procedimientos operativos. 4: Documentos operacionales empleados. 4.1: Plan de Operaciones («Operation Plan», OPLAN). 4.2: Orden de Operaciones («Operation Orden», OPORD). 4.3: Orden Complementaria o Fragmentaria («Fragmentary Order», FRAGO). 5: Las ROE como diálogo: el «ROE-game». 6: Anexos.

1.- CONCEPTOS BÁSICOS: REGLAS DE ENFRENTAMIENTO («RULES OF ENGAGEMENT», ROE). ESTRUCTURA Y DOCUMENTOS DE REFERENCIA: CÓDIGOS-ROE («STANDIG ROE», SROE) Y ROE AD HOC.

Las Reglas de Enfrentamiento («Rules of Engagement, ROE») son aquellas órdenes que determinan cuándo, dónde, contra quién y cómo se usa la fuerza, incluso la letal, durante una operación militar. Se entiende por Operación Militar el conjunto de actividades realizadas por unidades, coordinadas en tiempo, espacio y propósito, de acuerdo con una directiva u orden, para el cumplimiento de una misión¹.

Las ROE son una orden o conjunto de órdenes; establecen cómo emplear la fuerza, entendiendo por tal un proceso continuo que abarca desde las situaciones pacíficas hasta el combate. Su fin es ordenar cómo se emplea la fuerza, pero no limitarla en un sentido más o menos humanitario. Las ROE pueden aplicarse de

¹ EJÉRCITO DE TIERRA (1996), Empleo de la Fuerza Terrestre (DO1-001), Dirección de Servicios Técnicos del Ejército, Madrid, 1996, p. 10-1 y sis.

menor a mayor fuerza, y viceversa, según el desarrollo de los acontecimientos, es decir, el «battle rythmn» de la operación de que se trate. Recomendamos consultar las definiciones del «DOD 1-02» estadounidense («Dictionary of Military and Associated Terms»)²; el «Glosario de Términos Militares del Ejército de Tierra español» (documento «DO-005»)³; y el documento «D-CP-07», de la Armada («Manual de Derecho Marítimo para Comandantes de Buques y Estados Mayores», apartado 0541), de junio de 2005.

Las ROE se establecen de dos formas⁴:

1. Antes del planeamiento de una operación, mediante la redacción previa de un catálogo general denominado «SROE» o «Standing ROE», del que luego se elegirán las que se consideran más adecuadas.

2. Mediante su redacción para una operación específica.

Su elección/redacción es responsabilidad del mando operacional y se elaboran o eligen en fase de planeamiento, con intervención del oficial auditor asesor jurídico (denominado en la «neolingua» militar de las siglas-NATO, «ASEJU» o «LEGAD»⁵), una vez fijados el concepto de la misión, establecido el marco legal en que debe desenvolverse (Mandato y SOFA) y tras definirse los objetivos político-estratégicos a alcanzarse⁶. Los códigos de ROE (SROE) actualmente en vigor son los siguientes:

1. **OTAN:** documento MC 362/1 «NATO Rules of Engagement», de 30 de junio de 2003.
2. **Unión Europea:** documento EUMC Mtg Doc 67/1/05 REV1, de 20 de febrero de 2006.
3. **Naciones Unidas:** documento UN MD/FGS/0220.0001 (2000) «UNDPKO, Guidelines for the Development of Rules of Engagement for Peace Keeping Operations», de mayo de 2002.
4. **España:** Recientemente se ha aprobado un catálogo por el JEMAD, que es un documento reservado.

Las ROE se construyen con dos elementos: los conceptos previos y los mandatos. Los conceptos previos definen las «situaciones-clave» que cuando se producen permiten la aplicación de una ROE específica. Se incluyen como apartado anterior a las propias ROE, a modo de introducción (véase el anexo I). Los mandatos se redactan teniéndose presentes los conceptos previos, con una estructura simple (véase el anexo II). Se prevé una situación y se autoriza o prohíbe una res-

² «ROE are directives issued by competent military authority to delineate the circumstances and limitations under which its own naval, ground and air forces will initiate and/or continue combat engagement with other forces encountered». Lorenz, F.M., (2000), Standing Rules of Engagement: Rules to Live By, Marine Corps Gazette, Volume 80, Issue 2, 1996.

³ EJÉRCITO DE TIERRA (1999), Glosario de Términos Militares (DO2-005). Dirección de Servicios Técnicos del Ejército, Madrid.

⁴ Bennett, D. A., y Macdonald, A. F. (1995), Coalition Rules of Engagement, Joint Forces Quarterly, nº 8 .

⁵ Por «Asesor Jurídico» (ASEJU) o «Legal Advisor» (LEGAD).

⁶ Martineau, F. (2004), «The Rules of Engagement in Ten Questions», Doctrine, nº 4.

puesta militar a la misma, especialmente el uso de medios o métodos de combate. La suma de ambos factores constituye la ROE. Los mandatos son variados y se clasifican y enumeran de acuerdo con grupos homogéneos, en series y apartados, en grupos homogéneos. Así, por ejemplo, de acuerdo con el «DPKO Training and Evaluation Service», de Naciones Unidas, sus ROE se clasifican de la siguiente forma:

- ROE 1: Uso de la fuerza.
- ROE 2: Uso de sistemas de armas.
- ROE 3: Autorización para portar armas.
- ROE 4: Autorización para detener, registrar y desarmar.
- ROE 5: Reacción a acciones civiles y desórdenes.

A su vez, la ROE 1, relativa al uso de la fuerza, comprende, entre otras, las siguientes posibles autorizaciones:

- ROE 1.1: Se autoriza el uso de la fuerza, llegando hasta e incluyendo la letal, en ejercicio de la legítima defensa propia o de personal de Naciones Unidas, contra un acto hostil o intento hostil.
- ROE 1.2. Se autoriza el uso de la fuerza, llegando hasta e incluyendo la letal, para defender a personal internacional contra un acto hostil o intento hostil.
- ROE 1.3. Se autoriza el uso de la fuerza, llegando hasta e incluyendo la letal, para impedir intentos de secuestro o detención de personal de Naciones Unidas.

La OTAN posee un sistema propio de ROE⁷ y también cada una de ellas se divide en varias sub-ROE. Así, por ejemplo, la ROE 42, relativa a la realización de ataque, contiene la ROE 425 (SubROE nº 5 de la ROE nº 42), según la cual se autoriza el ataque contra fuerzas u objetivos designados que previamente hayan atacado, o directamente hayan contribuido a un ataque, contra fuerzas propias o aliadas.

2.- Procedimientos operativos.

Las ROE deben ser aplicadas en el seno de procedimientos operativos concretos, establecidos en las órdenes dictadas por el comandante de la Fuerza (COMFOR), que deben ser dominados por el ASEJU correspondiente y cuya legitimación se asienta en el SOFA pertinente que se haya suscrito, como Tratado Internacional, al efecto. Recogemos algunos ejemplos en el anexo III.

3.- Documentos operacionales empleados.

Una vez apuntado lo anterior, cuando un asesor jurídico se integra en Escalón de Apoyo al Mando de una fuerza expedicionaria a desplegarse como componente de una operación concreta, ¿con qué herramientas se enfrenta a la hora de asesorar en materia de ROE? Lo veremos de inmediato. De acuerdo con el «Documento OR5-008, Orientaciones, Método de Planeamiento de las Operaciones, Nivel Táctico», de 1 de julio de 2004, existen una serie de documentos operativos que materializan las órdenes del mando para planear y conducir operaciones. En ellos se recogen las líneas generales del sistema de ROE que se elija para cada misión, el SROE correspondiente

⁷ Documento MC 362/1, de 30 de junio de 2003

y los mecanismos de implementación en casos concretos. Son los siguientes, que generalmente se redactan en inglés en ámbitos conjunto-combinados:

1. Plan de Operaciones.
2. Orden Preparatoria.
3. Orden de Operaciones.
4. Orden Complementaria o Fragmentaria.

4.1.- PLAN DE OPERACIONES («Operation Plan», OPLAN).

Es el documento adaptado a una situación real, emitido para la conducción de una operación o una serie de ellas relacionadas entre sí. Puede estar basado en planes previos o haberse preparado para una situación específica, pero no podrá ser, en ningún caso, el documento por el que se conduzcan operaciones concretas. El OPLAN se redacta de acuerdo con los modelos estandarizados de la OTAN que, a su vez, están tomados de los modelos de las FAS norteamericanas, según la minuta recogida en el documento del jefe del Estado Mayor Conjunto de los Estados Unidos «CJCSM 3122.03A»⁸. Su sumario está formado según este documento, por los puntos que se citan:

- a. Purpose.
- b. *Conditions for Implementation.*
 - i. *Politico-Military Situation.*
 - ii. *Statement.*
 - iii. *Legal Considerations.* Se reseñará cualquier consideración jurídica que pueda afectar la implementación del OPLAN, como, por ejemplo, SOFA, ROE, Acuerdos Internacionales, Derecho de los Conflictos Armados, del Mar, del Ciberespacio, etc.
- c. *Operations To Be Conducted.*
 - i. *Force Requirements.*
 - ii. *Deployment.*
 - iii. *Employment.*
 - iv. *Supporting Plans.*
 - v. *Collateral Plans*
- d. *Key Assumptions.*
- e. *Operational Constraints*
- f. *Time To Commence Effective Operations.*
- g. *Command Relationships.*
- h. *Logistic Appraisal.*
- i. *Personnel Appraisal.*
- j. *Consolidated Listing and Impact Assessment of Shortfalls and Limiting Factors.*

⁸ Joint Staff (1999), document CJCSM 3122.03A, Joint Operation Planning and Execution System, Volume II, Planning Formats and Guidance.

El OPLAN consta de una serie de anexos y apéndices, algunos de contenido jurídico, de hecho, lo jurídico atraviesa todo el documento transversalmente. Así, podemos encontrar alusiones o referencias jurídicas en los anexos relativos a materias tan diversas como Operaciones, Personal (detenidos, prisioneros, capturados, fallecidos, repatriaciones de fallecidos), Comunicación Pública (prohibición de toma de imágenes, grabaciones, limitaciones a la libertad de comunicación), Asuntos Civiles (impacto de género), Medioambiente, «Host Nations Support System» (contratación), y un largo etcétera. El asesor jurídico de la autoridad que mande la fase de planeamiento se verá implicado en la redacción de al menos dos, los denominados «Legal» y «ROE», que pueden recibir, no obstante, otras denominaciones, y cuyo contenido, incluso, puede también diseminarse a lo largo de todo el documento. El primero refiere las líneas generales de la legalidad aplicable a la operación y a toda cuestión jurídica que pueda afectar a su conducción. El segundo, los procedimientos de aplicación de las ROE, básicamente. El asesor jurídico visará y apoyará la redacción del anexo-ROE, que es competencia de las secciones 3ª y 5ª del Estado Mayor («Operaciones» y «Planes») según los principios de «military necessity, distinction, proportionality, humanity, non-discrimination».⁹ La OTAN ha señalado al respecto lo siguiente:

«Drafting a ROE Annex is the responsibility of the operations staff (i.e. J3/J5). Legal staff will assist to ensure the Annex is consistent with International Law (including LOAC), the mission's political mandate, and the national policies and laws of NATO nations».

¿Cómo se elegirán las ROE de este anexo? Dependerá del tipo de operación y la gestión de riesgos que se lleve a cabo por el Estado Mayor. No obstante lo anterior, destacamos que también es posible en la práctica que las ROE no consten en un anexo independiente, sino que se incluyan en otro, como por ejemplo, el del «Uso de la Fuerza», como apéndice. Tendrá normalmente el contenido siguiente:¹⁰

- a) *Mission Mandate.*
- b) *International Law and LOAC.*
- c) *Applicability of National Laws.*
- d) *Self-Defence.*
- e) *Extended Self-Defence/Protection of Friendly Forces.*
- f) *Protection of Persons and Property with Designated Special Status.*
- g) *Obligations of NATO/NATO-led Forces.*
- h) *Key Definitions.*
- i) *Appendices:*
 - i. *Appendix 1 – Hostile Act / Hostile Intent.*
 - ii. *Appendix 2 - Mission Accomplishment ROE.*
 - iii. *Appendix 3 - Guidance on the Use of ROE in Land Operations.*
 - iv. *Appendix 4 - Guidance on the Use of ROE in Air Operations.*
 - v. *Appendix 5 - Guidance on the Use of ROE in Maritime Operations.*
 - vi. *Appendix 6 - ROE for Open Publication.*

⁹ VV.AA. (2010), NATO Legal Deskbook, Bruselas, p. 258.

¹⁰ Ibid., p. 259 y sis.

4.2.- ORDEN DE OPERACIONES («Operation Orden», OPORD).

Es el documento que tiene por fin proporcionar a los mandos subordinados las instrucciones e información esenciales para conducir una Operación Militar concreta. Tal información esencial se desglosa en los siguientes apartados, según el formato normalizado por el STANAG 2014 (ED. 9) «Formats for Orders and Designation of Timming, Locations and Boundaries», de 17 de octubre de 2000:

1. Situación.
2. Misión.
3. Ejecución, que contiene a su vez:
 - Propósito del jefe.
 - Concepto de la operación.
 - Asignación de cometidos/misiones a las unidades subordinadas.
 - Instrucciones de coordinación.
4. Apoyo Logístico.
5. Mando y Transmisiones.

Contiene un anexo de «ROE» que concreta cuáles de las recogidas en el OPLAN van a aplicarse a la operación concreta.

4.3.- ORDEN COMPLEMENTARIA O FRAGMENTARIA («Fragmentary Order», FRAGO).

Es el documento emitido con la finalidad de dictar una orden complementaria mediante la que introducen cambios en una OPORD. La FRAGO orden tiene el mismo formato que la OPORD; pero solo recoge las modificaciones oportunas, de tal manera que los apartados que no cambien se colmarán con la expresión escrita «SIN CAMBIO». Si fuera verbal, se procederá a documentarla por escrito a la mayor brevedad, según las circunstancias.

5.- LAS ROE COMO DIÁLOGO: EL «ROE-GAME».

Las ROE se relacionan con la estructura de la unidad concernida y se aplican según niveles de autoridad. El comandante de una brigada suele tener asignadas unas ROE distintas del comandante de una compañía o de un pelotón. Cada escalón que quiera aplicar una ROE asignada a un nivel superior debe pedir permiso, porque las competencias se establecen según niveles de mando. Las disquisiciones sobre los tipos de mando son complejas, solo diferenciaremos entre el orgánico y el operacional, de acuerdo con una larga tradición que se ha plasmado, en su manifestación más actual, en el Real Decreto 872/2014, de 10 de octubre, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas. El primero está centrado en administrar recursos e instruir; y el segundo, en gastar, ejecutar y combatir. Este puede referirse al

control del objetivo a alcanzarse, dejando libertad para lo demás; o al contrario, abarcar aspectos concretos sobre la forma de alcanzar el objetivo. Lo importante es que se aplica en operaciones y por estructuras multinacionales. Nos encontramos con «task forces» formadas por unidades de diversos países, sometidas a jefes que no son ni nacionales ni comunes: un general norteamericano, con un Estado mayor de varios países, puede mandar una división francesa, a la que se han incorporado sendas brigadas, italiana y española. Generalmente, este mando marcará objetivos y cada componente nacional coordinará y aplicará procedimientos propios para alcanzarlos. Por ello, hay tantas posibilidades de gestionar ROE como estructuras se elijan, y se concreten antes del despliegue, en Acuerdos sobre el Estatuto de la Fuerza («Statute of Force Agreement», SOFA).

Si nos fijamos en la conducción de operaciones, una brigada puede verse en una situación que requiera aplicar una ROE concreta, pero cuya competencia esté reservada al comandante de la división de la que depende, al que habrá que convencer de la necesidad de aplicar tal ROE, para recibir la oportuna autorización. Este diálogo se denomina «ROE game» (o «juego de ROE»); concepto que se refiere al conjunto de procedimientos y convenciones establecidos en cada organización para implementar las ROE. Ello pasa por definir el conducto reglamentario o cadena de mando, la línea de dependencia jerárquica de cada elemento de la estructura con su superior y su subordinado (generalmente en el SOFA y acuerdos derivados); e impone una limitación en la comunicación vertical: solamente pueden dialogar o comunicarse cada escalón (unidad militar) a través de ese canal único. Además, el «ROE game» usa una serie de formularios estandarizados, que fluyen en sentido ascendente y descendente, portando la información requerida. Se denominan «mensajes ROE», y son tres: el «ROE Request» (ROEREQ), o de solicitud; el «ROE Authorisation or Denial» (ROEAUTH), para la autorización o denegación; y el «ROE Implementation or Cancellation» (ROEIMPL), de aplicación o cese de la implementación.

Hemos visto cómo las modalidades del mando operacional permiten que las unidades queden sometidas a un mando superior, de distinta nacionalidad. De lo anterior se deriva que, a tenor de política nacional sobre la fuerza, se puedan plantear restricciones unilaterales a las ROE, que se denominan «caveats», porque una unidad concreta esté autorizada a hacer cosas distintas de otra unidad, según su derecho de bandera. Pueden plantearse formal o informalmente y dependen de varios factores:

1. Los intereses políticos de los Estados cuyas tropas participan en la operación. Además, cuanta más preponderancia de poder civil, más «caveats» suele haber.
2. Los riesgos inherentes a las amenazas de la operación.
3. Las capacidades de las unidades concernidas.
4. El contenido de las ROE, es decir, qué permiten, cómo y cuándo.

6.- ANEXOS.

Anexo I:

Ejemplos de conceptos previos.

1. Ataque. *Acto hostil. Agresión realizada contra la Fuerza española, sus componentes, personas especialmente protegidas, o sus aliados.*

2. Acto Hostil. *Aquella acción realizada con la intención de causar la muerte, daño físico, o destrucción de una propiedad específica.*

3. Malestar Social. *Instigación de actos de violencia que afectan la paz y el orden público.*

4. Daño Colateral. *Pérdida incidental de vida civil, lesiones a civiles o daños a propiedad civil que no forma parte del blanco autorizado.*

5. Cordón. *Despliegue de personal de la misión X alrededor de un objeto o sitio con la intención de aislar el área o restringir o controlar tanto el acceso como la salida.*

6. Detenido. *Persona privada de libertad.*

7. Fuerza. *El uso de, o amenaza de usar: medios físicos para conseguir un objetivo autorizado.*

8. Fuerza Armada. *El uso de armas, incluyendo armas de fuego y bayonetas.*

- **Fuerza Letal.** *Nivel de fuerza con que se intenta causar, o probablemente se cause la muerte. Es el más alto.*
- **Fuerza No Letal.** *Nivel de fuerza que no causa ni tiene intención de causar la muerte.*
- **Fuerza Mínima.** *El grado mínimo de fuerza autorizada necesaria y razonable a utilizar para alcanzar el objetivo.*
- **Fuerza Desarmada.** *El uso de la fuerza física, sin utilizar la fuerza armada.*

9. Intención Hostil. *La amenaza de uso inminente de la fuerza, demostrada mediante una acción que aparenta ser preparatoria de un acto hostil. Requiere la creencia racional de su existencia para autorizar el uso de la fuerza. El comandante tiene que juzgar si se está demostrando intención hostil o no, basándose en los siguientes factores:*

- La capacidad y preparación de la amenaza.
- La evidencia disponible que indica la intención de atacar.
- El precedente histórico dentro del Área de Responsabilidad de la misión (AOR).

10. Arma Cargada. *Arma municionada y montada dispuesta a disparar.*

11. Arma Descargada. *Lo contrario, no dispuesta a disparar*

12. Identificación Positiva. *La confirmada por medios específicos, visuales, medidas de apoyo electrónico, correlación del plan de vuelo, imágenes termales, análisis pacífica acústica o con los procedimientos de identificación de amiga o enemigo.*

13. Proporcionalidad. *Nivel de fuerza razonable en su intensidad, duración y magnitud para alcanzar un objetivo autorizado.*

14. Apreciación Razonable. *Condiciones y circunstancias que hacen que el comandante o el individuo lleguen a la conclusión de que existe una amenaza.*

15. Auto-Defensa. *Uso de la fuerza necesaria y razonable, incluyendo la mortal, por un individuo o una unidad con el propósito de auto-protegerse, proteger a su unidad y/o todo el personal de la misión contra actos o intenciones hostiles.*

16. Personal de la misión. *Todos los miembros de la misión (incluyendo el reclutado localmente mientras se encuentren de servicio), oficiales de la ONU, NATO, UE, etc., y expertos en misión o visita oficial.*

17. Otro Personal Internacional. *Personal que pertenece a organizaciones o agencias internacionales, asociadas con la misión, para el cumplimiento de sus mandatos, y otros individuos o grupo que sean oficialmente y específicamente designados:*

- Miembros de organizaciones que operan con la autorización del Consejo de Seguridad de la ONU (CS) o la Asamblea General (AG).
- Personas enviadas por organizaciones o agencias humanitarias no-gubernamentales, autorizadas para apoyar el cumplimiento del mandato de la misión.
- Otros individuos o grupos específicamente designados por la misión, tales como periodistas.

18. Disparos de Advertencia. *La señal que demuestra firmeza, o la capacidad de convencer a las personas que detengan las acciones amenazantes, o como advertencia y potencial precursor al uso real de la fuerza mortal. No tiene la intención de matar, lesionar, o dañar.*

Anexo II:

Ejemplos de mandatos.

Las siguientes ROE han sido autorizadas para uso del personal militar armado de la misión:

ROE 1 — Nivel de Fuerza.

ROE No. 1.1: Se autoriza el uso de la fuerza, hasta e incluyendo fuerza mortal, para auto defensa o en defensa de personal de la misión contra acciones hostiles o intento de acción hostil.

ROE No. 1.2: Se autoriza el uso de fuerza, hasta e incluyendo fuerza mortal, para defender personal internacional contra un acto hostil o intento de acción hostil.

ROE No. 1.3: Se autoriza el uso de fuerza, hasta e incluyendo fuerza mortal para resistir un atentado de secuestro o detención a su persona u otra personal misión.

ROE No. 1.4: Se autoriza el uso de fuerza, hasta e incluyendo fuerza mortal para resistir un atentado de secuestro o detención a personal internacional.

ROE No. 1.5: Se autoriza el uso de fuerza, hasta e incluyendo fuerza mortal, para proteger las instalaciones, áreas o bienes de la misión, designados, contra actos hostiles.

ROE No. 1.6: Se autoriza el uso de fuerza, hasta e incluyendo fuerza mortal, para proteger instalaciones, equipos, áreas o bienes claves, designados, contra actos hostiles.

ROE No. 1.7: Se autoriza el uso de la fuerza, hasta e incluyendo fuerza mortal, para defender a un civil necesitado de protección contra actos o intentos hostiles, cuando las autoridades locales competentes no se encuentren en posición para rendir asistencia inmediata.

ROE No. 1.8: Se autoriza el uso de fuerza, hasta e incluyendo fuerza mortal, para prevenir el escape de cualquier persona detenida o arrestada, pendiente de traslado a las autoridades civiles apropiadas. En caso de una necesidad de actuar en auto-defensa, se autoriza el uso de la fuerza, hasta e incluyendo fuerza mortal.

ROE No. 1.9: Se autoriza el uso de la fuerza, hasta e incluyendo fuerza mortal, contra cualquier persona o grupo que limite o intente limitar la libertad de movimiento de los miembros de la misión.

ROE 2 — Uso del Sistema de Armas.

ROE No. 2.1: Se autoriza el uso de explosivos para destruir armas, municiones, minas, y artefactos sin explotar, en el curso del ejercicio de desarme.

ROE No. 2.2: Se prohíbe apuntar con el arma indiscriminadamente en dirección a cualquier persona.

ROE No. 2.3: Se prohíbe descargar las armas en circunstancias que no sean de entrenamiento organizado o como se autoriza en estas ROE.

ROE No. 2.4: Se autoriza descargar un arma en señal de advertencia.

ROE No. 2.5: Se autoriza el uso de equipos y agentes antidisturbios.

ROE No. 2.6: Se autoriza el uso de láser para inspección, medición de distancia y blancos.

ROE 3 — Autorización para Cargar Armas.

ROE No. 3.1: Se autoriza llevar armas personales cargadas.

ROE No. 3.2: Se puede llevar, en vehículos de la ONU, pero escondido de la vista del público, armas de mano de apoyo, tales como ametralladoras, morteros ligeros y armas de mano anti-carros.

ROE No. 3.3: Se autoriza llevar y desplegar armas personales en o dentro de los vehículos, buques y aeronaves.

ROE 4 — Autorización para Detener, Registrar y Desarmar.

ROE No. 4.1: Se autoriza la detención de individuos o grupos que cometen actos hostiles o muestren intención inminente de cometer un acto hostil contra personal de la misión, su unidad, o personal de la ONU, NATO, EU, etc.

ROE No. 4.2: Se autoriza la detención de individuos o grupos que cometen actos hostiles o muestren la intención inminente de cometer un acto hostil contra personal internacional.

ROE No. 4.3: Se autoriza la detención de individuos o grupos que atenten secuestrar o detener a su persona u otro miembro del personal de la misión.

ROE No. 4.4: Se autoriza la detención de individuos o grupos que atenten secuestrar o detener personal internacional.

ROE No. 4.5: Se autoriza la detención de individuos o grupos que cometen un acto hostil o muestren la intención de cometer un acto hostil con las facilidades, instalaciones, equipos, áreas o bienes de la misión designados por el comandante de las Fuerzas.

ROE No. 4.6: Se autoriza la detención de individuos o grupos que cometen o intenten cometer un acto hostil o muestren la intención de cometer un acto hostil contra las facilidades, instalaciones, equipos, áreas o bienes claves designados por el comandante de las Fuerzas.

ROE No. 4.7: Se autoriza la detención de individuos o grupos que amenacen civiles, incluyendo trabajadores humanitarios, con inminente violencia física, cuando las autoridades locales competentes no estén en posición para impedirlo.

ROE No. 4.8: Se autoriza la detención de individuos o grupos que cometen actos hostiles o muestren la intención de cometer actos hostiles en contra de individuos designados por el comandante de las Fuerzas.

ROE No. 4.9: Se autoriza la detención de individuos o grupos que intenten secuestrar o detener individuos designados por el comandante de las Fuerzas.

ROE No. 4.10: Se autoriza la detención de individuos o grupos que intenten pasar forzosamente una barricada, punto de control o cordón, cuya creación haya sido autorizada por el comandante de las Fuerzas.

ROE No. 4.11: Se autoriza el registro, incluyendo la detención de persona o personas, armas, municiones, explosivos y sustancias ilegales.

ROE No. 4.12: Se autoriza el desarme de individuos o grupos, cuando así lo ordene el comandante de las Fuerzas.

ROE 5 — Reacción a acciones malestar social.

ROE No. 5.1: Se autoriza, cuando las autoridades locales competentes no se encuentren en posición para prestar asistencia inmediata, la detención de cualquier

persona que cree o amenace crear malestar social, con probables consecuencias para la vida o propiedad.

Anexo III:

Ejemplos de procedimientos operativos.

1. GENERALIDADES.

1.1. Identificación. *Antes de un enfrentamiento, se requiere la identificación confirmada de las fuerzas hostiles. Se prohíbe el fuego indirecto y oculto.*

1.2. Acción Civil. *El personal militar de la misión debe evitar toda acción que resultare en el entorpecimiento de las actividades civiles legítimas en el AOR.*

1.3. Prohibiciones. *Deben cumplirse las siguientes prohibiciones:*

1. Se prohíbe el uso de armas incendiarias (esto no incluye el uso de municiones cuando se utiliza únicamente para marcar el blanco, iluminación, o identificación, y donde no hay intención incendiaria).
2. Se prohíbe el uso de las minas, munición de racimo y de agentes químicos utilizados como armas.
3. Se prohíbe el uso de explosivos para propósitos no autorizados por estas ROE.
4. Se prohíbe la destrucción de bienes civiles que no estén siendo utilizados para propósitos militares.
5. Se prohíbe el uso punitivo de represalias.

1.4. Acordonamiento. *Pueden implementarse si el comandante de la misión juzga que la situación exige aislar el área y que dicha acción es acorde con el mandato.*

2. PROCEDIMIENTO DE ADVERTENCIA.

2.1. Generalidades. *El uso de la fuerza armada es una medida de última instancia, que responde a acciones o intenciones hostiles. Si existiera amenaza de confrontación con el personal militar de la misión, el objetivo debe ser disuadir a las partes concernidas de continuar con estas acciones. Para este fin, se aplicarán respuestas graduales, mostrando determinación con la intención de manifestar advertencias y, al mismo tiempo, disuadir y evitar la intensificación de hostilidades. Si como resultado de la iniciación de la acción que se describe a continuación, es posible alcanzar el objetivo sin el uso de la fuerza armada, o por medios pacíficos, debe aprovecharse esta oportunidad.*

2.2. Graduación (Escalada de fuerza). *Deben cumplirse los siguientes procedimientos:*

1. Negociación Verbal y/o Prueba Visual. *Se debe hacer todo esfuerzo para advertir a un probable o verdadero agresor antes que el personal militar de la misión responda con fuerza. El objetivo es detener toda actividad hostil.*

2. Fuerza Desarmada. *Si el paso anterior no tuvo éxito, entonces, donde sea posible, se utilizará el mínimo de fuerza desarmada.*

3. Armas Cargadas. *Debe intentarse hacer uso del efecto visible y audible de cargar y/o montar las armas, para convencer a cualquier agresor que si no detiene la actividad agresiva, la situación puede terminar en la utilización de la fuerza mortal.*

4. Fuerza Armada. *Si todos los pasos anteriores, incluyendo el uso de la fuerza desarmada, resultaran ineficaces, y no hay más recurso disponible, se puede utilizar la fuerza autorizada por las ROE. Una advertencia final se debe hacer de la siguiente manera:*

- *Verbalmente (en idioma local, que es el idioma común en el AOR) «DE-TÉNGASE O DISPARO» o visualmente mediante una señal o por iluminación (ejemplo: luces de bengala manuales, o con reflectores).*
- *Esta advertencia se repite en el lenguaje regional o dialecto, según el caso.*
- *La advertencia verbal o visual debe repetirse cuantas veces sea necesario para asegurarse que se entendió y acató la advertencia (por lo menos tres veces).*

3. APERTURA DE FUEGO.

3.1. Sin Previo Aviso. *La única circunstancia que permite abrir fuego, sin seguir la secuencia de advertencia, es el ataque, tan inesperado que un momento de duda produciría la muerte o lesiones graves al personal de la misión o a aquellos que se encuentran bajo su protección, tal y como se especifica en las ROE.*

3.2. Durante el Fuego. *El arma de fuego debe usarse bajo control y no indiscriminadamente. Si fuese posible, deberá realizarse un solo tiro, apuntando a una parte no vital del cuerpo para no matar. El fuego automático debe utilizarse únicamente como última opción. Debe tratar de evitarse el daño colateral.*

3.3. Después de Disparar. *Después de disparar cualquier arma, se deben tomar las siguientes acciones:*

1. Ayuda Médica. *Toda persona herida debe recibir los primeros auxilios a la mayor brevedad, cuando puedan suministrarse sin poner en peligro otras vidas.*

2. Registro y documentación. *Los detalles del incidente deben registrarse y documentarse en el oportuno parte, con expresión de los siguientes extremos:*

- Fecha, hora, y lugar donde se hizo fuego.
- Unidad y personal involucrado.
- Sucesos que precedieron al fuego.
- Motivo.

- Objetivo.
- Armas disparadas y el número de disparos efectuados.
- Resultado aparente del fuego.
- Un esquema del escenario del incidente e imágenes fotográficas de cualquier daño ocurrido en el lugar.

3. Informes. *Después de dar cuenta inmediata del incidente de fuego, la información anterior y la situación actual debe remitirse a través de la cadena de mando, al comandante de la misión y a la oficina central de las Naciones Unidas a la mayor brevedad.*

4. REGISTRO Y DETENCIÓN.

4.1. Autorización. *Se puede solicitar a las personas que quieran penetrar en lugares predesignados o instalaciones y demás áreas bajo su protección, a someterse a un registro de su persona y pertenencias. La negativa constituye razón suficiente para prohibir la entrada.*

Las personas que intenten entrar o que hayan entrado ilegalmente en los sitios referidos pueden ser detenidas y registradas, utilizando la fuerza mínima. En estos casos, se puede requisar el armamento, que se entregará a las autoridades apropiadas del país anfitrión, a la mayor brevedad, de acuerdo con lo establecido en el SOFA.

4.2. Principios.

1. No se humillará ni avergonzará a las personas registradas.
2. Se tendrán en cuenta el sexo, la religión, raza, etc.
3. El propósito del registro debe estar claramente explicado en las órdenes para quien lo realiza y para los individuos registrados.
4. El registrador debe estar siempre protegido por otro militar armado. Los registros deben informarse al cuartel central con rapidez.
5. El personal será masculino o femenino según sea el sexo de la persona registrada.

4.3. Autorización para Detener. *No se puede detener a nadie salvo por los procedimientos previstos en las ROE y de acuerdo con los siguientes principios y aquellos otros que se establezcan en el SOFA:*

1. Toda persona detenida debe ser entregada a las autoridades locales apropiadas a la más pronta brevedad. Hasta que no se haga la entrega, estos individuos pueden mantenerse detenidos. El personal de la misión es responsable de la salvaguarda y bienestar de los detenidos, conforme al Derecho Internacional y al español, siempre que se encuentren bajo su custodia.
2. Cualquier arma capturada debe ser entregada a las autoridades locales apropiadas, a la mayor brevedad, de acuerdo con lo establecido en el SOFA.

3. Puede hacerse uso de la fuerza, según las ROE, para prevenir que un detenido escape, sin que la fuerza aplicada sea jamás mortal, salvo en caso de legítima defensa durante la evasión.

4.4. Tratamiento de los Detenidos. *Los detenidos no serán sujetos a privaciones, torturas, humillaciones, maltrato o abusos. Debe proporcionárseles alimentación, refugio y atenciones médicas. Se les aplicarán los mismos derechos que se les reconoce por la ley española. La persona detenida debe ser informada de modo que pueda comprender, de los hechos delictivos de los que se le acusa y de las razones que han dado lugar a su detención, así como de los derechos que le asisten, especialmente de los siguientes:*

1. Derecho a guardar silencio y a no declarar si no lo desea, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le planteen, y a manifestar que solo declarará ante el juez competente.
2. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
3. Derecho a designar libremente abogado y a pedir que asista a actos de declaración y que intervenga en cualquier reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara abogado, se le designará uno de oficio de acuerdo con lo establecido en el SOFA.
4. Derecho a que se informe al familiar o persona que desee, sobre el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento.
5. Derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a las autoridades nacionales del detenido.
6. Derecho a ser asistido por un intérprete de forma gratuita si el detenido no comprende o no habla el castellano.
7. Derecho a ser reconocido por el médico forense competente o su sustituto legal.
8. Si se trata de un menor de edad o incapacitado, se informará de los hechos a las autoridades nacionales del país anfitrión; si fuera posible, a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor y, si no se las encontrase, se informará inmediatamente al Ministerio Fiscal español y a las autoridades del país anfitrión, de acuerdo con lo establecido en el SOFA.

5. PRISIONEROS DE GUERRA.

En caso de guerra, toda persona detenida que sea prisionera ha de someterse al Derecho Internacional y, especialmente, a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949: o es un prisionero de guerra y, como tal, está amparado por el III Convenio; o es un civil protegido por el IV Convenio, o es un miembro del personal médico de las Fuerzas Armadas comprendido en el I Convenio. No hay «estatutos intermedios»; nadie puede hallarse fuera de la ley.

Anexo 5:*Anexo de Uso de la Fuerza de un OPLAN.*

(La Fuerza Expedicionaria desplegada de denomina GFOR).

1. GENERAL PRINCIPLES. *In the conduct of military operations, military forces are authorized to use force, pursuant to authorized and implemented ROE.*

a. Use of Force. *During conduct of GFOR operations the following use of force principles will be applied:*

(1) Reasonable and prudent effort should be made to control a situation without force. Where appropriate, and when time and conditions permit, potentially hostile aggressors should be warned and given the opportunity to withdraw or cease threatening actions. They should be warned that GFOR will take action as necessary. The on-scene commander should consider actions that do not involve the direct application of armed force to warn any potentially hostile aggressor. Any prescribed challenge and warning procedures must be observed.

(2) With respect to mission accomplishment, the degree of force used must be no more than necessary to carry out duties and accomplish assigned objectives of the mission. Force used must be limited to that necessary to achieve the objective.

(3) Unless specifically directed otherwise, GFOR being subjected to harassment, intrusion or other interference should continue operations to the maximum extent possible in order to achieve all assigned objectives. Should actions to counter such interference be deemed necessary, they must be authorized by ROE. Additional specific guidance on the Use of Force for IJC Operations is contained in Appendix 1.

(4) GFOR may take reasonable and necessary actions to protect their national property and the property of other forces. The degree of force used depends upon the ROE, the circumstances, national law and the nature of the property.

(5) The use of offensive force under ROE 429 may only be exercised after gaining approval from the appropriate authority. The approval authority for ROE 429A and 429B for pre-planned operations rests with COMGFOR who has delegated it to COMLCC. Authority to use ROE 429A and 429B in a pre-planned operation may be given for the duration of the operation or seven days, whichever period is the shorter. Should an operation extend beyond seven days, further approval for the use of ROE 429A and 429B may be sought demonstrating the continuing need for such ROE. The approval authority for ROE 429A and 429B in hasty operations is delegated to Task Force Commanders with the rank of OF6. Approval for the use of ROE 429A and 429B in hasty operations may only be given on a case-by-case basis. Any use of offensive force is regulated by and subject to the Law of Armed Conflict.

(a) The use of force authorized by ROE 429 may only be exercised against the following target sets: Rules of Engagement 429 defined opposing forces or groups/ individuals (ROF) being their:

1. *Ground Forces and Facilities (GFF).*
2. *Military Supply and Storage (MSS).*
3. *Command, Control, Communication, Computers and Intelligence (C4I).*

(6) *Avoidance of Collateral Damage.* In all cases, the collateral damage expected to result from an authorized use of force must not be disproportionate to the purpose for which that force is used.

(7) *Prohibition against Reprisals.* The punitive use of force is prohibited.

(8) *Duty to Report.* Each situation resulting in a detention or involving the use of deadly force (including the firing of warning shots) or the use of riot control means (if authorized), whether it results in casualties or not, is to be reported through the chain of command as soon as possible.

(9) *Right to Position Defence.* IJC forces are not required to withdraw or surrender their position, personnel or equipment in order to avoid the authorized use of force.

b. Authority. The Law of Armed Conflict (LOAC) provides the context for the authority of GFOR to conduct offensive operations where necessary in order to fulfill its mandate. The current North Atlantic Council (NAC) authorized ROE, specifically directing when force or provocative actions may be used, have been promulgated separately.

2. APPLICABLE LAW. The provisions of international law, national and host nation law control the conduct of the IJC:

a. International Law. The conduct of IJC forces is circumscribed by international law including the applicable principles derived from the LOAC. GFOR will apply the principles and spirit of the LOAC at all times.

b. National Laws. The armed forces of GFOR Troop Contributing Nations (TCN), must also adhere to their national laws. They are not obliged to execute tasks or operations that would constitute a breach of national laws. Therefore, nations may issue national restrictions and/or clarifying instructions in order to ensure compliance with national law. Any such national restrictions or clarifying instructions should be minimized and must not be more permissive than the ROE authorized for the IJC operation. Spanish components of GFOR have follow caveats:

1. Not implementation of ROE 354, because national ban of landmines.
2. Not implementation of ROE 355, because national ban of landmines.

The implementation of ROE 429 A & 429 B needs the Spanish national authorization (CMOPS).

c. Local Law. GFOR and supporting personnel will respect the local law and culture.

3. SELF-DEFENCE. Self-defence is the use of such necessary and proportional force, including deadly force, by GFOR and personnel to defend themselves

against attack or an imminent attack. Nothing in North Atlantic Council (NAC) authorized ROE shall negate a commander's right to take all necessary action for unit and individual self-defence.

a. Self-Defence. Individuals and units have a right to defend themselves against attack or an imminent attack. In exercising this right, individuals and units will act in accordance with national law. Self-defence is the use of necessary and proportional force, including deadly force, to defend against attack or an imminent attack. The following definitions apply:

(1) «Necessary» means that use of force is indispensable for securing self-defence.

(2) «Proportional» means a response commensurate with the perceived level of the threat posed. Any force used must be limited to the degree, intensity and duration necessary for self-defence.

(3) «Imminent» means that the need to defend is manifest, instant and overwhelming.

(4) «Attack» is the use of force against GFOR forces and personnel.

b. Extended Self-Defence. Reference A stipulates, «In keeping with the principles of the Alliance, within the general concept of self-defence, GFOR and personnel also have the right to take appropriate measures, including the use of necessary and proportional force to defend other GFOR/ GFOR led forces and personnel from attack or imminent attack». As regards «GFOR led forces» this would include any forces Operational Control (OPCON) or Tactical Control (TACON), for the time being, to GFOR.

c. Hostile Intent/Hostile Act. As national laws differ, there will not always be consistency between nations as to where the right to use force in self-defence and extended self-defence ends and the use of force authorised by ROE begins.

(1) To a certain extent, ROE pertaining to hostile intent and hostile act permit a standardised response by GFOR in near self-defence situations.

(2) In cases of inconsistency, ROE within a given operation shall not be interpreted as limiting the inherent right of self-defence.

4. LAW OF ARMED CONFLICT (LOAC). The basic principles of LOAC are: distinction, military necessity, proportionality and humanity. All GFOR operations are conducted within the bounds of international law including the LOAC. Even where the threshold of an armed conflict has not been reached, the GFOR will, as a matter of policy, apply the principles and spirit of LOAC.

5. ROE CHANGES AND SUPPLEMENTAL ROE. The ROE authorized by the North Atlantic Council (NAC) in ROE Authorization Messages (ROEAUTHs) and implemented in ROE Implementation Messages (ROEIMPLs) may only be changed with the approval of the North Atlantic Council (NAC). Any limitation or restriction that is viewed as a potential threat to the safety of the force and/or the successful conduct of the mission should be addressed immediately

upon discovery and reported up the chain of command. Supplemental ROE measures that may be required due to changes in the operational situation or otherwise may be submitted in a ROE Request Message (ROEREQ). This includes requests for ROE requested but previously denied, new or additional ROE. The procedures to request, authorize and implement ROE are set out in Reference A.

6. DISSEMINATION. *The GFOR ROE will be appropriately classified to allow dissemination to all Troop Contributing Nations (TCN). The full ROE and use of force guidance contain sensitive material, publication of which could harm GFOR operations.*

7. SOLDIER'S CARDS. *Soldiers may carry a Soldier's Card issued by the COMLCC or national authorities. Troop Contributing Nations (TCN) may issue translations of the Soldier's Card.*

8 TRAINING. *GFOR personnel must be trained on these subjects*

9. ESCALATION OF FORCE.

a. Civilian Casualties. *Civilian casualties remain a critical problem in this conflict. IJC established escalation of force procedures to ensure GFOR troops use the minimum force necessary to accomplish the mission without unnecessarily risking the lives of our force or the local populace.*

b. Considerations and Self-Defence. *Commanders must carefully consider both the tactical and strategic implications of our actions. To be clear, commanders retain the right of self-defence of themselves and their troops. Nothing in this order or its supporting documents should be construed as abandoning that right, particularly where military necessity demands a certain course of action and that course of action is proportional to the threat encountered.*

d. Tactics. *Tactical commanders must consider when small unit fire and manoeuvre, or withdrawal, will better accomplish the strategic and operational goals for GFOR, while achieving the tactical goals of engaging the enemy and protecting the force. As such, commanders will scrutinize and limit the use of force like close air support against residential compounds and other locations likely to produce civilian casualties in accordance with the aforementioned tactical directive. Similarly, GFOR personnel performing force protection roles will know, practice, and apply escalation of force procedures in their daily duties. Adherence to these rules will be a critical step towards developing the trust and confidence of the local people.*

e. Incidents and Investigations. *Should an escalation of force incident occur, the commander will immediately assess the event. The COMESPDIV will determine that the incident resulted in the damage or loss of civilian property or severe injuries or death of civilians, before initiating an investigation.*

f. Reporting Requirements. *Any escalation of force incident requiring an investigation will be back-briefed in detail to the first General Officer in the Chain of Command.*

10. OTHER CONSIDERATIONS. *The missions outlined below will only be undertaken pursuant to authorised implemented ROE:*

a. Prevention. *Commanders may conduct preventative activities to facilitate the GFOR mission and promote force protection.*

b. Detention. *See ROE Matrix at Appendix 1.*

c. Authority to Search. *Persons, vehicles and property may be searched in the execution of authorised duties, incidental to authorised detentions and where there are reasons to suspect the presence of arms, ammunition or military equipment.*

(1) Searches are neither to humiliate nor to embarrass.

(2) The object of the search must be clearly stated in orders to the searcher.

(3) Females will be searched, when possible, by other females or by scanners.

(4) Searchers must be neither overfriendly nor overbearing.

(5) Searchers will always be protected by at least one other GFOR member.

(6) Searches of property and buildings, including vehicles, vessels and beasts of burden, must be planned and carried out in such a way to avoid damage.

(7) Searches will be promptly and fully reported to tactical commanders.

d. Warning Shots. *If authorised by implemented ROE, warning shots may be fired whenever, in the opinion of the on-scene commander:*

(1) They would deter an armed hostile or potentially hostile individual or group from obstructing the mission, or from threatening the safety of members of GFORCE, Persons with Designated Special Status (PDSS) or to prevent damage to, or destruction of Property with Designated Special Status (PRDSS).

(2) The use of warning shots is necessary for the execution of the mission to show resolve to an armed hostile or potentially hostile individual or group.

(3) The use of warning shots would deter or prevent an individual, group or crowd, which poses a threat to the safety of members of GFOR, Persons with Designated Special Status (PDSS) or force property under his command, from engaging those forces.

(4) The use of warning shots is considered appropriate in the circumstances, after due consideration has been given to the principles of necessity and proportionality including whether or not the individual, group or crowd to be warned is armed.

(5) Since warning shots carry the inherent risk of unintended civilian casualties from ricocheted or misaimed shots, warning shots should only be utilized after determining other warning techniques, tactics, and procedures are inadequate (signs, hand or light signals, pen flares, non-harmful laser pointers, bull horn, or other means as permitted by the rules of engagement and national caveats).

e. Riot Control Means. *If authorised by implemented ROE, riot control means may be used at the discretion of the Appropriate Commander whenever in his judgment the use of armed force or warning shots would be inappropriate. The appropriate commander may use riot control means in the following circumstances:*

(1) *The safety of GFOR or Persons with Designated Special Status (PDSS) is threatened.*

(2) *Property belonging to GFOR or Property with Designated Special Status (PRDSS) is threatened.*

(3) *The passage of GFOR, Persons with Designated Special Status (PDSS), or Property with Designated Special Status (PRDSS) is blocked and in his judgment, the use of armed force or warning shots is not at that time necessary.*

f. Targeting. *See Annex «Targeting and Joint Fires2».*

g. Civilian Law Enforcement. *Civilian law enforcement is not a GFOR function. However, GFOR may provide support to the local governments.*

h. Prevention of Serious Crimes. *If authorised by implemented ROE, appropriate measures, up to and including the use of deadly force, may be used to prevent serious crimes in the following circumstances:*

(1) *GFOR forces may use minimum force to protect Persons with Designated Special Status (PDSS).*

(2) *GFOR may use minimum force against an individual who commits, or is about to commit, an act which endangers life, or is likely to cause serious bodily harm, in circumstances where there is no other way to prevent the act.*

(3) *The on-scene commander may detain persons who commit or are about to commit an act that endangers life or is likely to cause serious bodily harm.*

(4) *All suspected serious crimes must be reported through the chain of command.*

i. Hostage Taking Situations. *Hostage taking situations will be resolved within the rules of self-defence and implemented ROE.*

4. EL CONCEPTO DE MÍNIMA GRAVEDAD EN EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD DEL ARTÍCULO 106 DEL C.P.M.

*Capitán Auditor José Luis Martín Delpón
Juzgado Togado Territorial 51*

SUMARIO. 1. Introducción y objeto del presente estudio. 2. El delito de abuso de autoridad del artículo 106: su interpretación histórica y sistemática en torno al bien jurídico protegido. 3. El concepto de trato degradante y el mínimo de gravedad exigible. 3.1. El trato degradante en el ordenamiento nacional e internacional. Valoración del trato degradante a través de la jurisprudencia del TEDH, TC y la propia Sala 5ª del Tribunal Supremo. 3.2. Aspectos controvertidos en torno al concepto de trato degradante. 3.2.1. Las ofensas de carácter sexual dirigidas a un subordinado. 3.2.2. La potestad disciplinaria ilegal: la imposición de sanciones y correctivos no previstos. 3.2.3. Las ofensas derivadas de relaciones meramente personales. 3.2.3.1. La posición de la Sala de Conflictos de Jurisdicción al respecto. 3.2.3.2. El carácter permanente de la jerarquía militar. 3.2.4. La Teoría de los Actos Neutros. 4. La incidencia del mínimo de gravedad en los supuestos de pluralidad de acciones y del delito de continuado del artículo 74 del CP. 5. El elemento subjetivo del trato degradante: el ánimo de humillar o degradar. 6. El mínimo de gravedad y su sustentación procesal en la declaración de la víctima como única prueba de cargo. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO.

El artículo 106 del Código Penal Militar (en adelante CPM) castiga al superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana con una pena de tres meses y un día a cinco años de prisión. Viene este delito encuadrado en el capítulo II, bajo la rúbrica «*Abuso de autoridad*», dentro, a su vez, del Título V del Libro II del CPM, donde se regulan los «*Delitos contra la disciplina*»¹. El con-

¹ En el Proyecto de Ley de CPM (Diario del Congreso de 5 de septiembre de 2014) se encuadra el delito de abuso de autoridad en los artículos 45 y siguientes. En lo que atañe al presente estudio basta

cepto de trato inhumano o degradante ha sido constantemente interpretado por la jurisprudencia de la Sala 5ª de tal modo que no hay criterios fijos o certeros que nos permitan afirmar cuando dicho trato adquiere relevancia penal. Se está ante un problema de interpretación, no pacíficamente resuelto, en el que es realmente difícil identificar cuando se ha superado o no el límite de gravedad necesario².

El objeto del presente estudio será analizar las resoluciones más características del TS en estos casos y poder determinar de modo alguno aquellos criterios que permitan identificar cuando la conducta alcanza el calificativo de inhumano o degradante.

2. EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD DEL ARTÍCULO 106: SU INTERPRETACIÓN HISTÓRICA Y SISTEMÁTICA EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Convenría empezar con un criterio de interpretación histórica. Un breve apunte sobre la evolución histórica de este delito nos llevaría al artículo 334 del Código de Justicia Militar de 1945 (en adelante CJM), donde se establecía que *«El militar que en el ejercicio de su autoridad o mando se excediese arbitrariamente de sus facultades o las usare indebidamente, irrogando un perjuicio grave, será castigado con la pena de prisión militar hasta seis años»*. Este delito venía enmarcado dentro de las extralimitaciones en el ejercicio de mando y se podría degradar al ámbito disciplinario según lo dispuesto en los artículos 434 a 436 y 437, números 14 y 17 del mismo CJM.

Las diferencias son claras. En la actual redacción, el delito de abuso de autoridad se engloba en los delitos contra la disciplina, lo cual, desde una perspectiva sistemática, nos pone en la línea de cuál será el bien jurídico protegido. En la redacción precedente, el abuso de autoridad venía sancionado dentro de las extralimitaciones en el ejercicio del mando, las cuales en la actualidad se corresponden con el artículo 138 del CPM, dentro de los delitos contra los deberes del mando.

reseñar que el artículo 47 castiga al superior que tratare a un subordinado de manera degradante, inhumana o humillante, o realizare actos de agresión o abuso sexuales, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo, sin perjuicio de las que correspondan por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal. El artículo 48, por su parte, prevé que el superior que, respecto de un subordinado, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare, coaccionare, injuriare o calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, o realizare actos que supongan discriminación grave por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.

² Entre la escasa bibliografía al respecto, destaca: López Lorca, B. (2012), «El concepto de trato degradante a un inferior en el delito de abuso de autoridad del art. 106 del Código Penal Militar», Revista General de Derecho Penal, núm. 17 y Álvarez Roldán, L.B. (2001), «El abuso de autoridad del delito militar», Revista española de derecho militar, núm. 77, (Ejemplar dedicado a: In memoriam José Francisco de Querol y Lombardero), pp. 193-230.

Además, el tipo delictivo era distinto, no acogía el trato degradante o inhumano a un subordinado en sentido estricto, sino que adoptaba una fórmula que ha pasado en parte al artículo 103 y al artículo 138 ya indicado.

Con ello se puede afirmar que el artículo 106 del CPM, tal y como está planteado en la actualidad, es novedoso, teniendo en cuenta nuestra historia codificadora más reciente. La explicación a este fenómeno es sencilla puesto que el concepto de trato inhumano o degradante también es de nueva incorporación a nuestro sistema legislativo por vía del derecho internacional público, lo cual nos llevaría a abordar un criterio de interpretación sistemática.

En efecto, la labor codificadora internacional ha consolidado el bien jurídico protegido en este delito, si bien no es único ya que, como posteriormente indicaré, el abuso de autoridad es un delito pluriofensivo en tanto que no solo la integridad moral de la víctima es protegida con esta cláusula penal, sino que, igualmente, la disciplina como factor de cohesión alcanza la cota de bien jurídico protegido en este delito.

Desde una óptica general, el militar resulta ser titular, al igual que el resto de sus conciudadanos, del derecho reconocido en el artículo 15 de la CE, a cuyo tenor *«todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes»*. En conexión con este precepto, el artículo 10.2 de la Carta Magna dispone que *«las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»*.

Por ello, hay que acudir tanto al artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 al establecer que *«nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes»*; al artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España mediante Instrumento de 4 de octubre de 1979, donde se dispone que *«nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes»* y al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento de 27 de abril de 1977, que reproduce literalmente el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre.

Más específicamente hay que referenciar el artículo 16 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 y ratificada por España mediante Instrumento de 21 de octubre de 1987, con su Protocolo Facultativo de 18 de diciembre de 2002, ratificado por España mediante Instrumento de 4 de abril de 2006, y, en el ámbito regional europeo, el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987 y ratificado por España mediante Instrumento de 2 de mayo de 1989.

Una mera lectura de las referencias internacionales apuntadas permite concluir que el delito de abuso de autoridad del artículo 106 del CPM quedará reservado a conductas lo suficientemente graves como para proteger eficazmente el bien jurídico indicado. Torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes son conceptos que, literalmente, ya exigen una interpretación restrictiva. Solo aquellas conductas que sean lo suficientemente graves, que superen el listón de gravedad fijado, serán las que permitan entender que el delito se ha consumado, poniendo una barrera con el ámbito administrativo sancionador³.

Pero no solo la integridad moral del militar es el interés jurídico a proteger con este delito sino que, como en cualquier ilícito penal militar, la disciplina aparece como bien jurídico inmanente, valor que tiene una doble dirección: de inferior a superior y también de superior a inferior. El inferior debe respeto y obediencia a su superior, pero también el superior tiene el inexcusable deber militar de respetar la dignidad del inferior.

En efecto, el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 39/2007⁴, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar reconoce que el militar *«ajustará su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados. La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tienen obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos»*⁵. Es decir, una de las obligaciones del mando es la de velar por los intereses de sus subordinados de tal modo que los derechos e intereses legítimos de estos no se vean violados, quebrantados o puestos en peligro, que se les trate con el respeto debido y se les guarde la consideración que se merecen⁶.

³ La consideración del artículo 106 como una de las protecciones penales del derecho reconocido en el artículo 15 CE también ha sido expresamente invocada en la jurisprudencia de la Sala 5ª. Así, Sentencias de 20 de septiembre de 2002, siguiendo la de 2 de octubre de 2001, de 3 y 18 de noviembre de 2008 y 23 de septiembre de 2011 han reconocido la interacción entre la especial relevancia que el principio de jerarquía y el deber de obediencia tienen en las relaciones entre los miembros de las Unidades militares resulta preciso que el poder otorgado al mando aparezca limitado, sin ningún resquicio ni fisura, por el más pleno respeto a los derechos fundamentales de los individuos en relación a los cuales se ejerce la jerarquía. Lo contrario *«sería admitir la arbitrariedad y hacer factible que en la convivencia militar pudiera existir cualquier forma de vía abierta a actividades contrarias a la dignidad de la persona»*.

⁴ En relación a los miembros de la Guardia Civil la referencia normativa queda orientada al artículo 2 de la LO 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, al RD 1437/2010, de 5 de noviembre, sobre aplicación a los miembros de la Guardia Civil del RD 96/2009 que aprueba las RROO para las Fuerzas Armadas, y el artículo 11 de este último Real Decreto.

⁵ El precedente histórico de este precepto se encuentra en el artículo 171 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, donde se disponía que *«la dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir»*, añadiendo que ningún miembro de los Ejércitos *«podrá hacer objeto a los demás, ni sufrir el mismo maltrato de palabra u obra, ni cualquier otra vejación o limitación indebida de sus derechos»*.

⁶ En este sentido, Sentencias de 7 de abril y 12 de diciembre de 2003, 18 de noviembre de 2008 y 23 de septiembre de 2011. La referencia a las Reales Ordenanzas es constante en la jurisprudencia de la Sala 5ª. Así, Sentencias de esta Sala de 20 de diciembre de 1999, 20 de septiembre de 2002, 12

3. EL CONCEPTO DE TRATO DEGRADANTE Y EL MÍNIMO DE GRAVEDAD EXIGIBLE.

Sin perjuicio de que haré referencia exclusiva al artículo 106 del CPM, no está de más recordar que el Código Penal común sanciona el delito de trato degradante en su artículo 173.1. La analogía entre ambos preceptos es evidente, como lo es las posiciones de la Sala 2ª al respecto. Así, la Sentencia de dicha Sala de 18 de febrero de 2008 dispuso, trato degradante, es aquel que menoscaba la dignidad de la persona con naturaleza vejatoria y determina un padecimiento físico o psíquico, siendo delictivo si era capaz de alcanzar cotas de cierta gravedad⁷.

La doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª considera que deben concurrir los siguientes cuatro requisitos para considerar que el trato degradante alcance cotas delictivas. El primero es que debe haberse perpetrado un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo. El segundo, que dicho acto conlleve un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto, sin que sea necesario que se traduzca en efectiva lesión. En tercer lugar, que el comportamiento desplegado sea efectivamente degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito. En cuarto y último lugar, que concurra la nota de cierta gravedad, exigida expresamente por el tipo, con independencia de que esa gravedad derive de una acción aislada o de la reiteración de acciones similares⁸.

3.1. EL TRATO DEGRADANTE EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL E INTERNACIONAL. VALORACIÓN DEL TRATO DEGRADANTE A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH, TC Y LA PROPIA SALA 5ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.

El artículo 106 del CPM fija como elemento normativo del tipo del injusto el trato inhumano o degradante. Dicho concepto ha sido previsto en la batería de Tratados Internacionales que, en el ámbito de protección de los derechos humanos tanto en el espectro internacional como regional, se han suscrito e incorporado a nuestro ordenamiento. Por eso ante un concepto tan difícil de precisar y concretar, como es el analizado, hay que acudir, a través de la cláusula hermenéutica del artículo 10.2 de la Constitución española, a estos Tratados para poder ceñir el concepto de trato inhumano o degradante.

de diciembre de 2003, 14 de noviembre de 2007, 3 y 18 de noviembre de 2008, 21 de octubre de 2009 y 22 de junio y 23 de septiembre de 2011. Estas disposiciones no tienen parangón en otros ámbitos profesionales y difieren considerablemente de lo estipulado para funcionarios públicos, a los que más podrían asimilarse. Simplemente el artículo 14 de la Ley 7/07 del Estatuto básico del empleado público acoge, al tratar de los derechos individuales, el derecho a la dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso laboral y moral.

⁷ En el mismo sentido las Sentencias de la Sala Segunda de 2 de noviembre de 2004, de 22 de febrero de 2005, de 31 de enero de 2007, de 18 de febrero de 2008, de 3 de marzo de 2009 o de 27 de enero o 6 de abril de 2011.

⁸ A partir de las Sentencias de la Sala Segunda de 2 y 16 de abril de 2003 se empezaron a fijar estos criterios jurisprudenciales para la fijación de límite mínimo de gravedad del trato degradante.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), como intérprete del Convenio de 1950 tal y como lo prevé su artículo 32.1, ha reconocido que son tratos inhumanos o degradantes los que causan deliberadamente un sufrimiento físico o mental. En su STEDH de 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra el Reino Unido) precisó un poco más el concepto calificando como inhumanos los actos que consistan en infligir dolor o tensión física o psíquica, sufrimiento, incomodidad, angustia apreciable, falta de sueño o alimentación y como degradantes los actos que rebajen el plano de la estimación, de la reputación, de la dignidad o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen con afectación de la dignidad humana⁹.

La jurisprudencia del TEDH ha tenido eco en las resoluciones de la Sala 5ª al considerar que el trato degradante consiste en un comportamiento de palabra u obra que rebaja, humilla y envilece al inferior, despreciando el fundamental valor de su dignidad personal, siendo preciso que el maltrato de palabra u obra alcance un mínimo de gravedad o que la humillación determinada por el maltrato llegue a un determinado nivel. La Sala 5ª introduce un elemento que ni los tratados internacionales ni su jurisprudencia interpretativa habían reseñado específicamente: el mínimo de gravedad. Lo hacen en base a que los conceptos diseñados por el Convenio son de «*naturaleza circunstancial*»¹⁰, a pesar de que la propia jurisprudencia del TEDH considera que el artículo 3 del Convenio consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas y, además, está redactado en términos absolutos, no previendo ni excepciones ni condiciones¹¹.

⁹ Nótese como el Convenio caracteriza el concepto de trato degradante como el que «*deliberadamente*» causa un sufrimiento físico o psíquico y como la jurisprudencia derivada de la interpretación de este precepto no menciona expresamente esa connotación subjetiva, «*objetivando*» el término. Así, las STEDH de 25 de abril de 1978, de 25 de febrero de 1982, de 28 de mayo de 1985, de 27 de agosto de 1992, de 3 y 9 de diciembre de 1994, de 28 de noviembre de 1996 o de 10 de mayo de 2001, entre otras, han circunscrito el trato degradante a la afectación de la dignidad, en la existencia de humillación ocasionada por la conducta que los origina y en los efectos psicológicos desfavorables para la víctima. Por ello, parece que la jurisprudencia resta importancia al elemento subjetivo «*deliberadamente*» y se centra en los efectos, en las consecuencias humillantes y devastadoras para la psique de la víctima. Respecto a los expresados tratos inhumanos o degradantes, el TEDH ha integrado entre los mismos, en primer lugar, los que causan deliberadamente un sufrimiento físico o mental. Especialmente singular fue el caso de Holanda contra el Reino Unido (Sentencia de 18 de enero de 1978) por la que el Tribunal delimita como inhumanos los actos que consistan en infligir dolor o tensión física o psíquica, sufrimiento, incomodidad, angustia apreciable, falta de sueño o de alimentación y como degradantes los actos que rebajen el plano de la estimación, de la reputación, de la dignidad o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen con afectación de la dignidad humana.

¹⁰ La consideración del trato degradante como concepto circunstancial, que depende de las vicisitudes de cada caso concreto, ha sido constante en la jurisprudencia de la Sala 5ª. Desde Sentencias de 23 de marzo de 1993, 12 de abril de 1994, 20 de diciembre de 1999, 2 de octubre de 2001, 20 de abril y 20 de septiembre de 2002, 5 de mayo de 2004, 5 de noviembre de 2005, 5 de diciembre de 2007, hasta las más recientes de 3, 10 y 18 de noviembre de 2008, 21 de octubre de 2009 y 22 de junio y 23 de septiembre de 2011, la línea interpretativa por la cual hay que estar al caso concreto para fijar el límite de gravedad ha sido constante.

¹¹ Así lo dispone el artículo 15 del Convenio expresamente y el propio TEDH se ha hecho eco de esta característica en Sentencias, entre otras, de 7 de julio de 1989 (caso Soering contra el Reino Unido), 6 de abril de 2000 (caso Labita contra Italia), 29 de abril de 2002 (caso Pretty contra el Reino

Aun así, a pesar de la mezcla de lo absoluto con lo circunstancial, la propia esencia del concepto trato degradante exige un contenido mínimo de lesividad, de daño efectivo o puesta en peligro, de consecuencias dañinas directamente vinculadas a los hechos. La fijación o la determinación de ese mínimo de gravedad es una cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso, especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima¹².

Junto a este tipo de elementos, esencialmente objetivos y objetivables, la mínima gravedad exigiría la concurrencia de uno de tinte subjetivo, que sería la virtualidad de que los hechos puedan crear en la víctima sentimientos de temor, de angustia e inferioridad, susceptibles de humillarle, de envilecerle y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral, así como que el sufrimiento y la humillación infligidos deben en todo caso ir más allá de los que comporta inevitablemente una forma concreta de trato o pena legítimos. El TEDH une la capacidad de los actos para crear ese sentimiento de humillación con el hecho de que, en sí mismos, esos actos tienen como objeto humillar y rebajar públicamente, de forma que se apodere de la víctima un sentimiento de terror e inferioridad¹³. Veamos cómo vierte el Tribunal Constitucional (en adelante TC) estas consideraciones en su doctrina jurisprudencial¹⁴.

Para él, los conceptos «tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus extremos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre. Es necesario, por ello, para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes, que «*estos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de condenas*»¹⁵.

Unido), 8 de noviembre de 2005 (caso Alver contra Estonia) y 3 de mayo de 2007 (caso de 97 miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani y 4 más contra la República de Georgia).

¹² Sin perjuicio de las ya citadas, STEDH de 9 de junio de 1998 (caso Tekin contra Turquía), 10 de febrero de 2004 (caso Gennadi Naoumenko contra Ucrania) y 26 de septiembre de 2006 (caso Wainwright contra el Reino Unido).

¹³ Es curioso resaltar como el TEDH, por un lado, considera que los actos tienen que tener como objetivo humillar y degradar a la persona a la que van dirigidos, pero, por otro lado, en alguna de sus resoluciones ha considerado que la ausencia de la intención de humillar y degradar a la persona afectada no excluye de forma concluyente la estimación de una vulneración del artículo 3 del Convenio. Entre otras, STEDH de 16 de diciembre de 1997 (caso Raninen contra Finlandia).

¹⁴ La Sentencia de 5 de diciembre de 2007 por la que se confirma la absolución en instancia y desestimación en casación considera que los hechos no pueden constituir por sí solos prueba determinante de la concurrencia de los requisitos del delito al no haber quedado determinado que el comportamiento del mando haya sido causante de la afectación psicológica padecida por la víctima denunciante. Afirma la sentencia que el abuso de autoridad «*requiere un umbral de gravedad, que no concurre, determinante del efecto humillante, denigrante o envilecedor que la norma penal castiga, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pudiera deducirse del hecho de haber proferido los insultos referenciados*».

¹⁵ Destaca en este sentido SSTC de 29 de enero de 1982, 11 de abril de 1985, 27 de junio y 19 de julio de 1990, 4 de julio de 1991 o 28 de febrero de 1994. El conjunto jurisprudencial analizado hace referencia a que la humillación o degradación provocada por el superior y el desprecio al valor

Con estas previsiones jurisprudenciales parece que se despeja la anterior contradicción del TEDH por la que los actos debían ser capaces de crear el sentimiento de humillación y envilecimiento de la víctima, por un lado, y que estos mismos actos fueran, por otro, dirigidos a causar esos efectos. Según el TC, el elemento decisivo del concepto de trato degradante será que cause una verdadera humillación del subordinado, víctima del abuso de autoridad. En principio, sería indiferente, a efectos de consumación delictiva, que los actos que constituyen el abuso por sí mismos y a priori estuvieran orientados a causar ese fin. Se objetiva, en consecuencia, el concepto.

La propia Sala 5ª ha pulido esta connotación despojándola de elementos intencionales. Lo esencial en el artículo 106 es la humillación o degradación del inferior y el desprecio del valor fundamental de la dignidad humana¹⁶. Pero, siguiendo la estela jurisprudencial de los párrafos anteriores, la misma Sala 5ª consolida la tesis por la cual el mínimo de gravedad «*es cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso, y especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima, etc., debiendo analizarse también el hecho de que los tratos degradantes creen en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o mora*»¹⁷. Como se puede observar, la jurisprudencia analizada no marca taxativamente cuál es el mínimo de gravedad. Sería contradictorio desde el momento en el que lo considera como un concepto circunstancial. Por ello, la Sala 5ª usa la expresión «*depende de*» o «*debiendo analizarse*».

Resumiendo lo dicho. Para poder entender que la conducta del superior constituye un trato degradante del artículo 106, debe haberse producido un atentado a la dignidad de la persona que dé lugar a la lesión de su integridad moral de forma lo suficientemente grave hasta el punto de generarle sentimientos de humillación o vejación¹⁸. Esta consideración no está exenta de problemas.

fundamental de la dignidad humana han de ser valorados para la configuración del tipo delictivo del artículo 106 en su modalidad de trato degradante. La pregunta que se deriva de ello es a quién le corresponde valorar la humillación puesto que, vía artículo 741 de la LECRIM, podría parecer que solo el Tribunal Militar competente, en fase de juicio oral, sería el encargado de hacerlo.

¹⁶ Véase Sentencias de 30 de octubre de 1990, 14 de septiembre de 1992, 23 de marzo de 1993, 12 de abril de 1994, 29 de abril de 1997, 25 de noviembre de 1998, 20 de diciembre de 1999, 23 de enero de 2001 o 1 de diciembre de 2006.

¹⁷ Así, Sentencias de 28 de marzo y 12 de diciembre de 2003, 11 de junio, 23 de octubre, 14 de noviembre y 5 de diciembre de 2007 y las tantas veces mencionadas de 3, 10 y 18 de noviembre de 2008 y 22 de junio y 23 de septiembre de 2011. Todas ellas siguen la línea iniciada con la Sentencia de 25 de noviembre de 1998.

¹⁸ La STC de 8 de julio de 1996 establece que «*solo pueden merecer tan graves calificativos los tratos que acarreen sufrimientos de una especial intensidad o sensación de envilecimiento distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena*». Evidentemente, la utilización de términos como «*especial intensidad*» o «*sensación de envilecimiento*» nos ponen en la línea de la dificultad que plantea fijar, caso por caso, el listón de gravedad de los hechos enjuiciados.

3.2. ASPECTOS CONTROVERTIDOS EN TORNO AL CONCEPTO DE TRATO DEGRADANTE.

Si algo ha quedado claro del análisis de la normativa, nacional e internacional, y de la interpretación que de la misma ha hecho la jurisprudencia del TEDH, del TC y de la Sala 5ª del TS es que el concepto de trato degradante es esencialmente valorativo, depende de cada caso concreto, se modula en su gravedad por la influencia de varios factores objetivos pero al mismo tiempo se gradúa por el sentimiento de humillación que se haya podido causar a la víctima. Esto implica que no hay un catálogo cerrado de actos que constituyen sin más un delito de abuso de autoridad y que no hay una serie de bienes jurídicos específicos cuya lesión implica la comisión del delito. Por ello, en este epígrafe analizaré aquellas situaciones que han llegado a la Sala 5ª por vía del recurso de casación, lo cual permitirá además valorar qué criterios siguen los Tribunales Militares, tanto territoriales como el central, para considerar que un acto o una serie de actos constituyen un delito de abuso de autoridad¹⁹.

3.2.A. *Las ofensas de carácter sexual dirigidas a un subordinado.*

Resulta obvio que aquellos actos dirigidos por un superior a un subordinado y que constituyen una ofensa de tinte sexual deben ser encuadrados dentro del concepto de trato degradante, siempre que no tengan la sustantividad propia de un delito de los previstos en los artículos 178 y siguientes del CP donde se sancionan los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales²⁰.

Con este tipo de actos se produce moralmente una degradación, entendida como desprecio a los derechos humanos, máxime cuando los actos causales inciden sobre las esferas personalísimas de la dignidad, la libertad y el respeto debido y violentado en una expresión tan íntima como el intangible derecho a no verse perturbado en el uso sexual del propio cuerpo y en los íntimos conceptos de pudor y, el más trascendente, la libertad²¹.

¹⁹ El Auto de la Sala 5ª, de 4 de diciembre de 2012, reconoció que la apreciación del mínimo de gravedad «es cuestión no exenta de relativismo por su propia naturaleza, y de circunstancialidad en función del conjunto de los datos objetivos que concurran en el caso y los subjetivos o personales de la víctima, susceptibles de humillarla, envilecerla y quebrantar en el caso su resistencia física o moral que produzca en esta como resultado sentimientos de temor, angustia o inferioridad».

²⁰ Sentencias de 1 de diciembre de 2006, 11 de junio de 2007, 10 y 18 de noviembre de 2008 y 23 de septiembre de 2011 o 18 de noviembre de ese mismo año reconocen que la jurisprudencia de la Sala Quinta ha considerado de manera reiterada, en doctrina que podemos calificar como consolidada, «que los actos de connotación sexual llevados a cabo por superiores jerárquicos con sus subordinados pueden constituir una modalidad de trato degradante en la forma en que este se define en el art. 106 del CPM». Obsérvese como no se aplica en el artículo 106 del CPM ninguna regla concursal que permitiera castigar por su lado los delitos contra la libertad o indemnidad sexual. El Proyecto de CPM, en cambio, sí que lo prevé.

²¹ La casuística es amplia. Entre otros casos, la Sentencia de 28 de mayo de 2013 donde aborda la gravedad de expresiones como «tienes un culo muy bonito», «esa ni con dos cervezas la chupa», «qué piel tan suave tienes», «¿quieres que te coma la palmera?», «si necesitas mi dedo para quitarte la última gotita?» o «¿Tú que llevas braga o tanga?». La Sentencia de 18 de noviembre de 2011 donde hacía re-

Además, el delito de abuso de autoridad es de simple actividad, es decir carece de relevancia fundamental el resultado final de la conducta del sujeto activo, pues el tipo penal se consuma cuando el superior realiza cualquier acto atentatorio a la libertad sexual de sus subordinados²². Este tipo de actos suponen una conducta por parte del superior claramente vejatoria para unos subordinados que al no aceptar en absoluto tal comportamiento vieron afectada su dignidad personal, máxime en la situación de dependencia jerárquica en que se encontraban, pudiendo causar en ellos sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral. Es decir, la Sala une directamente la ejecución de los actos de carácter sexual, elemento objetivo, con la causación de los sentimientos de humillación y envilecimiento, elemento subjetivo²³. Pero más que una verdadera causación, la Sala indica que los actos realizados puedan causar dicho sentimientos.

Esta consecuencia lesiva propia de los actos con connotaciones sexuales se ve sustentada por el criterio de la jerarquía militar. El aprovechamiento del empleo militar que el superior hace respecto del subordinado, acentúa la gravedad de las ofensas sexuales. En muchos supuestos, la víctima, que no ha deseado, consentido o tolerado esas ofensas, se ve obligada a soportar una situación intrín-

ferencia a tocamientos en los pechos. La Sentencia de 21 de octubre de 2009 donde el acusado había proferido a la víctima expresiones como, entre otras, «... que bien hueles me estás dejando el despacho perfumado...», «...te vas a Canarias a no parar de follar, porque las canarias tenéis fama de ser muy calientes» o con acciones como dirigir la mano hacia un muslo de la víctima llegando a tocárselo por encima de la rodilla. La Sentencia de 18 de noviembre de 2008 donde el autor había dicho expresiones en varias ocasiones que «era muy guapa», «que estaba muy buena», «que se fuera con él a la habitación para pasar la noche con él» y en una ocasión mediante una palmada agarró momentáneamente el glúteo de la víctima. O en la Sentencia de 23 de septiembre de 2011, los hechos se centraban en que el acusado le había pedido a la víctima que se sentara sobre sus rodillas, a lo que ella se negó en un primer momento, pero una vez que accedió a su solicitud después de que este insistiera dos veces más de forma un tanto más exigente o imperativa, el acusado puso una de sus manos sobre uno de los muslos de ella y de forma repentina, la deslizó sobre la pierna hasta llegar a tocarle sus genitales.

²² Desde la Sentencia de 20 de diciembre de 1999, la doctrina de la Sala ha sido constante a la hora de afirmar la naturaleza del artículo 106 del CPM como un delito de mera actividad, donde no hay un resultado separado en el espacio y en el tiempo y donde la consumación deviene desde el momento en que los actos de contenido sexual atentatorio son llevados a cabo.

²³ De hecho, la Sentencia de 18 de noviembre de 2011 afirma que los hechos enjuiciados alcanzaron la gravedad objetiva y subjetiva que está en la base del artículo 106 del CPM, «con virtualidad bastante para producir en la víctima sentimientos de inferioridad susceptibles de humillarla, avergonzarla, rebajarla y envilecerla, y que la doctrina y la jurisprudencia sitúan en el núcleo del trato degradante». Si bien, la misma Sentencia a la hora de concluir que los hechos probados constituyen trato degradante se inclina por vincular el mínimo de gravedad no tanto desde la perspectiva objetiva, sino más bien desde la subjetiva. Dispone, en este sentido, que la conducta del condenado reúna unos caracteres de marcada gravedad, de un nivel más que suficiente para considerar que produjo con ella a su víctima «un efectivo trato degradante, que aquella hubo de vivenciar como intrínsecamente humillante, vergonzoso, deshonroso, infamante, envilecedor, vejatorio y desagradable, y que indudablemente supuso un atentado contra su integridad moral o dignidad, al ser humillada, avergonzada, rebajada y envilecida, comportando, en definitiva, una clara conculcación de los derechos fundamentales contemplados en los artículos 10.1 y 15 de la Constitución». La Sentencia de 28 de mayo de 2013, en cambio, no habla de gravedad objetiva y subjetiva, sino que considera que hay dos requisitos. Uno, que los hechos alcancen el mínimo de gravedad exigidos, en atención a las circunstancias y los hechos probados. Dos, que estos actos sean susceptibles de causar humillación en la víctima.

secamente humillante, envilecedora, vejatoria y desagradable, que la avergüenza, rebaja y degrada²⁴. El menoscabo para su dignidad y estima es evidente. Como también lo es el hecho de que la relación jerárquica, de subordinación, permite al sujeto activo ampararse en ocasiones en una relación de servicio para poder llevar a cabo las ofensas indicadas. Gráficamente, la Sala 5ª ha dispuesto que *«la subordinación reduce de modo innegable la capacidad de reacción del militar jerárquicamente inferior por razón de empleo»*²⁵.

Así, todas aquellas expresiones vertidas que en sí mismas tengan un carácter impropio, obsceno y sexista y, además, resulten suficientes para ser consideradas humillantes y degradantes para el inferior que las recibe, podrán ser constitutivas de un delito de abuso de autoridad, sin perjuicio de la naturaleza circunstancial que ya se ha apuntado para este delito. Como ya se referenció en el apartado correspondiente al bien jurídico protegido, el abuso de autoridad, y más en concreto cuando las ofensas tienen un carácter sexual, no solo afecta a la dignidad del subordinado sino también a la disciplina militar. Nada más contrario a esta cuando las expresiones son proferidas en presencia de otros militares, con ocasión del servicio o aprovechando el empleo militar más elevado²⁶.

3.2.B. La potestad disciplinaria ilegal: La imposición de sanciones y correctivos no previstos.

El concepto de trato degradante puede ser abarcado por todas aquellas sanciones o correctivos, al margen del principio de legalidad del régimen disciplinario militar, y que son impuestos con el ánimo de humillar o envilecer al supuesta-

²⁴ La Sentencia de 18 de noviembre de 2008, siguiendo la Sentencia de 1 de diciembre de 2006, recuerda que el repetido comportamiento vejatorio del carácter sexual, en ningún momento deseado o tolerado por los destinatarios del mismo, se sitúa en un contexto determinado no solo por la relación jerárquica que existía entre el mismo y las víctimas, sino, más concretamente, por la situación y postura en que, al recibir los tocamientos, se hallaban estas, en formación, sin poder moverse. Esto representa un innegable *«plus»* de prevalimiento en el desarrollo de una actividad castrense fuertemente disciplinada, como son las formaciones para revistas, *«elemento que, aun siendo inherente al delito de abuso de autoridad -mediante el que se protege, entre otros bienes jurídicos, la disciplina como valor consustancial a la organización militar-, debe destacarse en el caso de autos para apreciar en él la intensidad o gravedad precisas para alcanzar las consecuencias penales a que ha llegado el Tribunal sentenciador»*.

²⁵ Entre otras, las ya mencionadas Sentencias de 12 de diciembre de 2003, 3 de mayo de 2006, 11 de junio de 2007, 10 y 18 de noviembre de 2008 o 23 de septiembre y 18 de noviembre de 2011 han reconocido que con este tipo de actos se produce moralmente una degradación, entendida como desprecio a los derechos humanos, cuando los actos causales inciden sobre las esferas personalísimas de la dignidad, la libertad y el respeto debido y violentado en este caso en una expresión tan íntima como el intangible derecho a no verse perturbado en el uso sexual del propio cuerpo y en los íntimos conceptos de pudor y, el más trascendente, la libertad.

²⁶ Independientemente incluso de un pretendido ánimo jocoso o del hecho de que la víctima con anterioridad hubiera podido participar en ambiente distendido en conversaciones de carácter sexual. Este tipo de circunstancias no obvian el hecho de que las ofensas sexuales de carácter probado sean constitutivas de delito. En este sentido, como dispone la Sentencia de 28 de mayo de 2013 *«aunque contempláramos la existencia de estos precedentes reprochables... en nada afectaría a los hechos protagonizados»* y añade *«No podría servir, en ningún caso, como provocación o justificación a la conducta que hemos analizado»*.

mente sancionado²⁷. La aplicación de los fundamentos jurídicos recogidos en los epígrafes anteriores permite concluir que el delito será consumado cuando estos pretendidos correctivos sean ajenos a las previsiones normativas que recogen las leyes disciplinarias vigentes, que hallan supuesto una verdadera extralimitación en el ejercicio de la potestad sancionadora que dichas normas otorgan y que, sobre todo, el correctivo o castigo implique una ridiculización pública y notoria.

Vuelve a concurrir, por tanto, un elemento objetivo y uno subjetivo. El primero vendría dado por la ausencia de procedimiento, de garantías procesales, de aplicación de derechos que la norma prevé y la final imposición de una sanción no prevista y que está al margen de la legalidad. El mero hecho de hacerla ya implica por sí mismo que el superior se ha desentendido del procedimiento marcado y sobre todo del catálogo de infracciones y sanciones sobre los que debe girar el ejercicio de la potestad sancionadora. El elemento subjetivo supondría que la imposición de castigo derivaría en una situación de humillación y envilecimiento.

¿Deben concurrir ambos elementos? ¿Si simplemente se hubiera impuesto un correctivo fuera de la norma, se hubiera consumado el delito de abuso de autoridad?

Relacionado íntimamente con estas consideraciones está la referencia al artículo 51 de las Reales Ordenanzas. Según este «*Cuando aprecie una falta la corregirá...En beneficio de la disciplina tampoco corregirá ni llamará la atención a nadie ante otros de inferior empleo, excepto en los casos en que la falta se haya cometido en presencia de estos, o que, de no hacerlo, se origine perjuicio para el servicio*». En algunas ocasiones, los procesados por este tipo de delitos alegan que con sus expresiones simplemente querían corregir a sus subordinados y, al mismo tiempo, potenciar los valores militares de las Unidades en la que se encuadran. Es cierto que la excepción no debe convertirse en norma general.

3.2.C. *Las ofensas derivadas de relaciones meramente personales.*

En algún pronunciamiento de la Sala 5ª en relación al delito de abuso de autoridad se ha utilizado el verbo insultar. La decisión de considerar o no que los insultos puedan suponer un trato degradante dependerá del conjunto de los datos del caso, y especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales, la reiteración de los mismos y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima. A lo que habría que sumar que los insultos generasen en la víctima los consabidos efectos de temor, de angustia y de inferioridad, sus-

²⁷ La Sentencia de 4 de diciembre de 2012 desestimaba el recurso de casación contra la sentencia de instancia en la que el acusado había sido condenado a una pena de 4 meses de prisión por la comisión de un delito del artículo 106. En el relato de hechos se hace constancia de que un suboficial decidió imponer un castigo a uno de sus subordinados consistente en «*colocarle a modo de bandolera, cruzado sobre su pecho y por encima del cuello y debajo de la axila del lado contrario, dos cadenas entrelazadas, cada una de ellas con un peso de 3,1 kgs*». El castigo en sí consistía en que el subordinado «*debía portar las cadenas durante la comida, así como en los tiempos de salir del lugar de trabajo a la tienda donde se realizaba el dicho almuerzo y vuelta*».

ceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral²⁸. De cualquier modo, la casuística incluye multitud de supuestos de hecho que se basan exclusivamente en insultos junto con otros en los que se entremezclan otro tipo de acciones, las cuales, en ocasiones, podría ser por sí mismas constitutivas de delito y, en otras, aunque no lo fueran coadyuvan a la consideración global del elemento fáctico como de un delito de abuso de autoridad.

a. La posición de la Sala de Conflictos de Jurisdicción al respecto.

Un breve repaso de lo expuesto hasta ahora llevaría a afirmar que el trato degradante del artículo 106 del CPM exige que concurra la condición de militares en el momento de la comisión de los hechos del sujeto activo y pasivo, que medie entre ellos una relación jerárquica de subordinación y que el comportamiento suponga una humillación o degradación del inferior y un desprecio del valor fundamental de la dignidad humana. A pesar de que la relación jerárquica es permanente, como se verá, no puede obviarse la realidad de la existencia de relaciones personales que se superponen o cuanto menos se entremezclan con la relación jerárquica y que pueden llegar a difuminarla o diluirla.

En estos casos, habrá que ponderar aspectos tan variados como el empleo militar de los sujetos, de las causas, circunstancias, modo y lugar en que acaecieron los hechos así como su incidencia en la disciplina y en el servicio. De un lado, no puede permitirse que el carácter permanente de la relación jerárquica quede al propio arbitrio de los sujetos según su conveniencia o provecho y se valga de una relación personal, familiar o sentimental, para ofender a otro militar²⁹. Por otro lado, habrá situaciones esencial y nuclearmente personales que, si no perjudican a la disciplina, al servicio y a la jerarquía militar, no tienen por qué ser encasilladas dentro del artículo 106 del CPM.

Como consecuencia de ello, si la singularidad en el ámbito castrense estriba en la especial relevancia que el principio de jerarquía y el deber de obediencia tienen en las relaciones entre los miembros de las Unidades militares, solo cuando estos principios sean gravemente quebrados, sin perjuicio lógicamente de la afeción a la integridad moral e la víctima, se podrá haber consumado un delito de abuso de autoridad. Ahora bien, el carácter pluriofensivo de este no impide que haya supuestos en los que las relaciones personales, privadas y ajenas al servicio prevalezcan sobre el servicio y los principios en los que asienta³⁰.

²⁸ Así, por ejemplo, la Sentencia de 26 de abril de 2012 de la Sala 5ª en que se desestima el recurso de casación sobre el Sobreseimiento definitivo. Los hechos de instancia se centran en los siguientes insultos: «*lo peor, una basura y un mierda*», siendo repetidos en unidad actos instantes más tarde. La Sala invoca su jurisprudencia (Sentencias de 25 de noviembre de 1998, de 28 de marzo y 12 de diciembre de 2003, 1 de diciembre de 2006, 18 de noviembre de 2008 y 22 de junio y 23 de septiembre de 2011) para rebajar la trascendencia de los insultos al ámbito disciplinario.

²⁹ En la Sentencia de 15 de abril de 2011 los hechos enjuiciados se centran en una serie de mensajes de móvil en las que el sujeto activo, que había mantenido una relación personal con la víctima, profería expresiones como «*puta sudaca*», «*panchita hija de puta*», «*cochina sudaca vuelve con los panchitos*», «*puta emigrante sudaca de mierda*», entre otras.

³⁰ Véase Pozuelo Soler, C. E. (2007), «Delitos de abuso de autoridad e insulto a superior a la luz de la sentencia de la Sala de conflictos de jurisdicción del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 2001», *Estudios jurídicos*, núm. 2007.

Dicho de otro modo, si se otorga el poder al mando es preciso limitarlo, sin ningún resquicio ni fisura, por el más pleno respeto a los derechos fundamentales sobre los individuos en relación a los cuales se ejerce la jerarquía porque, de lo contrario, se abriría la puerta a la arbitrariedad en el ejercicio de este³¹.

El encasillamiento de una conducta de este tipo en el ámbito penal militar o en el ámbito penal ordinario no es tarea fácil. Hay posturas más rigoristas que afirman que la jerarquía es permanente en todo lugar, momento o situación con independencia de que el servicio hubiera quedado afectado. Para estas, la necesidad de garantía plena y obligada en el ejercicio del mando es casi permanente dado que las FAS están estructuradas en la subordinación a las órdenes legítimas. Esta es la que justifica la oportunidad y necesidad del artículo 106, *«que se podría verificar en parte bajo la tutela de los tipos que contempla el Código Penal Común, pero que el legislador ha comprendido que es preciso regular con las tipicidades específicas de las conductas señaladas para el ámbito militar por la especial configuración de las relaciones castrenses»*³².

Entre estas posturas rigoristas y entre aquellas más laxas por las que siempre que haya una relación personal entre sujeto activo y pasivo debe prevalecer esta sobre cualquier consideración de servicio, quedando todos estos supuestos fuera del CPM, la jurisprudencia de la Sala 5ª y la de la Sala de Conflictos del TS han dado forma a una postura ecléctica e intermedia.

Se parte de la idea de que el valor disciplina es consustancial a la organización militar, constituyendo esencial bien jurídico protegido por el reiterado artículo 106. Por ello, la relación jerárquica entre dos militares es permanente, en todo momento y en todo lugar. Ahora bien, los hechos pueden afectar primordial o subsidiariamente a la disciplina y al servicio o, bien, pueden afectar fundamentalmente a la integridad moral al situarse dentro de un marco exclusivo de carácter personal y privado. El servicio solo se ve afectado de modo muy tangencial y, en algunos supuestos, ni siquiera llega a conocimiento de las autoridades y la disciplina y la relación jerárquica permanecen indemnes. Estos son casos en los que se superponen otras motivaciones o consideraciones que priman en la relación concreta entre los militares implicados, supuestos en los que no puede sostenerse que se hubiere producido la afectación a la disciplina, en las que las relaciones de tipo personal desplazan a la relación jerárquica.

La posición de la Sala de Conflictos en varias ocasiones ha decantado la competencia para enjuiciar los hechos a favor de la jurisdicción ordinaria, en base a la convivencia como pareja de hecho o cuando la conducta se desarrolló en el seno de una relación de amistad íntima, o en disputa de carácter privado. Cuando del conjunto de las circunstancias se deduzca, razonablemente, que la situación se

³¹ La sentencia de 11 de junio de 2007 recuerda que cuando se agrede, con cualquier tipo de ofensas la dignidad o se produce la humillación por la conducta que lo origina, en el marco del delito de abuso de autoridad, artículo 106 de CPM, respecto a quien está subordinado jerárquicamente, el prevalimiento es requisito inserto en la norma para la determinación de la concurrencia de los elementos del delito. No cabe, por tanto, entender que concorra una agravante de prevalimiento al amparo del artículo 22.2 del CP.

³² En este sentido, Sentencia de 15 de abril de 2011.

ha producido en el ámbito de una relación personal totalmente ajena al carácter militar o cuando no haya quedado afectada la disciplina parece lógico que no haya fundamento suficiente para montar la imputación por un delito del artículo 106, «*no debiendo la relación jerárquica ser exacerbada hasta límites abrumadores que trasciendan lo puramente militar, disciplina-jerarquía, al ámbito de la estricta esfera privada*»³³.

b. El carácter permanente de la jerarquía militar.

Uno de los factores que habitualmente se alegan en relación con el mínimo de gravedad exigido en los actos que conforman el delito de abuso de autoridad es que estos se han desarrollado en un marco ajeno al de las FAS, con independencia del servicio, concreto o abstracto, que pudiera unir a la víctima y al sujeto activo e incluso incidiendo de lleno en relaciones de carácter personales que se superponen a la relación meramente jerárquica.

La Sala 5ª ha recordado reiteradamente que la jerarquía es permanente, lo que implica que el delito de abuso de autoridad no se consuma únicamente en periodo de servicio o con ocasión del mismo³⁴. De hecho, la relación jerárquica castrense no solo es permanente sino que su virtualidad no depende de que sus elementos personales la tomen o no en consideración. Es decir, la posición jerárquica es permanente y determina la situación relativa entre los militares con independencia de todo condicionamiento, de manera que el militar de empleo jerárquicamente más elevado siempre es superior del que lo ostenta de menor rango. El superior de acuerdo con la definición del artículo 12 CPM, lo es en todo momento, constituyendo el engranaje preciso e indispensable para el buen funcionamiento de los Ejércitos, en el que se determina quién ejerce el mando, quién le está subordinado, qué derechos y deberes surgen de la relación armónica entre ambos y qué responsabilidades pesan sobre uno y otro. Es decir mientras se tiene la condición de militar, con independencia del momento o situación, la jerarquía permanece.

3.2.D. *La Teoría de los Actos Neutros.*

Esta expresión ha sido acuñada por la jurisprudencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo para catalogar y caracterizar aquellas expresiones, actos o comportamientos que no alcanzan el nivel mínimo de reprochabilidad penal, pero que, al mismo tiempo, no están absolutamente desprovistos de ella³⁵. Son expresiones

³³ Así, Sentencias de 29 de octubre de 2001, 12 de julio de 2002 o 16 de octubre de 2002.

³⁴ La relación jerárquica entre militares se mantiene o persiste siempre. Las Sentencias de 30 de noviembre de 1992, 11 de junio de 1993, 23 de marzo de 1994, 14 de marzo de 1996, 24 de octubre de 1996, 29 de noviembre de 1996, 1 de julio de 2002, 26 de septiembre de 2003, 6 de marzo de 2006, 3 de noviembre de 2008 y 1 y 17 de junio y 26 de julio de 2010, 19 de abril de 2011 o la Sentencia de 19 de diciembre de 2014 así lo confirman.

³⁵ La jurisprudencia recoge la definición que para los actos neutros realiza la doctrina, señalando que son «*comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos*». Entre otras STS de la Sala 2ª de 30 de julio y 7 de febrero de 2014, y de la Sala 5ª de 17 de enero de 2006, 27 de mayo de 2010, 30 de abril de 2012, 19 de noviembre de 2012, entre otras.

que, tomadas en el contexto en que se producen, se pueden calificar de actos neutros en tanto que desprovistas de contenido sexista u ofensivo, aunque objetivamente resulten «*procaces e inadecuadas*». No tienen acogida en el tipo previsto en el artículo 106 CPM y solamente demuestran «*una carencia de las más elementales normas de educación y buena crianza alejadas por completo del comportamiento exigible*» a un superior respecto de su subordinado³⁶.

Por lo que hace referencia a los elementos objetivos, es decir a las expresiones proferidas, habría que aplicar los argumentos ya referidos³⁷. Es decir, habría que valorar si los hechos han supuesto un verdadero atentado a la dignidad de la persona, que haya lesionado su inquietud moral de forma lo suficientemente grave para que, objetivamente, pueda generarle sentimientos de humillación o vejación. Ello implica que, aceptadas y probadas las expresiones, las conductas y las vicisitudes y circunstancias periféricas de las mismas, habrá que calibrar si el atentado a la dignidad de la persona se ha llevado a cabo de forma lo suficientemente grave hasta el punto de generarle sentimientos de humillación. Estamos en presencia de un concepto normativo relativamente indeterminado por su propia naturaleza y por la multitud de factores internos o externos que pueden afectar a la resistencia física y moral de la víctima. Y además, afectados por una presunta veracidad de lo expresado que, a pesar de no ser proferido con la suficiente educación y estilo, puede resultar cercano a la realidad.

En lo que atañe a los elementos subjetivos o personales de la víctima, estos deben quedar corroborados y plasmados en Sentencia. Ahora bien, en muchos casos, la afectación de las expresiones y actos a la integridad moral de la víctima vienen encuadrados por un marco más subjetivo si cabe, puesto que responder a un sentimiento, una sensación, una creencia o una mera percepción. La víctima considera que los hechos le han supuesto un sentimiento de humillación o menosprecio. Dicha percepción puede verse modulada o intensificada incluso por las características de su propia personalidad, como por ejemplo, no sentirse aceptado por los demás, temor a la desaprobación social, relaciones interpersonales superficiales, perfeccionismo, egocentrismo, inseguridad, sugestionabilidad, marcada tendencia a malinterpretar las intenciones de los otros o sentido combativo de los propios derechos por encima de la realidad.

De lo anterior, se deduce que la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos siempre se va a dar y que casi sería imposible estar ante unos actos

³⁶ Así, la Sentencia de 19 de noviembre de 2012, en la que, a pesar de ser condenado por el Tribunal de Instancia a la pena mínima de 3 meses y un día y 300 euros en concepto de responsabilidad civil, estima el recurso de casación y dispone un pronunciamiento absolutorio y deduce testimonio a efectos de responsabilidad disciplinaria.

³⁷ La Sentencia indicada recoge como hechos probados como un capitán de CIA profirió a una de sus oficiales, jefe de sección, expresiones, mediante gritos, como «*inútil*», «*inepta*», «*tonta*», «*que no te enteras de nada*», «*no tienes ni idea*», «*haz lo que te salga del coño*» o «*te voy a follar*», como amenaza de ser sancionada disciplinariamente. Las expresiones se llevaron a cabo unas veces en privado y otras sin importar que hubiese personas de menor graduación o subordinados que pudiesen percibir las. Se deja constancia que el trato dispensado por el acusado a los tenientes nuevos que se incorporaron a la misma Compañía fue de gran exigencia pero más persistente en el caso de la víctima.

netamente neutros, en el sentido de que los mismos no desplegaran sentimientos de envilecimiento o humillación en mayor o menor medida, máxime cuando este último aspecto suele encuadrarse en un criterio estrictamente subjetivo, a veces demostrable con periciales médico, psiquiátricas o psicológicas y a veces no, en tanto que responden a una sensación, percepción o consideración personal.

Por ello, la teoría de los actos neutros no puede afrontar correctamente aquellos casos en los que las expresiones o actos han tenido lugar y han quedado probados al igual que esa sensación o percepción que la víctima ha tenido respecto de esos. La Sala ha considerado incluso que las expresiones en sí mismas, aisladas, en términos objetivos y sin vinculaciones subjetivas de ningún tipo podrían constituir actos neutros desde el punto de vista penal, sin reprochabilidad añadida. Ahora bien, cuando estos se han llevado a cabo de manera persistente, en presencia de terceros con el desprestigio que ello conlleva de modo inherente o cualesquiera de otras y variadas circunstancias que pudieran concurrir, puede que hayan traspasado el umbral exigido por el artículo 106 del CPM o no, quedando en la esfera disciplinaria, pero lo que claramente se deduce es que no pueden quedar exentos de sanción.

En apoyo de lo anterior, la Sala 5ª cuando ha rebajado el límite penal al disciplinario o incluso cuando ha ratificado la absolución en instancia no ha contradicho el argumento anterior, sino que lo ha completado con las consideraciones que, probadas en sentencia, le han servido para degradar la gravedad de los hechos, de rebajarlos, en suma de considerar que no tienen el mínimo de gravedad exigido³⁸.

Esta gravedad ha venido, en algunos supuestos, compensada por la sensación que el acusado tiene de la víctima, la cual refleja en expresiones neutras. Evidentemente, esta percepción de, por ejemplo, deficiente rendimiento profesional, defectos de comportamiento exigido a un militar, faltas de disciplina y preparación de sus funciones, deben quedar acreditadas en el procedimiento. La prueba vendrá dada por todos aquellos expedientes que las leyes de personal establecen para valorar, precisamente, estos aspectos³⁹.

³⁸ La Sentencia de 19 de noviembre de 2012 considera, por ejemplo, que el mínimo de gravedad no resulta acreditado, entre otras cosas, porque muchas de esas expresiones eran vertidas en enfrentamientos públicos en los que la víctima discutía abiertamente las órdenes del capitán o porque el hecho de que la víctima estuviera sometida a mayor presión que el resto de sus compañeros de empleo no quedo lo suficientemente probada. La Sentencia de 20 de julio de 2012 por la que se confirma la absolución en la instancia consideró que la no concesión de una baja médica, solicitada mediante fax, no constituye acción delictiva alguna.

³⁹ La Sentencia de 19 de noviembre de 2012 reconoce que una resolución de la Junta de Evaluación Específica de carácter permanente acordó por unanimidad declarar no idónea a la agraviada para contraer un nuevo compromiso con las Fuerzas Armadas, donde se corroboraba que tenía escasos conocimientos técnicos y tácticos, poco interés por mejorarlos o falta de lealtad a superiores y subordinados. Además un informe psicológico dispuso que la víctima no se sentía aceptada por los demás, tenía temor a la desaprobación social, perfeccionismo, egocentrismo, inseguridad, sugestionabilidad y marcada tendencia a malinterpretar las intenciones de los otros, inhibiendo la hostilidad hacia los demás, con búsqueda narcisista de su aprobación; y sentido combativo de los propios derechos por encima de la realidad. Ello lleva a la Sala de Instancia, siendo ratificado por la Sala 5ª, a afirmar que algunas de las frases empleadas por el acusado eran de uso frecuente y común en el

Con ello, aparece implícita en muchos supuestos una pregunta interesante relacionada con el delito de abuso de autoridad. ¿Comete dicho delito el superior que ejecuta todas sus acciones bajo la normativa que le permite llevar a cabo las acciones inherentes al mando? ¿Cabe el abuso de autoridad por conductas que se han ejecutado bajo los cauces legales?

Como punto de partida, no se trata de que el superior se comporte con el inferior de modo incorrecto o desconsiderado, sino que es preciso que el maltrato de palabra u obra alcance un mínimo de gravedad y que, por tanto, la humillación llegue a un determinado nivel de intensidad que sea por sí misma susceptible de producir una situación degradante, con afectación psíquica o no en la salud de la víctima. Ahora bien, es posible, sobre todo en los casos de acoso en el marco de la relación de servicio, que la conducta analizada no constituya un solo acto, sino que se caracterice por tratarse de una situación que se prolonga en el tiempo, integrada por una serie de acciones que individualmente carecen de trascendencia penal o disciplinaria. El conjunto de los actos, la reiteración en el tiempo con aprovechamiento del mismo marco de servicio y de la relación de jerarquía, pueden suponer, globalmente, una vejación o menosprecio para la dignidad del subordinado. Pero también, cuestión trascendental en este tipo de delitos, la vejación puede estar directamente interrelacionada con las circunstancias psíquicas del sujeto pasivo que pueden quedar afectadas por incidencias externas que concurran al caso aunque las mismas no sean susceptibles de producir los mismos efectos en otro individuo con caracteres psíquicos diferentes⁴⁰. Además, esa pluralidad de actos puede coincidir con decisiones que el mando haya adoptado en el ejercicio legítimo del mismo y que, bien por no ser conforme a los intereses del subordinado, bien por la carga negativa que puedan suponer, pueden implicar una cierta afeción a la psique de aquel. Ahora bien, la elevación de estas conductas legítimas llevadas a cabo dentro del marco normativo de las decisiones del Mando al ámbito penal o disciplinario es un aspecto más complicado del que puede parecer en principio.

El mínimo de gravedad en los actos constitutivos de un delito de abuso de autoridad puede vincularse a un nivel básico de intensidad, es decir con actos llevados a cabo bajo los cauces legales o con ocasión del servicio pero que exceden en intensidad a lo que la propia norma establece⁴¹. Estas zonas de intensidad no

entorno en que se producían, lo que también disminuyen su efecto injurioso y menospreciativo y que, otras, tenían un contenido soez o grosero, *«pero que entendemos que tienen cierta desvinculación de la acción general, delictiva calificada, sin perjuicio de su encuadre en responsabilidad de tipo disciplinario»*.

⁴⁰ Así se viene admitiendo por la Sala 5ª, desde la Sentencia de 20 de abril de 2002.

⁴¹ La Sentencia de 13 de marzo de 2012 es un buen ejemplo. Los hechos versan sobre una serie de tocamientos por parte de un suboficial a uno de sus subordinados con ocasión de unas clases de defensa personal para Policía Militar. Con ocasión de estas prácticas, el acusado agarraba con firmeza por detrás a la víctima y aprovechaba esta situación para *«rozarle y tocarle los pechos con los brazos o las manos, a la vez que se pegaba con sus genitales al trasero de la soldado, llegando ella a notar, en al menos una ocasión, el miembro viril erecto del acusado a través de la ropa»*. Cuando practicaba el agarrar por delante, el acusado hacía *«que las bocas de ambos quedasen casi pegadas, por lo que la soldado bajaba la cabeza para intentar evitar el contacto ante la cercanía de la boca del acusado»*. Y en relación con la técnica de la relajación, el acusado aprovechaba para acariciar el brazo y le pasaba la mano por encima del pecho, a la vez que manifestaba que esas zonas tenía que relajarlas bien para realizar

deben confundirse con acciones más o menos violentas. Lo que verdaderamente se valora en este delito es la intensidad en la gravedad de la conducta. Entre la gravedad y la levedad hay varios grados de intensidad y, por ello, corresponde al Tribunal de Instancia valorar qué grado se ha dado y si este supera o no el listón de gravedad, en atención al daño producido y a la potencialidad dañosa de las acciones ejecutadas.

Precisamente, por la existencia de varios niveles, cabe la posibilidad de que un único acto puede consumir por sí mismo el delito de abuso de autoridad y, en otras ocasiones, varios actos, globalmente considerados, puedan consumir el delito. El trato degradante para ser penalmente sancionado ha de lesionar la integridad moral de forma lo suficientemente intensa como para que objetivamente pueda generarle al sujeto pasivo sentimientos de humillación o vejación, intensidad o gravedad⁴². El artículo 106 del CPM no exige en modo alguno una conducta ni, por lo tanto, el tipo en el mismo penado tiene por qué estar integrado por varias acciones como un delito compuesto, sino que al emplear dicho artículo la expresión de «el superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana», resulta que un solo acto, un solo trato degradante o inhumano, está plenamente incardinado en el artículo.

Los hechos serán típicos si se tiene en cuenta que lo que se valora no es un hecho aislado en que ocasional o puntualmente se desborda el ámbito del respeto y consideración debidos a los subordinados en las relaciones jerárquicas propias del ámbito castrense, que pudiera calificarse como excesivo y sancionarse en la vía disciplinaria, sino que más bien se está ante un comportamiento reiterado en el tiempo, permanente, constantemente descalificativo y que, como consecuencia, afectan a la dignidad personal, produciendo una situación de indebida vejación, desprecio y humillación, todavía más rechazable al producirse los hechos en el seno de la relación jerárquica militar, y en el desenvolvimiento de las tareas propias del servicio⁴³.

el ejercicio, *«sentándose en una ocasión encima de ella, en el gimnasio, sin personas presentes, diciéndole que su cuerpo se dividía en dos partes, la derecha y la izquierda, a la vez que, con su dedo le pasaba la mano, de arriba hacia abajo, desde el cuello hasta el ombligo, incluido el canal entre los pechos, parándose a la altura de ambos pechos y tocándoselos con las manos diciéndole que tenía que relajar bien esas zonas para hacer bien el ejercicio»*.

⁴² Por ejemplo, la Sentencia de la Sala 5ª de 18 de noviembre de 2011 consideró que un único episodio en el que el sujeto activo le tocó los pechos a su subordinada, ignorando las protestas de ella y sin su consentimiento consuma por sí mismo el delito de abuso de autoridad.

⁴³ La Sentencia de 22 de junio de 2011 analiza hechos por los que un suboficial de la Guardia Civil se refería a la única subordinada con expresiones «gallina» o «la galli», incluso en su presencia, «frikiki» o «bruja» o profiriendo respecto de ella frases como «sería para que la guardia Margarita se cambiase la compresa», «hoy sales de servicio con la gallina, no te quejarás, ya sabes lo que tienes que hacer» y comentar, cuando la citada guardia se encontraba de baja por enfermedad «será porque tiene la regla». Incluso cuando el superior se refería a la guardia solía hacer un gesto consistente en pasarse los dedos de una mano por los labios, y posteriormente simulaba sujetar a una persona por el cabello y propinar palmadas en los glúteos. Como consecuencia de este comportamiento, a la víctima se le diagnosticó una pérdida temporal de la aptitud psicofísica para el servicio, por un trastorno adaptativo mixto ansioso-depresivo, que evolucionó a un trastorno de ansiedad generalizada, con tendencia a recaer, con etiología predisposicional, considerándose estabilizada, que no incapacitada de forma

4. LA INCIDENCIA DEL MÍNIMO DE GRAVEDAD EN LOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE ACCIONES Y DEL DELITO DE CONTINUADO DEL ARTÍCULO 74 DEL CP.

Dejando de lado el análisis general de la figura del delito continuado, previsto en el artículo 74 del CP, parece bastante lógico afirmar que si el delito de abuso de autoridad puede resultar consumado con la ejecución de varios hechos aislados, que no son susceptibles individualmente de reproche pero que en su conjunto sí que alcanzan el mínimo de gravedad exigido, pueden plantearse dudas de estar ante un único delito de abuso de autoridad o ante un delito continuado de abuso de autoridad⁴⁴.

La Sala 5ª, en principio, ha admitido en algunos supuestos la existencia de un delito continuado de abuso de autoridad⁴⁵. Ahora bien la apreciación de esta figura exigirá obviamente que se cumplan los requisitos del artículo 74 del CP. Es decir que haya quedado acreditada la existencia de una pluralidad de acciones que se enjuician en un mismo proceso, que haya conexidad temporal entre ellas, que concurren un dolo unitario que actúa a modo de designio o abrazadera común, homogeneidad del «modus operandi», y la identidad del sujeto activo infractor. Por ello, no cabe apreciar delito continuado cuando los actos enjuiciados no son constitutivos en sí mismos de delito, sin perjuicio de que si los bienes jurídicos afectados son o el derecho al honor o la libertad sexual⁴⁶.

Cuando el abuso de autoridad comporta la existencia de tratos degradantes, quedando afectada la libertad sexual, a través de abusos o vejaciones, la jurisprudencia de la Sala recuerda que en el delito de abuso de autoridad nos encontramos ante un tipo penal pluriofensivo, en el que se protege tanto la integridad física y la dignidad personal del subordinado, como la disciplina, valor sustancial para la organización y funcionamiento de los Ejércitos. En el supuesto de las ofensas a la libertad sexual de la víctima exceden el ámbito de antijuridicidad, ya que la disciplina militar, como bien jurídico, «*es un aliud cualitativamente diferente a otros órdenes jerárquicos que están extramuros del mundo castrense, y prueba de ello es el plus de punición previsto en el artículo 106 del Código Penal Militar*» respecto de los tipos básicos o agravados del CP⁴⁷. Además, el artículo 74.3 del CP exceptúa de la consideración de delito continuado las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo, aunque en

permanente para todo trabajo, a pesar de que en Sentencia queda constancia que «*no existe relación entre dicha patología y un hecho o circunstancia concreto*».

⁴⁴ Véase Casajús Aguado, S. (2007), «Pluralidad de víctimas en el delito de abuso de autoridad en la modalidad de trato degradante e inferior: aplicación de la continuidad delictiva (artículo 74 del Código Penal Común, en relación con 5 del Código Penal Militar)», *Estudios jurídicos*, núm. 2007.

⁴⁵ Entre otras, Sentencias de 22 de diciembre de 1999, 28 de marzo de 2003, 23 de octubre de 2007 o 10 de noviembre de 2008.

⁴⁶ Así se considera, por ejemplo, en la Sentencia 22 de junio de 2001.

⁴⁷ Como se señala en la sentencia de 29 de marzo de 2006 de la Sala de Conflictos de Jurisdicción.

estos casos señala el precepto que «se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva»⁴⁸.

En conclusión, para aplicar la continuidad delictiva en este delito, sobre todo en casos de ofensa sexuales, habrá que estar en cada supuesto a las características y circunstancias de las respectivas acciones antijurídicas para establecer en cada caso en qué medida ha de aplicarse la citada doctrina sobre los bienes jurídicos eminentemente personales de los sujetos pasivos y su incidencia en el reconocimiento o no de la fórmula del art. 74 CP en orden al reconocimiento del delito continuado⁴⁹.

5. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TRATO DEGRADANTE: EL ÁNIMO DE HUMILLAR O DEGRADAR.

A lo largo de las líneas anteriores se ha hecho referencia al elemento subjetivo del trato degradante, a la intención de humillar, envilecer o degradar la estimación del subordinado, el cual forma parte del mínimo de gravedad que se exige para el delito. Evidentemente, forma parte de un elemento de la parte objetiva del tipo por lo que es totalmente ajeno a la parte subjetiva, es decir no tiene que estar abarcado por el dolo. De ello se deduce, claramente, que el dolo exigido para el trato degradante será genérico, neutro⁵⁰.

Consistirá en el conocimiento de lo que se hace y en la libre voluntad de llevarlo a cabo, sin que sea exigible un específico ánimo de tratar de manera degradante o inhumana. Estará constituido únicamente por el dolo, esto es, por el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de ponerlos

⁴⁸ Aunque esta excepción ha de interpretarse como tal restrictivamente. Véase Sentencia de la Sala Segunda de 10 de julio de 2002.

⁴⁹ La ya citada Sentencia de 10 de noviembre de 2008 estimó parcialmente el recurso de casación modificando el pronunciamiento de instancia pasando de una condena de dos delitos de abuso de autoridad castigados con 6 meses y 3 meses y un día respectivamente, a una calificación por un delito continuado del artículo 74 condenándolo a 9 meses y un día por vía del artículo 903 de la LECRIM. Los hechos consistieron en dirigirse de manera continuada y habitual a los soldados de origen musulmán miembros de la Compañía de Policía Militar con expresiones xenófobas «*moro*», «*moro de mierda*», «*sois una escoria que no valéis para nada*», «*no os enteráis porque sois moros*» y por acariciar de manera habitual y continuada, la cara de los soldados durante las revistas de policía para comprobar si los soldados estaban afeitados, en contra de su voluntad.

⁵⁰ Desde la Sentencia de 14 de septiembre de 1992 la jurisprudencia ha sido constante en este punto al considerar que la ley penal no podría limitarse a defender la dignidad humana frente a supuestos «*de superiores cuya aberrante personalidad les llevase a un íntimo disfrute del trato humillante en sí mismo, lo que es generalmente excepcional en la vida social y, en particular, en la vida especialmente disciplinada de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino que hace referencia a todo supuesto en que, incluso por razones pedagógicas o profesionales, un superior atenta contra aquella dignidad constitucionalmente protegida*». De modo que no es ni exigible ni necesaria la prueba de una intencionalidad humilladora: el puro hecho de haber dado un trato humillante para el inferior es suficiente a consumar el delito, salvo que otras circunstancias excluyesen a su autor de la responsabilidad penal.

en práctica, no por el móvil o propósito con que estos últimos elementos sean realizados⁵¹.

Además, el delito del artículo 106 es un delito pluriofensivo que atenta contra no solo la disciplina sino también contra la integridad física y moral del sujeto pasivo. Por tanto, el solo hecho de haber dado un trato degradante o humillante al inferior, con conocimiento y voluntad libre de ejecutarlo, es suficiente para consumar el delito. No se exige, por ello, una específica intención humilladora. Los concretos móviles de la acción son intrascendentes. La humillación que comporta el trato degradante es independiente de la motivación concreta que pueda tener quien la lleva a cabo. Así, para la apreciación del delito basta el dolo genérico, es decir, querer y saber que se realiza una vejación injusta, una humillación evidente, en suma, un trato vejatorio⁵².

El trato degradante está encuadrado entre los contrarios a la disciplina, en el capítulo correspondiente a los abusos de autoridad, por lo que el bien jurídico protegido será doble. Por un lado, la disciplina, que obliga tanto al inferior respecto al superior, como de este a aquel. Por otro, la dignidad de la persona y su integridad moral. Por eso, la humillación que comporta el trato degradante ha de ser considerada objetivamente, como lógica derivación de un comportamiento susceptible de vejar y humillar en las circunstancias en que se produce, y con independencia de las connotaciones puramente subjetivas de una determinada persona y de la motivación concreta que pueda tener quien lo lleva a cabo. Esta es la razón por la cual el dolo específico no debe ser exigido en este delito. Esta es la razón por la que el dolo neutro se debe deducir inequívocamente de determinadas circunstancias objetivas que concurran en el hecho que se enjuicia.

6. EL MÍNIMO DE GRAVEDAD Y SU SUSTENTACIÓN PROCESAL EN LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO.

El análisis de la jurisprudencia de la Sala 5^a en relación al mínimo de gravedad exigido para la comisión de un delito de abuso de autoridad del artículo 106 del CPM permite concluir que habitualmente los actos ilícitos, el trato degradante, se ha llevado a cabo sin la presencia de terceras personas o testigos

⁵¹ Entre otras, Sentencias de 23 de marzo de 1993, 16 de octubre de 1995, 25 de noviembre de 1998, 23 de enero de 2001, 17 de marzo de 2003, 5 de mayo de 2004, 10 de noviembre de 2008, o 19 de noviembre y 4 de diciembre de 2012. El propio TEDH en Sentencia de 16 de diciembre de 1996 (caso Raninen contra Finlandia) considera que para estimar vulnerado el artículo 3 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 no se precisa, inexcusablemente, la concurrencia de la intención de humillar y degradar a la víctima.

⁵² La Sentencia de 11 de junio de 2007 afirma que en los delitos del artículo 106 no resulta exigible intencionalidad o propósito específico en la actuación del sujeto activo, a modo de elemento subjetivo del injusto, que la figura penal aplicada no requiere, siendo suficiente que concurra el dolo genérico de saber lo que se hace y actuar conforme a dicho conocimiento. No hay, por tanto, ningún elemento subjetivo de injusto. En el mismo sentido, Sentencias 12 de diciembre de 2003, 3 de mayo de 2006 y de 14 de noviembre de 2007, sin perjuicio de las ya citadas.

que puedan acreditar que los hechos se han producido y que puedan valorar el grado de envilecimiento o humillación sufrido por la víctima. El TC ha reiterado que solo cabe constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado⁵³.

Por otra parte, esta garantía podrá ser violada cuando la valoración realizada por el Tribunal de Instancia se aparta de las reglas de la lógica, resultando irrazonable, arbitraria o absurda, pero al mismo tiempo este órgano de instancia es el que ha tenido la inmediatez suficiente en la declaración de la víctima y su criterio resulta esencial para percibir la credibilidad de lo manifestado y su trascendencia. No puede sin más argumentar la prevalencia de la declaración de la víctima, pero al mismo tiempo no debe restarse toda virtualidad a dicha prueba⁵⁴.

Cuando no hay prueba de cargo testifical suficiente que permita valorar si el listón de gravedad ha sido sobrepasado, solo queda acogerse a la declaración de la víctima⁵⁵. Son supuestos en los que se enfrentan dos versiones, en teoría, contrapuestas, la del agresor y la de la víctima. Ello lleva a analizar el valor de la declaración de la víctima como prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia⁵⁶.

La doctrina jurisprudencial ha establecido ciertas notas o parámetros que, sin ser requisitos o exigencias para la validez del testimonio, coadyuvan para la

⁵³ Por todas, STC de 24 de abril de 2006 y de 27 de marzo de 2007.

⁵⁴ Véase Sentencias de 2 de noviembre y 3 de diciembre de 2004, 11 de abril de 2005, 10 de febrero de 2006 y 14 de noviembre de 2007, entre otras.

⁵⁵ La Sala Segunda en su sentencia de 21 de mayo de 2003 reconoció que *«nadie ha de sufrir el perjuicio de que el suceso que motivó el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculgado»*.

⁵⁶ Así, Sentencias de 2 de octubre de 2001, 20 de septiembre de 2002 y 28 de marzo, 7 de abril y 12 de diciembre de 2003 o la ya citada de 10 de noviembre de 2008 recuerdan la intrascendencia de los móviles personales, intereses espurios o fines libidinosos, por ejemplo, que pueda tener el autor de los hechos.

Sin perjuicio de que en sede casacional no corresponde a la Sala 5ª valorar la declaración de la víctima sino analizar si el Tribunal de Instancia ha sido un iter lógico en la valoración de la misma bien para condenar o bien para absolver. Las Sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2012, donde se remite a las de 21 de junio de 2004, 21 de mayo, 31 de mayo y 7 de junio de 2004, dispone que la credibilidad del testimonio corresponde valorarla al órgano del enjuiciamiento, y por consiguiente es materia que habitualmente excede del ámbito del Recurso Extraordinario de Casación, *«si bien su valoración, en lo que concierne a su racionalidad en función de las reglas y criterios de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, con que fue apreciada en la instancia, tampoco resulta inmune al control de esta Sala para preservar no solo el derecho presuntivo que se invoca, sino también la tutela judicial que reconoce la Constitución sin margen de arbitrariedad»*, tal y como lo prevén tanto el artículo 24.2 como el artículo 9.3 de la CE. En el mismo, véase la Sentencia de 24 de mayo de 2011 donde se reafirma que la declaración de la víctima puede constituir prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia, apoyándose tanto en la doctrina del TC (STC de 28 de noviembre de 1991, de 28 de febrero de 1994 o de 28 de octubre de 2002), como en la de la Sala Segunda del TS (Sentencias 19 y 28 de febrero de 2000, 23 y 27 de febrero y 7 de mayo de 2004, y 23 octubre 2008 entre otras).

correcta valoración probatoria y permiten verificar, después, la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical⁵⁷. Es importante reseñar que no son requisitos de ineludible concurrencia sino simplemente valores aproximados que puede permitir al órgano de instancia el valorar la prueba de la víctima y poder considerarla con la virtualidad suficiente como para enervar la presunción de inocencia⁵⁸.

El punto de partida en la valoración de la declaración de la víctima es el principio de libre valoración de prueba del artículo 741 de la LECRIM. Por regla general, el Tribunal Militar de instancia escucha y ve directamente las versiones de la víctima y del acusado y en virtud de la inmediatez termina otorgando prevalencia a una de ellas. A este órgano judicial, y solo a él, le está reservada la valoración de la prueba, contando con el auxilio inestimable de la inmediatez que le permite la percepción directa del testimonio y la apreciación en toda su dimensión de las actitudes, disposición, reacciones o gestos del deponente. Únicamente cuando el órgano sentenciador se aparte de un razonamiento lógico, de unos criterios de ponderación acreditados y de las reglas básicas de la experiencia y de los conocimientos científicos⁵⁹.

Pues bien, el primero de estos parámetros es la credibilidad subjetiva, es decir la ausencia de incredulidad subjetiva, conforme a la terminología jurisprudencial. La falta de credibilidad puede derivarse bien de la existencia de móviles espurios o abyectos, sobre todo en función de las relaciones anteriores entre el sujeto activo y la persona ofendida, bien de las características físicas (edad, madurez) o psíquicas del testigo (enfermedad mental, dependencia de las drogas, alcoholismo).

La falta de credibilidad puede proceder de dos circunstancias subjetivas de naturaleza diferente. Por un lado, la existencia de móviles espurios. Estos pueden resultar de tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, que actúan como un posible motivo impulsor de sus declaraciones. Pueden derivarse, igualmente,

⁵⁷ Lo cierto es que el análisis del testimonio de la víctima exige, genéricamente, valorarla globalmente en relación con otros datos objetivos que existieran en la causa. La Sentencia de 7 de mayo de 1998, esta vez de la Sala 2ª, reconoce que es necesario disponer de la inmediatez que proporciona el juicio oral, que permite captar el tono y las inflexiones de voz, las actitudes externas, los gestos, vacilaciones o silencios que se produzcan durante el interrogatorio a que se somete al testigo, y en el que intervienen todas las partes personadas, añadiendo que «estas mismas observaciones hay que efectuarlas también respecto a las manifestaciones del acusado, para establecer tras un balance comparativo, una conclusión definitiva sobre la culpabilidad o inocencia».

⁵⁸ No debe perderse de vista que salvo supuestos de valoraciones probatorias inmotivadas y arbitrarias, o que, hallándose motivadas, resultan ilógicas o contrarias a las normas de la experiencia, la Sala 5ª, a través de la casación penal, debe respetar la libre valoración probatoria que en exclusiva le compete al Tribunal de Instancia bajo el insustituible principio de inmediatez.

⁵⁹ La Sala 2ª en su Sentencia de 7 de noviembre de 1997 (con cita de las precedentes de 17 de noviembre de 1993, de 18 de septiembre de 1995, de 16 de septiembre de 1996, entre otras) hace un resumen de la doctrina jurisprudencial acerca del artículo 741 de la LECRIM. En sentido, la Sentencia de la Sala 5ª de 23 de febrero de 1993 expresó taxativamente que las pretensiones casacionales de revocar la interpretación y valoración de la declaración de la víctima llevada a cabo en instancia, «están condenadas al fracaso». No cabe, por tanto, una revaloración del acervo probatorio, sustituyendo o desvirtuando el criterio axiológico del órgano jurisdiccional de instancia.

de las previas relaciones que hayan tenido el acusado y la víctima, de las que pueden deducirse indicativos de móviles de odio o sentimientos de venganza o enemistado resentimiento, *«que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes»*⁶⁰. De todos modos, no debe olvidarse una idea nuclear y palmaria y es que todo denunciante tiene interés en la condena del denunciado y no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones. De ahí, que estos elementos no sean requisitos exigibles sino meras orientaciones o valoraciones interpretativas a las que el Tribunal de Instancia puede acogerse para calibrar la importancia de la declaración de víctima en los casos de un escaso acervo probatorio.

La segunda de las circunstancias subjetivas en las que puede sustentarse la falta de credibilidad es la concurrencia en el testigo de determinadas características físicas o psico-orgánicas en relación con su grado de desarrollo y madurez, así como la eventual presencia de ciertos trastornos mentales o patologías como el alcoholismo o la drogadicción. La presencia y acreditación pericial de los mismos puede servir al Tribunal de Instancia para valorar la neutralidad, dentro de la relativa objetividad de la declaración de la víctima, del testimonio vertido.

Estos elementos enlazan con el siguiente parámetro, la credibilidad objetiva, es decir el grado de verosimilitud que el tribunal otorga al testimonio de la víctima. Esta verosimilitud, debe estar basada en la lógica de la declaración, lo que se denomina la coherencia interna, y en el suplementario apoyo de datos objetivos, que deben quedar acreditados en la causa, de carácter periférico, es decir la coherencia externa⁶¹.

Ello implicaría que, por un lado, la declaración de la víctima ha de ser coherente en sí misma, es decir, no ha de contrariar las reglas de la lógica o de la experiencia, lo que exige valorar si la versión incluye o no aspectos insólitos o extravagantes, o si es objetivamente inverosímil por su propio contenido. Por otro lado, dicha declaración debe, además, estar dotada de coherencia externa, es decir, rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo con constancia en el proceso. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos, pero sobre todo destacan las manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima⁶².

El último de los parámetros de valoración es la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone lo siguiente. Primero, que haya habido ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable no en un aspecto meramente formal de repetición de una

⁶⁰ Así lo expresa la Sala 5ª, en Sentencia de 10 de junio de 2004.

⁶¹ Según las pautas jurisprudenciales recogidas en Sentencias de la Sala Segunda de 23 de septiembre de 2004 y 23 octubre 2008.

⁶² Esto significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación de la víctima. Véase Sentencias de la Sala Segunda de 5 de junio de 1992, 11 de octubre de 1995, 17 de abril y 13 de mayo de 1996 y 29 de diciembre de 1997.

lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones. Segundo, debe haber una concreción en la declaración, es decir, esta debe hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar. Tercero y último, debe haber una ausencia de contradicciones, manteniendo el relato, la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes⁶³.

En estos supuestos, suele haber un denominador común que es la falta de concreción en las fechas o en la presencia de testigos, directos o de referencia. Como la Sala 5ª considera se debe atender al nivel de fijeza que cualquier persona en las mismas circunstancias sería capaz de relatar. Lo cual se une con que, con cierta habitualidad, estos delitos suelen acceder a la instrucción penal tiempo más tarde de que los hechos hayan tenido lugar. ¿Cómo debe valorarse la tardanza o dilación en relatar los hechos? Porque, al mismo tiempo, el transcurso del tiempo puede ser considerado como una tacha en la verosimilitud de la declaración de la víctima o como una señal del envejecimiento sufrido que impide a esta poner en conocimiento de las autoridades judiciales los actos sufridos. En este punto, la jurisprudencia ha sido más o menos constante al afirmar que, en relación a la denuncia de una agresión sexual, la demora debe ser valorada teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes. Es decir, nuevamente bajamos al caso concreto y al conjunto de circunstancias fácticas que hayan quedado acreditadas en el procedimiento y al entorno en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la víctima, especialmente destacables en el ámbito de las FAS bajo el principio de jerarquía y disciplina⁶⁴.

La frecuencia de la tardanza en denunciar los hechos ha sido reconducida en la jurisprudencia de la Sala 5ª al concepto de victimización secundaria⁶⁵. Precisamente para evitar este proceso de victimización el sujeto pasivo del delito de abuso de autoridad en algunas ocasiones no pone en conocimiento de las autoridades competentes los hechos. Las reacciones psicológicas de las víctimas se suelen explicar siguiendo una pauta general que divide en tres etapas el proceso de integración del delito en el fondo de las vivencias personales de la víctima. La primera fase es la llamada etapa de desorganización, la cual se caracteriza por el shock causado por el suceso. La víctima no sabe qué hacer, los sentimientos se entremezclan, la víctima experimenta miedo, vergüenza. La sensación de vulnerabilidad se acentúa. El miedo hace acto de presencia, provocando una desorientación general en la víctima. Este shock influirá de diversas maneras en la persona ofendida: particularmente en la decisión de denunciar o no. La segunda parte es de redefinición cognitivo-conductual. En este contexto la resolución de la víctima

⁶³ En este sentido, Sentencia de la Sala 5ª de 21 junio 2004 y la de la Sala 2ª de 18 de junio de 1998.

⁶⁴ A pesar de ello, la Sala 2ª también se ha hecho eco de la valoración del entorno social en el que se desarrollan las relaciones personales del agredido y el agresor. Entre otras, Sentencia de 24 de febrero de 2003 o de 12 de diciembre de 2005. La propia Sala 5ª las ha invocado en algunas ocasiones, por ejemplo, en la Sentencia de 23 de septiembre de 2011 o la de 4 de diciembre de 2012.

⁶⁵ Pocas Sentencias han hecho mención expresamente este proceso criminológico. Entre ellas, las ya citadas de 9 de diciembre de 2008, 23 de septiembre de 2011 o 4 de diciembre de 2012.

de revelar lo ocurrido dependerá de la personalidad y características de cada uno, tan variadas como lo son los supuestos de victimización⁶⁶.

CONCLUSIONES.

- I. El artículo 106 del CPM sanciona, dentro de los delitos de abuso de autoridad, el trato inhumano o degradante dispensado por el superior hacia el subordinado.
- II. La simpleza del tipo penal hace que no se recoja qué nivel debe tener dicho trato inhumano o degradante para que tenga consideración penal y no meramente disciplinaria.
- III. Un criterio de interpretación histórica no permite determinar qué listón mínimo de gravedad debe ser requerido toda vez que este precepto fue novedoso en el ordenamiento penal militar con la promulgación del CP vigente.
- IV. Un criterio de interpretación sistemático nos lleva a la batería de tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos y libertades fundamentales. En todos, la consideración del trato inhumano o degradante queda reservado a supuestos muy graves de afectación intensa como el delito de torturas.
- V. La jurisprudencia de la Sala 5ª ha ratificado sentencias de instancia en la que los hechos no han alcanzado la gravedad exigida por los tratados internacionales por lo que el criterio de interpretación sistemático no vale para poder resolver el objeto del presente estudio.
- VI. La Sala 5ª ha introducido una serie de criterios valorativos que le han permitido diferenciar según los casos que supuestos de hecho superan o no la barrera de gravedad inherente al concepto jurídico de trato inhumano o degradante. No hay cánones de interpretación fijos o determinados sino que la Sala acude al caso concreto, si bien lo hace con base a ciertos pilares jurisprudenciales inamovibles como es el hecho de que este delito es de mera actividad y requiere un dolo genérico por lo que no se precisa la existencia de un resultado lesivo separado en el tiempo y vincula causalmente a los hechos y, por otro lado, no exige ningún elemento subjetivo del injusto, ninguna intención de causar el trato inhumano o degradante.
- VII. El peligro de acudir al caso concreto por parte de los Tribunales Militares Territoriales y del Tribunal Militar Central así como la Sala 5ª puede conllevar el hecho de que hechos parecidos o similares puedan ser estimados como delito o como falta disciplinaria, de tal modo que

⁶⁶ En esta línea, la Sentencia de 1 de junio de 2010 ya consagra una línea jurisprudencial por la cual las alegaciones de tardanza en denunciar no pueden restar credibilidad a las afirmaciones de la víctima al afirmar que *«en esta clase de delitos no es infrecuente ni anómalo una cierta demora en la denuncia de los hechos, entre otras razones por la sensación de vergüenza y vulnerabilidad que generan, y el temor a los efectos de una victimización secundaria que se originan por el conocimiento público de lo sucedido»*. Por ello, debe tenerse en cuenta *«las circunstancias y la lógica desorientación y dudas que una agresión de esta naturaleza genera»*.

puede aparecer la sombra de la inseguridad jurídica al no haber un rasero que se pueda determinar con más o menos fijeza.

- VIII. Para hacer frente a dicha posible inseguridad, sí, en cambio, se debe recordar los condicionantes de la valoración probatoria de la declaración de la víctima, la importancia de las consecuencias dañosas de la acción plasmadas en pruebas documentales (bajas médicas, reconocimientos psiquiátricos o psicológicos, expedientes de pérdida de aptitud psicofísica) o en pruebas periciales que permitan calibrar el daño y el propio fondo casuístico jurisprudencial de los órganos de la jurisdicción militar en lo que atañe a las acciones, omisiones, expresiones, amenazas, calumnias, acosos o abusos de cualquier clase.
- IX. Los procesos de victimización secundaria son de especial importancia en este campo. El papel del Ministerio Fiscal junto con las acusaciones particulares que puedan personarse en estos procesos reviste una trascendencia inusitada a la hora de interponer la acción penal y mantenerla hasta la resolución definitiva.

5. EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE OBJETIVIDAD EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL ESTATUTO DEL MILITAR

*Juan José Herbón Costas
Capitán auditor*

SUMARIO: I. Una aproximación al concepto de «objetividad de la actuación de la Administración». 1.1. La neutralidad del Estado y la objetividad de la Administración. 1.2. Objetividad, imparcialidad, neutralidad. 1.3. La neutralidad como fundamento de las limitaciones del estatuto del militar. II. La libertad ideológica de los militares. 2.1 Introducción. 2.2 Libertad ideológica. 2.3 El control de los datos de afiliación profesional. 2.4 Libertad religiosa. III. Las libertades de expresión e información. 3.1 Configuración constitucional. 3.2 El militar y la libertad de expresión. 3.3 La libertad de expresión e información y el derecho de asociación profesional. IV. El sistema de incompatibilidades y la neutralidad política. 4.1 La inelegibilidad para cargos públicos representativos. 4.2 La incompatibilidad profesional. Conclusiones. Bibliografía.

I. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE «OBJETIVIDAD DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN»

1.1 LA NEUTRALIDAD DEL ESTADO Y LA OBJETIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

La Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (en adelante, CE) consagró en su artículo 103.1 el mandato de objetividad en la actuación de las Administraciones públicas: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Este principio resultaba imprescindible para la transformación de la sociedad española de la transición en una democracia equiparable al resto

de las existentes en la Europa occidental. Con la aprobación de la legislación sobre asociaciones políticas¹ en 1978 se había abandonado el régimen de partido único que había regido durante los casi cuarenta años de gobierno del general Franco, abriéndose la puerta a la consolidación de un sistema político pluralista, surgiendo con él la descarnada competencia partidista por acaparar cargos políticos y administrativos, que durante la Dictadura habían sido copados en muchos casos por los afines al régimen².

La nueva Constitución democrática exigía, por tanto, la objetividad de la actuación de las administraciones públicas, es decir, de la personificación jurídica a través de la que el Estado actúa. Pero, ¿existe realmente tal objetividad en la Administración?

Díez-Picazo ha planteado una cuestión previa, como es la existencia de una neutralidad ideológica del Estado, dada la ausencia de una expresa previsión constitucional al respecto, al estilo de la que contiene el artículo 16.3 CE estableciendo la aconfesionalidad del Estado. Entiende por neutralidad del Estado que «los poderes públicos, cualquiera que sea su naturaleza (legislativa, ejecutiva, judicial) o nivel (estatal, autonómico, local), deben abstenerse de participar en cualquier debate sobre ideas y creencias políticas, morales, filosóficas, estéticas, etc.», y apunta a que dicho principio «probablemente está implícito en la Constitución», y se asiente tanto en la consagración del pluralismo político como un valor superior de nuestro Ordenamiento Jurídico (art. 1.1 CE), como, sobre todo, en la prohibición de discriminación ideológica consagrada por el artículo 14 CE, pues «de la Constitución surge una legítima expectativa de que los poderes públicos mantendrán un comportamiento mínimamente neutral en los debates sobre ideas y creencias»³.

Siguiendo esta misma orientación, Blanquer afirma que «la neutralidad es a la política lo que la aconfesionalidad a la religión. Para que la Administración sea laica no es imprescindible que los funcionarios lo sean; las manifestaciones religiosas de los servidores públicos no comprometen la neutralidad de la Administración»⁴.

Por tanto, el mandato de objetividad en la actuación administrativa quedaría condicionado, no podría entenderse como un concepto absoluto, pues la función de la Administración es la de desarrollar las políticas concretas que cada gobierno delinea en ejecución de las leyes emanadas por las respectivas mayorías parlamentarias. Lo que lleva a algún sector de la doctrina a sostener, dando la razón a quienes defienden que la idea de la separación absoluta entre política y Ad-

¹ Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos.

² Sobre la inserción en la Administración de personas afines al bando nacional tras la finalización de la Guerra Civil, véase Nieto, A. (1976) «De la República a la Democracia: la Administración española del franquismo», *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 11, octubre-diciembre, pp. 567-583.

³ Todas las citas se encuentran en Díez-Picazo, L. M. (2003), *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, p. 218.

⁴ Blanquer Criado, D., *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid, 1996, p. 517.

ministración no es más que un mito, una *factio iuris* «cuya única consistencia sea ideológica»⁵, que «estas personas físicas [los servidores públicos] que son en realidad las que pueden poner en marcha y mantener con vida los distintos órganos, en cuanto estos, como el Estado y los demás entes, no son más que un artificio, siempre suelen tener, en la cumbre de la jerarquía, a unos órganos, y a unas personas, encargados de marcar directrices, dar órdenes, y decir la última palabra, que no son de carácter administrativo, sino político»⁶. Por lo que resulta evidente que, si bien la Administración debe ser objetiva en su actuación, la misma cumple los fines marcados por el ejecutivo de turno, que es un poder eminentemente político.

1.2 OBJETIVIDAD, IMPARCIALIDAD, NEUTRALIDAD.

A pesar de que la Constitución utiliza el término «objetividad» al referirse en su artículo 103.1 al modo de actuación de la Administración, es usual tanto en la doctrina como en la jurisprudencia el referirse a términos aparentemente sinónimos como son los de «neutralidad» e «imparcialidad». En el ámbito internacional es el término *duty of political neutrality* el empleado usualmente para referirse a este principio de actuación del servidor público⁷. Pero ya Guaita señalaba que la exigencia de una neutralidad política y sindical a los militares «abarca y comprende bastante más que servir “con objetividad los intereses generales” que es lo que se exige de la Administración en general (es decir, aquí, la civil) por el artículo 103.1 de la Constitución»⁸. Con lo que la sinonimia apuntada en la jurisprudencia⁹ y buena parte de la doctrina científica quizá no sea más que mera confusión terminológica.

Se hace preciso, por tanto, definir el objeto de estudio. ¿Qué es la «objetividad» de la que la Constitución habla?

Brey¹⁰ ha realizado un acercamiento a estos conceptos presuntamente sinónimos de la objetividad, la neutralidad y la imparcialidad, en el campo de las relaciones existentes entre la función jurisdiccional y la política: «la imparcialidad, [es] un concepto que a veces se confunde con el de neutralidad y que no siempre ha sido correctamente interpretado». Sostiene que quienes defienden la neutralidad política del juez, entendida como alejamiento de cualquier ideología, encarnan una posición típica dentro de las filas del conservadurismo político,

⁵ Álvarez Álvarez, J. (1987), «Neutralidad política y carrera administrativa de los funcionarios públicos», *Documentación Administrativa*, nº 210-211 (mayo-septiembre), p. 75.

⁶ Martín del Burgo y Marchán, A. (1983), «La Administración asediada», *Revista de Administración Pública* nº 100-102, vol I, enero-diciembre, p. 818.

⁷ Nolte, G. (ed.) (2003), *European Military Law Systems*, De Gruyter Recht, Berlín, p. 5.

⁸ Guaita, A. (1989), «Los derechos fundamentales de los militares», *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid, p. 584.

⁹ Un ejemplo de esta línea argumentativa lo representa, por poner un ejemplo, la STS V de 15 de febrero de 2012, F. D. 2º: «preservar no solo la necesaria objetividad e imparcialidad de dicho personal que puede quedar comprometida con el desempeño de actividades relacionadas con la función».

¹⁰ Brey Blanco, J. L. (2004), «Los jueces y la política. ¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2004, p.38.

que enmascara en realidad una clara posición ideológica que ha sido denunciada por la teoría, de origen marxista, del «uso alternativo del Derecho»: considerar la política como una actividad esencialmente nociva que contaminaría al juez, y que pretende alejar al mismo del compromiso con los valores que deben imperar en un Estado social y democrático de Derecho¹¹.

Utilizando métodos hegelianos, rechaza el autor el modelo del *juez apolítico*, entendido este como juez ideal abstraído de las opiniones e ideologías que en la sociedad existen, al resultar irreal por conferir al juez, que es un ser humano, cualidades semidivinas (tesis). También rechaza el modelo del *juez político o politizado*, tanto en su versión propia de los sistemas jurídicos autoritarios (en los que el magistrado dedica sus esfuerzos a proteger los intereses del grupo dirigente), como en el sentido del juez que adopta sus decisiones no conforme a la Ley, sino a sus convicciones, sean estas o no coincidentes con la del poder establecido¹², al no tener cabida en un sistema democrático por exigencias de la Justicia (antítesis). ¿Cuál sería la síntesis? El modelo de juez continental, en el cual el juez no es neutral —porque tiene que encarnar en sus resoluciones los valores de lo «justo»—, pero sí imparcial —pues resuelve conforme a Derecho y no a sus convicciones personales—¹³. Por ello solo se puede hablar de neutralidad judicial de manera indirecta, como imparcialidad en sentido objetivo.

La imparcialidad presenta dos facetas: la objetiva se refiere a la independencia del poder judicial como poder del Estado, y surte efecto garantizando el necesario equilibrio entre los poderes del mismo; la subjetiva se remite al ejercicio concreto por cada juez o magistrado de su función al decidir cada caso. Por tanto, la Justicia como institución (si se puede hablar de tal) es neutral en tanto en cuanto se presenta como tercero que interviene en una disputa para zanjarla, al ser un ente independiente de ambos contendientes —aquí encuadraría la vinculación de la neutralidad con la independencia—, pero el juez que decide el caso concreto es imparcial y no neutral, pues al resolver está contaminado por valores presentes en la sociedad que, respetando el Derecho vigente, se manifiestan en sus sentencias. La neutralidad sería una consecuencia del paso de un sistema de justicia autocompositiva (en el que cada ciudadano se tomaría la justicia por su mano) a uno heterocompositivo, en el que la neutralidad estaría garantizada por la misma existencia del Estado que se dota de un poder judicial neutro que está compuesto por jueces y magistrados imparciales e independientes que resuelven los conflictos entre los particulares¹⁴.

El acercamiento desde la perspectiva judicial no parece aclarar el problema, dada la diferente posición que frente al resto de funcionarios públicos ostentan

¹¹ *Ibidem*, p. 38.

¹² Existe un tercer sentido de la expresión juez político, que es el aceptado por el Ordenamiento jurídico estadounidense, el del juez creador del Derecho, en el que las resoluciones jurisdiccionales son fuentes del Derecho y gozan de un gran margen de independencia respecto de las instituciones políticas, como señalan Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (1999), *Los Jueces y la política*, Taurus, Madrid, 1999, pp. 66 y ss.

¹³ Brey Blanco, J. L., «Los jueces y la política...», cit., pp. 43-49.

¹⁴ *Ibidem* pp. 51-54.

los jueces y magistrados, quienes al dictar sus resoluciones encarnan al tercero de los poderes del Estado. Y tampoco da una definición clara de qué sea la neutralidad, más allá de calificarla como un atributo de la Institución judicial en su conjunto, entendida como colectivo profesional o tercer pilar de la división de los poderes del Estado.

Lo cierto es que la mayoría de las normas jurídicas y de las resoluciones jurisdiccionales¹⁵ emplean el término «neutralidad política» para concretar las limitaciones que el mandato de objetividad en la actuación administrativa impone en el Estatuto personal de los funcionarios públicos. Así lo hace el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (en adelante LODDFAS): «El militar está sujeto al deber de neutralidad política». Y cuando se habla de neutralidad política todo el mundo parece saber de qué se está tratando: alguien es neutral políticamente cuando no toma partido por ninguna de las opciones partidarias presentes en la sociedad democrática. Podría concluirse, dada la palmaria naturaleza política del ser humano que, en realidad, nadie es neutral políticamente, puesto que el mero ejercicio del sufragio activo supone una toma de postura que desvirtuaría tal utópica neutralidad, incluso aunque el voto emitido lo fuera en blanco.

Ahora bien, y fuera de este común acuerdo: ¿qué es, cómo se define, en qué consiste en realidad la neutralidad política del funcionario público? ¿Es sinónimo de imparcialidad? ¿Y de objetividad? ¿En qué circunstancias se constituye en una causa de exclusión o limitación de los derechos y libertades fundamentales del funcionario? ¿En todo momento? ¿Solo durante el desempeño de sus funciones administrativas? ¿También fuera del servicio público? ¿Alcanza por igual a todos los funcionarios públicos, civiles y militares? ¿También a los cargos de designación política?

Desde una perspectiva liberal, la neutralidad política constituye el rasgo distintivo de una democracia constitucional. Y su entronque histórico habría que situarlo como la evolución lógica de la tolerancia religiosa que se asentó en Europa durante los siglos XVI y XVII en el marco de las *guerras de religión*: la aceptación por el Estado de que «las cuestiones sobre la vida buena no pertenecen a la jurisdicción del Estado», sino a la libre elección del particular¹⁶.

La neutralidad política del funcionario público es inherente, por tanto, a los regímenes políticos democráticos, frente al principio de fidelidad funcional propio de los sistemas autoritarios. Y entronca la discusión sobre su

¹⁵ En el ámbito jurisprudencial véase, por ejemplo, la STS V de 25 de enero de 2011, F. D. 4º: «Lo venimos diciendo así sobre todo para mantener la disciplina consustancial a las Fuerzas Armadas y a los institutos armados de naturaleza militar, y asimismo para proteger al deber de neutralidad política de los militares (SS. 23 de marzo de 2005 y 17 de julio de 2006), pero siempre que no reduzcan a los miembros de las Fuerzas Armadas al puro y simple silencio, como dijimos en Sentencia de 19 de abril de 1993».

¹⁶ Melero de la Torre, M. C. (2006), «Neutralidad política y neutralización de la cultura. ¿Un Estado laico requiere una sociedad secularizada?», *Europa, siglo XXI: Secularización y estados laicos*, pp. 46-48.

significado con las dos concepciones que han sido defendidas doctrinalmente en torno al papel que juega la Administración en un régimen democrático¹⁷: la concepción weberiana de la dominación legal-racional, mayoritariamente seguida por la doctrina (superada actualmente la posición institucional), que caracteriza a la Administración como un ente instrumental al servicio del poder político legítimamente constituido, en el que los funcionarios quedan obligados a prestar obediencia absoluta a sus jefes, teniendo que obrar a veces en contra de sus propias convicciones, e insertos en un aparato administrativo que carece de fines propios, reduciéndose su función a cumplir las tareas que le son encomendadas por el gobierno. De este carácter instrumental de la Administración deriva, directamente, la neutralidad política de los empleados públicos, que deben prestar sus servicios con independencia del color político del gobierno de turno, y que lleva aparejada, como contraprestación, la inmovilidad en el empleo.

La «“neutralidad política” [debe ser] entendida como servicio a todos los ciudadanos, incluidos los que puedan ser rivales políticos»¹⁸, y vincula a los funcionarios públicos que «vienen obligados, en el ejercicio de sus funciones, a emitir sus dictámenes, juicios y resoluciones con total objetividad, al margen de sus opiniones personales y, especialmente, con independencia de su propia ideología política»¹⁹.

Llegados a este punto, parece que los términos cuestionados presentan una clara sinonimia: la objetividad de la administración impone el deber de neutralidad del funcionario, que se ve obligado a desarrollar sus funciones con absoluta imparcialidad.

Las conclusiones del autor que quizá haya realizado el estudio más exhaustivo de la neutralidad en el ámbito de la función pública, Vassilios Kondylis²⁰, confirman esta conclusión. Propone este autor una doble acepción de neutralidad, siendo la primera de ellas, puramente etimológica, clarificadora: el origen del término se encuentra en el vocablo latino *neutralis*, pudiendo definirse como «no tomar partido», siendo el término «neutro» sinónimo de «imparcial» y de «objetivo», e integraría en su contenido dos facetas: la positiva, identificada como el desarrollo de un comportamiento imparcial y objetivo, y la negativa, que supone una no intervención o abstención. Neutralidad equivaldría a resolución imparcial, objetiva, sin contaminación ideológica.

Por lo tanto, y a modo de conclusión, objetividad, imparcialidad y neutralidad son términos sinónimos, plenamente intercambiables en el sentido que la jurisprudencia española, ordinaria y constitucional, acostumbra.

¹⁷ Álvarez Álvarez, Julián, «Neutralidad política y carrera administrativa...», cit., pp. 72-73.

¹⁸ García-Cano Lizcano, F. (2004), «Pluralismo moral y neutralidad política», *Filosofía práctica y persona humana*, 2004, p. 552.

¹⁹ Álvarez Álvarez, J., «Neutralidad política y carrera administrativa...», cit., pp. 71-72.

²⁰ Kondylis, V. (1994), *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, pp. 3-12.

1.3 LA NEUTRALIDAD COMO FUNDAMENTO DE LAS LIMITACIONES EN EL ESTATUTO JURÍDICO DEL MILITAR.

Pero la segunda acepción propuesta por Kondylis resulta mucho más útil, pues es jurídica y política y, desde una perspectiva de Derecho Público interno, que es la que aquí interesa, relaciona la neutralidad con la acción del Estado, con los poderes moderadores del Estado fuera de los conflictos políticos, sociales o religiosos acaecidos en su interior, con el fin de garantizar el orden público y contribuir al desarrollo social, noción vinculada directamente con el sistema político liberal o con los poderes que el rey ostentaba en la monarquía constitucional según la concepción de B. Constant.

La neutralidad despliega sus efectos sobre el régimen jurídico de la función pública, abriendo, a su vez, un triple campo de reflexión. En primer lugar, la *neutralidad en la gestión de la función pública* implica la protección de esta frente a presiones externas, del tipo que fueren, pero principalmente políticas: es la *neutralidad-protección*, que en su vertiente negativa supone la no intervención de criterios políticos en el Estatuto jurídico de la función pública, y en el positivo, la no injerencia de criterios políticos o de cualquier otra naturaleza, pero en todo caso no profesionales, en la gestión del personal. Garrido Falla coincide con este planteamiento, al subrayar que «la neutralidad política de la Administración determina en esta una forma típica de actuar, en cuanto institución, a la que en otra ocasión he llamado “la eficacia indiferente” [...] en el siguiente sentido: que se debe ser eficaz [el funcionario] tanto si se perjudica como si se favorece la política del Gobierno que está en el poder»²¹.

El segundo sentido de la neutralidad, según Kondylis, surte sus efectos *en su relación con el funcionario público individualmente considerado*, que también es ciudadano, y lleva a la imposición de limitaciones o restricciones en el disfrute de algunos de sus derechos políticos o sindicales derivados de su condición profesional (afiliación a partidos y sindicatos, derecho de huelga, libertad de expresión, de manifestación...), que lo convierten en un «ciudadano de segunda clase»²²: estamos en presencia de la *neutralidad-abstención/restricción*, o como sostuviera Epstein, la «esterilización política» del funcionario, o el aspecto negativo de la neutralidad²³.

²¹ Garrido Falla, F. (1980), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, pp. 1029-1030, y pone como ejemplo la llegada al Gobierno británico del Partido Laborista en 1945, encontrándose una administración copada por una *administrative class* salida de las universidades más conservadoras del país, que salió robustecida de dicha prueba al aplicar sin obstáculo alguno una política desconocida hasta entonces en el Reino Unido. Pero también exige, al mismo tiempo, garantizar la neutralidad administrativa del Gobierno, la no intervención de este en la carrera funcionarial.

²² Expresión que fue por primera vez empleada por el juez Douglas en 1947 en la Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense «Union Public Workers of America (C.I.O.) et al. v. Mitchell et al.», de 10 de febrero de 1947, para definir la situación del *civil servant* ante el ejercicio de los derechos políticos.

²³ Epstein, L. D. (1950), «Political sterilisation of Civil Servants. The United States and Great Britain», en *Political Administration Review*, volumen X, n° 4, otoño, pp. 281-290.

Finalmente, la neutralidad en la función pública puede jugar un papel relevante en un tercer orden de relaciones: en *la acción de los agentes públicos*, configurada como *neutralidad-imparcialidad*, debiendo garantizarse los derechos de los administrados a disfrutar de los servicios públicos en condiciones de igualdad, de manera imparcial y sin discriminación de ningún tipo (aspecto positivo), así como la abstención del funcionario de manifestar sus opiniones en el ejercicio de sus funciones (salvo cuando su desempeño profesional así lo exija) y de prevalerse de su función para hacer preponderar sus opciones políticas, haciendo proselitismo o propaganda que le haga aparecer como un hombre de partido (aspecto negativo)²⁴.

Ya en España, Peñarrubia²⁵ defendió una visión de la neutralidad política en el seno de la Administración en el sentido apuntado por Kondylis, señalando además que la evolución del Derecho de la función pública en todos los países occidentales tras la II Guerra Mundial ha girado en torno a dos ejes: el de la potenciación del concepto de neutralidad en su vertiente de imparcialidad, es decir, de exigencia de actuación objetiva y neutral a los funcionarios públicos en los asuntos que deban despachar en el ejercicio de sus funciones, y el de la afirmación de la condición de ciudadanos de pleno derecho de los funcionarios, atenuando ostensiblemente la neutralidad política como causa legitimadora de las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales de los que son titulares²⁶.

Por lo tanto, y desde una perspectiva puramente estatutaria, puede concluirse que el mandato de objetividad en la actuación de la Administración exigido por la Constitución, se configura como un deber estatutario, el de neutralidad política, que conlleva la restricción (cuando lo la completa exclusión) de algunos de sus derechos fundamentales del funcionario, restricción que es compensada por el privilegio de la inamovilidad en el empleo, que actúa como contrapeso: «Con el paso del tiempo el sistema de función pública se justificará también por su capacidad de neutralizar políticamente a la Administración frente al riesgo de apropiación por los partidos a que conduce inexorablemente el modelo liberal de *spoils system*. La burocracia profesional, políticamente neutra, es ciertamente un colchón que amortigua el fragor de la lucha política, una transacción inteli-

²⁴ Chevalier, J. (1986), «La gauche et la haute administration sous la cinquieme republique», en *La haute administration et la politique*, Presses Universitaires de France, p. 15, citando a Mandrin, J. (1967), *L'énarchie*, Table ronde, París, señala que esta significación de la neutralidad fue rechazada por la izquierda francesa a mediados de los años 60 del siglo pasado, por considerarse un truco de la burguesía para esconder sus intereses: «la idea de una pretendida neutralidad administrativa es uno de los elementos de la mistificación por la que la burguesía se esfuerza por cubrir de una legitimidad universal el ejercicio de sus intereses. Y como tal debe ser absolutamente exterminada»

²⁵ Peñarrubia Iza, J. M. (2000), *Presupuestos constitucionales de la Función militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 149-152. En primer lugar, como un *criterio de gestión de la función pública* (configurándose como un sistema de protección frente a las injerencias de la política en el funcionariado); en segundo lugar, como una *parte integrante del estatuto jurídico de los empleados públicos* (y aquí funciona como causa de limitación del ejercicio de alguno de los derechos fundamentales, principalmente políticos, que estos tienen reconocidos); y, finalmente, como *criterio de actuación de los agentes públicos* (materializándose aquí en la imparcialidad que debe presidir la actuación de estos).

²⁶ *Ibidem*, p. 151.

gente entre dos valores igualmente democráticos: el del sistema electivo y el de la correspondencia de los cargos y funciones con la mayor capacidad o mérito, un reparto de poder entre los representantes políticos y la aristocracia profesional, algo necesario para la propia supervivencia del sistema democrático»²⁷²⁸.

II. LA LIBERTAD IDEOLÓGICA DE LOS MILITARES

2.1 INTRODUCCIÓN.

La libertad ideológica y religiosa ha sido considerada por la doctrina como el primer derecho fundamental en ser reclamado y reconocido. Producto de las guerras de Religión que asolaron Europa en los siglos XVI y XVII, se materializó en el principio *cuius regio, eius religio*, como el derecho a profesar la confesión religiosa que libremente se eligiera, tras las paces de Augsburgo (1555) y Westfalia (1648).

Recogidas estas libertades por los artículos 16 CE²⁹ y 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁰ (en adelante, CEDH), se ha criticado la escasa precisión terminológica empleada por la Carta Magna, que omitió mencionar en el texto del artículo 16 las libertades de conciencia y pensamiento (que sí son recogidas de manera separada por el CEDH), discutiéndose si efectivamente estas dos últimas libertades se encuentran amparadas por dicho precepto³¹.

²⁷ Parada Vázquez, R. (2007), *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 19ª edición, Marcial Pons, Madrid, pp. 350-351.

²⁸ Frenández-Carnicero González, C. J. (1983), «La burocracia como tradición», *Revista de Administración Pública* n° 100-102, vol II, enero-diciembre, p. 1645, atribuye el origen de la expresión «burocracia» al fisiócrata francés Vincent de Gournay, quien a mediados del siglo XVIII se habría referido con ella «al poder del cuerpo de funcionarios y empleados de la Administración estatal en la monarquía absoluta».

²⁹ Artículo 16 CE: «1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos 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».

³⁰ Artículo 9 CEDH: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

³¹ Martínez de Pisón, J. (2004), «La libertad de conciencia en la Constitución española» *Revista de Derecho de la Universidad de la Rioja*, n° 2, pp. 59-63, p. 61 : «El defecto en la terminología, pues, no es una mera cuestión nominalista, sino es un asunto de más calado y que afecta a la especificación de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución».

Sea como fuere, este derecho fundamental guarda una indudable relación con el valor superior del Ordenamiento del pluralismo político, consagrado por el artículo 1.1 CE³², crucial para el mantenimiento de un régimen democrático, especialmente en el caso de España cuya historia ha sido calificada como una historia de intolerancia³³.

La libertad ideológica y religiosa albergan en su seno dos vertientes o aspectos. Uno positivo, consistente en la libre elección y manifestación de las ideas o creencias que libremente se deseen asumir como propias. Y otro negativo, que protege al titular frente a presiones para declarar sobre las ideas o creencias que libremente se profesen. Estas dos facetas conllevan como corolario que el Estado debe mantener una actitud neutral en materia ideológica, neutralidad que llevada a la esfera religiosa se materializa en el mandato constitucional de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE).

2.2 LA LIBERTAD IDEOLÓGICA.

La libertad ideológica, en su vertiente positiva o de libre elección y manifestaciones de la opciones de conciencia, guarda estrecha relación con otras libertades y derechos fundamentales como la libertad de expresión, puesto que las libres convicciones pueden ser expresadas públicamente, o la libertad de asociación, pues puede fundamentar la constitución de organizaciones de todo tipo para defender los intereses de los grupos de personas que compartan planteamientos idénticos (partidos políticos, sindicatos...), o los derechos de reunión y manifestación, puesto que las agrupaciones de personas con ideologías similares pueden mostrar públicamente dichas convicciones...Y esta relación va a hacer que la tipificación como infracción disciplinaria de las conductas que mediatamente puedan coartar la libertad ideológica del militar restrinjan, en realidad, de manera directa el ejercicio de estos u otros derechos fundamentales a través de los que la libertad religiosa va a manifestarse.

La esterilización política de los militares profesionales ha sido objeto de debate en la doctrina, sin que pueda decirse que se haya llegado a soluciones concluyentes. Pues mientras Huntington sostiene que solamente la profesionalización del militar le convierte en «políticamente estéril y neutral [...] Un cuerpo de oficiales altamente profesional se mantiene preparado para desarrollar los deseos de cualquier grupo civil que asegure una autoridad legítima dentro del Estado»³⁴, Finer opone el hecho incontestable de que ejércitos altamente profesionalizados, como el alemán o el japonés en el período de entreguerras, intervinieron activamente en la política de sus respectivos países³⁵.

³² Díez-Picazo, L. M. (2003), *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 209.

³³ Martínez de Pisón, J. (2004), «La libertad de conciencia...», cit, p. 60.

³⁴ Huntington, S. P. (1957), *The Soldier and the State: the Theory and Practice of Civil-Military Relations*, Belknap/Harvard, p. 84.

³⁵ Finer, S. (2002), *The man on horseback. The Role of the Military in Politics*, Transaction Publishers, New Brunswick (USA) and London (UK), p. 25.

Nolte³⁶ ha identificado tres niveles distintos de esterilización política de los militares en el ámbito europeo. En un primer grupo se encontrarían los países que siguen la concepción francesa de considerar las Fuerzas Armadas como «*la Grande Muette*» (*el gran mudo*), encabezados como no podía ser de otra manera por Francia, seguida por su alumna aventajada en materia de estatuto castrense (España) y por Polonia. En estos países la neutralidad política del militar es considerada como un «valor constitucional» («*constitutional value*»), por el que los militares quedan excluidos de cualquier actividad política dentro o fuera del servicio, además de prohibírseles la afiliación a cualquier tipo de organización política, siendo España, según alguna doctrina, el país más restrictivo de la Unión Europea en el reconocimiento de las libertades políticas del militar³⁷.

En una posición más moderada se encontrarían Bélgica, Italia y el Reino Unido de la Gran Bretaña; en Bélgica los militares pueden ser miembros de un partido en su condición de *technical expert* (experto técnico), y si se involucran en actividades políticas no pueden hacer uso en las mismas de su condición profesional. En el Reino Unido tienen reconocidos los mismos derechos en materia política que el resto de ciudadanos, con la única limitación de no violar los preceptos del Código Penal Militar, «incluida, por ejemplo, la regla de buena conducta», pudiendo ser miembros de partidos pero no pudiendo participar en la organización o actividades de los mismos.

Finalmente, las posiciones más avanzadas (en las que no solamente se tolera, sino que se llega a animar la actividad política del militar fuera del servicio, si bien con ciertos límites) son las patrocinadas por Dinamarca, Alemania y los Países Bajos, en las que los militares pueden tomar parte activa en política cuando se encuentran fuera de servicio, permitiéndose la afiliación a partidos y el activismo dentro del mismo, llegándose en Dinamarca a no exigirse siquiera una particular lealtad del militar al sistema democrático, quedando limitadas sus actividades por la prescripciones del Código Penal Castrense y las leyes disciplinarias militares. En los Países Bajos se permite la participación de militares en manifestaciones dentro de recintos militares, siempre y cuando se haya obtenido permiso de las autoridades castrenses.

Como ya se ha apuntado, España establece el deber de neutralidad política del militar (art. 7 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en adelante LODDFAS)³⁸. Pero

³⁶ Nolte, Georg (2003), *European Military Law Systems*, cit., pp. 5-6.

³⁷ Cotino Hueso, L. (2002), *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 378.

³⁸ Con este texto: «1. El militar está sujeto al deber de neutralidad política. No podrá fundar ni afiliarse a partidos políticos y mantendrá una estricta neutralidad pública en relación con la actuación de los partidos políticos. 2. El militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco permitirá su ejercicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, salvo las que para el personal civil se contemplan en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y demás legislación aplicable. En todo caso mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos. Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindi-

la LODDFAS omite mención alguna a la titularidad por los uniformados del derecho fundamental a la libertad ideológica, del que evidentemente disfrutaban por la aplicabilidad directa que el artículo 16.1 CE. Lo que sí regula la normativa castrense son los límites establecidos al ejercicio de este derecho, que quedan establecidos por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante LORDFAS 1998), que sanciona las infracciones que a este mandato de neutralidad puede realizar el militar en el ejercicio de otros derechos fundamentales como son el de asociación política o sindical³⁹ o de libertad de expresión⁴⁰, sanciones que son mantenidas por el nuevo régimen disciplinario que entrará en vigor el 5 de marzo de 2015, aprobado por la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante LORDFAS 2014), bien como faltas leves (artículo 6.1)⁴¹,

cal, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán 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 Fuerzas Armadas».

³⁹ Como falta leve en el artículo 7.32 («Prestar colaboración a organizaciones políticas o sindicales, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida. Los militares de reemplazo deberán cumplir su obligación de respetar el principio de neutralidad»), y como falta grave en el artículo 8.34 («Sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida, estar afiliado a alguna organización política o sindical, asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical, ejercer cargos de carácter político o sindical o aceptar candidaturas para ellos con las excepciones establecidas por las leyes»)

⁴⁰ Bien como faltas leves en los artículos 7.29 («Emitir o tolerar expresiones contrarias, realizar actos levemente irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones y poderes o las personas y autoridades que las encarnan, la Bandera, Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, así como contra los representantes de otras naciones, las Fuerzas Armadas y los Cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así como sus mandos y autoridades militares cuando no constituyan infracción más grave o delito») y 7.31 («Expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales o que afecten al debido respeto a decisiones de Tribunales de Justicia»), como falta grave artículo 8.32 («Emitir o tolerar manifiesta y públicamente expresiones contrarias, realizar actos irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones y poderes o las personas y autoridades que las encarnan, la Bandera, Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, así como contra los representantes de otras naciones, las Fuerzas Armadas y los Cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar; así como sus mandos y autoridades militares cuando no constituyan infracción más grave o delito») o como causa de sanción disciplinaria extraordinaria, en el artículo 17.4 («Manifestar, mediante expresiones o actos con trascendencia pública, una actitud gravemente contraria a la Constitución o a su majestad el Rey »).

⁴¹ Con este texto: «Son faltas leves, cuando no constituyan infracción más grave o delito: 1. Emitir expresiones o realizar actos levemente irrespetuosos contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones o poderes del Estado; la Bandera, Escudo o Himno nacionales; las comunidades autónomas, ciudades con Estatuto de Autonomía o administraciones locales y sus símbolos; las personas y autoridades que las representan, así como las de otras naciones u organizaciones internacionales; las Fuerzas Armadas y los cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así como sus autoridades y mandos militares [...]»

graves (las previstas en el art. 7.32, 33 y 34)⁴² o en casos extremos como falta muy grave (art. 8. 13)⁴³.

Este complejo elenco de faltas disciplinarias, que afectan incluso a las manifestaciones realizadas fuera del servicio, colocan al militar en una posición frente al mandato de objetividad constitucionalmente exigido en toda la función pública ciertamente singular, pues mientras al resto de funcionarios civiles se les exige mantener la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones respecto, exclusivamente a los procesos electorales [art. 95.2 h) Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público]⁴⁴, al militar se le exige, en cambio, estricta neutralidad dentro y fuera del servicio, lo que impide no solo la afiliación política o sindical, sino la mera colaboración con estas organizaciones⁴⁵ o la expresión de ideas u opiniones en estas materias.

2.3 EL CONTROL DE LOS DATOS DE AFILIACIÓN PROFESIONAL.

El reconocimiento de la libertad ideológica del militar plantea, en su aspecto negativo o de protección de las propias convicciones frente a injerencias externas, el problema del secreto de los datos de afiliación de los miembros de las Fuerzas Armadas a las asociaciones profesionales legalmente constituidas en su seno. Como ocurre con el asociacionismo profesional en el ámbito de la judicatura y la carrera fiscal, las diferentes asociaciones profesionales de militares que se han constituido, aunque sujetas al mandato de neutralidad

⁴² Con el siguiente texto: «32. Efectuar con publicidad manifestaciones o expresar opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad política o sindical. Fundar un partido político o sindicato, así como constituir una asociación que, por su objeto, fines, procedimientos o cualquier otra circunstancia conculque los deberes de neutralidad política o sindical. Afiliarse a este tipo de organizaciones o promover sus actividades, publicitarlas, así como inducir o invitar a otros militares a que lo hagan. Ejercer cargos de carácter político o sindical, o aceptar candidaturas para ellos, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en las normas específicamente aplicables a los reservistas. 33. Promover o participar en acciones de negociación colectiva o en huelgas, así como en otras acciones concertadas que tengan por finalidad alterar el normal funcionamiento de las Fuerzas Armadas o sus unidades, publicitarlas, o inducir o invitar a otros militares a que las lleven a cabo. 34. Organizar o participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical, así como organizar, participar o asistir, vistiendo de uniforme o haciendo uso de su condición militar, a manifestaciones o reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo que se celebren en lugares públicos».

⁴³ Cuyo texto es el siguiente: «Infringir reiteradamente los deberes de neutralidad política o sindical, o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión o información, de los derechos de reunión y manifestación y del derecho de asociación política o profesional».

⁴⁴ «La violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito».

⁴⁵ Artículo 53 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG): «Se prohíbe a todo miembro en activo de las Fuerzas Armadas o de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, de las Policías de las comunidades autónomas o municipales, a los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo y a los miembros de las Juntas Electorales, difundir propaganda electoral o llevar a cabo otras actividades de campaña electoral».

política y sindical⁴⁶, pueden representar alguna de las diversas concepciones ideológicas presentes en la sociedad. El reconocimiento de este derecho por la LODDFAS⁴⁷ —como alternativa a la libertad sindical que los militares tienen vedada por la conjunción de los artículos 28.1 CE y 1.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, según la interpretación realizada por la STC 219/2001, de 31 de octubre—, plantea la aplicabilidad en el ámbito castrense de la jurisprudencia inaugurada por la STC 292/1993, de 18 de octubre, que garantiza el secreto de la afiliación sindical del trabajador frente a presiones del empresario⁴⁸, dada la alambicada solución que para determinar la representatividad sindical adoptó la LODDFAS. Pues el legislador, tratando de evitar el anómalo espectáculo de la celebración de procesos electorales en el interior de los cuarteles —al estilo de las previstas por el artículo 53.1 a) de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, de Derechos y Deberes de los Miembros de la Guardia Civil (en adelante LODDGC)—, confió esta representatividad a una declaración responsable de las previstas por el artículo 71 *bis* de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) en la que cada una de las asociaciones profesionales legalmente constituidas en el seno de las Fuerzas Armadas certifiquen sus datos de afiliación (art. 36.7 LODDFAS).

El problema surge cuando la Administración trata de contrastar la veracidad de los datos que las asociaciones aportan en dichas declaraciones, posibilidad prevista en el artículo 4.5 del Real Decreto 910/2012, de 8 de junio, que aprueba el Reglamento del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, que establece las «facultades de comprobación, control e inspección que corresponden al Ministerio de Defensa» sobre dichas declaraciones responsables. No se trata solamente de una cuestión de insuficiencia flagrante de rango normativo de la norma que

⁴⁶ Artículo 33.3 LODDFAS: «Las asociaciones profesionales deberán respetar el principio de neutralidad política y sindical [...]».

⁴⁷ En su artículo 14: «1. Los militares tienen derecho a crear asociaciones y asociarse libremente para la consecución de fines lícitos, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. 2. El ejercicio de este derecho cuando tenga como fin la defensa de sus intereses profesionales y los derechos establecidos en esta Ley Orgánica, se ajustará a lo dispuesto en el título III, capítulo I. 3. Las asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos».

⁴⁸ F. J. 5º: «Siendo los sindicatos formaciones con relevancia social, integrantes de la estructura pluralista de la sociedad democrática, no puede abrigarse duda alguna que la afiliación a un sindicato es una opción ideológica protegida por el art. 16 de la C.E., que garantiza al ciudadano el derecho a negarse a declarar sobre ella. La revelación de la afiliación sindical es, por tanto, un derecho personal y exclusivo del trabajador, que están obligados a respetar tanto el empresario, como los propios órganos sindicales. Es cierto que el empresario puede negar su reconocimiento al delegado sindical que resulte haber sido ilegítimamente elegido, pero para verificar el cumplimiento de los requisitos legales, no le es lícito exigir una conducta al delegado que es contraria a un derecho constitucional. Deberá en todo caso verificar ese cumplimiento por procedimientos respetuosos con el derecho de libertad ideológica de sus trabajadores, que no conllevan el conocimiento de su afiliación sindical, como son los que establecen aquellos ordenamientos en los que la acción sindical en la empresa depende de la concurrencia de un porcentaje mínimo de implantación, en los que se mantiene en secreto la afiliación de aquellos trabajadores que así lo desean».

prevé este control, el artículo 81 CE (que exige la ley orgánica para la limitación y desarrollo del contenido de los derechos fundamentales), sino que el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal,⁴⁹ califica los datos que revelen la ideología o la afiliación sindical como «especialmente protegidos» (siguiendo la citada jurisprudencia inaugurada por la STC 292/1993), precisándose el consentimiento previo y por escrito de cada uno de los afectados para poder acceder a los mismos. Todo ello hace, desde una perspectiva constitucional, difícilmente viable el establecimiento de un sistema de control de los datos de afiliación que las asociaciones aportan para intentar acceder a la representatividad en el Consejo de Personal, e inviable en la práctica controlar el fraude que dichas declaraciones puedan contener.

2.4 LA LIBERTAD RELIGIOSA.

Por lo que respecta a la libertad religiosa, su ejercicio se encuentra expresamente reconocido, a diferencia de la libertad ideológica, por el artículo 9 LODDFAS: «El militar tiene derecho a la libertad religiosa que se protegerá y respetará de acuerdo con la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio».

Actualmente su ejercicio es una cuestión pacífica dentro de los cuarteles, después de que el Tribunal Constitucional delimitara su ejercicio en el ámbito castrense en dos de sus pronunciamientos. En el primero de ellos, contenido en la STC 24/1982, de 23 de diciembre, declaró constitucional el sistema de asistencia religiosa (católica) a las Fuerzas Armadas, al ser un sistema voluntario que no excluía la extensión del mismo a otras confesiones distintas, por lo que no se producía discriminación alguna.

La STC 177/1996, de 11 de noviembre, determinó la imposibilidad de sancionar disciplinariamente a un suboficial por negarse a formar durante un acto religioso oficial (católico), porque «el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no formar 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 artículo 16.3 CE. En consecuencia, aun cuando se considerase que la participación del actor en la parada militar obedecía 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 es expresión legítima de su derecho de libertad religiosa»⁵⁰.

⁴⁹ «Solo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado».

⁵⁰ STC 177/1996, de 11 de noviembre, F. J. 10º.

III. LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

3.1 CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL.

Las libertades de expresión e información, reconocidas en los artículos 20 CE⁵¹ y 10 CEDH⁵², se caracterizan, frente a otros derechos fundamentales, por su «dimensión institucional» dada su posición de garantes de la formación de una opinión pública libre en una sociedad democrática. Mantienen por ello, estrechos vínculos con el pluralismo político que se consagra como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico democrático (art. 1.1 CE), pues «está al servicio de una sociedad en que la difusión de ideas no quede condicionada por los gobernantes»⁵³. Esta especial caracterización les otorga una «posición preferente» frente a otros derechos fundamentales (en concreto la intimidad personal o el derecho al honor)⁵⁴. Y además cumplen una función de salvaguarda de la

⁵¹ Cuyo texto es el siguiente: «1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o cualquier otro ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial».

⁵² Con el siguiente texto: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

⁵³ Díez-Picazo, L. M. (2003), *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 282.

⁵⁴ La STC 104/1986, de 17 de julio, F. J. 5º, consagra la jurisprudencia de origen estadounidense sobre la preferencia de este derecho cuando se difunden noticias y opiniones relativas a personajes públicos: «El derecho al honor no es solo un límite a las libertades del art. 20.1 a) y d), aquí en juego, citado como tal de modo expreso en el párrafo 4 del mismo artículo de la Constitución, sino que según el 18.1 de la Constitución es en sí mismo un derecho fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión [artículo 20.1 a)] y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d)] resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser estas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras. Es

paz social, pues «quien puede expresar públicamente su disenso con los demás o con su Gobierno podrá corregir el error ajeno o convencer con sus razones de la necesidad de un cambio político sin necesidad de acudir al uso de la fuerza para imponerse sobre los demás»⁵⁵.

Se está en presencia, por tanto, de un derecho instrumental que va a guardar íntima relación con otros derechos fundamentales a los que va a servir de correa de transmisión, especialmente para la faceta positiva de la libertad ideológica. Ello hace que sea un derecho especialmente conflictivo, pues va a ser el caballo de batalla que los órganos jurisdiccionales van a tener que cabalgar al conocer la legalidad de las sanciones impuestas por las transgresiones de la neutralidad exigida a los servidores públicos, que van a manifestarse en la mayoría de las ocasiones a través del ejercicio de este derecho.

3.2 EL MILITAR Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

En una estructura fuertemente jerarquizada y disciplinada como es la de los Ejércitos, la libertad de expresión va a sufrir restricciones específicas y distintas de las que sufren el resto de los ciudadanos⁵⁶. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la constitucionalidad de dichas limitaciones, encarnadas en los diferentes preceptos que las sucesivas leyes orgánicas disciplinarias han dedicado a prohibir la realización de manifestaciones de contenido político, o de crítica al mando o a las instituciones del Estado. Así la STC 371/1993, de 13 de diciembre, declaró constitucional la sanción disciplinaria⁵⁷ impuesta a un teniente coronel por haber dirigido una carta al director de un dia-

cierto que el derecho al honor es considerado en el art. 20.4 (reproduciendo casi literalmente el inciso final del art. 5.2 de la Ley Fundamental alemana) como límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podría interpretarse como argumento en favor de aquel. Pero también lo es que las libertades del art. 20, como ha dicho este Tribunal, no solo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan «el reconocimiento y la garantía de una Institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1982, de 31 de marzo). Esta dimensión de garantía de una Institución pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor; o, dicho con otras palabras, el hecho de que el art. 20 de la Constitución «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática» (Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo), otorga a las libertades del art. 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales».

⁵⁵ Villaverde Menéndez, I. (2002), «Introducción histórica a las libertades de información y expresión», *La libertad de información y de expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 24.

⁵⁶ Afirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para los militares desde su Sentencia en el caso *Engel contra los Países Bajos* de 8 de junio de 1976.

⁵⁷ Catorce días de arresto por la comisión de una falta leve de las previstas por el artículo 8.28 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas: «Emitir o tolerar expresiones contrarias o realizar actos levemente irrespetuosos contra los órganos constitucionales y autoridades del Estado».

rio de tirada nacional, firmada con su nombre y significando su empleo militar, en la que denunciaba las deficiencias en la alimentación de la tropa de reemplazo y criticaba la política del Gobierno de la Nación de conceder pensiones a los militares del Ejército de la República, calificando la misma como un «regalo» realizado a sus «amigos». El Tribunal Constitucional valoró como un elemento esencial el que la carta fuera firmada identificándose como miembro de las Fuerzas Armadas, para razonar que los funcionarios pertenecientes a ciertos Cuerpos del Estado tienen unos límites más estrictos en el ejercicio de este derecho que los impuestos al común de los ciudadanos (F. J. 3º), y justificar que las misiones constitucionalmente encomendadas a las Fuerzas Armadas en el artículo 8.1 CE hacen que estas tengan una configuración especialmente jerarquizada, disciplinada y unida, valores que justifican la imposición de aquellas restricciones (F. J. 4º), entre las que figuran el respeto a los poderes del Estado, mancillado por las manifestaciones desabridas realizadas por el firmante⁵⁸.

Sin embargo la perspectiva del Tribunal Constitucional es otra cuando las críticas a las actuaciones del mando o de las altas autoridades del Estado son realizadas en el ejercicio del derecho de defensa de las pretensiones o intereses legítimos. Se relajan entonces las exigencias del buen modo exigido al militar en sus manifestaciones y, siempre y cuando las expresiones críticas sean vertidas en directa relación con las pretensiones esgrimidas, son consideradas un legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Ejemplos de esta jurisprudencia lo constituyen las SSTC 288/1994, de 27 de octubre⁵⁹, y 102/2001, de 23 de abril.

La nueva LORDFAS 2014 realiza una regulación de las limitaciones a la libertad de expresión e información de los militares muy similar a la contenida en la todavía vigente LORDFAS 1998. Prevé, en relación con el ejercicio de este derecho, dos faltas leves (art. 6.1 y 4)⁶⁰, dos faltas graves (art. 7.1 y 5)⁶¹ y dos

⁵⁸ Similares razonamientos emplearía el Tribunal en su STC 270/1994, de 17 de octubre, en la que confirmó la sanción por falta grave que se impuso a un guardia civil que convocó una rueda de prensa en su domicilio y compareció a la misma portando uniforme.

⁵⁹ Recurso de amparo interpuesto por un oficial del Cuerpo Jurídico Militar contra la sanción que le fue impuesta al presentar un recurso contra la designación del entonces asesor jurídico general de la Defensa como director general, para evitar así su pase a la situación de reserva y el consiguiente cese en el destino.

⁶⁰ Cuyo texto es el siguiente: «Son faltas leves, cuando no constituyan infracción más grave o delito: 1. Emitir expresiones o realizar actos levemente irrespetuosos contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones o poderes del Estado; la Bandera, Escudo o Himno nacionales; las comunidades autónomas, ciudades con Estatuto de Autonomía o administraciones locales y sus símbolos; las personas y autoridades que las representan, así como las de otras naciones u organizaciones internacionales; las Fuerzas Armadas y los cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así como sus autoridades y mandos militares [...] 4. Expresar públicamente opiniones que, relacionadas estrictamente con el servicio en las Fuerzas Armadas, no se ajusten a los límites derivados de la disciplina, realizadas cualesquiera de ellas de palabra, por escrito o por medios telemáticos».

⁶¹ Con el siguiente texto: «Son faltas graves, cuando no constituyan falta muy grave o delito: «1. Emitir manifiesta y públicamente expresiones contrarias, realizar actos irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio hacia la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones o poderes del Estado; la Bandera, Escudo e Himno nacionales; las comunidades autónomas, ciudades con Estatuto de Autonomía o administraciones locales y sus símbolos; las personas y autoridades que las representan,

faltas muy graves (art. 8.1 y 13)⁶², que vienen a corresponderse con las previstas en la LORDFAS 1998 actualmente vigente, con muy ligeras variaciones en su redacción.

Destaca como novedad la introducción por el artículo 7.1 LORDFAS 2014 de la exigencia de respeto del «deber de fidelidad a la Constitución», fórmula muy usual en otros regímenes disciplinarios de la función pública⁶³, y que ya se había incorporado en 2007 al régimen disciplinario de la Guardia Civil⁶⁴, pero ciertamente sorprendente, pues en España no existe tal deber, como ha declarado el Tribunal Constitucional, entre otras, en la famosa STC 48/2003, de 12 de marzo⁶⁵ (que conoció el recurso de amparo presentado por la ilegalización de *Herri Batasuna*), al no ser el modelo constitucional español uno de los calificados como de democracia militante, como sí lo es, paradigmáticamente, el modelo delineado para Alemania⁶⁶ por la Ley Fundamental de Bonn de 1949⁶⁷. Los funcionarios

así como las de otras naciones u organizaciones internacionales; las Fuerzas Armadas, sus cuerpos y escalas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como sus autoridades y mandos [...] 5. Hacer peticiones, reclamaciones, quejas o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas, así como formularlas con carácter colectivo o a través de los medios de comunicación social».

⁶² Que dice así: «Son faltas muy graves, cuando no constituyan delito: 1. El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución y la realización de actos irrespetuosos o la emisión pública de expresiones o manifestaciones contrarias al ordenamiento constitucional, a la Corona y a las demás instituciones y órganos constitucionalmente reconocidos, cuando sea grave o reiterado [...] 13. Infringir reiteradamente los deberes de neutralidad política o sindical, o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión o información, de los derechos de reunión y manifestación y del derecho de asociación política o profesional».

⁶³ Así, artículo 7.1 a) de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía: «Son faltas muy graves: a) El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de las funciones»; artículo 6 a) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, de Régimen Disciplinario de los funcionarios civiles de la administración del Estado: «Son faltas muy graves: a) El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la función pública», aunque debe reseñarse que la Ley 7/2007 que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, al tipificar las conductas muy graves en su artículo 95.2, modifica esta redacción hablando, en vez de fidelidad, de respeto: «a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública».

⁶⁴ Artículo 7.1 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario del Cuerpo de la Guardia Civil: «Son faltas muy graves, siempre que no constituyan delito: 1. El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de sus funciones y la realización de actos irrespetuosos o la emisión pública de expresiones o manifestaciones contrarias al ordenamiento constitucional o al Rey y a las demás instituciones por ella reconocidas».

⁶⁵ F. J. 10º: «Hay que admitir, con el recurrente, que la coincidencia entre el art. 9.2 y la ley penal no es absoluta; también hay que dejar sentado que en ningún momento se hace referencia a programas o ideologías sino a actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o la violencia. En consecuencia, no se abre ningún resquicio a la que se ha llamado “democracia militante” y no hay, por consiguiente, vulneración alguna de las libertades ideológicas, de participación, de expresión o de información».

⁶⁶ Que ha recibido varias condenas del Tribunal Europeo de Derecho Humanos por expulsar de su función pública a funcionarios que militaban en los Partidos Comunista o Nacional Socialista, por directa aplicación de ese principio. *Vide* STEDH de 26 de septiembre de 1995, *caso Vogt contra Alemania*.

⁶⁷ Sobre el caso alemán, y sus diferencias con el régimen constitucional de 1978, la obra de referencia es Embid Irujo, A. (1987), *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los Derechos alemán y español)*, INAP, Madrid.

españoles deben respetar lo dispuesto por la Carta Magna, pero no están obligados, como no lo está el resto de la ciudadanía, en sentir como propios los valores encarnados por la misma.

Pascua Mateo considera que el régimen de crítica que la LORDFAS 1998 permite al militar (que establece diversas infracciones que restringen el ejercicio de esta libertad, calificadas como faltas leves⁶⁸, graves⁶⁹ y causa extraordinaria de expediente gubernativo⁷⁰) es demasiado estricto. Pues si bien las prescripciones disciplinarias encuentran apoyo en el respeto a los principios de neutralidad política y de unidad, la perspectiva marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional sobre la interpretación restrictiva que deben recibir los límites a los derechos fundamentales permitiría que un militar realizara expresiones contrarias, pero no irrespetuosas, contra la Constitución o la instituciones del Estado, o sus miembros, sin que fuera reprimido disciplinariamente, pues una cosa es la falta de respeto, y otra la mera discrepancia⁷¹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es prolija en la consideración de la neutralidad política como causa de limitación de la libertad de expresión del militar. Ejemplos de la misma lo son, por solo citar dos ejemplos, la STS V de 11 de octubre de 1990, en la que consideró la Sala de lo Militar adecuada la sanción disciplinaria de un coronel que declaró a la prensa, en época preelectoral, discutiendo

⁶⁸ Artículo 7: «Son faltas leves: [...] 29. Emitir o tolerar expresiones contrarias, realizar actos levemente irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones y poderes o las personas y autoridades que las encarnan, la Bandera, Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, así como contra los representantes de otras naciones, las Fuerzas Armadas y los Cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así como sus mandos y autoridades militares cuando no constituyan infracción más grave o delito [...] 31. Expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales o que afecten al debido respeto a decisiones de Tribunales de Justicia».

⁶⁹ Artículo 8: «Son faltas graves: [...] 18. Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo [...] 32. Emitir o tolerar manifiesta y públicamente expresiones contrarias, realizar actos irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones o poderes o las personas y autoridades que las encarnan, la Bandera, Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, así como contra los representantes de otras naciones, las Fuerzas Armadas y los Cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar; así como sus mandos y autoridades militares cuando no constituyan infracción más grave o delito».

⁷⁰ Artículo 17: «Mediante expediente gubernativo podrán imponerse sanciones disciplinarias extraordinarias a los militares profesionales. Procederá la incoación de expediente gubernativo por las causas siguientes: [...] 4. Manifestar, mediante expresiones o actos con trascendencia pública, una actitud gravemente contraria a la Constitución o a su majestad el Rey».

⁷¹ Pascua Mateo, F. (2006), *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid, pp. 255-256, considera que esta regulación implica «extender indebidamente la interdicción de expresiones contrarias, pero no irrespetuosas, a las instituciones del Estado y sus miembros. Incluso en el caso de las manifestaciones contrarias a la Constitución, que puede considerarse el supuesto límite debido a la misión, puramente instrumental y bajo la dependencia del Gobierno, sí, pero que ahí está en el artículo 8 CE, que se encomienda a las Fuerzas Armadas de defender el ordenamiento constitucional, ha de defenderse la libertad de un militar de sostener posiciones no coincidentes con su texto, sí, y solo si, están expuestas con la corrección imprescindible, en los ámbitos y tiempos adecuados [...] y sin pretender arrogarse la representación del conjunto o una parte de las Fuerzas Armadas»

do el modelo del servicio militar vigente⁷², o la STS V de 25 de enero de 2011, que consideró conforme a Derecho la sanción disciplinaria impuesta a un militar que, en una manifestación de guardias civiles en la que se produjeron insultos a líderes políticos y miembros del Gobierno, subió a la tribuna de oradores y mostró la solidaridad de una asociación profesional de militares hacia sus reivindicaciones.⁷³

3.3 LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y EL DERECHO DE ASOCIACIÓN PROFESIONAL.

El Tribunal Constitucional venía sosteniendo desde los inicios de su jurisprudencia que el ejercicio de la libertad sindical en los cuerpos policiales no justificaba un uso libérrimo de esta libertad por los representantes sindicales, que quedaban en su ejercicio sujetos al respeto a la jerarquía y al buen funcionamiento de la Institución policial, exigiendo que la crítica a los superiores se realizase con la debida medida (SSTC 81/1983, de 10 de octubre, F. J. 3º y 69/1989, de 29 de abril, F. J. 2º). Siguiendo esta línea jurisprudencial, el Alto Tribunal ha entrado a conocer sobre el fenómeno asociativo profesional de los guardias civiles y el ejercicio de la libertad de expresión por sus representantes, aplicando, sin ningún tipo de matices, esa misma jurisprudencia, para concluir la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias impuestas cuando las críticas han sido realizadas sin esa necesaria medida (STC 272/2006, de 25 de septiembre, F.J. 9º).

Pero la cuestión litigiosa no se centra en las críticas desaforadas, desmedidas o injuriosas que muchas veces algunos representantes asociativos dirigen a través de los medios de comunicación o las redes sociales, sino en la repesión sistemática, a través de la manida fórmula de la «realización de manifestaciones a través de los medios de comunicación social» (actualmente prevista por el art. 8.18 LORDFAS 1998, y contemplada también como falta grave por el art. 7.5 de la nueva LORDFAS) de cualquier tipo de opinión o de información transmitida a través de medios de comunicación o redes sociales, cuando la misma es respetuosa con la jerarquía y tiene directa relación con las funciones que al derecho de asociación profesional le son encomendadas, pero pueden ser críticas con la labor que desde la Administración o desde las esferas políticas se desarrolla para proteger los derechos económico-sociales de los uniformados.

⁷² «La conducta del recurrente, declaraciones a una revista de prensa de difusión general, sobre su propia opción en materia concreta de servicio militar en época de campaña preelectoral, cuando sobre esa materia había opiniones encontradas en los distintos partidos políticos, implica, como acertadamente se razona en los fundamentos jurídicos quinto y séptimo de la sentencia de instancia, infracción del deber de neutralidad política, en cuanto supone, directa o indirectamente, apoyo para alguna de las posturas de algún partido, siendo indiferente el que sea una u otra la formación política beneficiada o perjudicada» (F. D. 4º)

⁷³ «Es claro que las limitaciones disciplinarias que sancionan la participación como militar en actos de naturaleza esencialmente política y sindical, como sucedió en el caso actual, se encuadran en dicha limitación orientada a mantener la neutralidad política de los militares y no vulneran los derechos constitucionales invocados» (F. D. 4º).

El Tribunal Supremo ha seguido la línea argumental esgrimida por el Constitucional y ha corregido en principio este tipo de manifestaciones desafortunadas, como muestra la STS V de 16 de diciembre de 2013, F. D. 3º, en la que conoció de las manifestaciones vertidas en un charla pública por un guardia civil de tráfico que además era secretario provincial de una asociación profesional, en la cual denunciaba las presiones ejercidas por el ministro del Interior y los mandos orgánicos para que los guardias de tráfico multaran a los ciudadanos: «las manifestaciones del encartado que se recogen en él muestran sin duda una actitud indisciplinada y de clara colisión con los superiores con una crítica claramente alejada de la medida que su condición de Guardia Civil exigía al conferenciante, sin que el ser y manifestarse como representante de una determinada asociación, y el debido margen de libertad de que podía disponer en una actuación dirigida a la “defensa y promoción de sus derechos e intereses profesionales, económicos y sociales” (art. 9 Ley Orgánica 11/2007), permitiera conductas claramente contrarias a la disciplina en relación con la prestación del servicio».

Sin embargo, en la casi inmediata STS V de 21 de enero de 2014, que conoció la sanción disciplinaria impuesta por las declaraciones a una cadena de televisión de otro representante asociativo de la Guardia Civil, en la que se daba una cifra de los guardias civiles de tráfico que habían dejado de sancionar faltas leves y criticaba la política de compra de material de la Agrupación de Tráfico⁷⁴, el Tribunal consideró amparadas por la libertad de expresión las expresiones vertidas, pues «ni se han utilizado términos irrespetuosos, ofensivos o desconsiderados hacia mandos o autoridades del Estado, ni se expuso nada que no fuera ya de público conocimiento» (F. D. 2º).

Parece por tanto, que se abre una puerta para que las reivindicaciones estrictamente profesionales formuladas por los representantes de las asociaciones profesionales de militares tengan un cauce adecuado para su transmisión a la sociedad, conjugando proporcionalmente libertad de expresión e información y respeto a la jerarquía imperante en las Fuerzas Armadas y en la Guardia Civil.

IV. EL SISTEMA DE INCOMPATIBILIDADES Y LA OBJETIVIDAD DEL MILITAR

4.1 LA INELEGIBILIDAD PARA CARGOS PÚBLICOS REPRESENTATIVOS.

La neutralización política de los militares durante la transición a la democracia, producto de «la necesidad de apartar a las Fuerzas Armadas como insti-

⁷⁴ Las declaraciones extractadas en el programa televisivo, un telediario, fueron las siguientes: «“No sé, podemos llegar a un 95’98% de Guardias Civiles que están dejando de sancionar las infracciones menos leves, hemos reducido los números que estamos manejando en número de sanciones a un 82%”. “No es normal que tengamos motos de tres millones de pesetas, de las antiguas pesetas, paradas en los garajes porque no hay dinero para moverlas ¿para qué se compraron? Todoterrenos de diez millones de pesetas que no se pueden mover porque no hay dinero. Eso no es normal”».

tución de la disputa política»⁷⁵, tuvo directo reflejo en el articulado de la Carta Magna, que incluyó entre el catálogo de causas de inelegibilidad e incompatibilidad parlamentaria, previsto por el artículo 70.1 CE, la condición de militar profesional.

El texto fundamental habla indistintamente de causas de inelegibilidad y de incompatibilidad, dividiéndose la doctrina en torno al alcance y significado de este artículo 70. Alzaga⁷⁶ criticaba la confusión conceptual de ambas categorías, pese a «que no faltan algunos autores que emplean como sinónimas ambas [expresiones]», razonando que mientras la inelegibilidad actúa como elemento integrante del proceso electoral, haciendo nula la elección de quien incurra en ella, la incompatibilidad, por el contrario, surge con posterioridad al proceso electivo, y no conlleva la nulidad de la elección, sino que pone al sujeto en la tesitura de optar entre el cargo electo y la actividad que se declara incompatible. Y esperaba en aquel ya lejano 1978, *lege ferenda*, que la futura LOREG clarificara la enumeración de causas contenidas por el artículo 70 CE y deslindara las de estricta inelegibilidad de las de incompatibilidad.

Garrido Falla⁷⁷, a pesar de coincidir en la diferenciación conceptual entre una y otra figura, tanto por su *ratio* —en el caso de la incompatibilidad, la dificultad material de desempeñar correctamente dos cargos; en el de la inelegibilidad, evitar el aprovechamiento de la influencia del cargo para ganar elecciones o impedir que accedan al Parlamento quienes por su profesión no pueden ejercer el mandato imparcialmente—, como por sus efectos (los mismos ya señalados por Alzaga), disienta sobre el desarrollo que la Ley Electoral debería dar al artículo 70 CE, pues consideraba que el legislador orgánico no podía establecer distinciones donde el constituyente no lo había hecho.

La LOREG estableció en su artículo 6.4 que «las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad», asumiendo el mandato constitucional en sus estrictos términos y dando la razón a Garrido Falla. El Tribunal Constitucional ha diferenciado con meridiana claridad, en la STC 155/2014, de 25 de septiembre (F. J. 1º), entre inelegibilidad e incompatibilidad, aceptando la interpretación realizada por el legislador orgánico del mandato constitucional: «en nuestro ordenamiento jurídico, todas las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad, pero no a la inversa [...] los supuestos de inelegibilidad se transforman en causas de incompatibilidad por expresa previsión del legislador si, aun no concurriendo la tacha cuando el representante concurrió a las elecciones como candidato, una vez electo y, mientras ostente la condición de parlamentario, pretendiera acceder a algunos de los cargos calificados como inelegibles que, en ese momento, se transformarían en causas de incompatibilidad».

El artículo 6.1 i) LOREG establece como causa de inelegibilidad la condición de militar profesional y de complemento en activo. La ampliación de la cau-

⁷⁵ Pascua Mateo, F. (2006), *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, cit., p. 426.

⁷⁶ Alzaga, O. (1978), *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Del Foro, Madrid, pp. 486-487.

⁷⁷ Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, cit., pp. 1071-1074.

sas de inelegibilidad a los militares de complemento (no prevista por el constituyente) llevó a Entrena⁷⁸ a cuestionar la misma, pues si bien el texto constitucional permite que la LOREG amplíe el elenco de causas, como efectivamente hizo en su artículo 6, no resulta tan claro para este autor que puedan ampliarse los supuestos que ya estaban perfectamente delimitados por el texto constitucional, como era el caso del militar profesional, pues sostiene que estas causas de inelegibilidad han de ser objeto de «una interpretación estricta, sin posibilidad de aplicación de la analogía o de interpretación extensiva»⁷⁹. Sin embargo, el sentido de esta ampliación resulta evidente, pues se trata de impedir el acceso al Parlamento de quienes prestan servicio a las Fuerzas Armadas de forma profesional, con independencia de que su relación de servicio sea permanente o meramente temporal.

Lo que parece indudable es que en el caso del militar, y pese a que el ordenamiento jurídico admita que la condición de uniformado actúe como causa indistinta de inelegibilidad e incompatibilidad, en la práctica se está en presencia de un caso de inelegibilidad, pues resultaría un supuesto de laboratorio el que un diputado o senador, una vez elegidos, adquirieran la condición de militar profesional, circunstancia que les haría incompatibles y les obligaría a optar entre vestir el uniforme o desarrollar su mandato representativo. En este sentido se ha posicionado el artículo 15.2 LODDFAS, que sostiene que «los militares se encuentran incursos entre las causas de inelegibilidad que impiden el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Para ejercer este derecho deberán solicitar el pase a la situación administrativa prevista, a estos efectos, en la Ley de la Carrera Militar».

La LOREG moderó considerablemente el sistema de incompatibilidad absoluta que para los militares inauguró el Real Decreto Ley 10/1977, de 8 de febrero, que excluía radicalmente la presentación de un militar como candidato sin antes haber pasado a situación de retiro, y que fue posteriormente atenuado por el Real Decreto 1385/1990, que permitió a los uniformados presentarse como candidatos pasando a la situación de excedencia, que se prolongaba durante un período de dos años posteriores al mandato, lo que llevó a la doctrina a calificarla como una excedencia *ultra mandatam*.⁸⁰ Así establece en su artículo 7.3 que «los Magistrados, Jueces y Fiscales, así como los militares profesionales y de complemento y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policías, en activo, que deseen presentarse a las elecciones, deberán solicitar el pase a la situación administrativa correspondiente». Sin embargo esta exigencia no conlleva las mismas consecuencias para todos estos colectivos profesionales, pues a los no militares el artículo 7.4 les concede el derecho «en todo caso, a reserva de puesto o plaza y destino, en las condiciones que determinen las normas específicas de aplicación», además de concederles el derecho en la situación que le corresponda, si lo desean, cuando concluya su mandato, hasta que se constituya la nueva asamblea parlamentaria o corporación local.

⁷⁸ Entrena Cuesta, R. (1986), «Artículo 6», en Cazorla Prieto, L. M^a. (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, Civitas., Madrid, p. 74.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 73.

⁸⁰ Durán Alba, J. F. (2001), *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España*, Congreso de los Diputados, Madrid, p. 513.

Este tratamiento resulta mucho más riguroso que el que se dispensa a los funcionarios de la Administración civil, a los que no solo se les permiten estas actividades, sino que se les incentiva a ello sin «perder su *status* funcional e incluso mejorándolo a través de esa nueva actividad»⁸¹.

La doctrina parece coincidir en que la razón de dicha inelegibilidad se encuentra en «la idea pilar de todo Ejército moderno, conforme a la cual el mismo tiene el deber de estar al servicio del Estado incondicionalmente, por encima de todas las parcialidades y deseos de poder. El apoliticismo del elemento armado es dogma indiscutible para la ideología militar, y difícilmente se podría compatibilizar con la presencia de la lucha partidaria en el Hemiciclo»⁸², o utilizando las palabras de Duguít en tiempos de la III República francesa: «el legislador ha obrado con mucha sabiduría al declarar inelegibles a los militares de toda graduación y empleo; es indispensable, en interés del ejército y del país, que se mantengan completamente extraños a la política»⁸³.

4.2 LA INCOMPATIBILIDAD PROFESIONAL.

La objetividad en la actuación administrativa también despliega sus efectos restringiendo la posibilidad de que el militar desempeñe una segunda actividad pública, y en ocasiones también una meramente privada. Este régimen de incompatibilidades, regulado para toda la función pública por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y desarrollada para los militares por el Real Decreto 517/1986, de 21 de febrero, de Incompatibilidades del Personal Militar, tiene por principal función la protección del interés del servicio público.

La doctrina ha discutido el fundamento de este sistema de incompatibilidades laborales, encontrándolo bien en el artículo 103.1 CE, pues la objetividad y la eficacia del actuar administrativo «pueden verse minados si la dedicación del servidor público para el puesto de trabajo que desempeña no es exclusiva»⁸⁴, bien en cuestiones de moralidad social y política del País⁸⁵, o bien en una justificación mixta que se apoyaría tanto en razones éticas (de real o supuesta colisión de intereses públicos o privados) como de productividad (no se puede rendir eficazmente en dos empleos distintos)⁸⁶.

En cualquier caso, el régimen de incompatibilidades es una nueva muestra del paulatino acercamiento normativo entre las funciones públicas civil y militar. La Ley, desarrollo de lo previsto por los artículos 103.3 y 149.1.18º CE, considera necesario establecer una regulación uniforme para todas las administraciones

⁸¹ Parada Vázquez, R. (2007), *Derecho Administrativo II...* cit., p. 543.

⁸² Alazaga, O. (1978), *La Constitución española de 1978*, cit., p. 489.

⁸³ Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, cit., p. 1073.

⁸⁴ Nevado Moreno, P. T. (1997), *La función pública militar*, Marcial Pons, Madrid, p. 335.

⁸⁵ Nieto García, A. (1967), *La retribución de los funcionarios en España. Historia y actualidad*, Revista de Occidente, Madrid, p. 348.

⁸⁶ Parada Vázquez, R. (2007), *Derecho Administrativo II...*, cit., p. 547.

públicas, permitiendo, en principio, el ejercicio de las actividades privadas que no comprometan la imparcialidad e independencia de los funcionarios públicos.

El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la justificación del sistema de incompatibilidades en su STC 178/1989, de 2 de noviembre, en la que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 53 diputados contra la ley. El Alto Tribunal sostuvo que si bien la imparcialidad en la actuación administrativa es uno de los fines que justifican este sistema, pero no el único, puesto que también el principio de eficacia sustenta el mismo, del que derivaría el principio de incompatibilidad económica o el principio de dedicación a un solo puesto de trabajo, como posible fundamento del sistema de incompatibilidades⁸⁷.

Parte de la doctrina ha realizado severas críticas al sistema legal, pues considera que «las excepciones son tantas y tan groseras que permiten afirmar que la regla general que domina esta materia es la compatibilidad entre empleos y actividades del sector público con actividades privadas»⁸⁸.

La jurisprudencia de la Sala V del Tribunal Supremo ha utilizado reiteradamente los argumentos de imparcialidad en la actuación y neutralidad en la función para justificar la prohibición de determinadas actividades por incompatibles. Por solo citar algunos ejemplos, se ha declarado como incompatibles actividades tan diversas como ejercer labores diversas en un bar de copas (STS V de 24 de octubre de 2014), la fundación de un club cinegético (STS V de 11 de abril de 2014), realizar labores de pintor de viviendas (STS V de 11 de octubre de 2013), la realización de labores de delegado comercial para una empresa cinegética (STS V de 21 de marzo de 2012), actuar como apoderado de una empresa de excavaciones (STS V de 15 de febrero de 2012), el ejercicio de la abogacía (STS V de 2 de diciembre de 2011), ser administrador único de una sociedad (STS V de 10 de junio de 2011), trabajar en el quiosco de su compañera sentimental (STS V de 8 de marzo de 2011) o actuar como vigilante de un chalet (STS V de 29 de mayo de 2006).

CONCLUSIONES

I. El mandato constitucional de objetividad de la actuación de la Administración en servicio de los intereses generales no puede entenderse en términos absolutos, en tanto en cuanto la Administración no es otra cosa que la persona jurídica a través de la que el Estado desarrolla su acción, y como ente instrumen-

⁸⁷ F. J. 3º: «Con base en una interpretación literal y sistemática del art. 103.3 de la Constitución puede llegarse fácilmente a la conclusión de que sistema de incompatibilidades y garantías de imparcialidad no son dos ámbitos o círculos absolutamente coincidentes. De modo que si bien la garantía de imparcialidad puede ser una de las finalidades del sistema o régimen legal de incompatibilidades de los empleados públicos, constitucionalmente no tiene por qué ser, como pretenden los recurrentes, la “única” finalidad de dicho régimen legal [...] no solo la imparcialidad, sino también la eficacia, es un principio, sancionado en el mismo precepto constitucional, aunque en otro apartado, que ha de presidir la organización y la actividad de la administración pública, el legislador puede tenerlo perfectamente en cuenta a la hora de diseñar el régimen o sistema de incompatibilidades, extrayendo del mismo todas su consecuencias».

⁸⁸ Parada Vázquez, R. (2007), *Derecho Administrativo II...*, cit., p. 548.

tal que es, responde en su actuación a los impulsos políticos que determinan las directrices legislativas y ejecutivas.

II. La objetividad de la actuación administrativa se constituye como un mandato constitucional dirigido a la Administración, como persona jurídica, que implica dos consecuencias directas en el Estatuto del personal militar profesional: la exigencia de una estricta neutralidad político-sindical a los uniformados, que va a restringir el ejercicio de determinados derechos fundamentales, incluso fuera del servicio (asociación, reunión y manifestación, libertad de expresión, sufragio pasivo), y la exigencia de una actuación imparcial en el desempeño de sus funciones.

III. A pesar del olvido que el legislador orgánico cometió al redactar la LODDFAS, la directa aplicación del artículo 16.1 CE permite reconocer al militar su derecho a la libertad ideológica, que si bien resulta plenamente protegido en su faceta negativa, va a quedar muy limitado en cuanto a su manifestación externa como libertad positiva, condicionando seriamente el ejercicio de otros derechos fundamentales a través de los cuales esta libertad ideológica va a plasmarse como es, señaladamente, la libertad de expresión o de información.

IV. El conjunto de limitaciones establecidas al ejercicio de los derechos fundamentales por los militares para garantizar su objetividad e imparcialidad, permiten sostener que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil son el colectivo funcional más neutralizado políticamente, anulando prácticamente toda posibilidad de participación política en situación de servicio activo (en tanto en cuanto resulta prácticamente ilusorio conseguir integrar una candidatura sin estar afiliado a un partido), y causándoles perjuicios comparativamente más gravosos en caso de que decidieran pasar a la situación administrativa correspondiente para intentar el salto a la vida política.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Álvarez, J. (1987), «Neutralidad política y carrera administrativa de los funcionarios públicos», *Documentación Administrativa*, nº 210-211 (mayo-septiembre 1987), pp. 71-95.

Alzaga, O. (1978), *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Del Foro, Madrid.

Blanquer Criado, D. (1996), *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid.

Brey Blanco, J. L. (2004), «Los jueces y la política. ¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2004, pp. 37-67.

Cazorla Prieto, L. M^a. (dir.) (1986), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, Civitas, Madrid.

Chevalier, J. (1986), «La gauche et la haute administration sous la cinquieme republique», en *La haute administration et la politique*, Presses Universitaires de France.

Cotino Hueso, L. (2002), *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Díez-Picazo, L.M. (2003), *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid.

Durán Alba, J. F. (2001), *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España*, Congreso de los Diputados, Madrid.

Embid Irujo, A. (1987), *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los Derechos alemán y español)*, INAP, Madrid.

Entrena Cuesta, R. (1986), «Artículo 6», Cazorla Prieto, L. M^a. (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, Civitas, Madrid, pp. 63-75.

Epstein, L. D. (1950), «Political sterilisation of Civil Servants. The United States and Great Britain», en *Political Administration Review*, volumen X, 1950, n^o 4, otoño 1950, pp. 281-290.

Fernández-Carnicero González, C. J. (1983), «La burocracia como tradición», *Revista de Administración Pública* n^o 100-102, vol II, enero-diciembre, pp. 1645-1650.

Fernández Segado, F. (1990), «La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) núm. 70 octubre-diciembre, pp. 93-124.

Finer, S. (2002), *The man on horseback. The Role of the Military in Politics*, Transaction Publishers, New Brunswick (USA) and London (UK).

García-Cano Lizcano, F. (2004), «Pluralismo moral y neutralidad política», *Filosofía práctica y persona humana*, pp. 551-556.

Garrido Falla, F. (1980), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid.

Guaita, A. (1989), «Los derechos fundamentales de los militares», *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, pp. 577-589.

Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (1999), *Los jueces y la política*, Taurus, Madrid, 1999.

Huntington, S. P. (1957), *The Soldier and the State: the Theory and Practice of Civil-Military Relations*, Belknap/Harvard.

Kondylis, V. (1994), *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París.

Mandrin, J. (1967), *L'énarchie*, Table ronde, París.

Martín del Burgo y Marchán, A. (1983), «La Administración asediada», *Revista de Administración Pública* n° 100-102, vol I, enero-diciembre 1983, pp. 805-846

Martínez de Pisón, J. (2004), «La libertad de conciencia en la Constitución española» *Revista de Derecho de la Universidad de la Rioja*, n° 2, pp. 59-63.

Melero de la Torre, Mariano C. (2006), «Neutralidad política y neutralización de la cultura. ¿Un Estado laico requiere una sociedad secularizada?», *Europa, siglo XXI: Secularización y estados laicos*.

Navado Moreno, P. T. (1997), *La función pública militar*, Marcial Pons, Madrid.

Nieto García, A. (1967), *La retribución de los funcionarios en España. Historia y actualidad*, Revista de Occidente, Madrid.

Nieto, A. (2002), *El pensamiento burocrático*, Comares, Granada.

Nieto, A. (1976) «De la República a la Democracia: la Administración española del franquismo», *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 11, octubre-diciembre, pp. 567-583.

Nolte, G. (ed.) (2003), *European Military Law Systems*, De Gruyter Recht, Berlín.

Parada Vázquez, R. (2007), *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 19ª edición, Marcial Pons, Madrid.

Pascua Mateo, F. (2006), *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid.

Peñarrubia Iza, J. M. (2000), *Presupuestos constitucionales de la Función militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Villaverde Menéndez, I. (2002), «Introducción histórica a las libertades de información y expresión», *La libertad de información y de expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 11-43.

6. LAS ZONAS DE EXCLUSIÓN A LA NAVEGACIÓN Y LAS PROSPECCIONES PETROLÍFERAS FRENTE A LAS COSTAS CANARIAS: LOS PROBLEMAS JURÍDICOS SUSCITADOS

*Isidro Fernández García
Capitán auditor*

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión. II. Antecedentes sobre los distintos permisos de exploración de hidrocarburos concedidos. III. El régimen jurídico de las aguas en que se autorizaron los sondeos y la naturaleza de la zona de exclusión a la navegación y la pesca establecida. 3.1. Los espacios donde se autorizaron las prospecciones y la jurisdicción española sobre los mismos. 3.2. La legitimidad de las medidas de exclusión de la navegación y pesca adoptadas por el Ministerio de Fomento a la luz del Convenio de Jamaica. IV. Los incidentes acaecidos el 15 de noviembre de 2014 y sus repercusiones jurídicas. 4.1. Las circunstancias fácticas y la trascendencia jurídica de las mismas. 4.2. Las infracciones administrativas por incumplimiento de la legislación marítima española. 4.3. Las posibles infracciones penales: La piratería como delito contra la Comunidad Internacional. 4.4. El papel de la Armada en la vigilancia de los espacios marítimos, como contribución a la acción del Estado en la mar. Conclusiones. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Como resulta bien conocido de todos, al resultar un tema de reciente actualidad, las prospecciones petrolíferas autorizadas por la Administración general del Estado a la sociedad Repsol Investigaciones Petrolíferas, S.A. mediante diversos permisos de investigación de hidrocarburos en determinadas zonas del subsuelo marino provocaron una fuerte polémica que no está exenta de cierto debate doctrinal desde un punto de vista jurídico, y ello teniendo en cuenta varias cuestiones íntimamente imbricadas, a saber: el régimen ju-

rídico de las aguas próximas a Canarias en las que el Gobierno español ha autorizado los trabajos; el carácter y título jurídico de las zonas de exclusión o seguridad en torno a los puntos de perforación, a lo que ha de añadirse el incidente acaecido a causa del supuesto incumplimiento por parte de un buque de la organización ecologista Greenpeace de las medidas de exclusión a la navegación y la pesca, resultando en el mismo herida una activista tras producirse la interceptación de su embarcación por un buque de la Armada al tratar de evitar el hostigamiento contra el buque encargado de los las labores de prospección.

II. ANTECEDENTES SOBRE LOS DISTINTOS PERMISOS DE EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS CONCEDIDOS

Los controvertidos sondeos realizados en aguas cercanas al archipiélago canario han tenido lugar tras un largo procedimiento administrativo de autorización que tiene su base en el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos denominados «CANARIAS-1», «CANARIAS-2», «CANARIAS- 3», «CANARIAS-4», «CANARIAS-5», «CANARIAS-6», «CANARIAS-7», «CANARIAS-8» y «CANARIAS-9», situados en el océano Atlántico frente a las costas de las islas de Fuerteventura y Lanzarote, que, en virtud del artículo 3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, disponía en principio el otorgamiento a Repsol Investigaciones Petrolíferas, Sociedad Anónima, y por un período de seis años, los permisos de investigación de hidrocarburos cuyas áreas se definían en la propia disposición administrativa.¹

Sin embargo, dicha decisión administrativa, lejos de resultar pacífica, fue impugnada judicialmente por la Agrupación Insular del Partido Socialista Canario en Lanzarote y el Cabildo Insular de Lanzarote ante la Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que en sentencia de 24 de febrero de 2004 (recurso nº 39/2002) se pronunció anulando el referido Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, en cuanto se refería a la autorización otorgada a las labores de investigación proyectadas correspondientes a los años tercero a sexto de su programa, a causa de no incluir las previsiones sobre medidas de protección medioambiental exigibles según la legislación de hidrocarburos.

¹ Sin embargo, y de acuerdo con la Orden ECO/845/2003, de 21 de marzo («Boletín Oficial del Estado» n.º 86, de 10 de abril de 2003), por la que se autorizó el correspondiente contrato de cesión de su participación en los permisos de investigación de hidrocarburos, la titularidad actual del permiso corresponde a las sociedades Repsol Investigaciones Petrolíferas, S.A., Woodside Energy Iberia, S.A., y RWE Dea AG, en unos porcentajes del 50%, 30% y 20%, respectivamente, actuando la primera de ellas como operador.

Pues bien, avanzado el tiempo, y tras sucesivos avatares² y distintos informes jurídicos sobre el modo de proceder ante la resolución del Alto Tribunal³, se dicta el Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, por el que se convalida el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos denominados «Canarias-1», «Canarias-2», «Canarias-3», «Canarias-4», «Canarias-5», «Canarias-6», «Canarias-7», «Canarias-8» y «Canarias-9».

Sin embargo, el Cabildo Insular de Lanzarote presentó escrito con fecha 27 de marzo de 2012 promoviendo incidente de ejecución de la referida sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004 y solicitando la declaración de nulidad de pleno derecho del Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, por el que se convalida el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre por haber sido dictado con la finalidad de eludir el cumplimiento de la reseñada resolución judicial.

El incidente fue resuelto mediante ATS de 4 de junio de 2012, de la misma sala y sección en sentido desestimatorio ya que la sentencia de 24 de febrero de 2004 no anulaba en su integridad el Real Decreto número 1462/2001, de 21 de diciembre sino la parte de él que incluía la autorización otorgada a las labores de investigación proyectadas correspondientes a los años tercero a sexto de su programa por lo que difícilmente, en palabras de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, puede admitirse que la nueva resolución administrativa (adoptada por Real Decreto 547/2012) hubiera sido dictada con la finalidad de eludir el cumplimiento de la resolución judicial cuya ejecución se pretendía, y ello porque el Gobierno añade al anterior Real Decreto 1462/2001 un nuevo artículo 2 bis) para incorporar a las labores de investigación de los hidrocarburos las medidas de protección medioambientales cuya omisión había determinado el fallo parcialmente estimatorio del Alto Tribunal de 24 de febrero de 2004. (FJ 4º).

Por lo demás, la propia sala, en la fase de ejecución de sentencia promovida, y sin perjuicio de cuestionar la técnica convalidatoria utilizada por el Ejecutivo de

² Una relación cronológica de las circunstancias fácticas y jurídicas de la cuestión se encuentran relacionadas en el documento publicado en enero de 2013 bajo el título Argumentario General, prospecciones petrolíferas en Canarias, accesible virtualmente en <http://www.gobiernodecanarias.org/opencms8/export/sites/presidencia/prospecciones/ficheros/doc/ArgumentarioPetroleo2013.pdf>

³ En uno de los informes de este órgano asesor de 17 de mayo de 2005 se advertía que «la convalidación para suplir las deficiencias apreciadas por el Tribunal Supremo no puede introducir modificaciones relevantes en el contenido de los programas más allá de la subsanación de los defectos que hubieran dado lugar a la anulación, pues en caso contrario las novedades introducidas supondrían una modificación ajena a la causa convalidatoria que alteraría los presupuestos por las que se concedió y, por ende, sería tanto como otorgar una nueva autorización, pero en este caso omitiendo los trámites procedimentales establecidos al efecto en el capítulo segundo del título segundo de la Ley 34/1998, de 7 de octubre del Sector de Hidrocarburos, como por ejemplo, la omisión de la posibilidad de ofertas en competencia». Sin embargo, en el último de los dictámenes previos al Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, la asesoría jurídica de la Administración del Estado, y con cita de su informe de 16 de marzo de 2004, ya se muestra partidaria de la convalidación ya que los vicios formales de que adolecía el acto de otorgamiento de los permisos no eran determinantes de su nulidad absoluta sino de su mera anulabilidad. (Informe de la Abogacía del Estado, Asesoría Jurídica de Industria y Energía de fecha, Área de Industria y Energía de fecha 23 de junio de 2008). Documentos accesibles en el enlace http://www.canariasdicoenarepsol.com/expediente_repsol.html

la Nación⁴, deja a salvo la utilización de la vía del recurso contencioso-administrativo directo contra el propio Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo respecto al planteamiento de otras cuestiones ajenas al fallo, esto es, relativas a la parte del Real Decreto 1462/2001 que la Sala 3ª no anuló el 24 de febrero de 2004.

Esta impugnación directa frente al Real Decreto de 2012 convalidando los permisos para efectuar las exploraciones petrolíferas frente a las costas canarias (o más bien modificando la autorización anterior otorgada mediante el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre) tuvo lugar mediante la interposición de diversos recursos contencioso-administrativos, cuya tramitación dio lugar de nuevo a las respectivas sentencias de la sección 3ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fechas 25 y 30 de junio de 2014, y que resolvieron las demandas planteadas en sentido desestimatorio o decretando su inadmisión.⁵

El proyecto, consistente en la realización de varios sondeos exploratorios, fue finalmente autorizado por Resolución de 11 de agosto de 2014, de la Dirección General de Política Energética y Minas (BOE nº 196, de 13 de agosto).

Los trabajos de prospección en un punto situado a 54 kilómetros de Fuerteventura y 62 de Lanzarote se iniciaron finalmente el 18 de noviembre de 2014, utilizando en los trabajos el buque Rowan Renaissance⁶, debiendo reseñar que el día 15 de noviembre tuvieron lugar diversos incidentes derivados de la vulneración por parte de un buque de la organización ecologista Greenpeace de las medidas de exclusión a la navegación y la pesca en una zona previamente establecida por el Ministerio de Fomento, a lo que tendremos oportunidad de referirnos más adelante al analizar la problemática jurídica planteada sobre la cuestión.

El último hito sobre el asunto viene constituido por la paralización de los trabajos por la empresa operadora, sin que se procedan a acometer por el momento los trabajos de exploración en la segunda cuadrícula para la que existía permiso de prospección y conocida como Chirimoya-IX.⁷

⁴ Aclara así la Sala 3ª del Tribunal Supremo que «[e]s cierto que el nuevo Real Decreto 547/2012 contiene una disposición final primera a tenor de la cual queda “convalidado expresamente el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, en todo aquello que no resulte modificado por el presente Real Decreto”. Pero, insistimos, esta expresión no puede referirse -en estrictos términos técnico-jurídicos a la parte del Real Decreto 1462/2001 cuya validez no fue puesta en cuestión por la Sala. Más que de “convalidación”, propiamente hablando, se trataría de una especie de ratificación o corroboración ulterior de algo que nunca perdió su validez». (FJ 5º).

⁵ Se trata, concretamente, de las SSTS dictadas con fecha 25 de junio de 2014 en relación a los procesos planteados por el Gobierno de Canarias (recurso nº 327/2012); el Cabildo Insular de Fuerteventura (recurso nº 353/2012); la Asociación WWF-ADENA (recurso nº 364/2012) y el partido político Izquierda Unida (recurso nº 365/2012, finalizado declarando su inadmisión); así como los pronunciamientos efectuados con fecha 30 de junio de 2014 en los recursos contencioso-administrativos interpuestos respectivamente por la Federación Ben Magec-Ecologistas en Acción (recurso nº 332/2012), el Cabildo de Lanzarote (recurso nº 363/2012) y la Fundación César Manrique (recurso nº 368/2012).

⁶ Véase la noticia «Repsol inicia los sondeos de petróleo en aguas de Canarias», publicada en El País, el 18 de noviembre de 2014, accesible de igual forma en http://economia.elpais.com/economia/2014/11/18/actualidad/1416297720_357152.html

⁷ Vid. al efecto la noticia «Repsol paraliza las prospecciones de hidrocarburos en aguas canarias», publicada en El País, el 15 de enero de 2015, accesible de igual forma en http://politica.elpais.com/politica/2015/01/15/actualidad/1421349886_259819.html

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS EN QUE SE AUTORIZARON LOS SONDEOS Y LA NATURALEZA DE LA ZONA DE EXCLUSIÓN A LA NAVEGACIÓN Y LA PESCA ESTABLECIDA

3.1 LOS ESPACIOS DONDE SE AUTORIZARON LAS PROSPECCIONES Y LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA SOBRE LOS MISMOS.

Las exploraciones, en la actualidad ya paralizadas, se autorizaron en determinadas zonas localizadas en la cuenca atlántica de Canarias frente a las costas de las islas de Fuerteventura y Lanzarote. A la vista de las coordenadas de superficie de los sondeos propuestos (denominados Sandia-1X y Chirimoya-1X y Zanahoria-1) y de las distancias a la costa establecidas en la Resolución de 11 de agosto de 2014 reseñada más arriba y que autorizó el proyecto, resulta claro que los trabajos de prospección tuvieron lugar más allá del límite exterior del mar territorial español y de la propia zona contigua al mismo.⁸

Es evidente pues que los trabajos fueron autorizados en unos espacios marítimos que no forman parte de un territorio a los que se extienda la soberanía del Estado español, en el sentido determinado por el art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, puesto que, como es sabido, la anchura del mar territorial se extiende hasta un límite «que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención». (art. 3).⁹

⁸ Más en concreto, en la Resolución de 11 de agosto de 2014, de la Dirección General de Política Energética y Minas el sondeo Sandia-1X figura con una distancia mínima a la costa de 55'5 km.; el sondeo Chirimoya-1X, a una distancia mínima de 50'0 km., y el conocido como Zanahoria-1, a 55'0 km.

⁹ Así lo ha establecido en el art. 3 de la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial, determinando concretamente el criterio de las doce millas náuticas a contar desde las líneas de base. Sobre los que debemos considerar espacio territorial español en un sentido estricto del ejercicio de los derechos de soberanía estatal, resultan interesantes las apreciaciones de Marín Castán al respecto, quien señala que «debe tenerse en cuenta al respecto que el sistema de atribución de competencias a los Estados ribereños sobre las aguas marítimas situadas frente a sus costas, establecido por la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, se basa en la atribución de soberanía a los Estados sobre dichas aguas, más o menos limitada en función de los espacios que distingue y de su distancia. Así, de forma resumida, podemos decir que la soberanía reconocida al Estado ribereño sobre las aguas interiores es plena; sobre el mar territorial casi plena y sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental es limitada para el ejercicio de los derechos que la propia Convención reconoce en cada una de ellas.

Por ello, la expresión “espacio marítimo sujeto a soberanía española” es un tanto ambigua, pues en un sentido estricto cabría entender que se refiere solo a las aguas interiores y al mar territorial, mientras que en un sentido amplio cabría entender que también se refiere a la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma territorial. [...] La razón es que los derechos de soberanía que reconoce la Convención sobre la zona económica exclusiva y la plataforma continental lo son exclusivamente a los efectos de exploración y explotación, conservación y administración de sus recursos». Marín Castán, F. (2009), Marco jurídico de la seguridad marítima, en *Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima*, Cuadernos de Estrategia, núm. 140, Instituto Español de Estudios Estratégicos, p. 220.

Pero los sondeos exceden asimismo los límites del espacio sobre el que el Estado ribereño puede ejercer las medidas de fiscalización previstas en el art. 33 de la Convención de Derecho del Mar, esto es la zona contigua, franja esta que «no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial». (art. 33.2).

Pues bien, más allá del límite exterior de estos espacios, esto es, las 24 millas náuticas a partir de líneas de base desde las que se mide la anchura del mar territorial, nos encontramos con dos áreas adyacentes, en ocasiones superpuestas en la mayor parte de su extensión, a saber la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

La primera se trata de un área de nueva creación¹⁰ situada más allá del mar territorial y adyacente a este y que no se extenderá más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, caracterizándose porque trata de conciliar los derechos del estado ribereño con los derechos de otros Estados (arts. 55 y 57 de la Convención de 1982).

En este sentido, corresponden al ribereño derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos; así como derechos de jurisdicción, con arreglo a las disposiciones de la Convención, con respecto a:

- i) El establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras.
- ii) La investigación científica marina.
- iii) La protección y preservación del medio marino (art. 56.1).

Pero, como venimos diciendo, los derechos del ribereño, que se extienden incluso a la construcción de islas artificiales, instalaciones y estructuras así como a la regulación de tales aspectos¹¹, deben hacerse compatibles con los derechos

¹⁰ El deseo ampliacionista por parte de los Estados ribereños, abandonando la división clásica de los espacios marítimos surgió primero con el interés de los ribereños por consolidar su jurisdicción sobre los recursos vivos adyacentes a sus costas. Sin embargo, «[e]n relación a los recursos naturales no renovables del lecho y del subsuelo marinos, este proceso se retrasó hasta mediados del actual siglo, ya que el desarrollo tecnológico en orden a su exploración y explotación fue insuficiente hasta la fecha indicada. A partir de ese momento se inicia una carrera entre los distintos países para extender su jurisdicción o soberanía sobre este tipo de recursos. En esta perspectiva económica y tecnológica, el principio de libertad de los mares comenzó a ser impugnado por los Estados en vías de desarrollo o con capacidad extractora deficiente, por considerar que la libertad tan solo protegía los intereses de los Estados más desarrollados, para los cuales la libertad equivalía a la posibilidad de explotar indiscriminadamente y en cualquier sector de los mares sus recursos renovables y no renovables». González Campos, J.D., Sánchez Rodríguez, L.I., y Andrés Sáenz de Santa María, P. (1998), Curso de Derecho Internacional Público, Civitas, Madrid, p. 620.

¹¹ Resulta ilustrativo en este punto el art. 60 de la Convención de Jamaica que dispone lo siguiente: «1. En la zona económica exclusiva, el Estado ribereño tendrá el derecho exclusivo de construir, así como el de autorizar y reglamentar la construcción, operación y utilización de:

a) Islas artificiales.

de los demás Estados, que gozan, ya sean ribereños o sin litoral, con sujeción a las disposiciones pertinentes de la Convención, de las libertades de navegación y sobrevuelo y de tendido de cables y tuberías submarinos, así como de otros usos del mar internacionalmente legítimos relacionados con dichas libertades, tales como los vinculados a la operación de buques, aeronaves y cables y tuberías submarinos, y que sean compatibles con las demás disposiciones de la Convención (art. 58.1).

Pues bien, España ha desarrollado tales disposiciones del derecho internacional por medio de la Ley 15/1978, sobre zona económica exclusiva, confirmando la extensión de dicho espacio desde el límite exterior del mar territorial español hasta una distancia de doscientas millas náuticas, contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide la anchura de aquel, donde la norma afirma los derechos soberanos del Estado español a los efectos de la exploración y explotación de los recursos naturales del lecho y del subsuelo marinos y de las aguas suprayacentes.

b) Instalaciones y estructuras para los fines previstos en el artículo 56 y para otras finalidades económicas.

c) Instalaciones y estructuras que puedan interferir el ejercicio de los derechos del Estado ribereño en la zona.

2. El Estado ribereño tendrá jurisdicción exclusiva sobre dichas islas artificiales, instalaciones y estructuras, incluida la jurisdicción en materia de leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, sanitarios, de seguridad y de inmigración.

3. La construcción de dichas islas artificiales, instalaciones o estructuras deberá ser debidamente notificada, y deberán mantenerse medios permanentes para advertir su presencia. Las instalaciones o estructuras abandonadas o en desuso serán retiradas para garantizar la seguridad de la navegación, teniendo en cuenta las normas internacionales generalmente aceptadas que haya establecido a este respecto la organización internacional competente. A los efectos de la remoción, se tendrán también en cuenta la pesca, la protección del medio marino y los derechos y obligaciones de otros Estados. Se dará aviso apropiado de la profundidad, posición y dimensiones de las instalaciones y estructuras que no se hayan retirado completamente.

4. Cuando sea necesario, el Estado ribereño podrá establecer, alrededor de dichas islas artificiales, instalaciones y estructuras, zonas de seguridad razonables en las cuales podrá tomar medidas apropiadas para garantizar tanto la seguridad de la navegación como de las islas artificiales, instalaciones y estructuras.

5. El Estado ribereño determinará la anchura de las zonas de seguridad, teniendo en cuenta las normas internacionales aplicables. Dichas zonas guardarán una relación razonable con la naturaleza y funciones de las islas artificiales, instalaciones o estructuras, y no se extenderán a una distancia mayor de 500 metros alrededor de estas, medida a partir de cada punto de su borde exterior, salvo excepción autorizada por normas internacionales generalmente aceptadas o salvo recomendación de la organización internacional competente. La extensión de las zonas de seguridad será debidamente notificada.

6. Todos los buques deberán respetar dichas zonas de seguridad y observarán las normas internacionales generalmente aceptadas con respecto a la navegación en la vecindad de las islas artificiales, instalaciones, estructuras y zonas de seguridad. [...]».

Este precepto debe ser complementado con el art. 73, que habilita al Estado ribereño, en el ejercicio de sus derechos de soberanía para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos vivos de la zona económica exclusiva, a tomar las medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con esta Convención, incluidas la visita, la inspección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales.

Y para el caso de los archipiélagos, como sucede en el caso de las islas Canarias, dispone, de acuerdo con la propia Convención de 1982, que el límite exterior de la zona económica se medirá a partir de las líneas de base rectas que unan los puntos extremos de las islas e islotes que respectivamente los componen, de manera que el perímetro resultante siga la configuración general de cada archipiélago (art. 1 de la Ley 15/1978).

Obviamente pues, los espacios marítimos donde se autorizaron los controvertidos sondeos petrolíferos a los que aquí nos referimos aparecen incursos en la zona económica exclusiva española; pero antes de entrar a plantearnos el derecho del Estado español a explotar o autorizar la explotación de los recursos energéticos (más en concreto, petrolíferos) en dicha área, debemos exponer siquiera sucintamente el régimen jurídico de otro espacio marítimo que se solapa en gran parte con la zona, es decir, la plataforma continental.

Así, la plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia.

Sin embargo, convenimos aquí con la doctrina y la práctica estatal en que «el criterio operativo va a ser en el futuro “el borde exterior del margen continental”»¹², acogiéndose así la práctica estatal a la posibilidad ofrecida por los apartados 4, 5 y 6 del art. 76 de la Convención de que el borde exterior del margen continental pueda quedar establecido en las 350 millas náuticas contadas desde las líneas de base o en 100 millas náuticas desde la isobata de 2.500 metros.

Esta posibilidad, que parece satisfacer a Estados con plataformas muy extensas hace que estas naciones «[vean] ampliada su soberanía sobre este espacio más allá de las 200 millas que comprend[e] su zona económica exclusiva».¹³

A estas pretensiones, y pese a la escasa regulación de esta área en nuestro derecho interno¹⁴, parece no haber sido ajeno el Estado español, quien precisamente respecto a las aguas del archipiélago canario ha ampliado su plataforma

¹² González Campos, J.D., Sánchez Rodríguez, L.I., y Andrés Sáenz de Santa María, P. (1998), *Curso de Derecho Internacional Público*, ob. cit., p. 628.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ A diferencia de lo que sucede con la delimitación del mar territorial y de la zona económica exclusiva, sobre la plataforma continental no existe una norma o regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico, remitiéndose la Ley 14/2014, de Navegación Marítima, en su disposición adicional 7ª, respecto a los derechos soberanos sobre la plataforma continental española y las ampliaciones de esta más allá del límite de las doscientas millas náuticas simplemente a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, firmada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, en los restantes tratados internacionales en los que España sea parte y en las normas de Derecho interno que puedan dictarse de conformidad con tales acuerdos internacionales. Sorprende asimismo que el art. 8 de la LPEMM omite cualquier referencia a la plataforma continental, al no incluirla en absoluto como espacio donde España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción.

continental más allá de las 200 millas iniciales, y ello mediante su comunicación por Nota Verbal a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de las Naciones Unidas, de acuerdo con el art. 76.8 de la propia Convención de Jamaica.

Así, el Consejo de Ministros, con fecha 5 de diciembre de 2014 aprobó el acuerdo por el que se toma conocimiento de la presentación de la citada Nota Verbal, y lo pretende justificar en que «[t]ras los correspondientes estudios geográficos y geológicos, España ha llegado a la conclusión de que puede fijar los límites exteriores de la plataforma continental al oeste de las islas Canarias más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de la costa».¹⁵

Debe precisarse que la comunicación a la Comisión de Límites estuvo precedida ciertamente de un informe técnico fundamentado en un sólido trabajo científico para la presentación tanto de la información preliminar a la Comisión en mayo de 2009 como de la comunicación definitiva de 2014.¹⁶

¹⁵ Vid. la referencia del Consejo de Ministros de 5 de diciembre de 2014, en la que se da cuenta de que esta fijación del límite exterior de la plataforma continental, que supone una ampliación de 296.500 Km². Accesible en <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2014/refc20141205.aspx#Canarias>

Para una representación gráfica de la ampliación de la plataforma continental española al oeste de las islas Canarias, véase la noticia «España amplía sus dominios marítimos», publicada en El País, el 29 de diciembre de 2014, accesible de igual forma en http://politica.elpais.com/politica/2014/12/28/actualidad/1419791095_360167.html

¹⁶ La documentación que fundamentaba la información preliminar de España presentada el 11 de mayo de 2009 puede encontrarse en el enlace web de la propia Comisión de Límites: http://www.un.org/depts/los/clcs_new/commission_preliminary.htm

La propuesta española se fundamenta en un documentado trabajo científico conocido como campaña DRAGO 0511, y en el que, según el propio informe elaborado en 2011, y accesible en la página del Instituto Español de Oceanografía (<http://www.repositorio.ieo.es/e-ieo/handle/10508/451>) participaron «un total de 19 científicos y técnicos, 4 investigadores del Instituto Español de Oceanografía (IEO) y 4 investigadores del Instituto Geológico y Minero de España (IGME) del Ministerio de Ciencia e Innovación, 2 investigadores de TRAGSA (para la Secretaría General del Mar) del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, y 6 hidrógrafos del Instituto Hidrográfico de la Marina (IHM) del Ministerio de Defensa, así como 5 estudiantes (2 de grado y 3 de posgrado) de la Facultad de Ciencias del Mar y Ambientales de la Universidad de Cádiz, y de la Facultad de Ciencias Geológicas (Titulación de Ingeniería Geológica) de la Universidad Complutense», siendo el «objetivo de esta campaña [...] la adquisición de los datos científicos necesarios para preparar la propuesta de ampliación de la Plataforma Continental española más allá de las 200 millas marinas del área situada al oeste de las islas Canarias, conforme al artículo 76 de CONVEMAR». En la campaña participaron el B/O Hespérides (de la Armada Española), el B/O Miguel Oliver (de la Secretaría General del Mar) y el B/O Sarmiento de Gamboa. La información sobre la comunicación oficial de España de 17 de diciembre de 2014 a la Comisión de Límites puede verse en el enlace oficial de este organismo: http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_esp_77_2014.htm

Sin embargo, según el profesor Arroyo, «nuestra configuración geológica no permite que la plataforma continental se extienda más allá de las doscientas millas, que marcan el límite exterior de la zona económica exclusiva, y, por tanto, la plataforma queda subsumida en la zona. Tomando como límite el de la línea isobárica de los doscientos metros de profundidad, la plataforma continental oscila, en los litorales del norte y sur, entre las cuatro y las quince millas de extensión; en las costas del levante y golfo gaditano entre treinta y cincuenta millas; en el archipiélago balear llega hasta las quince millas, y en el insular canario se reduce entre las cinco y diez millas». Arroyo Martínez, I. (2002), *Compendio de Derecho Marítimo*, Tecnos, Madrid, p. 70.

Pues bien, en esta zona el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales, que son los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y su subsuelo, así como los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias, es decir, aquellos que en el período de explotación están inmóviles en el lecho del mar o en su subsuelo o solo pueden moverse en constante contacto físico con el lecho o el subsuelo (art. 77 de la Convención).

No obstante, los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental no afectan a la condición jurídica de las aguas suprayacentes ni a la del espacio aéreo situado sobre tales aguas y el ejercicio de los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental no deberá afectar a la navegación ni a otros derechos y libertades de los demás Estados, previstos en esta Convención, ni tener como resultado una injerencia injustificada en ellos (art. 78).

Sin embargo, estas previsiones propias del régimen de alta mar (libertad de navegación, sobrevuelo y tendido de cables y tuberías submarinos) encuentran lógicas restricciones en las atribuciones del ribereño para autorizar, construir y reglamentar la construcción de islas artificiales, instalaciones y estructuras, así como el establecimiento de zonas de seguridad en torno a las mismas (art. 80 en relación con el art. 60 de la Convención de 1982).

3.2 LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS DE EXCLUSIÓN DE LA NAVEGACIÓN Y PESCA ADOPTADAS POR EL MINISTERIO DE FOMENTO A LA LUZ DEL CONVENIO DE JAMAICA.

El problema que se plantea en relación al establecimiento de zonas de exclusión a la navegación y pesca como la decretada en torno al punto de los sondeos petrolíferos frente a las costas de Canarias iniciados en noviembre de 2014 estriba en la naturaleza de la medida y, por ende, en la distancia de la zona de exclusión adoptada.

Así, como acabamos de comprobar, aunque resulta legítimo el establecimiento por la Administración española de zonas de seguridad en torno a islas artificiales, instalaciones y estructuras, en las cuales podrá tomar medidas apropiadas para garantizar tanto la seguridad de la navegación como de las islas artificiales, instalaciones y estructuras, en el presente y controvertido supuesto, y estemos al régimen de la zona económica exclusiva o al de la plataforma continental, hay varios datos que hacen que nos cuestionemos el ajuste al derecho internacional de las medidas adoptadas, a saber:

1. La zona de exclusión a la navegación y pesca fue adoptada por el Ministerio de Fomento invocando la legislación interna, concretamente, de acuerdo con las funciones atribuidas a las Capitanías Marítimas por el art. 266 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.
2. Las medidas de prohibición de tránsito se adoptaron en el radio de una milla en torno al punto donde estaba previsto el comienzo de los trabajos de prospección, y no en la distancia razonable que se deduce del texto del art. 60 de la Convención que, salvo excepción autorizada por nor-

mas internacionales generalmente aceptadas o salvo recomendación de la organización internacional competente, no debe superar la distancia de 500 metros.¹⁷

De todas formas, debemos tener en cuenta precisamente que la zona de exclusión en el caso al que aquí nos referimos no se ha decretado por la Administración Marítima española en virtud de las disposiciones de los arts. 60 y 80 de la Convención de Jamaica, que habilitan al establecimiento de zonas de seguridad en torno a las islas artificiales, instalaciones y estructuras cuya construcción reglamente o autorice la Administración española¹⁸, sino haciendo uso de las disposiciones más genéricas que facultan al ribereño (en este caso, España) para ejercer sus derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales, lo que implica asimismo la habilitación para dictar las pertinentes prevenciones que garanticen los trabajos o sondeos autorizados así como la reglamentación de los mismos en unas mínimas condiciones de seguridad y, en fin, el consiguiente establecimiento de medidas de garantía de la navegación marítima y del medio marino, como se deriva de la exclusividad de los derechos soberanos de España sobre su plataforma continental, lo que implica asimismo su derecho exclusivo a autorizar y *regular* las perforaciones que con cualquier fin se realicen en la plataforma continental (art. 81 de la Convención).¹⁹

No podemos a mi juicio por ello juzgar como una *injerencia injustificada* en los derechos y libertades de los demás Estados, en los términos del art. 78.2 de la Convención, que la Administración Marítima española dicte unas medidas razonables para garantizar la seguridad en la navegación y permitir las labores de prospección²⁰, de acuerdo con la legislación marítima española, particularmente

¹⁷ Además, para notificar la zona de exclusión por parte del Ministerio de Fomento, se utilizó el procedimiento conocido como «aviso a navegantes», contemplado ahora en el art. 28.2 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. Vid. en ese sentido la noticia «Fomento expedienta a Greenpeace por el incidente en aguas de Canarias», publicada en El País, el 18 de noviembre de 2014, accesible de igual forma en http://politica.elpais.com/politica/2014/11/18/actualidad/1416324542_951812.html

¹⁸ Para ello han de tenerse en cuenta los criterios establecidos por Resolución A.671 (16) de la Organización Marítima Internacional sobre zonas de seguridad y seguridad de la navegación alrededor de instalaciones y estructuras mar adentro.

¹⁹ En uso de esos derechos soberanos precisamente la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos considera en su art. 2.1 que «[a] los efectos del artículo 132.2 de la Constitución tendrán la consideración de bienes de dominio público estatal, los yacimientos de hidrocarburos y almacenamientos subterráneos existentes en el territorio del Estado y en el subsuelo del mar territorial y de los fondos marinos que estén bajo la soberanía del Reino de España conforme a la legislación vigente y a los convenios y tratados internacionales de los que sea parte». A continuación, el art. 32 dispone que las actividades de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos que se realicen en el subsuelo del mar territorial y en los demás fondos marinos que estén bajo la soberanía nacional se registrarán por esta ley, por la legislación vigente de costas, mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental, y por los acuerdos y convenciones internacionales de los que el Reino de España sea parte.

²⁰ Esta es la posición oficial del Gobierno que, en contestación a pregunta escrita en el Congreso de los Diputados formulada por dos diputados del Grupo Mixto en relación a la escolta del buque «Rowan Renaissance» con bandera de las islas Marshall, con el que Repsol procedió a ejecutar las

de conformidad con el ya citado art. 266.4 b) 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 (LPEMM), concretamente designando en las áreas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, y en uso de las atribuciones correspondientes a las Capitanías Marítimas, «zonas prohibidas a la navegación por motivos de seguridad y protección marítima, seguridad de la navegación, prevención y lucha contra la contaminación marina u otras causas debidamente justificadas».²¹

prospecciones en aguas próximas a Canarias así como al incidente ocurrido en fecha 15 de noviembre de 2014, respondió que el citado buque «fue autorizado por el Gobierno a realizar trabajos de prospección petrolífera en aguas internacionales en las que España ostenta derechos soberanos sobre la plataforma continental.

Para garantizar la seguridad en la navegación y permitir las labores de prospección, el Ministerio de Fomento estableció una zona de exclusión de una milla de diámetro alrededor de la situación en la que debían comenzar los trabajos.

La Armada, en cumplimiento de las competencias que le atribuye el derecho marítimo internacional y la legislación vigente, desplegó un dispositivo de vigilancia y control marítimo para la aplicación de esta medida, del que formó parte el buque de Acción Marítima “Relámpago”. *BOCG*, serie D, nº 608, X Legislatura, Congreso de los Diputados, de 11 de febrero de 2015, p. 433. La cursiva es mía.

²¹ El departamento ministerial competente resulta en este caso del Ministerio de Fomento al que la propia LPEMM le atribuye, entre otras cuestiones, «[l]a ordenación y el control del tráfico marítimo en las aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, sin perjuicio de las competencias que se atribuyan a otras autoridades, y específicamente las que corresponden al Ministerio de Defensa para la salvaguarda de la soberanía nacional». [art. 263 g)]. Concretamente, el art. 7.1 a) 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, atribuye dicha competencia a la Dirección general de la Marina Mercante. En particular, las funciones de las Capitanías Marítimas aparecen reguladas en el art. 266 LPEMM y en el Real Decreto 638/2007, de 18 de mayo, por el que se regulan las Capitanías Marítimas y los Distritos Marítimos. Por otra parte, el art. 297 del mismo texto legal, y en orden a la garantía efectiva de la seguridad de la navegación y de la prevención de la contaminación del medio marino, habilita a la Administración Marítima para visitar, inspeccionar, condicionar el fondeo, apresar, iniciar procedimientos judiciales y, en general, adoptar las medidas que se estimen necesarias respecto de los buques que vulneren o puedan vulnerar dichos bienes jurídicos. Dichas prevenciones tienen, por otra parte, su adecuada correspondencia en el art. 20.1 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, al disponer que «[l]a Administración Marítima podrá condicionar, restringir o prohibir, por razones de seguridad y protección marítima, la navegación en ciertos lugares de los espacios marítimos españoles, en particular en los casos de ejercicios y operaciones navales de las Fuerzas Armadas o siempre que el paso de los buques extranjeros por el mar territorial no sea inocente». Precisamente, para un cabal entendimiento del ámbito de aplicación de estas medidas previstas en el derecho interno español, basta la lectura del art. 4.1 de la Ley 14/2014, situado bajo la rúbrica del Título I de la misma norma (*De la ordenación administrativa de la navegación*), y que dispone que «[l]as normas de policía de la navegación contenidas en el presente título serán de aplicación a todos los buques que se encuentren en espacios marítimos en los que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción». Dispone asimismo el art. 301 LPEMM (*Prevención de actividades ilícitas y tráfico prohibidos*) que «[a] los efectos de prevenir la realización de actividades ilícitas o el ejercicio de cualquier tráfico prohibido, el Gobierno podrá impedir, restringir o condicionar la navegación de determinadas categorías de buques civiles en las aguas interiores, el mar territorial o la zona contigua».

IV. LOS INCIDENTES ACAECIDOS EL 15 DE NOVIEMBRE DE 2014 Y SUS REPERCUSIONES JURÍDICAS

4.1 LAS CIRCUNSTANCIAS FÁCTICAS Y LA TRASCENDENCIA JURÍDICA DE LAS MISMAS.

Como ya adelantamos al principio de esta exposición, el día 15 de noviembre de 2014 se produjeron una serie de incidentes en torno a la zona de los sondeos autorizados a la compañía Repsol frente a las costas del archipiélago canario, consistentes concretamente en la vulneración por parte de un buque de la organización ecologista Greenpeace de la zona de exclusión a la navegación y la pesca previamente decretada por el Ministerio de Fomento en torno al punto donde estaban previstas las prospecciones.

Para garantizar la efectividad de esta medida de exclusión, se estableció un dispositivo de vigilancia y control del tráfico marítimo, del que formó parte el buque de Acción Marítima «Relámpago», que acompañó al buque «Rowan Renaissance» a la zona de las prospecciones, comprobando como el buque de la organización Greenpeace «Arctic Sunrise» se encontraba en el centro de la zona de exclusión y se negaba abandonarla, pese a ser requerido para ello.

Es en un momento posterior cuando el buque «Arctic Sunrise» arría varias embarcaciones y pretende el abordaje del buque contratado para realizar las labores de prospección, interponiéndose para evitarlo las embarcaciones del señalado buque de la Armada. En el momento de la interceptación, una activista cae al agua, que resulta herida por las hélices de una de las propias embarcaciones del «Arctic Sunrise», procediendo a rescatarla un miembro de la dotación del citado buque de la Armada que desempeñaba funciones de vigilancia y control.²²

²² Para una detallada exposición cronológica de lo sucedido, véase la respuesta del Gobierno a la pregunta escrita formulada por un diputado del Grupo Mixto en *BOCG*, serie D, n° 609, X Legislatura, Congreso de los Diputados, de 12 de febrero de 2015, pp. 348 y 349. Los hechos motivaron asimismo varias denuncias penales acumuladas ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo contra el presidente del Gobierno de España, el ministro de Defensa, la ministra de Fomento, el ministro de Industria, Energía y Turismo y la ministra de Medio Ambiente, «por un presunto delito de lesiones de los arts. 147 y 148 del Código Penal en base a unos hechos ocurridos el pasado 15 de noviembre en aguas territoriales españolas y al este de las islas de Fuerteventura y Lanzarote, cuando una embarcación de la organización Greenpeace fue abordada por otra de la Armada Española resultando con heridas la activista de dicho colectivo Dª XXX –fractura abierta del peroné– de la que fue atendida en el hospital de Las Palmas de Gran Canaria, hechos por los que la denuncia se dirige asimismo contra D. XXX, director de la Marina Mercante, contra el capitán [*sic*] del buque Relámpago, del que procedía la embarcación protagonista del abordaje y los tripulantes de la misma». (ATS de 20 de enero de 2015, causa especial, rec. n° 20878/2014, hecho 1º). Las denuncias son rechazadas *a limine* ya que «las imputaciones carecen de consistencia: la imputación se hace de forma indefinida y genérica, al margen de las más básicas líneas que enmarcan las responsabilidades de naturaleza penal. No se achaca una específica participación en los hechos a los denunciados. Las denuncias se apoyan en los cargos institucionales ocupados, que son señalados casi caprichosamente (cualquier departamento que tuviese alguna mínima relación con la decisión política que desencadenó la protesta y ulteriormente el incidente). Ese extravagante criterio convertiría en responsable penal (lo que está muy lejos de confundirse con la responsabilidad política) a cualquier cargo público de los hechos vinculados de una u otra forma con el órgano a cuyo frente se encuentra, abstracción hecha de criterios no ya de

Pues bien, y al margen de la polémica generada por el incidente, son varias las cuestiones jurídicas que se plantean, y cuya respuesta obviamente estará, al menos en parte, relacionada con los aspectos analizados en el epígrafe anterior sobre la legitimidad y la forma del establecimiento de zonas de exclusión a la navegación en los espacios marítimos bajo jurisdicción española.

Dichas cuestiones se refieren: 1) a las posibles infracciones de carácter administrativo de la legislación marítima española (concretamente, de la LPEMM) a causa de la vulneración de la zona de exclusión a la navegación y pesca acordada por el Ministerio de Fomento; 2) a la posible comisión de un nuevo ilícito administrativo o, en su caso, penal, por parte de los miembros de la dotación del buque de la organización ecologista en el momento del intento de abordaje del buque contratado por la empresa petrolífera para efectuar los sondeos; así como, 3) a la cuestión sobre el papel atribuido a la Armada para garantizar la seguridad en la navegación y permitir los trabajos de prospección.

4.2 LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS POR INCUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN MARÍTIMA ESPAÑOLA.

En cuanto a los ilícitos de carácter administrativo supuestamente cometidos por el buque de la organización ecologista parece que el desconocimiento de las prohibiciones de navegación en la zona previamente determinada por el Ministerio de Fomento integra las previsiones de una de las infracciones muy graves del art. 308.3 LPEMM (bajo la rúbrica *Infracciones contra la ordenación del tráfico marítimo*), concretamente, la prevista en la letra c), consistente en «[e]l incumplimiento de las órdenes, prohibiciones o condiciones a que se refieren los artículos 297, 298, 300 y 301 de la presente ley».²³

Ello sin perjuicio de las posibles infracciones cometidas en el momento del intento de abordaje de la embarcación autorizada para realizar los sondeos, dado que tal conducta supone un desconocimiento doloso del Reglamento Internacional para prevenir los abordajes en la mar de 1972, y cuyas disposiciones resultan aplicables en los espacios marítimos donde España ejerce soberanía o jurisdicción por virtud del art. 27.1 de la Ley 14/2014, de Navegación Marítima.

Teniendo en cuenta que el texto del señalado Convenio Internacional para prevenir abordajes de 20 de octubre de 1972 contiene disposiciones básicas relativas a las reglas de rumbo y gobierno y sobre luces y marcas, así como atendiendo a las circunstancias bajo las que se produjeron los hechos, la intencionalidad de la conducta, el riesgo para la navegación así como para la vida e integridad de las personas, con el resultado concreto de una persona herida, podríamos estar

culpabilidad, sino de presencia de una acción u omisión concreta. Para iniciar un procedimiento penal se exige mucho más». (FJ único del referido ATS de 20 de enero de 2015).

²³ Vid. nota 21.

ante la comisión de otra infracción grave o muy grave de los arts. 307 y 308 de la LPEMM.²⁴

La iniciación o el desarrollo del pertinente expediente administrativo sancionador puede venir acompañada de medidas cautelares como la inmediata retención del buque como medida cautelar para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales, siempre que se trate de infracciones graves o muy graves a que se refiere esta ley. Para ello podrá solicitar de la autoridad gubernativa correspondiente la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando fuera necesario (art. 320 LPEMM), cosa que, junto al inicio de procedimiento por falta muy grave así se ha acordado «hasta que los expedientados designen domicilio en España a efectos de notificaciones y constituyan aval o garantía suficiente por valor de 50.000 euros».²⁵

4.3 LAS POSIBLES INFRACCIONES PENALES: LA PIRATERÍA COMO DELITO CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.

En cuanto a la supuesta comisión de infracciones penales por parte de la tripulación del buque de la organización ecologista, particularmente en el momento del intento de abordaje al buque autorizado para realizar los sondeos petrolíferos, debemos plantearnos la posible comisión del delito de piratería definido en el art. 616 ter del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, y que castiga al que «con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas», que «será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años».²⁶

²⁴ Basta comprobar cómo en la STSJ núm. 561/2005 del País Vasco, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª), de 28 julio, recurso nº 2167/2002, se considera la vulneración de la regla 10 del Reglamento Internacional para prevenir los abordajes en la mar como una infracción grave, ahora señalada en el art. 307.2 ñ) LPEMM 2011, a saber, «[l]as acciones u omisiones no comprendidas en los apartados anteriores que pongan en peligro la seguridad del buque o de la navegación». Igualmente, podría constituir, por la gravedad de la concreta conducta a la que se ha aludido, así como atendiendo a las consecuencias de la misma, una falta muy grave del art. 308.2 k) del mismo texto legal. En el mismo sentido, STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 8ª), de 31 de marzo de 2004, recurso nº 815/2001.

²⁵ Vid. así la noticia «Retenido el barco de Greenpeace que se enfrenta a las prospecciones», publicada en *Europa Press*, el 18 de noviembre de 2014, accesible de igual forma en <http://www.europapress.es/islas-canarias/noticia-greenpeace-denuncia-fomento-retiene-artic-sunrise-lanzarote-iniciar-proceso-sancionador-capitan-20141118183843.html> La garantía pecuniaria acordada de acuerdo con el art. 320 LPEMM fue finalmente satisfecha por el representante de Greenpeace en Lanzarote. Vid. la noticia «Greenpeace paga la fianza de 50.000 euros para abandonar Lanzarote», del mismo diario, de 25 de noviembre de 2014, accesible en <http://www.europapress.es/islas-canarias/noticia-greenpeace-paga-fianza-50000-euros-artic-sunrise-pueda-abandonar-lanzarote-20141125151404.html>

²⁶ Esta figura penal fue reintroducida en el Código Penal español por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, bajo la rúbrica del Título XXIV, *Delitos contra la Comunidad Internacional*. Sin ánimo de exhaustividad, la definición de piratería según el derecho internacional aparece en el art. 101 de la Convención de Derecho del Mar de 1982, a lo que debemos añadir, ante la insuficiencia de sus disposiciones frente al fenómeno terrorista, la Convención para la represión de actos ilícitos contra la

Si bien la más reciente jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo no exige para la consumación del delito con arreglo a nuestro derecho penal interno «la sustracción del buque, o que este quede inservible para el cometido que le es propio, porque, como hemos dicho, no solo se pena el apoderamiento o la destrucción, sino también la acusación de daños, independientemente de que el menoscabo causado sea total o parcial»²⁷, a mi juicio, que se pueda reprochar, incluso a título de tentativa, la comisión de esta figura penal a los activistas de la organización Greenpeace que intentaron abordar el buque encargado de realizar los sondeos no se ajusta a la finalidad a la que el legislador quiso atender al establecer tales tipos penales cuyo bien jurídico a tutelar (la protección de la Comunidad Internacional así como sus valores y principios) es otro muy distinto del vulnerado por la acción de los miembros de la organización ecologista, resultando, a mi juicio, de esta manera que el quebranto de los principios estructurales que rigen la Comunidad Internacional constituye uno de los elementos del tipo que debe concurrir ineludiblemente para incurrir en la figura penal de piratería.²⁸

Como resulta obvio, y sin perjuicio de su reproche en virtud de otros ilícitos administrativos, la conducta de los señalados activistas no incidió, ni por su finalidad ni por las circunstancias que la rodearon, en ninguno de los principios que resultan estructurales en el ámbito de la Comunidad Internacional ni se produjo en el marco de una actividad organizada o susceptible de generar una situación de fricción o inestabilidad de las que determinan la intervención de los mecanismos de seguridad colectiva previstos en la Carta de la Organización de Naciones Unidas a semejanza de lo declarado en las distintas resoluciones del Consejo de Seguridad que habilitaron una operación militar precisamente contra los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, bajo cuyo

seguridad de la navegación marítima, también denominada como Convención SUA, que fue firmada en Roma el 10 de marzo de 1988, y enmendada por varios protocolos firmados en Londres el 14 de octubre de 2005.

²⁷ STS, Sala 2ª 313/2014, de 2 de abril, recurso nº 11088/2013, FJ 4º. De forma más reciente, *vid.* asimismo la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, sección 3ª), de 2 de febrero de 2015, sumario nº 3/2013.

²⁸ Aunque admitimos con el Tribunal Supremo (STS, Sala 2ª 313/2014, de 2 de abril) que la piratería se trata de un delito contra la Comunidad Internacional mediante el que se protege la seguridad del tráfico marítimo y aéreo en tanto que bien jurídico supraindividual, no basta a mi juicio cualquier quebranto de la seguridad de la navegación o del tráfico marítimo en los espacios sometidos a jurisdicción española ya que entonces quedarían completamente vacíos de contenido los distintos ilícitos administrativos contemplados actualmente en la LPEMM. Precisamente Fernández Rodera propone unos elementos de corrección en el tipo penal. Así, considera que se debe incluir como elemento subjetivo del tipo «el ánimo de lucro propio o ajeno u otro propósito personal», así como que se limiten los espacios marítimos en los que se puede cometer el delito de piratería a los siguientes: «alta mar, espacio no sometido a la jurisdicción de ningún estado, zona económica exclusiva, zona contigua u otro espacio marítimo respecto del que así se determine en convenio, acuerdo o instrumento jurídico internacional». Fernández Rodera, J. A. (2010), en *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal* (conclusiones del Seminario Interuniversitario sobre la Reforma del Código Penal, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 435 a 438. Citado por Marín Castán, F., La piratería como crimen internacional, en *La respuesta del Derecho Internacional a los problemas actuales de la seguridad global*, Cuadernos de Estrategia, núm. 160, Instituto Español de Estudios Estratégicos, p. 132.

colatorio se produjo precisamente la reforma del Código Penal español para introducir estas figuras típicas dentro de la rúbrica relativa a los delitos contra la Comunidad Internacional.²⁹

4.4. EL PAPEL DE LA ARMADA EN LA VIGILANCIA DE LOS ESPACIOS MARÍTIMOS, COMO CONTRIBUCIÓN A LA ACCIÓN DEL ESTADO EN LA MAR.

Por lo que se refiere a las funciones ejercidas por la Armada en el curso de los acontecimientos que más arriba se acaban de narrar, y ello mediante el buque de Acción Marítima «Relámpago», primero acompañando al buque «Rowan Renaissance» a la zona de las prospecciones, así como, posteriormente, comprobando y levantando atestado e informando a las autoridades marítimas competentes sobre los hechos observados al objeto del inicio de las diligencias que procediesen³⁰, mantenemos aquí que la dotación del citado buque de la Armada se encon-

²⁹ *Vid.* en este sentido, Resolución 1814 (2008) relativa a la situación en Somalia, adoptada el 15 de mayo de 2008; Resolución 1816 (2008) relativa a la situación en Somalia, adoptada el 2 de junio de 2008 y la Resolución 1838 (2008) relativa a la situación en Somalia, adoptada el 7 de octubre de 2008. Con estos títulos jurídicos, el Consejo de la Unión Europea aprueba la Acción Común 2008/851/PESC del Consejo de 10 de noviembre de 2008 relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia.

³⁰ Dicha comprobación pues tiene un valor cualificado al haber sido efectuada por agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, la disposición adicional primera, apartado 4 del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas dispone expresamente que «[l]os miembros de las dotaciones de los buques de la Armada tendrán el carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de funciones de vigilancia y seguridad marítima atribuidas legalmente o por convenios internacionales suscritos por España, que se llevarán a cabo sin perjuicio de las que están atribuidas a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y a los integrantes de los organismos públicos con funciones de vigilancia marítima en el ejercicio de sus competencias». Además, aun tratándose de la observación de hechos por parte de agentes de la autoridad de una Administración que no es competente funcionalmente en las labores de inspección o sanción, reviste particular interés la STS, Sala 3ª (sección 6ª), de 14 de noviembre de 1991, que, en referencia al valor de las diferentes actas levantadas por personal de la Sección de Inspección Pesquera de Guipúzcoa, dependiente del Departamento de Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco, y que fueron remitidas al órgano competente de la Administración del Estado a través de la Comandancia Militar de Marina de San Sebastián, declara que «no parece que puedan ser considerados los agentes o funcionarios de las administraciones autonómicas, como simples particulares y sus actas poniendo de relieve infracciones apreciadas darles un valor equivalente al de simples denuncias de particulares, en razón, como al parecer así sucede, de apreciarse los hechos objeto del acta, fuera de la zona de competencia atribuida legalmente, pues el deber de colaboración que pesa sobre las diferentes administraciones públicas y la naturaleza oficial del Servicio de Inspección Pesquera del Gobierno Vasco si bien no le otorgan, desde luego, el carácter de autoridad fuera del ámbito de su competencia, no permiten tampoco, concluir que se trata de un mero particular cuando por la necesaria proximidad de aguas interiores en el límite con las aguas exteriores denuncia una actividad pesquera ilegal, pues se entiende que ahí debe de jugar una cierta cualificación del testimonio de dicho servicio, que debe apreciarse con libertad, pero razonadamente por la autoridad competente, siendo al efecto ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional de 4-11-1982 (RTC 1982\64), cuando indica, que “una adecuada colaboración entre la Administración del Estado y la de la comunidad autónoma que ayude a buscar soluciones equitativas es necesaria para el buen funcionamiento de un

traba en el ejercicio de las funciones públicas que le atribuye la legislación vigente, así como cumplimentando una misión legítimamente ordenada.

Más concretamente, el art. 16.1 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional, al contemplar los tipos de operaciones de las Fuerzas Armadas, establece, en conexión con el art. 15 de la misma norma (*Misiones*) y el propio art. 8.1 CE, que «las operaciones pueden consistir en: a) La vigilancia de los espacios marítimos, como contribución a la acción del Estado en la mar, la vigilancia del espacio aéreo y el control del espacio aéreo de soberanía nacional y aquellas otras actividades destinadas a garantizar la soberanía e independencia de España, así como a proteger la vida de su población y sus intereses [...]».³¹

Estado de las autonomías, incluso al margen de la distribución constitucional y estatutaria de las competencias respectivas». Por ello, este deber de colaboración obliga a los funcionarios del Servicio de Inspección Pesquera, de la comunidad autónoma recurrente a la presentación de las correspondientes denuncias y que su posición, si bien no es la de un agente de la autoridad cuando la misma versa sobre actuaciones pesqueras propias de las aguas exteriores, no puede tampoco reducirse su papel al de un mero particular». Recurso nº 3192/1989, FJ 3º. En el mismo sentido, STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª), de 10 de febrero de 2000, recurso nº 3683/1996. *Vid.* asimismo sobre el valor probatorio de los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público, el art. 137.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³¹ Estas disposiciones aparecen debidamente desarrolladas actualmente en el Real Decreto 872/2014, de 10 de octubre, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas; más en concreto, en su art. 17, que contempla al Mando de Vigilancia y Seguridad Marítima como «el órgano de la estructura operativa de las Fuerzas Armadas responsable del planeamiento, conducción y seguimiento de las operaciones de vigilancia y seguridad de los espacios marítimos de soberanía, responsabilidad e interés nacional. Su comandante mantendrá una doble dependencia: operativa del jefe de Estado Mayor de la Defensa y orgánica del jefe de Estado Mayor de la Armada». Como dice al respecto Franco García «[l]a vigilancia de los espacios marítimos realizada por la Armada tiene carácter integral y está orientada a la detección, tanto de riesgos y amenazas contra la seguridad nacional (amenaza convencional), como de aquellos que ponen en peligro la seguridad marítima». Franco García, M.A. (2013), *El Ministerio de Defensa y sus competencias sobre asuntos marítimos*, Tesis Doctoral, Universidade da Coruña, p. 123. Accesible en <http://ruc.udc.es/handle/2183/11501> enlace visitado por última vez el 26 de febrero de 2015, a las 14:12 horas.

Añade este autor que «[a]ntendiendo al nivel de interacción cívico-militar, las actividades de vigilancia y seguridad pueden dividirse en dos tipos: aquellas que tienen un carácter marcadamente naval y aquellas otras de contribución a la acción del Estado en la mar. Dentro de las operaciones navales se encuadrarían la vigilancia de los espacios marítimos; la introducción de información en el sistema de gestión del conocimiento del entorno marítimo para llegar a detectar actividades que afecten a la seguridad marítima; salvaguarda de la libertad de navegación y del comercio marítimo; cooperación y guía del tráfico marítimo mercante; cumplimiento de la legislación internacional en los supuestos en que por esta se prevé la intervención de un buque de guerra y actividades contra el terrorismo internacional, la proliferación y las armas de destrucción masiva.

En apoyo de otras administraciones que tienen atribuidas competencias en materias marítimas, la Armada realiza los siguientes cometidos: protección de los recursos naturales en los espacios marítimos de jurisdicción y de interés nacional; vigilancia de pesca; lucha contra las siguientes actividades: inmigración ilegal; tráfico ilícito de estupefacientes; contrabando; contaminación marina y protección del medio ambiente marino; vigilancia y protección del patrimonio subacuático de interés para el Patrimonio Histórico Nacional; salvamento y rescate». *Ibidem.*, pp. 124 y 125. En parecidos términos, *vid.* Gea Fernández, M. (2007), *El régimen jurídico de la seguridad marítima*, Revista Española de Derecho Militar, nº 90, julio-diciembre 2007, Ministerio de Defensa, p. 227. Afirma esta autora que «[e]l tiempo y la experiencia han demostrado que la mar, espacio de interés nacional y soporte

La legitimidad de la operación ordenada a la Armada viene determinada además por la integración de las antedichas previsiones con el ámbito competencial y los límites de otros cuerpos u organismos de las administraciones públicas con competencias y medios para intervenir en los distintos espacios marítimos situados más allá del mar territorial a los que España extiende sus derechos de soberanía o jurisdicción.³²

CONCLUSIONES

- I. Tras un proceloso y controvertido camino legal fueron autorizadas por la Administración general del Estado diversas prospecciones petrolíferas a la sociedad Repsol Investigaciones Petrolíferas, S.A., y ello mediante diversos permisos de investigación de hidrocarburos en las zonas del subsuelo marino, lo que además de una fuerte polémica, genera diversas cuestiones jurídicas íntimamente imbricadas, a saber: el régimen jurídico de las aguas próximas a Canarias en las que el Gobierno español ha autorizado los trabajos; el carácter y título jurídico de las zonas de exclusión o seguridad en torno a los puntos de perforación, a lo que ha de añadirse el incidente acaecido el 15 de noviembre de 2014 a causa del supuesto incumplimiento por parte de un buque de la organización ecologista Greenpeace de las medidas de exclusión a la navegación y la pesca.
- II. A lo largo del trabajo hemos concluido que las zonas de sondeo y prospección están ubicadas en la zona económica exclusiva, en la que España ejerce sus derechos de jurisdicción, y que, a su vez, se solapa con el área de la plataforma continental española.
- III. En cuanto al establecimiento de las zonas de exclusión a la navegación y pesca decretadas por el Gobierno en virtud de lo dispuesto en la legislación marítima española, consideramos que su establecimiento resulta acorde asimismo con las disposiciones de la Convención de Derecho del Mar de 1982. En este sentido, y pese a que no se tratan de medidas adoptadas en virtud de las disposiciones de los arts. 60 y 80 de dicho texto internacional, que habilitan al establecimiento de zonas de seguridad en torno a las islas artificiales, instalaciones y estructuras cuya construcción reglamente o autorice la Administración

de múltiples actividades, resulta menos apta para la compartimentación de responsabilidades que la Administración del Estado. Solo la coordinación y colaboración de todas las agencias competentes ha ofrecido resultados eficaces.

La situación competencial actual se caracteriza por la concurrencia en el ámbito nacional de una pluralidad de órganos, civiles y militares, coexistiendo en un mismo espacio, el marítimo». *Ibidem.*, p. 211. *Vid.* asimismo, Domínguez Bascoy, J. (2006), La contribución de la Armada a la acción policial del Estado en la mar (primera parte), Revista Jurídica Militar, núm. 18, abril 2006. Accesible en la Intranet del Ministerio de Defensa.

³² De esta forma, el Cuerpo de la Guardia Civil solo puede ejercer las funciones relativas a la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades así como de garantía de la seguridad ciudadana hasta el límite del mar territorial español [art. 11.2 b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad].

española, no podemos a mi juicio por ello juzgar como una *injerencia injustificada* en los derechos y libertades de los demás Estados, en los términos del art. 78.2 de la Convención, que la Administración Marítima española dicte unas medidas razonables para garantizar la seguridad en la navegación y permitir las labores de prospección.

- IV. Establecido lo anterior hemos asimismo de convenir en que la supuesta vulneración de la zona de exclusión por un buque de una conocida organización ecologista, a lo que debemos añadir el intento de abordaje del buque autorizado para efectuar los sondeos, determina la presunta comisión de diversas infracciones administrativas, sin perjuicio de la adopción de medidas cautelares por la Administración Marítima o del surgimiento de las responsabilidades penales a que hubiese lugar, que, particularmente en mi opinión, atendidos los hechos, no darían lugar a la apreciación de un delito de piratería, de los definidos en los arts. 616 ter o 616 quáter del Código Penal español.

BIBLIOGRAFÍA

Marín Castán, F. (2009), Marco jurídico de la seguridad marítima, en *Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima*, Cuadernos de Estrategia, núm. 140, Instituto Español de Estudios Estratégicos.

González Campos, J.D., Sánchez Rodríguez, L.I., y Andrés Sáenz de Santa María, P. (1998), Curso de Derecho Internacional Público, Civitas, Madrid.

Arroyo Martínez, I. (2002), Compendio de Derecho Marítimo, Tecnos, Madrid.

Fernández Rodera, J. A. (2010), en *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal* (conclusiones del Seminario Interuniversitario sobre la Reforma del Código Penal, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid), Tirant lo Blanch, Valencia.

Marín Castán, F., La piratería como crimen internacional, en *La respuesta del Derecho Internacional a los problemas actuales de la seguridad global*, Cuadernos de Estrategia, núm. 160, Instituto Español de Estudios Estratégicos.

Franco García, M.A. (2013), El Ministerio de Defensa y sus competencias sobre asuntos marítimos, Tesis Doctoral, Universidade da Coruña, accesible en <http://ruc.udc.es/handle/2183/11501>

Gea Fernández, M. (2007), El régimen jurídico de la seguridad marítima, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 90, julio-diciembre 2007, Ministerio de Defensa.

Domínguez Bascoy, J. (2006), La contribución de la Armada a la acción policial del Estado en la mar (primera parte), *Revista Jurídica Militar*, núm. 18, abril 2006.

González Campos, J.D., Sánchez Rodríguez, L.I., Andrés Sáenz de Santa María, M.P. (1992), *Materiales de Prácticas de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid.

Díez de Velasco Vallejo, M. (2005), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid.

VV.AA. (2014), *España y la práctica del Derecho Internacional*, Colección Escuela Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid. Accesible en forma electrónica en http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Ministerio/Escuela-Diplomatica/Documents/Coleccion_ED_20_web.pdf

NOTICIAS DE LA ESCUELA MILITAR DE ESTUDIOS JURÍDICOS

1.- ENTREGA DE DIPLOMAS DE ESPECIALIZACIÓN.

El pasado 26 de febrero de 2015, en el Salón de Actos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, y bajo la presidencia del asesor jurídico general, tuvo lugar el solemne acto de entrega de los Diplomas Especialidad a los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, que habían superado los cursos convocados en el año 2013 y concluidos en el 2014.

Como en ocasiones precedentes, el acto se desarrolló en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos y tuvo un contenido estrictamente académico. Presidió el general consejero Togado, asesor jurídico general y otras autoridades del Cuerpo Jurídico Militar.

Además de los diplomados, asistieron al acto los directores de otras Escuelas Militares de Formación y de Perfeccionamientos, numerosos miembros del Cuerpo Jurídico Militar y los alumnos de la EMEJ.

El coronel auditor director de la EMEJ, tras la alocución del más antiguo de los diplomados, teniente coronel auditor D. Ángel Turienzo Veiga, pronunció unas palabras recordando la historia, prestigio y alto nivel de exigencia requerido para la superación de los cursos de especialización y significando la trascendencia que, a la luz de la nueva Ley de la Carrera Militar, pueden revestir los diplomas, dada la necesidad de obtener, en los términos en que, reglamentariamente, se establezca, una especialidad para poder obtener el ascenso al empleo de teniente coronel auditor.

Los nuevos diplomados, reconocidos como tales por las pertinentes resoluciones, publicadas en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, fueron los siguientes oficiales, con indicación del título del Trabajo Académico de Investigación Jurídica por cada uno de ellos elaborado:

En Derecho Administrativo Militar

- El teniente coronel auditor D. Francisco Javier Granados Peñacoba, con su trabajo sobre: «*Los Derechos Pasivos del Personal Militar*».
- La comandante auditor D^a. M^a. Elena Casado Solá, con su trabajo sobre: «*La Gestión de Situaciones de Crisis en España. Una Legislación en Permanente adaptación*».
- El capitán auditor D. Pedro María Pinto y Sancristóval, con su trabajo sobre: «*La Discrecionalidad en la Potestad Disciplinaria Militar*».
- La capitán auditor D^a. Ana María Muñoz Saldaña, con su trabajo sobre: «*El Recurso Especial en Materia de Contratación. Regulación de Procedimiento y Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*».

En Derecho Penal Militar

- El teniente coronel auditor D. Ángel Turienzo Veiga, con su trabajo: «*Los Delitos contra La Hacienda en el Ámbito Militar. Situación Actual y Carencias. El Borrador del Anteproyecto de Código Penal Militar de 2013*».
- El teniente coronel auditor D. Álvaro Conradi Monner, con su trabajo: «*El Secreto de las Comunicaciones y Las Intervenciones Telefónicas*».
- Y, la comandante auditor D^a. Ana Belén Anguix Rubio, con su trabajo: «*La Responsabilidad Civil ex Delicto y su Tratamiento en la Jurisdicción Militar*».

Y en Derecho Internacional Militar

- El comandante auditor D. Rafael Gutiérrez de la Cámara García-Parreño, con su trabajo sobre: el «*Conflicto Marítimo Territorial NICARAGUA-COLOMBIA desde la Perspectiva del Fallo de la Corte Internacional de Justicia de la Haya de 19 de Noviembre de 2012*».

Asimismo, obtuvieron la convalidación las siguientes tesis doctorales:

- Por la especialidad de Derecho Penal Militar, el capitán auditor D. José Miguel González Reyes, por su tesis «*Régimen Disciplinario Castrense*».
- Y por la especialidad de Derecho Administrativo Militar, la tesis doctoral presentada por el capitán auditor D. Juan José Herbón Costas: «*Las Libertades Asociativas Políticas y Sindicales de los Militares y Policías Españoles*».

Todos los trabajos mencionados se encuentran depositados, y a su disposición, en la Biblioteca de la EMEJ.

2.- INGRESO DE NUEVOS TENIENTES AUDITORES (PROMOCIÓN 2014-2015).

Tras superar los períodos de formación militar básica y específica, así como el de formación militar técnica realizada en la EMEJ entre el 7 de enero y el 4 de julio de 2015, el pasado día 14 de julio, en la Academia General del Aire, recibieron el Real Despacho de teniente auditor la nueva promoción del Cuerpo Jurídico Militar, integrada por los nuevos oficiales:

D. José Antonio Segura Gutiérrez

D^a Leticia Adelaida Jiménez Jiménez

D. Antonio Pau Echave-Sustaeta

D. Daniel García Cramazou

Los nuevos oficiales auditores, tras el solemne acto presidido por S.M el Rey, pasaron a ocupar sus nuevos destinos.

Redacción.

