

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

79

ENERO
JUNIO
2002

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

Ministerio de Defensa



**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

79 *ENERO
JUNIO
2002*

MADRID

Edita:



NIPO: 076-02-081-9

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de cierre: junio 2002

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

ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 79 ENERO-JUNIO 2002

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

- 1.1. José María Luzón Cuesta, «La sustitución de las penas privativas de libertad» 11
- 1.2. Joaquín María Peñarrubia Iza, «Las principales decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el personal militar»..... 29
- 1.3. Pedro Escribano Testaut, «Reflexiones sobre la atribución de competencia a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa de personal» 61
- 1.4. Juan Carlos González Barral, «El régimen jurídico internacional del patrimonio cultural subacuático: El Convenio de la UNESCO de 2001» 93

2. NOTAS

- 2.1. Francisco Carlos de Osuna Hervás, «La competencia objetiva del Juez Togado Militar y el arresto disciplinario militar como objeto del procedimiento de «habeas corpus» 145
- 2.2. David Suárez Leoz, «Estatuto jurídico del refugiado y desplazado en el Derecho Internacional» 167

II. TEXTOS

1. LEGISLACIÓN

- Por M.^a Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera 191

2. JURISPRUDENCIA

- CONSTITUCIONAL, por Luis B. Álvarez Roldán 197

3. DOCUMENTACIÓN

- 3.1. Estados Partes en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española 267

III. BIBLIOGRAFÍA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

- «Justicia Militar» de Antonio Millán Garrido, por Eduardo Montull Lavilla 301
- «Contratación militar» de Enrique Torres Viqueira, por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto 309
- «Códigos de Justicia Militar en México 1882-2000» de J.A. Montoya Aguado y B. Montoya Aguado, por Antonio Millán Garrido 313
- «Derecho Militar Mexicano» de A. Carlos Espinosa, por Antonio Millán Garrido 317

2. NOTICIA DE LIBROS

- Por Carlos Eymar Alonso 323

4. NOTICIA DE REVISTAS

- Por J. Leandro Martínez-Cardós Ruiz 337

IV INFORMACIÓN

- 1. Acto de presentación del número 77 de la REDEM «In memoriam José F. de Querol y Lombardero» 341
- 2. Entrega de Diplomas de Especialidades del Cuerpo Jurídico Militar 345

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

LA SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

José M.^a Luzón Cuesta
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

Una de las novedades más llamativas del Código Penal de 1995, es una reforma total del sistema de penas de los Códigos precedentes, que, según su escuálida Exposición de Motivos, «permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna». Y, después de la discutible afirmación de que, el sistema que se propone, simplifica la regulación de las penas privativas de libertad, destaca «las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos». Se introduce así, en el Título III del Libro I, en el Capítulo III «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad», entre dos viejas instituciones, cuales son la «De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad» (antigua condena o remisión condicional) y la «De la libertad condicional», esta nueva «De la sustitución de las penas privativas de libertad», en los artículos 88 y 89, aparte de las particularidades contenidas en los artículos 53 y 71.2.

La sustitución, ahora regulada, ya fue abordada por el Proyecto de Código Penal de 1980 (artículos 99 y 100) y seguida, tanto en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, de 1983 (artículos 82 y 83), como en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, de 1992 (artículos 88 y 89), respondiendo así a orientaciones del Consejo de Europa seguidas por los países de nuestro entorno (1). Así, tal organización, par-

(1) España no se adhirió al Consejo de Europa hasta el 24 de noviembre de 1977, en la etapa de transición a la democracia.

tiendo de la Recomendación 195 aprobada por su Asamblea Consultiva en abril de 1959, sobre la reforma penal, llevo a la Resolución (65) 1, de 22 de enero de 1965, «sobre “sursis”, “probation” y otras medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad»; Resolución (73) 17, «sobre el tratamiento de condenados adultos a penas de corta duración», en que alude a la necesidad de «limitar el papel de la prisión clásica, cuya eficacia es cada vez más cuestionada, especialmente en el caso de las penas cortas», aunque reconoce el escaso eco de tales recomendaciones; y Resolución (76) 10 «sobre ciertas medidas de sustitución a las penas privativas de libertad», en que, entre otras declaraciones, y aparte de afirmar que «las penas privativas de libertad deben reservarse exclusivamente para hechos graves con la mira puesta en la protección de la sociedad y en la reinserción del delincuente, para evitar la reincidencia», contiene la siguiente: «En casos de delitos no graves y en el supuesto de delincuentes juveniles o primarios, el sistema penal debe prever la posibilidad de suspender la imposición de la pena cuando el penado acepte cumplir determinadas condiciones o “pruebas” bajo la vigilancia o asistencia de Agentes Sociales y del Juez. También debe corresponder al Juez la facultad de escoger entre varias medidas penales establecidas por la Ley para un mismo hecho y que puede consistir en sanciones pecuniarias, privación de derechos, restricciones a la libertad y trabajos en beneficio de la comunidad, que puedan imponerse en sustitución de penas cortas privativas de libertad, y de manera que evite en la medida de lo posible, tener que acudir a esta pena en caso de incumplimiento de las condiciones» (2). Evidente resulta que, en el artículo 88.3 del Código Penal, en caso de quebrantamiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, no se atiende a esta recomendación final.

La justificación de las llamadas formas sustitutivas, las expresaba la Exposición de Motivos del citado Proyecto de 1980 (que incluía también la suspensión del fallo), en los siguientes términos: «Concebir la pena como castigo proporcional a la gravedad del hecho cometido no significa que la sanción correspondiente haya de imponerse y ejecutarse en todo caso. Se puede renunciar a la ejecución o incluso a la imposición misma de la pena, si ésta no es indispensable desde el punto de vista de la prevención general, y no está indicada desde la perspectiva de la prevención especial. Y por las mismas razones puede ser sustituida en su caso por otra de menor gravedad».

En definitiva, tanto la suspensión de la ejecución como la sustitución de las penas (en cuanto la libertad condicional tiene una muy distinta natu-

(2) Ampliamente, cfr. J.M.^a Morenilla Rodríguez: «Las medidas alternativas de la prisión: orientaciones del Consejo de Europa». Poder Judicial, n.º 8, sept. 1983, p. 141-146.

raleza), responden al general desprestigio que vienen sufriendo las penas privativas de libertad de corta duración, que, cuando se trata de las inferiores a seis meses, han llegado a calificarse, creo que con evidente exageración, de «nocivas» (3). Diversos son los argumentos esgrimidos, que *Gracia Martín* (4) sintetiza en que no sirven para alcanzar los fines de la resocialización, exponen al penado a la contaminación carcelaria y colapsan y sobrecargan el aparato estatal de ejecución de las penas. Ahora bien, en cuanto tales posibles inconvenientes de dichas penas tenían el remedio de la suspensión de la ejecución, en nuestro Derecho introducido mediante la Ley de Condena Condicional de 17 de marzo de 1908, pretende justificarse la nueva institución como forma de, en determinados supuestos, evitar la impunidad que, de hecho, aquélla viene a suponer. Así, *Quintana Giménez* (5) se refiere a una doble finalidad de la sustitución: «en sentido negativo, para eludir las penas cortas privativas de libertad al considerarse que no sirven para su objetivo de readaptación y suponer un costo económico elevado; y en sentido positivo, para mantener, en reafirmación del ordenamiento, la imposición de una pena pero estableciendo, por razones de prevención especial, unas alternativas para optar por la sanción que se considere más idónea». Así, pues, como ya señalara *Gracia Martín* (6), «serán razones de prevención especial las que indicarán la conveniencia de que no se ejecute la pena privativa de libertad impuesta» y «razones derivadas de las exigencias de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general las que indicarán la necesidad de que se ejecute la pena», resolviéndose el conflicto «mediante el recurso a la sustitución de ésta por la aplicación de otras sanciones que se estimen idóneas para alcanzar el fin de prevención especial sin menoscabo de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de las exigencias de la prevención general». Y, en esta misma línea, afirma *Serrano Butragueño* (7) que «por medio de la pena sustitutiva se confirma ante los ciudadanos la imposición de un castigo por el delito cometido (prevención general o *para que no delincan los demás*); pero también, por medio de las sustitutivas, se puede escoger la

(3) D. M. Luzón Peña: «Medición de la pena y sustitutivos penales». Madrid, 1979, p. 70.

(4) L. Gracia Martín. (Con M.A. Boldova Pasamar y M.C. Alastuey Dobón). «Leciones de consecuencias jurídicas del delito». Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 226.

(5) C. Quintana Giménez: «Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad», en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal». III-1999, Madrid, Ministerio de Justicia y Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, p. 360.

(6) «Lecciones...», cit., p. 153.

(7) I. Serrano Butragueño: «Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)» (con la colaboración de otros catorce coautores). Comares, Granada, 1998, p. 737.

pena que más convenga a cada responsable penal de acuerdo con las circunstancias del hecho y con sus circunstancias personales (prevención especial o *para que el reo no vuelva a delinquir*)».

Pero la verdad es que, en la práctica, la sustitución de las penas viene a ser un sustitutivo de la condena condicional, o suspensión de la ejecución, como ahora se la denomina, en aquellos casos en que, por no tratarse de delincuentes primarios (o con antecedentes cancelados) deviene inaplicable este beneficio. Resulta así que el principal argumento en contra de las penas cortas de prisión, cual es el de que «son frecuentemente crimi-nógenas porque pueden servir de escuela de criminalidad» (8), no parece tener mucho peso cuando no se trata de delincuentes primarios, aparte de que, con carácter general, otra razón esgrimida contra tales penas, como es la de no favorecer la socialización o resocialización, no parece vaya a conseguirse con las penas sustitutivas de multa o arresto fin de semana, pena ésta cuyo fracaso práctico es evidente, en la que su cumplimiento en régimen de aislamiento no puede considerarse precisamente socializador (9), en la que no existe tratamiento penitenciario y que se desnaturaliza en los supuestos de ejecución ininterrumpida.

Por lo que se refiere a la posibilidad o necesidad de aplicación de una pena sustitutiva, y recordando que, conforme al artículo 88.4 del Código Penal, «En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras», el régimen general de dicho artículo y del artículo 89, referido a extranjeros, parece claro, en cuanto, salvo el supuesto de penas de prisión inferiores a seis meses, en que la sustitución por pena de arresto de fin de semana o multa es obligatoria, en los restantes es facultativa del Tribunal, en todo caso oyendo al penado, que, en algunos supuestos, habrá de prestar su conformidad (10). Pero el problema no es éste. La cuestión está en determinar la posible aplicación de los artículos 88 y 89, así como del artículo 57, en relación con el artículo 9 del mismo Código Penal de 1995, respecto a leyes penales especiales o leyes con normas penales. Recordemos que este artículo, después de establecer que las disposiciones del Título Preliminar, al que sirve de cierre, «se aplicarán a los delitos y faltas que se

(8) D.M. Luzón Peña: «Medición...» cit., p. 69.

(9) Conforme al art. 17 R.D. 690/1996, de 26-4, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana, el penado cumplirá éste en celda individual y en régimen de aislamiento, es decir, con absoluta separación del resto de los detenidos, presos o penados.

(10) Aunque la privación de libertad por impago de multa es obligatoria, según el art. 53 del CP., la misma tiene un régimen distinto, ya que tal privación de libertad es a su vez sustituible, facultativamente, por arrestos de fin de semana o trabajos en beneficio de la comunidad, frente a la señalada prohibición del art. 88.4.

hallen penados por leyes especiales», precisa que «Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas» (11).

Por lo que se refiere al artículo 89, en que no se realiza sustitución por pena alguna, al no figurar como tal en el 33 la de expulsión del territorio nacional, de similar naturaleza a la antigua de extrañamiento, no responder a los principios que inspiran la sustitución de las penas, de evitar las privativas de libertad de corta duración, e incluso pudiendo considerarse, especialmente el segundo supuesto del apartado n.º 1 de aquel artículo, como una modalidad de libertad condicional, acorde con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ningún inconveniente existe para su aplicación a extranjeros penados con arreglo a dichas leyes especiales.

Diferente es la situación respecto al artículo 88, en que lo primero que habrá que examinar es si tales leyes contienen las penas susceptibles de ser sustituidas conforme a este artículo. Así, la Ley de 12 de enero de 1887, de Protección de los Cables Submarinos, prevé, aparte de unas mínimas multas, no actualizadas, penas de «prisión correccional» y «arresto mayor»; la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, modificada por Ley Orgánica 1/1986, de 8 de enero, enumera las penas que se pueden imponer con arreglo a la misma, entre las que se encuentran las viejas reclusiones, prisiones y arrestos del Código Penal derogado, al que expresamente se remite, así como la multa, y concluye el Título Primero con el artículo 12, que dispone: «En todo lo no previsto especialmente en este Título se aplicarán como normas supletorias de sus disposiciones los preceptos del Libro I del Código Penal»; la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en el Capítulo VIII, «Delitos e infracciones electorales», prevé que, en lo que no se encuentre expresamente regulado en el mismo, «se aplicará el Código Penal», añadiendo que «También serán de aplicación, en todo caso, las disposiciones del Capítulo I, Título Primero, del Código Penal (12) a los delitos penados en esta Ley», respecto a los cuales, aparte de la pena de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasi-

(11) El art. 7 del CP. derogado, al que por LO. 8/1983, de 25-6, se adicionó el segundo párrafo, preveía: «No quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales.- No obstante, sí les serán de aplicación las disposiciones de este capítulo». (Tal capítulo era el «De los delitos y faltas», arts. 1 a 7).

(12) Capítulo I del Título I del Libro I del Código Penal de 1973, «De los delitos y faltas». La referencia es incompleta y probablemente pretendía hacerse al Título I del Libro I, «De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan».

vo, establece, siempre conjuntamente con multa, penas de arresto mayor, prisión menor o prisión mayor; la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado, sin cláusula remisoría alguna, sólo tipifica como delito dos conductas, una castigada con pena de multa y otra con arresto mayor y multa; y la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, establece en su artículo 3 la penalidad para los delitos de contrabando, que serán castigados con las penas de prisión menor y multa proporcional y en la Disposición Final Primera dispone que «En lo no previsto en el Título I de la presente Ley se aplicará supletoriamente el Código Penal».

Visto que en todas las leyes examinadas se contienen penas de prisión y multa, sustituibles en el Código Penal, la remisión del artículo 9 del mismo y la expresa, sin cláusula de salvaguardia alguna, contenida en tres de las indicadas leyes, que incluso resultaría innecesaria, no ofrece duda que, al igual que bajo el Código derogado eran de aplicación sus normas sobre remisión o condena condicional (artículos 92 a 97) y libertad condicional (artículos 98 y 99), podrá o deberá, según los casos, hacerse uso de la nueva, denominada, como las anteriores, forma sustitutiva de las penas privativas de libertad. Resultará así que se impondrá originariamente la pena prevista para el delito en tales leyes, aplicando la equivalencia establecida en la Disposición Transitoria Undécima del Código Penal, que podrá o deberá sustituirse, conforme al artículo 88 del mismo, por una pena desconocida inicialmente en la ley especial, siempre que figure en tal Disposición Transitoria, en la que no se incluye la de trabajos en beneficio de la comunidad.

Cuestión bien distinta es la de la aplicabilidad de tal institución respecto a los delitos castigados en el Código Penal Militar, visto su artículo 5.º, conforme al cual «Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código», en relación con lo previsto en el ya citado artículo 9 del Código Penal común, y con la citada Disposición Transitoria Undécima, no referida a pena alguna del Código Penal Militar.

Pero, previamente, tenemos que estudiar si existe una vinculación del Derecho penal militar con las antes citadas Resoluciones del Consejo de Europa, o si el artículo 25.2 de la Constitución condiciona la necesidad de sustitución de las penas privativas de libertad cuando difícilmente pueda suponerse su capacidad para la resocialización del penado.

Respecto al Consejo de Europa, ha de recordarse que, después de establecer, en el apartado a) del artículo 1 de su Estatuto (13), su finalidad de

(13) El Estatuto del Consejo de Europa es de 5-5-1949, publicándose en el BOE de 1-3-1978, a virtud del Instrumento de adhesión de 22-11-1977.

«realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social», y señalar en su apartado b) que «Esta finalidad se perseguirá a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta» en diversos campos, incluyendo entre los mismos el jurídico, expresamente dispone, en el apartado d), que «Los asuntos relativos a la defensa nacional no son de la competencia del Consejo de Europa».

Sobre una posible invocación de derechos fundamentales, en orden a tal sustitución, no es este el momento de entrar, no ya en el estudio de la polémica, que el *Padre Montes* calificaba de bizantina, sobre la naturaleza de la pena (14), generalmente considerada como un mal, a lo que se oponen los correccionalistas estimándola como un bien, y que actualmente pudiera no ser tan bizantina, sino tampoco en el análisis de las teorías absolutas, que le asignan una finalidad retributiva, frente a las relativas que destacan su función preventiva. Como resumen, hay que convenir, con *Quintano* (15), que, en toda la dogmática vigente, se impone la pena por lo que se ha hecho, sin que en ninguna legislación exista una eximente que admita la probabilidad de no volver a delinquir, y en la doctrina, la mayoría de la alemana, como *Welzel*, *Maurach* y *von Weber*, y los tres grandes maestros italianos, *Bettiol*, *Petrocelli* y *Antolisei*, reafirman el carácter retributivo, en su sentido jurídico, de la pena, aunque nada obste para estimar, además, como fines de la misma, los utilitarios de prevención general y especial. Y en el posible enfrentamiento entre prevención general y especial, pese a los avances de ésta en los últimos tiempos, de la mano de la llamada «Nueva defensa social», de *Gramática*, o del «Proyecto Alternativo», preciso es reconocer, como hace *Mir Puig* (16), coincidente con lo ya expuesto sobre la sustitución o suspensión de la ejecución, que «la prevención especial debe retroceder cuando resulte absolutamente incompatible con las necesidades generales de protección de la sociedad». Pero, en todo caso, que la pena es un castigo, como expresamente declaraba la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1980, y que como tal clama por su cumplimiento, debería de no ofrecer duda con sólo leer la descripción de los tipos penales, en que el Código Penal reiteradamente utiliza la expresión de «será cas-

(14) J.M.^a Luzón Cuesta. «Compendio de Derecho Penal. Parte General». Duodécima ed. Madrid, 2001, p. 233-234.

(15) A. Quintano Ripollés. «Curso de Derecho Penal». I, Madrid, 1963, p. 476.

(16) S. Mir Puig: «Derecho Penal. Parte General». Barcelona, 1984, p. 47.

tigado con la pena de». Así, en esta línea, la n.º 57 de las «Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos» (adoptadas por el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente) (17), claramente reconoce que «La prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad».

No obstante, a partir de una interpretación un tanto superficial del artículo 25.2 de la Constitución Española, que, en una desafortunada equiparación entre penas y medidas, proclama que «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados», y del artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, al declarar que «Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados», se ha llegado a afirmar, a mi juicio erróneamente, que «la finalidad primordial de las penas y medidas penales privativas de libertad no es otra que la reeducación y reinserción social de los sentenciados» (18). Se confunden así, lamentablemente, los fines de la pena con los del tratamiento penitenciario, que, según el artículo 59.1 de la Ley «consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados».

Pero, incluso aceptando que pueda la reeducación y reinserción social ser uno de los fines de las penas de prisión (no, desde luego, de todas las privativas de libertad, en cuanto en el arresto de fin de semana, como he destacado, no hay tratamiento), no podemos olvidar que el Tribunal Constitucional ha declarado que el artículo 25.2 de la Constitución Española no establece que «sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad» (19), sino que «supone un mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria» (20), y que «el artículo 25.2 de la CE. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles (prevención espe-

(17) Celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

(18) Comentarios a «Legislación Penitenciaria», Cóllex, 1996, p. 1996.

(19) STC. 28/1988, de 23-2, con cita de ATC. 780/1986; lo mismo STC 19/1988, de 16-2 y SSTs. 81/1993, de 26-1 y 625/1999, de 21-4.

(20) ATC. 1112/1988, de 10-10.

cial, retribución, reinserción, etc.) ha optado por una concreta función de la pena» (21), refiriéndose igualmente a «la función de prevención general, disuasoria y ejemplificadora junto a la retributiva (22); y, en esta misma línea, se insiste en que «la reeducación y la reinserción social de los delincuentes (artículo 25.2 CE.) no constituyen los únicos fines lícitos de las penas privativas de libertad, que también persiguen una finalidad de prevención (general y especial)» (23).

Así, pues, lo que la Constitución hace es consagrar que la prisión no debe ser una pena inactiva, sino que, durante su cumplimiento, estará *orientada hacia, tenderá a*, la reeducación y reinserción social, que se elevan así, de manera confusa, a la categoría de fin de la pena, coexistente con los demás que su propia naturaleza le asigna, que no quedan subordinados a éste, que, lógicamente, sí quedará supeditado a que sea posible, en cuanto aceptado por el penado, y necesario.

Interesante es la valoración que realiza *Tamarit Sumalla* (24), al estudiar el artículo 25.2 de la Constitución, al afirmar que «la optimista declaración constitucional aparece precisamente en el momento en que el pensamiento de la resocialización del delincuente comienza a entrar en crisis. Su descrédito se ha extendido hoy en la doctrina, que de manera absolutamente mayoritaria rechaza la comentada idea como clave explicativa de la moderna política criminal», refiriéndose a «la ilegitimidad de una “socialización coactiva”, tanto por su incompatibilidad con los principios constitucionales, como por la propia naturaleza contradictoria de un tratamiento no aceptado por el sujeto».

Precisamente, en atención a situaciones en que la pena no parece cumplir en su ejecución tales fines resocializadores o reinsertadores, ha tenido el Tribunal Constitucional que precisar que no ha de considerarse contraria a la Constitución «la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista» (25), calificando de «premisa totalmente incorrecta» la alegada en un recurso de amparo «de que, cuando en razón de circunstancias de tiempo, lugar o persona, cabe sospechar que una pena privativa de libertad no alcanzará a lograr la reeducación o la reinserción social del penado, se infringe un derecho fundamental de

(21) SSTC 150/1991, de 4-7 y 120/2000, de 10-5.

(22) ASTC. 198 y 199/1995, de 3-7.

(23) STS. 992/2000, de 2-6.

(24) J.M.^a Tamarit Sumalla: «Curso de Derecho Penitenciario (Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996)», en unión de F. Sapena Grau y R. García Alberó. Barcelona, 1996, p. 38-39.

(25) STC 19/1988, de 16-2, con cita de ATC. 19-11-1986.

éste» (26) y afirmando, en definitiva, que «lo que dispone el artículo 25.2 es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y reinserción social, mas no que a los responsables de un delito, al que se anuda una privación de libertad, se les condone la pena en función de la conducta observada durante el período de libertad provisional» (27).

Como reconoce la n.º 57 de las ya citadas «Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos», «El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen»; y ello sin perjuicio de que, como a continuación expresa dicha Regla, «Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo». En todo caso, como ha declarado el Tribunal Constitucional (Sala Segunda) (28), las sentencias «claman por ser cumplidas como exigencia implícita a la eficacia de la tutela judicial».

Descartado, pues, a tenor de lo expuesto, que de la Constitución se derive la necesidad de sustituir las penas cortas de privación de libertad que puedan aplicarse a los delitos militares, hemos de ver si, en el ámbito de la legalidad ordinaria, el ya citado artículo 5 del Código Penal Militar permite el trasvase al mismo de la previsión contemplada en el artículo 88 del Código Penal de 1995.

Una primera orientación nos ofrece la amplia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal Militar (29), considerablemente reducida en la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar. Se expresa en aquélla la doble posibilidad, de técnica legislativa, de presentar un «Código integral, es decir, como cuerpo de leyes que regule toda la materia penal necesaria en la esfera judicial castrense», o bien, siguiendo a la doctrina y legislación posteriores a la II

(26) ATC. 15/1984, de 11-1. En STS. 156/2001, de 9-2, se destaca que, según reiterada jurisprudencia del TC., el art. 25.2 de la Constitución «no acuerda un derecho subjetivo fundamental, y no excluye que las penas puedan tener una pluralidad de finalidades, que, junto a la prevención especial o individual, permitan la prevención del delito dentro del respeto de la dignidad de la persona».

(27) ATC 486/1985, de 10-7.

(28) En los ya citados Autos 198 y 199 de 1995, de 3 de julio.

(29) Boletín Oficial de las Cortes, Congreso, de 12-11-1984, Serie A: Proyectos de Ley, n.º 123-I. La primera redacción del Anteproyecto fue realizada por una Comisión constituida por una Orden Ministerial de 17-11-1980, en cumplimiento de la Disposición Final Primera de la LO 9/1980, de 6-11, de reforma del Código de Justicia Militar de 17-7-1945.

Guerra Mundial, abandonar tal técnica, optando, como así lo hace, por «elaborar un Código Penal castrense limitado a consignar aquellos particularismos que le son propios y necesarios, (...), remitiéndose para el resto, singularmente en las disposiciones generales, a los preceptos del Código Penal común que, en cuanto no contradigan lo dispuesto en el militar, completan éste sin acudir a duplicidades innecesarias o a crear diferencias generadoras de serios problemas de interpretación o aplicación».

Rodríguez-Villasante (30), después de reconocer que los conceptos propios del Derecho penal militar, derivados de los particularismos de la institución, pueden justificar en la parte general del Código algunas particularidades, entre las que, por lo que se refiere al objeto de nuestro estudio, menciona penas distintas del Código Penal, arbitrio en la individualización penal, lugar de cumplimiento de las penas y prohibición de condena condicional a los militares, pone de relieve que, si se afirmara la más rigurosa complementariedad, las especialidades en dicha parte quedarían reducidas a las penas militares y sus efectos, concluyendo que nos encontramos ante «un Código complementario (del Código Penal común) de tipo general no riguroso», en el que, en la parte general, las mayores particularidades se encuentran en las circunstancias modificativas y en las penas.

Y, en efecto, esto es lo que resulta del articulado del Código, justificado con especial detalle en la Exposición de Motivos del Proyecto, en que se resalta, en cuanto a las penas, que «se ha procurado recortar un tanto la prolijidad de las mismas», suprimiendo, en cuanto a las privativas de libertad, los grados, manteniendo un más amplio arbitrio judicial, y, respecto al cumplimiento, «se mantiene para los militares condenados por delitos militares la no aplicación de los beneficios de suspensión condicional de la condena; y ello por razones de ejemplaridad, directamente vinculadas con la disciplina».

Refiriéndose al momento de presentación del Proyecto de Código Penal Militar, se hace eco *Rodríguez-Villasante* (31) de las duras críticas formuladas en relación con la oportunidad de enviar a las Cortes tal Código, complementario de un Código Penal común aún desconocido como Proyecto, señalando que el texto aprobado se resiente de esta grave indeterminación, pues no se sabe bien si es complementario del entonces vigente Código Penal, del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 (que inspira, pese a haber sido abandonado, numerosos preceptos) o del Anteproyecto de Código Penal de 1983.

(30) J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto: «Comentarios al Código Penal Militar» (obra colectiva). Civitas, Madrid, 1988, p. 134-136 y 148.

(31) «Comentarios...», cit., p. 149-150.

Pero lo cierto es que la redacción de un nuevo Código Penal Militar se presentaba como inaplazable y simultanearla con la del Código Penal común no parecía posible, vistas las dificultades que, respecto a éste, se ponían de manifiesto (32). Por eso entiendo que la aprobación previa de aquél no es censurable, habiéndose tenido en cuenta en su redacción, para seguirlos o rechazarlos, el Código Penal común entonces vigente, así como el Proyecto y Anteproyecto mencionados, cuidándose de establecer las peculiaridades del nuevo Código, de resaltarlas en la Exposición de Motivos del Proyecto, y de prever una fórmula de salvaguardia que garantiza la singularidad del Derecho penal militar. Así, son recordadas las doctrinas sobre los fines de las penas, cuando afirma que «la prevención general coexiste con la especial, pero la domina sobre todo en tiempos de guerra, ante la necesidad de un pronto y ejemplar castigo, sin que la brevedad del tiempo que el soldado suele permanecer en filas permita dar ancha cabida a los fines de corrección o reinserción en la vida social, que caen fuera del quehacer castrense; y tiene presente las críticas formuladas respecto a las penas cortas de privación de libertad, y soluciones propuestas, cuando declara que tampoco puede, «de acuerdo con los condicionamientos imperantes en la esfera militar y a los que el Código ha de responder, hacerse eco de fórmulas mitigadoras de los males de las penas cortas privativas de libertad, imponibles a los militares sancionados por delitos militares, a quienes no se aplica la suspensión condicional de la condena», sin que, en modo alguno prevea una posible sustitución, ya contemplada en tales Proyecto y Anteproyecto.

En cuanto a la cláusula de remisión y salvaguardia (33) del art. 5, consagra el principio de especialidad, limitando y delimitando la aplicación supletoria del Código Penal común, cualesquiera que sean las modificaciones que el mismo pueda sufrir, lo que se evidenció en el hecho de que,

(32) Recordemos que al Proyecto de 1980, publicado el 17-1-1980 en el B.O. de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, se presentaron 1801 enmiendas y no había llegado a discutirse, ni siquiera en la Comisión, cuando el 27-8-1982 se disolvieron las Cortes. Finalmente, el llamado «Código de la Democracia» no fue aprobado, y de forma un tanto apresurada, hasta el 23-11-1995.

(33) Inspirada en el art. 510 del Código de Justicia Militar de Argentina, de 18-7-1951: «Las disposiciones del Libro I de Código Penal serán de aplicación a los delitos militares, en cuanto lo permita su naturaleza y no se opongan a las prescripciones del presente Código». Rodríguez-Villasante, en «Comentarios...» cit., pone de relieve que no es frecuente la cláusula de salvaguardia en el Derecho Penal Militar comparado, que encuentra, además de en el argentino, en el Código de Justicia Militar de Portugal, de 1-4-1977, art. 4: «Las disposiciones generales de la Ley ordinaria son subsidiarias del Derecho Penal Militar, mientras no contradigan lo principios fundamentales de éste»; y en la amplitud de términos del Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos de 5-5-1950, art. 134.

a diferencia del Código de Justicia Militar de 1945, que tuvo que ser reformado en 1949, «para acomodarlo a las disposiciones del Código Penal de 1944, elaborado casi simultáneamente, pero sin la necesaria coordinación» (34), la publicación del Código Penal de 1995 no determinó cambio alguno en el Código Penal Militar.

Partiendo de los datos y consideraciones ya expuestas, concluiremos examinando la doble previsión de la referida cláusula, que, a mi juicio, conduce a la imposibilidad de aplicar el sistema de sustitución de penas regulado en el Código Penal común.

La primera salvedad a la aplicación de dicho Código es que lo permita la especial naturaleza de los delitos militares, en que no puede prescindirse de las penas privativas de libertad de corta duración, por las siguientes consideraciones:

1.^a Por las razones expuestas en el Preámbulo del Código Penal Militar al rechazar, respecto a los militares, la suspensión de la ejecución de la pena, («forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad», según el Código Penal común), cuales son las de «ejemplaridad directamente vinculadas a la disciplina». En esta línea, afirma *Jescheck* (35) que «el mantenimiento de la disciplina militar puede hacer necesaria una intervención breve, pero drástica»; y el que fuera Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, *Jiménez Villarejo* (36), reconoce que el Derecho penal militar tiene «un fuerte ingrediente profesional, o dicho de otra manera, una finalidad primordialmente disciplinar (...) un “Derecho disciplinario jurisdiccionalizado”», estando el aparato sancionador no tanto orientado «a la recuperación de ciudadanos más o menos desviados —aunque nunca pueda perderse de vista esta finalidad desde la perspectiva del artículo 25.2 de la Constitución— como a la obtención de una conducta colectiva ampliamente pautada, previsible y disciplinada», y concluyendo que «a la pena, en esta singular rama del Derecho punitivo, se le ha de dar una función predominantemente ejemplarizadora».

2.^a Precisamente, en esta línea, *Rodríguez-Villasante* (37), «frente a quienes han intentado diferenciar, como si se tratara de campos presididos por principios opuestos, lo penal y lo disciplinario», afirma, con *García de*

(34) Cfr. Rodríguez-Villasante: «Comentarios...», cit. p. 149 y 157.

(35) Hans-Heinrich Jescheck: «Tratado de Derecho Penal. Parte general» (Traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde). Vol. Segundo, Bosch, Barcelona, 1981, p. 1066.

(36) J. Jiménez Villarejo: «El cumplimiento de las penas privativas de libertad en el ámbito militar». Cursos Centro de Estudios Judiciales. Vol. 9. Ministerio Fiscal y sistema penitenciario. Madrid, 1992, p. 261.

(37) «Comentarios...», cit., p. 174 a 175.

Enterría, «la identidad de los principios penales y los disciplinarios militares, integrándose sus lagunas necesariamente con las técnicas propias del Derecho penal ordinario». Pues bien, esta afirmación se ve confirmada por la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (38) y conduce a una inobjetable conclusión: Confirmada, al establecer en su artículo 9, entre las sanciones que pueden imponerse por faltas graves, la de «arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar» (39), que supone una genuina privación de libertad (40); inobjetable conclusión, cual es la de que supondría una indefendible paradoja el que tales sanciones, que constituyen una peculiaridad o especialidad del régimen disciplinario militar, hubieran de cumplirse necesariamente, sin posible sustitución, y ésta se aplicara respecto a una pena de prisión cuyo límite mínimo es de tres meses y un día, y cuya naturaleza no difiere esencialmente de aquélla, de modo que en este caso, la sustitución por un multa, «sería “simplemente incomprensible para la sensibilidad jurídica general” y podría conmover “la confianza de la población en la inquebrantabilidad del derecho”», como ha denunciado *Jescheck* al examinar el § 47 del Código Penal alemán (41). Y no podemos perder de vista que la pena de multa, con tanta frecuencia utilizada en el Código Penal común, no existe en el Código Penal Militar, encontrando *Higuera Guimerá* (42) «la razón fundamental de esta omisión en que no guarda proporción con la gravedad de las conductas típicas descritas en el Código castrense».

(38) LO. 8/1998, de 2-12, que deroga a la LO. 12/1985, de 27-11. Vid. también LO. 11/1991, de 17-6, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

(39) Para las faltas leves se prevé en dicho artículo, entre otras, una sanción de «arresto de un día a treinta días en domicilio o Unidad». Según el art. 13, este arresto «consiste en la restricción de libertad del sancionado e implica su permanencia, por el tiempo que dure su arresto, en su domicilio o en el lugar de la Unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento que se señale. El sancionado participará en las actividades de la Unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo».

(40) Conforme al art. 14, «consiste en la privación de libertad del sancionado y su internamiento en un establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se imponga. El militar sancionado no participará en las actividades de la Unidad durante el tiempo de este arresto.- Cuando concurrieren circunstancias justificadas, y no se causara perjuicio a la disciplina, podrá acordarse el internamiento en otro establecimiento militar en las mismas condiciones de privación de libertad».

(41) «Tratado ...», cit. p. 1220. El § 49 dispone: «1. El Tribunal sólo impondrá una pena de privación de libertad inferior a seis meses cuando circunstancias especiales, relativas al hecho o a la personalidad del autor, hagan indispensable la imposición de una pena privativa de libertad al autor o para la defensa del ordenamiento jurídico.- II. Cuando la ley no imponga ninguna multa y no se contemple una privación de libertad por seis meses o más, el tribunal impondrá una multa, cuando no sea indispensable una privación de libertad de acuerdo al apartado I. (...)».

(42) «Comentarios...», cit. En nota 30, p. 476.

3.^a Pero es que, a mayor abundamiento, y respecto a penados militares, ni siquiera son de aplicación al Derecho penal militar los principales argumentos, ya examinados, que suelen esgrimirse en contra de las penas cortas de privación, con las que pretende justificarse su sustitución. En principio, entiendo que el reproche de que «son frecuentemente crimonógenas porque pueden servir de escuela de criminalidad», llegando así a calificarlas, según antes hemos visto, de «nocivas» (43), no debiera de hacerse a tales penas, sino a la forma de cumplimiento, en definitiva, al sistema penitenciario, defectuoso muchas veces por carencias de medios materiales y personales. Y ya, en el ámbito del Código Penal Militar, existe una importante peculiaridad, que debe evitar tales posibles defectos, al disponer el artículo 42 que «Las penas de privación de libertad impuestas a militares por delitos comprendidos en este Código se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se determine por el Ministerio de Defensa» (44).

La segunda salvedad que contiene la cláusula del artículo 5 es que las disposiciones del Código Penal no se opongan a los preceptos del Código Penal Militar. Y tal oposición se manifiesta, en cuanto a las penas según las siguientes observaciones:

1.^a El artículo 24 del Código Penal Militar efectúa una enumeración taxativa, cual no podía ser de otra manera, de «las penas que pueden imponerse por los delitos comprendidos» en este Código, entre las que se encuentra la de prisión, con una duración, según el artículo 26, de tres meses y un día a veinticinco años, sin que pueda bajar del límite mínimo, aunque sí alcanzar el máximo de treinta años, en los supuestos de los artículos 39 y 40.

2.^a Dicho Código contiene sus reglas específicas sobre los efectos, aplicación y cumplimiento de las penas y, respecto a la de prisión, sólo contempla un supuesto excepcional de forma sustitutiva de su ejecución, al conferir el artículo 44 a los Tribunales y Autoridades Judiciales Militares la facultad de otorgar la condena condicional a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos (45), y un supuesto, igualmente excepcional, de sus-

(43) Luzón Peña: «Medición...», cit., p. 69-70.

(44) A este artículo se remite el art. 348 de la LO. 2/1989, de 13-4, Procesal Militar. Vid. RD. 1396/1992, de 20-11, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

(45) Excluidos los militares, el art. 374 de la LO. Procesal Militar la permite para los mismos cuando sean «condenados por delitos comunes en la Jurisdicción militar». La referida exclusión comprende, lógicamente, a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil, partiendo del art. 8 del Código Penal Militar («A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adqui-

titución, sin atender a su duración, al disponer el artículo 43 que, «En tiempo de guerra, las penas privativas de libertad impuestas a militares podrán ser cumplidas en funciones que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina».

3.^a No prevista en tal Código cualquier otra sustitución, tampoco cabe la aplicación del artículo 88 del Código Penal común, en cuanto las penas de arresto de fin de semana, desafortunada novedad del Código de 1995, o de multa (46), no están incluidas en la antes mencionada enumeración del artículo 24 de aquel Código, respecto a la cual tampoco se establece sustitución alguna en la Disposición Transitoria Undécima de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. Y hay que tener en cuenta que, incluso sin la cláusula de salvaguardia del artículo 5, tampoco podrían ser aplicadas esas penas respecto a los delitos militares, ya que, al establecer el artículo 9 del Código Penal común la supletoriedad respecto a las leyes especiales, se refiere a «lo no previsto expresamente por aquéllas», y evidente resulta que el catálogo de penas está expresamente previsto en el Código Penal Militar.

En esta línea, y respecto a la pena de multa, ha tenido ocasión de pronunciarse la Sala Quinta del Tribunal Supremo, aunque no en supuesto de sustitución del artículo 88, sino de posible imposición de pena inferior a la de prisión de tres meses y un día, en Sentencia de 28 de febrero de 1989.

Aunque el problema surgió ante la flagrante contradicción, entonces existente y actualmente superada (47), entre el artículo 40 y el 120, ambos del Código Penal Militar, al regular el primero la determinación de la pena inferior en grado, «sin que pueda ser inferior a tres meses y un día», según ya hemos visto, y prever el segundo, en los supuestos que contemplaba, la imposición de la pena inferior en grado a la de tres meses y un día, la referida Sentencia contiene los siguientes principios fundamentales:

sición y pérdida de la misma...»), en relación con el art. 15 de la LO. 2/1986, de 13-3, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; arts. 1 y 10 de la Ley 42/1999, de 25-11, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil; art. 1.1 del RD. 1429/1997, de 15-9, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar de carrera del Cuerpo de la Guardia Civil y de situaciones administrativas del personal de dicho Cuerpo; e incluso art. 10 de la LO. 11/1991, de 17-6, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

(46) No mencionamos siquiera la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, ya que con las penas de las que puede ser sustitutoria (privación de libertad por impago de multa y arresto de fin de semana) no está castigado delito alguno en el Código Penal Militar.

(47) El art. 120 fue modificado por LO. 13/1991, de 20-12, del Servicio Militar, estableciendo como penas mínimas, en tiempo de paz, la de dos años y cuatro meses, y, en tiempo de guerra, la de seis años.

1.º Las funciones de garantía del Derecho penal «exigen no sólo la adecuación esencial de una conducta a determinado tipo delictual taxativamente descrita por la ley, sino también, que la pena que deba imponérsele, esté asimismo legalmente determinada. Es lo que se viene conociendo como principio “nulla poena sine lege”, que en su aspecto a destacar aquí, impide extender la ley penal y consiguientemente, las penas a imponer, por vía de la creación judicial del derecho, que supondría por interpretación analógica, la imposición de pena distinta a la señalada por la ley».

2.º «En nuestro derecho penal positivo tanto común como militar, debe entenderse excluida la interpretación analógica, lo mismo para agravar la pena que para rebajarla o degradarla, aunque aparentemente pudiera parecer que esto último tuviera su amparo en el principio “in dubio pro reo”, y ello no es así, primero porque tal principio está circunscrito a las cuestiones fácticas y segundo porque la rebaja o degradación está proscrita de forma clara y específica por los artículos 2.º del Código Penal Común (48) y 41 del Código Penal Militar, a tenor de los cuales los Tribunales, cuando de la rigurosa aplicación de la Ley, la pena a imponer resultare notablemente excesiva, no tienen otra alternativa que la de acudir al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar la sentencia, y obviamente, ha de añadirse, de sancionar el hecho enjuiciado de conformidad con la pena legalmente establecida».

3.º «La imposición de una pena de prisión inferior a tres meses y un día vulneraría el ya citado principio de legalidad, el cual determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, e impide la aplicación de penas no previstas en el ordenamiento positivo, graduadas de acuerdo con reglas que también han de encontrar su cobijo en una norma legal previamente establecida, pues no hay precepto alguno en el Código Penal Militar que autorice una pena menor de tres meses y un día».

4.º En cuanto a la posibilidad de aplicar pena de multa, conforme al artículo 74 del Código Penal común, entonces vigente, que la consideraba como última pena de todas las escalas graduales, «cabría pensar en la aplicabilidad de este precepto ordinario al Código Penal Militar en virtud de lo establecido en su art. 5.º, si no fuera porque la cláusula de salvaguardia que el mismo contiene, “en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código”, viene a descartarlo por

(48) Art. 4 del Código Penal de 1995.

su frontal oposición al art. 40 del Código castrense, a más, de que como ya hemos razonado anteriormente, la imposición para delitos militares de una pena de multa, no regulada en su Código, violaría el principio de legalidad».

Por todo lo expuesto, entiendo, en definitiva, que ni la Constitución obliga, ni el Código Penal Militar permite, ni de *lege ferenda*, parece conveniente, la cuestionada sustitución de la pena de prisión.

Madrid, 15 de abril de 2002.

LAS PRINCIPALES DECISIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL PERSONAL MILITAR

Joaquín M.^a Peñarrubia Iza

Capitán Auditor

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

SUMARIO

I.- EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. II.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. III.- DOCTRINA GENERAL: PLENA APLICABILIDAD DEL CONVENIO, ADAPTADA A LAS PECULIARIDADES DE LAS NECESIDADES MILITARES DEL ESTADO. LA SENTENCIA ENGEL Y OTROS CONTRA HOLANDA, DE 8 DE JUNIO DE 1976. IV.- LA GRADUACIÓN DE LA INTENSIDAD DE LA LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DEAMBULATORIA: ARRESTOS, DETENCIONES, HÁBEAS CORPUS Y DISTINCIÓN ENTRE PRIVACIÓN Y MERA RESTRICCIÓN DE LIBERTAD. LA SENTENCIA ENGELS Y LA SENTENCIA STEPHEN JORDAN CONTRA REINO UNIDO, DE 14 DE MARZO DE 2000. V.- EL DERECHO A UN PROCESO JUSTO Y A LOS RECURSOS JUDICIALES. LAS SENTENCIAS DE 25 DE FEBRERO DE 1997, ASUNTO FINDLAY CONTRA REINO UNIDO; DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1997, ASUNTO COYNE CONTRA REINO UNIDO; DE 28 DE OCTUBRE DE 1998, ASUNTO CASTILLO ALGAR CONTRA ESPAÑA; DE 18 DE FEBRERO DE 1999, SENTENCIA HOOD CONTRA REINO UNIDO; DE 18 DE FEBRERO DE 1999, ASUNTO CABLE CONTRA EL REINO UNIDO; DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1999, ASUNTO SMITH Y FORD CONTRA REINO UNIDO; DE 8 DE DICIEMBRE DE 1999, ASUNTO PELLEGRIN CONTRA FRANCIA; DE 27 DE JUNIO DE 2000, ASUNTO FRYDLENDER CONTRA FRANCIA; Y LA RESOLUCIÓN DE 2 DE MARZO DE 2000, ASUNTO GARRIDO GUERRERO CONTRA ESPAÑA. VI.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA SENTENCIA HADJIANASTASSIOU CONTRA GRECIA, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1992; LA SENTENCIA VEREINI-

GUNG DEMOKRATISCHER SOLDATEN OSTERREICHS (ASOCIACIÓN DEMOCRÁTICA DE SOLDADOS AUSTRÍACOS) Y GUBI CONTRA AUSTRIA, DE 19 DE DICIEMBRE DE 1994; Y LA SENTENCIA GRIGORIADES CONTRA GRECIA, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1997. VII.- LA LIBERTAD DE CONCIENCIA APLICADA A LA LIBERTAD RELIGIOSA. LA SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1998, ASUNTO LARISSIS Y OTROS CONTRA GRECIA. VIII.- EL DERECHO A LA IGUALDAD Y AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA EN EL SENO DE LAS FUERZAS ARMADAS. LAS DOS SENTENCIAS DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1999, ASUNTO SMITH Y GRADY CONTRA EL REINO UNIDO Y ASUNTO LUSTIG-PRENAN Y BECKETT CONTRA EL REINO UNIDO. IX.- UNA REFLEXIÓN FINAL.

I. EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

En nuestro ámbito geográfico y cultural, factores ambos evidentemente relacionados con nuestra tradición y con nuestra realidad jurídica, tiene una gran importancia la interpretación y aplicación de los Tratados internacionales, de una manera especial en lo que se refiere a los derechos fundamentales, tanto por la vocación española de situarse decididamente con los países de nuestro entorno inmediato en su reconocimiento y aplicación (1), como porque esa vocación se ha plasmado expresamente en la vigente Constitución, cuyo artículo 10.2 se remite a los Tratados internacionales (2) para interpretar el alcance y contenido de las declaraciones de derechos contenidas en la propia Constitución (3), reforzando así especialmente a los que regulan los derechos fundamentales, frente a la genérica incorporación de todos los Tratados al Derecho interno (4).

(1) Cfr. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Derechos y libertades fundamentales: estándar europeo, estándar nacional y competencia de las Comunidades Autónomas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 7, 1983, págs. 9 y ss.

(2) Conforme a este art. 10.2 CE: «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».

(3) Sobre el artículo 10 de la Constitución, vid. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 137, 1995, págs. 7-11. Sobre la elaboración del precepto y lo deseable que resultaba su inserción en la Constitución vid., del mismo autor, «Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)», Akal, Madrid, 1984, págs. 71 y ss.

(4) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO considera que si los derechos fundamentales ocupan un espacio muy cualificado en el ordenamiento jurídico español, se debe tanto a la minuciosa enumeración constitucional como a la presencia en la Constitución de los arts. 96 y 10.2; vid. «La Europa de los derechos humanos», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 73.

En el plano del reconocimiento de los derechos fundamentales en el Derecho internacional, podemos distinguir en relación con el Derecho español dos ámbitos geográficos, uno universal y otro europeo. El estudio de estas declaraciones universales y europeas viene dado tanto por su importancia intrínseca, como por su propia autoridad, pero sobre todo por la voluntad de los Estados de orientar sus criterios en materia de derechos y deberes de los ciudadanos siguiendo los principios fundamentales establecidos en los Tratados Internacionales (5).

Lo cierto es que para nuestro Derecho es esencial un Texto internacional como es el denominado *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el día 4 de noviembre de 1950, porque se redactó con vocación general en cuanto a su contenido y, como ahora veremos, también en cuanto a su aplicación a todos los ciudadanos de los Estados parte en él (6), aunque estén sometidos esos ciudadanos a una relación especial de sujeción (7).

De modo semejante a lo establecido en otro de los grandes Textos internacionales sobre la protección de los derechos fundamentales, la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*, el Convenio Europeo contiene cláusulas de excepción a algunos derechos. En ambas Declaraciones Interna-

(5) Así lo ha destacado Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «Reflexiones sobre la situación jurídica del soldado», *Revista de Administración Pública*, núm. 134, 1994, pág. 30.

(6) Este Convenio fue ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979 y fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 10 de octubre de 1979.

(7) Sobre el concepto de relación especial de sujeción, Alfredo GALLEGO ANABITARTE, «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración», *Revista de Administración Pública*, núm. 34, 1961, págs. 11 y ss. Federico A. CASTILLO BLANCO, «Función pública y poder disciplinario del Estado», Civitas, Madrid, 1992, págs. 87-154. También Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, «Régimen jurídico de la Función pública y derecho al cargo», prólogo de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, Civitas, Madrid, 1995. Ricardo GARCÍA MACHO, «Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española», Prólogo de Tomás Ramón FERNÁNDEZ, Tecnos, Madrid, 1992, 259 págs. Este autor había dado avances de su investigación en algunos artículos previos: «En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 64, 1989; y «Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 72, 1991. Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, «Las relaciones de sujeción especial», Civitas, Madrid, 1994, 457 págs. Mariano LÓPEZ BENITEZ, «Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción», Proemio de Gunter PÜTNER, Prólogo de Luis COSCULLUELA MONTANER, Civitas, Madrid, 1994, 645 págs.

Sobre la plena aplicabilidad de este concepto jurídico al personal militar, con las garantías constitucionalmente establecidas, me remito a Joaquín M.^a PEÑARRUBIA IZA, «Presupuestos constitucionales de la Función militar», con Prólogo de Luis COSCULLUELA MONTANER, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, *in toto*, especialmente págs. 89 y ss. También Juan-Cruz ALLI TURRILLAS, «La profesión militar», Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, págs. 86 y ss.

cionales, estas excepciones están fundadas en idénticos motivos: salvaguardar la seguridad nacional, el orden y la moral públicos y el respeto a los derechos de los demás (8). Así, expresamente se mencionan estas posibles restricciones en algunos preceptos del Convenio Europeo, por ejemplo en el artículo 8.2, que se refiere al derecho al respeto de la vida privada y familiar, de domicilio y de correspondencia, o en el artículo 9.2, respecto a la libertad de manifestar la propia religión o las creencias, así como, con relación a la libertad de expresión, según lo previsto en el artículo 10.2 del Convenio.

Del mismo modo que ocurre en la *Declaración Universal de Derechos humanos*, sólo se hace en el Convenio mención específica al personal militar en cuanto a la posible restricción de derechos en lo tocante al derecho de asociación, con mención expresa de la sindicación y ampliándose la restricción también a los derechos de reunión pacífica, en el artículo 11 del Convenio Europeo.

Además, algunos países suscribieron este Convenio Europeo con cautelas hacia dos de sus artículos, concretamente el 5 y el 6. Así lo hizo España, país que se adhirió al Convenio en 1977 (9), pero haciendo salvedades a dichos preceptos en lo que se refiere a los miembros de las Fuerzas Armadas en el Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979, en el que se dijo que:

«España, de conformidad con el artículo 64 del Convenio, se reserva la aplicación de: Los artículos 5 y 6, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el título XV del Tratado Segundo y en el título XXIV del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar».

Derogado el Código de Justicia Militar, se entendió que esta reserva debía aplicarse a la legislación nueva, es decir, a las disposiciones de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (10). Aunque nada se ha dicho expresamente, habrá que entender que la reserva se extiende también a la posterior Ley Orgánica de Régimen disciplinario de la Guardia Civil (11).

(8) Vid. Joaquín M.^a PEÑARRUBIA IZA, «Presupuestos constitucionales de la Función militar», op. cit., págs. 101 y ss.

(9) España firmó el Convenio el día 24 de noviembre de 1977.

(10) Así lo estableció la Resolución de 24 de septiembre de 1986, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 30 de septiembre de 1986.

(11) Sobre este aspecto de las reservas formuladas por España, vid. José JIMÉNEZ VILLAREJO, «Potestad disciplinaria y control jurisdiccional», Colex, Madrid, 1990, págs. 13-19. Del mismo autor, «El recurso contencioso-disciplinario militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 56-57, 1991, págs. 288-289.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En el ámbito de este *Convenio Europeo* es importantísima la jurisprudencia que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano que, interpretando el Convenio, ha obligado a muchos países a cambiar sus hábitos e, incluso, hasta sus normas (12). Esto sólo ya sería suficiente argumento para probar su importancia, pero es que, además, la doctrina jurisprudencial del TEDH es frecuentemente citada y aceptada como argumento de autoridad por las Jurisdicciones nacionales (13), lo cual da una idea de la autoridad doctrinal que se reconoce a las sentencias del Tribunal Europeo de Estrasburgo (14).

(12) Por ejemplo, en materia de acceso a los Tribunales, en la que en otros sistemas jurídicos europeos ha pervivido hasta nuestros días el recurso ante la Corona en demanda de justicia, pero no se contemplaba la posibilidad de interponer recursos judiciales contra la Administración. Vid. Carlos PADRÓS REIG y Joan ROCA SAGARRA, «La armonización europea en el control judicial de la Administración: El papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995. Como dicen estos autores, esto es lo que ocurre en el ordenamiento holandés, en el cual el recurso a la Corona era la única forma de recurso en el ámbito del derecho Administrativo (pág. 253). Pero la jurisprudencia del TEDH ha forzado un cambio en esta situación, que ha entendido que una vez agotados los sucesivos recursos administrativos, llegando hasta la Corona, cabrá interponer recurso ante la jurisdicción ordinaria (pág. 265).

(13) Dice Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO que «la sensibilidad hacia la jurisprudencia de Estrasburgo a la hora de interpretar las normas españolas sobre derechos humanos se ha convertido en una constante que informa con carácter habitual la filosofía del Tribunal Constitucional». Vid. «La Europa de los derechos humanos», op. cit., pág. 260.

(14) Hay que recordar que hay otro «Tribunal europeo», que tiene su sede en Luxemburgo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ahora compuesto por dos órganos, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia en sentido estricto. Vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La reordenación del sistema jurisdiccional comunitario: La creación del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas». *Noticias/CEE*, núm. 50, marzo de 1989. Rafael GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, «El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», en Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS y Diego LIÑÁN (directores), *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993. En esa misma obra colectiva, Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». Rosario SILVA DE LAPUERTA, «El Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, La Ley, Madrid, 2.^a ed., 1993. Ricardo ALONSO GARCÍA, «Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea», Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995. Mariano BACIGALUPO, «La Justicia Comunitaria. Estudio sistemático y textos normativos básicos», con prólogo de Martín Bullinger, Marcial Pons, Madrid, 1995. Juan Antonio FUENTETAJA PASTOR, «El proceso judicial comunitario», Marcial Pons, Madrid, 1996. Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, «Instituciones y Derecho de la Unión Europea», Mc Graw Hill, Madrid, 1996. Joaquín M.^a PEÑARRUBIA IZA y Miguel Angel LÓPEZ LÓPEZ, «El pro-

Además, como era lo normal en los casos en los que en Tratados de Derecho Internacional se establecía la creación de un órgano jurisdiccional para interpretar las normas internacionales, en el momento en el que se redactó el Convenio no se admitió a los individuos la posibilidad de acudir directamente ante este Tribunal. Aunque es cierto que se estableció que previamente debía decidir sobre la admisibilidad de la demanda la denominada Comisión Europea de Derechos Humanos, un matiz muy importante era que, a diferencia de otros órganos jurisdiccionales de Derecho Internacional, ante el Tribunal de Estrasburgo sí pueden ser parte los ciudadanos, los particulares, y no sólo los Estados u otras organizaciones de Derecho Internacional (15).

Sin embargo, se ha producido recientemente un cambio esencial en esta materia. Este cambio ha venido motivado por la actual situación en todo el mundo occidental en torno a la consideración especialísima que merece la protección de los derechos fundamentales, lo cual ha llevado a una modificación del Convenio mediante el denominado *Protocolo número 11*, en virtud del cual ha desaparecido ese previo filtro que realizaba la Comisión y, por tanto, el acceso directo ante el TEDH se ha hecho posible, una vez agotadas las instancias judiciales nacionales (16).

El Protocolo número 11, relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido en el Convenio, fue hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 (17). Como consecuencia de las modificaciones introducidas, fueron elaborados por el Consejo de Europa los Textos Refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales o Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, del Protocolo adicional de París de 20 de marzo de 1952 y del Protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 (18).

cedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas y el recurso de casación», con Prólogo de Jesús GONZÁLEZ SALINAS, Editorial Dilex-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2000, 204 págs.

(15) Así lo destaca también Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en «La Europa de los derechos humanos», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 119.

(16) Sobre el *Protocolo núm. 11*, más ampliamente, vid. Fernando ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, «Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1-XI-1998)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 56, 1999, págs. 135 y ss.

(17) El Protocolo número 11 fue ratificado por España mediante Instrumento de 28 de noviembre de 1996 y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 26 de junio de 1998.

(18) Estos textos refundidos fueron publicados oficialmente en España mediante Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores de 5 de abril de 1999, *Boletín Oficial del Estado* de 6 de mayo de 1999, corrección de erratas en el *Boletín Oficial del Estado* de 12 de junio de 1999.

III. DOCTRINA GENERAL: PLENA APLICABILIDAD DEL CONVENIO, ADAPTADA A LAS PECULIARIDADES DE LAS NECESIDADES MILITARES DEL ESTADO. LA SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1976, ASUNTO ENGEL Y OTROS CONTRA EL ESTADO HOLANDÉS

El TEDH considera que las restricciones, cuando están permitidas por el Convenio, tienen su fundamento en la consideración de las peculiaridades de la vida militar, de los «deberes» particulares y de las «responsabilidades» específicas de los miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados, que implican una obligación de reserva en relación con todo lo que afecta al ejercicio de las funciones desempeñadas (19).

La *sentencia Engel* fue pionera en la jurisprudencia del Tribunal sobre el personal militar (20) y fue, por tanto, en esta esencial sentencia en la que el TEDH realizó una primera interpretación de la aplicación de estos derechos a los miembros de los Ejércitos de los países adheridos al mismo. Nos estamos refiriendo a la conocida STEDH de 8 de junio de 1976, *asunto Engel y otros contra el Estado holandés* o, simplemente, como *caso Engel* (21). En esta importantísima sentencia (22), establece el TEDH que puede haber una diferencia en materia de ejercicio de los derechos fundamentales para el personal militar, diciéndolo de la forma siguiente:

(19) Sobre el origen común de las instituciones de la Administración civil en las de la organización militar y cómo se ha mantenido el sistema de la milicia, con sus peculiaridades frente a una diferente evolución, aunque con un mismo origen, inspirado precisamente en la estructura castrense, vid. el magnífico trabajo de Pedro ESCRIBANO TESTAUT, «La carrera militar tras la Ley 17/1989», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 71, 1998, págs. 49-90, especialmente las págs. 49-68.

(20) Sobre la influencia notable que en la doctrina y en la jurisprudencia españolas ha tenido el TEDH, vid. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 137, 1995, pág. 12.

(21) Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Enrique LINDE, Luis Ignacio ORTEGA, Miguel SÁNCHEZ MORÓN, «El sistema europeo de protección de los derechos humanos», Civitas, Madrid, 2.^a ed., 1984, págs. 392-407.

(22) Varios autores han comentado esta sentencia. Vid. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «Reflexiones sobre la situación jurídica del soldado», cit., pág. 12. Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, «Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción», cit., págs. 515 y ss. José JIMÉNEZ VILLAREJO, «Potestad disciplinaria y control jurisdiccional», Colex, Madrid, 1990. Ricardo PELLÓN, «La libertad de opinión en las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 37, 1979, págs. 54-55. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en las *XI Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 796-799. Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, «Las relaciones de sujeción especial», cit., págs. 360-362.

«Cada Estado es competente para organizar su sistema de disciplina militar, gozando en la materia de un cierto margen de apreciación. Los límites que a los Estados les impone el artículo 5 no son idénticos para civiles y militares».

Sin duda, pues, la declaración más importante del TEDH, en esta primera sentencia en la que se manifiesta sobre los derechos de los militares, consista en recordar lo evidente y darle forma jurídica: las condiciones y los imperativos de la vida militar difieren por su propia naturaleza de los de la vida civil (23).

Pero también contiene esta sentencia otros pronunciamientos de interés (24). En primer lugar, la consideración general de que la Convención se aplica no sólo a los paisanos, sino también a los militares, idea fundamental que ha sido, por tanto, plasmada por el TEDH desde la primera sentencia en la que se ha pronunciado sobre los derechos fundamentales del personal militar. Por otro lado, estableció una doctrina que ha influido en la doctrina y la jurisprudencia patrias, sobre la distinción entre privación y mera restricción de la libertad deambulatoria, en relación con las potestades disciplinarias propias del ámbito militar.

IV. LA GRADUACIÓN DE LA INTENSIDAD DE LA LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DEAMBULATORIA: ARRESTOS, DETENCIONES, HÁBEAS CORPUS Y DISTINCIÓN ENTRE PRIVACIÓN Y MERA RESTRICCIÓN DE LIBERTAD. EL ASUNTO ENGEL Y LA SENTENCIA STEPHEN JORDAN CONTRA REINO UNIDO, DE 14 DE MARZO DE 2000

El TEDH ha considerado plenamente aplicables a la institución militar los principios contenidos tanto en el párrafo 3.º del artículo 5 del Convenio (25),

(23) Cfr. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», op. cit., pág. 797.

(24) En este sentido, vid. Arthur H. ROBERTSON, «La Convention européenne des Droits de l'Homme, les Pactes de l'O.N.U. et les forces armées», en *Les droits de l'homme dans les forces armées*, séptimo congreso internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, celebrado en San Remo; vol. I, Bruselas, 1978, págs. 63 y ss.

(25) Según el art. 5.3 del Convenio, «Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1 c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un Juez o de otra autoridad habilitada por la Ley para ejercer poderes judiciales».

como en el párrafo 5.º del mismo artículo (26), referidos a los supuestos de la detención y el derecho a ser puesto a disposición de la autoridad judicial competente. En este punto, esta doctrina es muy importante, teniendo en cuenta que tradicionalmente las facultades disciplinarias y judiciales han residido en la mayoría de los ordenamientos confundidas o mezcladas en las autoridades militares, si bien ciertamente, en el ordenamiento español han desaparecido las potestades judiciales del ámbito militar para pasar a ser competencia de la Jurisdicción militar. No obstante, esta doctrina del TEDH nos recuerda la plena aplicación al personal militar de las garantías procedimentales y de la plena vigencia para los militares de la figura del *hábeas corpus*, es decir, de la imposibilidad de imponer una restricción de la libertad personal fuera de las previsiones legales y, desde luego, con respeto a lo establecido por el Convenio (27). Aunque se haya establecido esta doctrina por el TEDH en supuestos que se asemejan a los antiguos consejos de guerra, concretamente en los casos de las *courts martials* del Derecho inglés, lo cierto es que, en nuestra opinión, es plenamente aplicable a las situaciones de arrestos disciplinarios del Derecho español (28) como, en cierto modo, se refleja en una línea jurisprudencial sostenida recientemente por el Tribunal Constitucional (29).

De gran importancia es, también y además de lo mencionado más arriba, la distinción que hace la sentencia del *asunto Engels* entre las penas privativas de libertad y las meras sanciones restrictivas de libertad, a los efectos de la interpretación del artículo 5 de la Convención. Una

(26) Se dispone en el art. 5.5 del Convenio que: «Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación».

(27) Son las sentencias de 18 de febrero de 1999, *asunto Hood contra el Reino Unido* (traducida al español en el *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, marginal TEDH 6) y de 14 de marzo de 2000, *asunto Stephen Jordan contra el Reino Unido* (en español, en el *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2000, marginal TEDH 93).

(28) Dice literalmente esta STEDH (§ 27) que en el caso concreto, «el oficial superior tenía la responsabilidad de la disciplina y el orden, lo que proporciona una razón adicional para que un acusado dudase razonablemente de la imparcialidad de su oficial para decidir sobre la necesidad de una detención preventiva de un acusado bajo sus órdenes». Esta es la doctrina que consideramos extrapolable a nuestro Derecho, ciertamente salvando las distancias, en cuanto se considere que el Derecho disciplinario en el ámbito militar tiene una naturaleza mixta entre el Derecho penal y el Derecho administrativo (vid. Joaquín M.ª PEÑARRUBIA, «Presupuestos constitucionales de la Función militar», cit., págs. 194 y ss. y la doctrina allí citada).

(29) En las sentencias constitucionales 208/2000, de 24 de julio; 209/2000, también de 24 de julio; 233/2000, de 2 de octubre; 263/2000, de 30 de octubre.

sanción o medida disciplinaria que sería sin ninguna duda considerada como una privación de libertad para un civil, puede no tener este carácter si se aplica a un militar. En consecuencia, considera el TEDH que es privación de libertad un arresto muy riguroso o el internamiento en una unidad disciplinaria, pero que no tienen tal carácter los arrestos normales, simples o agravados. Ahora bien, en nuestra opinión, estas sanciones disciplinarias constituyen todas ellas, sin ninguna duda, una privación del derecho de libertad, que está permitida en nuestro Derecho por la Constitución, lo cual significa que aunque nos esforcemos en hacer esa distinción terminológica para diferenciar entre sanciones «privativas» o «restrictivas» del derecho a la libertad (30), esta distinción es más didáctica o con efectos formales que de fondo (31). En esta misma línea, el Tribunal Constitucional, reconociendo que «el cometido que a la potestad disciplinaria le está asignado en el ámbito castrense y que puede aconsejar una mayor intensidad o contundencia» que la que tiene en otros ámbitos, concluye que las sanciones de arresto, incluso en caso de que tenga un mero carácter preventivo, con independencia de la calificación que pudiera corresponderles en un plano teórico, tienen desde un

(30) Como en otro lugar hemos dicho («Presupuestos constitucionales de la Función militar», cit., págs. 196 y ss.), esta doctrina ha tenido acogida en el Tribunal Supremo español, en cuya jurisprudencia se diferencia entre las sanciones restrictivas de libertad y las privativas de tal libertad. Por ejemplo, considera la STS de 7 de noviembre de 1995 (Sala 5.ª, Ar. 9853), «el arresto domiciliario viene entendiéndose por esta Sala como «restricción» y no como «privación de libertad»»; un razonamiento semejante puede encontrarse en la STS de 4 de marzo de 1994 (Sala 5.ª, Ar. 2275). No sólo se acepta la doctrina, sino que también se hace mención de manera expresa a la doctrina de la *sentencia Engel*, como en la STS de 10 de octubre de 1995 (Sala 5.ª, Ar. 7833): «La doctrina del Tribunal de Derechos Humanos sostenida en el denominado «caso Engel», inspira la tesis mantenida por esta Sala, como igualmente, por la fecha de su emisión, hubo de ser tenida en cuenta por el Legislador de la norma disciplinaria militar, al distinguir entre «retención», «restricción de libertad» y «privación de libertad», para graduar y definir las sanciones disciplinarias». Suele recordar el Tribunal Supremo, por ejemplo en la STS de 2 de marzo de 1994 (Sala 5.ª, Ar. 2274), que se debe tener presente «la doctrina sostenida por el Tribunal de Derechos Humanos, en su conocida Sentencia de 8 de junio de 1976 (caso Engel), luego recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981 y reiterada por la doctrina de esta Sala Quinta (Sentencias de 1 y 10 de octubre de 1990, 4 de diciembre de 1990, 17 de enero de 1991 y 18 de febrero de 1992), que permiten sostener que el arresto por falta leve de uno a treinta días, a cumplir en el domicilio o en la Unidad, sin perjuicio del servicio, no constituye privación de libertad, sino simple restricción de la misma».

(31) En idéntico sentido, Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, «Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción», op. cit., pág. 513.

punto de vista constitucional un contenido unívoco, que consiste en la privación de un derecho fundamental como es la libertad, lo cual hace que haya que extremar las garantías procedimentales: «El análisis de su contenido en su dimensión constitucional, que es la nuestra, pone de relieve sin más que se trata de una privación de libertad», dice el Tribunal Constitucional, que añade que el arresto, aunque como en el caso concreto planteado sea preventivo, incide «directa e inmediatamente en un derecho fundamental de quien lo ha de padecer, en este caso nada menos que la libertad, cuya pérdida irreversible puede causar aunque sea por un breve tiempo» (32).

Esta distinción tiene también un efecto inmediato en la consideración de la aplicación del derecho a un proceso justo contenido en el artículo 6 del Convenio. A estos efectos, se debe distinguir entre proceso penal y proceso disciplinario, ya que la garantía judicial es plenamente aplicable en el primero, pero en el segundo admite matizaciones. Por ello, considera el TEDH en la *sentencia Engels* que los Estados no deben disfrazar como disciplinarias, con el fin de soslayar la garantía judicial, las que son verdaderas sanciones de carácter penal. La diferencia será el criterio de la gravedad de los hechos y la sanción que se les aplique, que se medirá por el grado de severidad que implique. En principio, las restricciones de libertad pueden tener carácter disciplinario, mientras que, por el contrario, las privaciones de libertad deben ser siempre sanciones de carácter penal (33).

(32) Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1999, de 8 de marzo.

(33) Federico A. CASTILLO BLANCO («Función pública y poder disciplinario del Estado», Civitas, Madrid, 1992, págs. 77 y ss.) considera que de esta jurisprudencia del TEDH se pueden extraer, principalmente, dos conclusiones: La primera, que la distinción entre sanciones penales y administrativas no es esencial o substancial, en orden a gozar de las garantías establecidas en el Convenio, como se ha puesto de relieve, entre otros, en el *caso Engels*, citado en otras sentencias posteriores (así, *sentencia Campbell y Fell*, de 28 de junio de 1984, referida al ámbito penitenciario), en el sentido de que queda al cuidado del legislador nacional la distinción de lo disciplinario y de lo penal por razón del servicio militar, voluntario u obligatorio. En segundo lugar, que nuestra jurisprudencia no puede acudir al fácil criterio de utilizar la doctrina de las relaciones especiales de sujeción para excluir la aplicación de las garantías constitucionales, especialmente de las contenidas en los artículos 24 y 25 de la Constitución.

V. EL DERECHO A UN PROCESO JUSTO Y A LOS RECURSOS JUDICIALES. LAS SENTENCIAS DE 25 DE FEBRERO DE 1997, ASUNTO FINDLAY CONTRA REINO UNIDO; DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1997, ASUNTO COYNE CONTRA REINO UNIDO; DE 28 DE OCTUBRE DE 1998, ASUNTO CASTILLO ALGAR CONTRA ESPAÑA; DE 18 DE FEBRERO DE 1999, SENTENCIA HOOD CONTRA REINO UNIDO; DE 18 DE FEBRERO DE 1999, ASUNTO CABLE CONTRA EL REINO UNIDO; DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1999, ASUNTO SMITH Y FORD CONTRA REINO UNIDO; DE 8 DE DICIEMBRE DE 1999, ASUNTO PELLEGRIN CONTRA FRANCIA; DE 27 DE JUNIO DE 2000, ASUNTO FRYDLENDER CONTRA FRANCIA; Y LA RESOLUCIÓN DE 2 DE MARZO DE 2000, ASUNTO GARRIDO GUERRERO CONTRA ESPAÑA

También ha tenido otras oportunidades el TEDH de pronunciarse sobre la aplicación del art. 6.1 de la Convención (34). En algunas ocasiones, además, en relación con los Tribunales españoles.

La consideración del alcance de la relación de especial sujeción de los funcionarios o de la situación estatutaria, legal y reglamentaria, ha supuesto tradicionalmente que sus quejas frente a su empleador, la Administración, hayan sido tradicionalmente consideradas como cuestiones meramente internas, sin trascendencia real para el Derecho. Por ello, los funcionarios no gozaban de la posibilidad de impugnar las decisiones de la Administración en lo que afectaba a su situación funcional, supliéndose con la posibilidad de acudir hasta el Rey, como ha seguido ocurriendo en el ámbito militar. Relación meramente interna y participación en la formación de la voluntad de los poderes públicos, eran, en consecuencia, los elementos que determinaban el especial status jurídico de los miembros de la Función pública con respecto al Estado. No obstante, esta situación ha cambiado en virtud de la aplicación del artículo 6 del Convenio de Roma, aunque según la jurisprudencia del TEDH, esta norma no se aplica igual a los funcionarios y a los demás ciudadanos. Veamos algunas de las interpretaciones del alcance de este precepto en relación con los servidores públicos.

(34) Según este precepto, «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella».

En la STEDH de 28 de octubre de 1998, *asunto Castillo Algar contra España* (35), el TEDH analiza si la Sala del Tribunal Militar Central español que enjuició al recurrente fue, en el caso concreto, un Tribunal imparcial a los efectos de lo prevenido en el art. 6.1 del Convenio. La demanda vino motivada porque dos de los miembros que formaron la Sala que condenó al recurrente por un delito contra la hacienda militar, habían formado parte previamente de la Sala que resolvió la apelación frente al auto de procesamiento. Dice el TEDH que si bien «no considera que existan elementos que prueben que cualquiera de ellos haya actuado con una opinión preconcebida» y que «por ello, no puede más que presumirse la imparcialidad personal de los interesados», lo cierto es que «en esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia. De ello depende la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables y, especialmente, a los procesados» (36). Es importante retener que esta doctrina es de plena aplicación tanto a los Tribunales civiles como a los órganos jurisdiccionales militares, es decir, que no se ha sentado esta doctrina porque el órgano forme parte de la jurisdicción militar. Queremos decir que el TEDH no cuestiona la validez de la actual organización de la Jurisdicción militar española que, en nuestra opinión, es plenamente conforme no sólo con los postulados del Convenio Europeo, sino con la Constitución española, más exigente en materia de garantía jurisdiccional para todos los ciudadanos, estén o no sometidos a la especial relación de sujeción que es el servicio militar (37).

En la STEDH de 28 de octubre de 1998, *asunto Castillo Algar contra España* (38), el demandante, teniente coronel de la Legión, fue procesado en 1989 por el Juez Togado Central acusado de haber creado, en perjuicio de la hacienda militar y en contra del art. 189.1 del Código Penal Militar español, un fondo pecuniario. Interpuesto recurso contra ese auto de procesamiento, el Tribunal Militar Central lo revocó y dictó auto de sobreseimiento en 1990. No obstante, el Fiscal recurrió ante el Tribunal Supremo en casación, cuya Sala quinta dictó sentencia de 20 de enero de 1992 (39), en la cual el TS consideró que, sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, los

(35) Cito por la traducción española del *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1998, marginal TEDH 51.

(36) Vid. los §§ 44 y 45 de esta sentencia.

(37) Opinión ésta de la constitucionalidad de la actual organización judicial militar puesta en duda por buena parte de la doctrina, pero que ha sido zanjada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diversas sentencias y que, por nuestra parte, consideramos plenamente adaptada al Texto de la Constitución, en cuanto no es más que desarrollo de la previsión contenida en el art. 117.5 del mismo, como hemos argumentado en «Presupuestos constitucionales de la Función militar», op. cit., págs. 361 y ss.

hechos «podían ser considerados, a los únicos fines de la instrucción y sin perjuicio de que pudieran ser fijadas ulteriores calificaciones, como constitutivos del delito contra la Hacienda militar». Contra esta sentencia se presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue inadmitido.

El Juez Togado Militar Central dictó, entonces, otro auto de procesamiento, que también fue recurrido ante el Tribunal Militar Central, que esta vez admitió el procesamiento a los fines señalados por la mencionada sentencia del Tribunal Supremo. Posteriormente, el Tribunal Militar Central condenó a este teniente coronel a tres meses y un día por la comisión de un delito contra la hacienda militar. El demandante ante el TEDH interpuso entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando que el Tribunal que lo había condenado no había sido imparcial, porque dos de los miembros togados habían formado parte de la Sala que había desestimado el recurso contra el auto de procesamiento.

La Sala quinta del TS rechazó el recurso (40) tanto porque el condenado no había recusado a los Jueces como porque la desestimación del recurso contra el procesamiento no podía considerarse como una actuación en orden a la instrucción de la causa y, por tanto, no era una razón que objetivamente comprometiera la imparcialidad de la Sala que le juzgó. El Tribunal Constitucional aceptó ese razonamiento y, en consecuencia, inadmitió el recurso de amparo presentado.

El TEDH distingue entre la imparcialidad en sentido subjetivo y en sentido objetivo. Habla de un criterio subjetivo en tanto se «trata de averiguar la relación personal de un juez concreto en una determinada ocasión, o según un criterio objetivo, tendente a asegurar que ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto» (§ 43), es decir, este aspecto objetivo «consiste en preguntarse si, independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos verificables permiten sospechar acerca de su imparcialidad» (§ 45).

En el aspecto subjetivo, el TEDH recuerda que, según su propia jurisprudencia, «la imparcialidad personal de un Magistrado se presume salvo prueba en contrario». Precisamente por ello, rechaza la tesis del demandante de que los dos Magistrados togados no fueran imparciales: «el Tribunal no considera que existan elementos que prueben que cualquiera de

(38) Cito esta *sentencia Castillo Algar* por la traducción española del *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1998, marginal TEDH 51.

(39) *Repertorio Aranzadi* 2519, de 1992.

(40) STS, Sala 5.ª, de 4 de noviembre de 1994, *Repertorio Aranzadi* 9081.

ellos haya actuado con una opinión preconcebida. Por ello, no puede más que presumirse la imparcialidad personal de los interesados» (§ 44).

Es en el aspecto objetivo donde, según dice el TEDH, «incluso las apariencias pueden revestir importancia», porque «de ello depende la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables» (§ 45).

Aunque, para el TEDH, «el simple hecho de que un juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede, por tanto, en sí mismo, justificar las aprensiones en cuanto a su imparcialidad», como ha establecido en sentencias anteriores (apartado 46) (41), sin embargo en este caso concreto, tiene un temor que considera objetivo, en el sentido de que los miembros del Tribunal Militar Central podrían haber sido influidos por la previa decisión del Tribunal Supremo para desestimar el segundo recurso contra el segundo auto de procesamiento y, además, formarían dos de los miembros de la Sala también parte del Tribunal cuando dictó la sentencia de condena. Por ello, «el Tribunal estima en consecuencia que, en las circunstancias del caso, la imparcialidad del Tribunal sentenciador podría suscitar serias dudas y que los temores del demandante al respecto podían considerarse objetivamente justificados» (apartado 50).

Pero la Jurisdicción militar española ha superado otra decisión del TEDH, en el que no ha habido sentencia sino una *resolución* de inadmisión de la demanda presentada. Es la resolución de 2 de marzo de 2000, *asunto Garrido Guerrero contra España* (42). En este caso, se planteaba ante el TEDH que el Tribunal Militar Central no había actuado como un tribunal imparcial, porque uno de sus miembros jurídicos había sido también miembro de la Sala que se pronunció sobre un previo recurso contra el auto de procesamiento, y porque otro de los miembros togados había realizado ya en fase de plenario algunas investigaciones, que el recurrente alega que eran para completar la fase sumarial. En el primero de los aspectos, se separa el TEDH de la *sentencia Castillo Algar* de manera expresa porque considera que «en las circunstancias del caso, los temores de una falta de imparcialidad expresados por el demandante no están objetivamente justificados», mientras que en el otro asunto precedente había algunos datos que, aunque no se podía dudar de la imparcialidad de los jueces, aconsejaban su posterior abstención. En el segundo aspecto que hemos

(41) Menciona el propio TEDH su sentencia *Hauschildt contra Dinamarca*, de 24 de mayo de 1989.

(42) Publicada en español por el *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2000, marginal TEDH 115.

mencionado, también se cita la *sentencia Castillo Algar* para decir, de acuerdo con ella, que la simple realización de algunos actos de instrucción en la fase de juicio no justifican por ese sólo hecho la duda sobre la imparcialidad.

Si, como acabamos de ver, en la *sentencia Castillo Algar*, realmente, no se está cuestionando la actuación de la Jurisdicción militar, sino una actuación judicial que habría podido ser exactamente igual ante la Jurisdicción penal ordinaria, en otras sentencias el TEDH sí se plantea realmente la validez de la tradicional organización y sumariedad de la jurisdicción militar, ideas unidas a los conocidos consejos de guerra. En tanto las actuaciones de las *Courts martials* del Derecho anglosajón siguen siendo en la actualidad como eran las de los tradicionales consejos de guerra del Derecho continental, el TEDH ha considerado que un Tribunal militar convocado conforme a la Ley británica reguladora del Ejército (*Royal Army Act*) de 1955 o a la legislación del Ejército del Aire (*Royal Air Force Act*), también de 1955, no responde «a las condiciones de independencia e imparcialidad enunciadas en el artículo 6.1 del Convenio, teniendo en cuenta, en concreto, el importante papel jugado en su organización por el oficial convocante, que estaba estrechamente ligado a las autoridades judiciales, era el superior jerárquico de los demás miembros del Tribunal militar y podía, aunque en circunstancias concretas, disolver éste y rehusar o ratificar su decisión», conforme a las sentencias de 25 de febrero de 1997, *asunto Findlay contra Reino Unido* (43), de 24 de septiembre de 1997, *asunto Coyne contra Reino Unido* (44) y de 18 de febrero de 1999, *sentencia Hood contra Reino Unido* (45). En la posterior *sentencia Smith y Ford contra Reino Unido* (46), de 29 de septiembre de 1999, tras reiterar idéntica doctrina, se añade que en todos estos casos (47) «el Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] considera que los Tribunales militares que juzgaron a los demandantes no cumplieron con la independencia e imparcialidad requeridas por el artículo 6.1 del Convenio».

También interpreta el art. 6.1 de la Convención la STEDH de 8 de diciembre de 1999, *asunto Pellegrin contra Francia*. Aunque no resuelve

(43) Publicada en el *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-I.

(44) Publicaciones del TEDH, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-V.

(45) Cito esta sentencia por la traducción española del *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, marginal TEDH 6.

(46) Traducida al español en el *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, marginal TEDH 41.

(47) Y en otro no publicado, citado por la última sentencia mencionada en el texto (§ 22), el asunto *Cable contra el Reino Unido*, STEDH de 18 de febrero de 1999.

un caso planteado por un militar, sino por un empleado civil del servicio exterior, lo cierto es que se establece una doctrina que se aplica expresamente por esta misma sentencia a los miembros de las Fuerzas Armadas. El TEDH había considerado en ocasiones anteriores que «las discusiones relativas a la contratación, la carrera y el cese de actividad de los funcionarios salen, por regla general, del campo de aplicación del artículo 6.1» del Convenio (48), o que este precepto del Convenio se aplica en asuntos funcionariales cuando se refiere exclusiva o principalmente a cuestiones pecuniarias (49), pero nunca a otras cuestiones relativas a la relación funcional, especialmente las que tengan carácter discrecional para el Estado (50). Por eso, «el Tribunal considera que, tal y como está, esta jurisprudencia supone un margen de incertidumbre», por lo que sienta un nuevo criterio con la intención de que haya una jurisprudencia uniforme y, para ello, acude a la distinción clásica entre funcionarios que ejercen labores vinculadas a la soberanía y aquellos otros que no participan directamente en el ejercicio del poder público (51).

La distinción doctrinal entre funcionarios que ejercen autoridad y los demás, que ha sido aceptada por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es una distinción frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia, por ejemplo, está presente en la doctrina francesa como una argumento que sigue matizando el ejercicio de determinadas categorías de derechos en su sistema de Función pública. Ciertamente, esta distin-

(48) STEDH de 24 de agosto de 1993, *asunto Massa contra Italia*. Publicaciones del TEDH, serie A, núm. 265-B, párrafo 26.

(49) Así, cuatro SSTEDH de 2 de septiembre de 1997, *asuntos De Santa contra Italia, Laparlocia contra Italia, Nicodemo contra Italia y Abenavoli contra Italia*. Publicaciones del TEDH, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-V.

(50) SSTEDH de 9 de junio de 1998, *asunto Cazenave contra Francia*, Publicaciones del TEDH, *Recueil 1998-III*; 29 de julio de 1998, *asunto Le Calvez contra Francia*, Publicaciones del TEDH, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-V; 24 de agosto de 1998, *asunto Couez contra Francia*, Publicaciones del TEDH, *Recueil 1998-V*; 24 de agosto de 1998, *asunto Benkessiouer contra Francia*, Publicaciones del TEDH, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-V.

(51) Además se basa expresamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que ha acudido a esta distinción para interpretar los supuestos en los que debe darse el principio de la libre circulación de trabajadores, establecido en el Tratado constitutivo, también con respecto a los Poderes públicos.

Sobre esa jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, vid. Ricardo ALONSO GARCÍA, «¿Inconstitucionalidad sobrevenida del Tratado CEE? Sobre el acceso a la función pública por los ciudadanos comunitarios», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 76, 1992, págs. 599 y ss. Javier GUILLÉN CARAMÉS y Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, «El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones públicas de los Estados miembros», *Revista de Administración Pública*, núm. 146, 1998, págs. 467 y ss.

ción conceptual surgió para poder permitir una mayor amplitud de derechos a una mayoría de funcionarios que no ejercen funciones diferentes a las del mundo privado, sobre todo en lo que se refiere a los derechos colectivos y al acceso a la jurisdicción (52). Ahora bien, en la mayoría de los ordenamientos europeos, ha desaparecido la consideración del ámbito funcional como una cuestión meramente interna y, por tanto, excluida de todo control extraño a la propia Administración (53).

Es decir, el TEDH ha revivido un viejo privilegio de la Administración, como es el de la insusceptibilidad de control jurisdiccional de las relaciones internas y, con ello, lejos de dar una solución adecuada, por ingeniosa que pueda parecer a primera vista, ha aceptado conceptos que claramente habían sido superados por los principales ordenamientos internos de los países europeos. En palabras del Tribunal, se «decide que únicamente se sustraerán del campo de aplicación del artículo 6.1 del Convenio los litigios de los funcionarios cuyo empleo esté caracterizado por actividades específicas de la Administración pública en la medida en que ésta actúa como poseedora del poder público encargado de la protección de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas. Un ejemplo claro de tales actividades lo constituirían las Fuerzas Armadas y la policía», concluye el TEDH (54).

La doctrina de la *sentencia Pellegrin* ha sido reiterada después por el TEDH, concretamente en la posterior STEDH de 27 de junio de 2000, *asunto Frydlender contra Francia* (55).

(52) Por ejemplo, ÁLVAREZ-GENDÍN clasifica a los funcionarios distinguiendo entre *funcionarios de autoridad* y los demás, a los que denomina como *funcionarios de gestión*; vid. Sabino ÁLVAREZ-GENDÍN Y BLANCO, «Tratado general de Derecho administrativo», tomo III, Bosch, Barcelona, 1973, pág. 193.

(53) Como recuerda Javier BARNÉS VÁZQUEZ sobre el ordenamiento alemán, «no están exentas del artículo 19.IV las relaciones especiales de sujeción (v. gr., las que guarda el funcionario, o cualquier otro empleado público; el preso; el estudiante; o las derivadas del uso de un establecimiento público; etc.). Para la dogmática actual, tales relaciones son tan jurídicas y justiciables como las relaciones de supremacía general. Los actos que se produzcan en el seno de una relación especial de sujeción no están sustraídos al control de los jueces y tribunales». Vid. «La tutela judicial efectiva en la *Grundgesetz* (artículo 19.IV)», en la obra coordinada por este autor «La Justicia administrativa en el Derecho comparado», Civitas, Madrid, 1993, págs. 158-159.

(54) STEDH de 8 de diciembre de 1999, *asunto Pellegrin contra Francia*, párrafos 60 a 65. Cito por la traducción española del *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, marginal TEDH 65.

(55) Su traducción española se encuentra en el *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2000, marginal TEDH 146. En el § 33 de esta sentencia, se reitera literalmente la doctrina de la *sentencia Pellegrin*, transcrita en el texto, incluida la mención al personal de las Fuerzas Armadas.

VI. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LAS SENTENCIAS DE 16 DE DICIEMBRE DE 1992, ASUNTO HADJIANASTASSIOU CONTRA GRECIA; DE 19 DE DICIEMBRE DE 1994, ASUNTO VEREINIGUNG DEMOKRATISCHER SOLDATEN OSTERREICHS (ASOCIACIÓN DEMOCRÁTICA DE SOLDADOS AUSTRÍACOS) Y GUBI CONTRA AUSTRIA; Y DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1997, ASUNTO GRIGORIADES CONTRA GRECIA

Otra doctrina esencial en materia de derechos del personal militar, es la que se establece por el TEDH sobre la libertad de expresión de los militares, concretamente en las sentencias de 16 de diciembre de 1992, *asunto Hadjianastassiou contra Grecia*; de 19 de diciembre de 1994, *asunto Vereinigung demokratischer Soldaten Osterreichs (Asociación Democrática de Soldados Austríacos)* y *Gubi contra Austria* y de 25 de noviembre de 1997, *asunto Grigoriades contra Grecia*. En estas resoluciones, el TEDH se pronuncia sobre la libertad de expresión y la aplicación del artículo 10 del Convenio que contempla la citada libertad, al personal militar, considerando que la libertad de expresión, tal y como está protegida por el artículo 10, vale tanto para los militares como para las demás personas pertenecientes a los Estados parte. Ahora bien, los Estados parte pueden realizar injerencias en el ámbito de la libertad de expresión de su personal militar, dentro de los límites establecidos en el artículo 10.2 del Convenio, que se resume en el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) La restricción de la libertad de expresión ha de estar prevista por la Ley. Para ello, tiene que haber una base jurídica suficiente que permita a los interesados poder prever con un grado razonable de certeza los efectos jurídicos de su conducta.

b) Debe estar amparada por la legitimidad del fin buscado, por ejemplo para proteger la seguridad nacional o el orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas.

c) La restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática. Aquí está el difícil equilibrio entre la plenitud de la titularidad de los derechos fundamentales para quienes están sometidos a una relación especial de sujeción y la salvaguarda de otros valores constitucionales, en este caso la disciplina militar.

Si se estableció en la sentencia *Vogt contra Alemania*, de 26 de septiembre de 1995 (56) que «la libertad de expresión constituye uno de los

(56) Publicaciones del TEDH, serie A, núm. 323, § 52.

fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada uno», el TEDH ha aplicado esas consideraciones en particular a la vida militar, diciendo expresivamente que la libertad de expresión no se queda a la puerta de los recintos militares (57):

«El artículo 10 no se para en la puerta de los cuarteles. Vale para el personal militar como para todas las demás personas sometidas a la jurisdicción de los Estados parte. No obstante, como ha dicho el Tribunal en otras ocasiones, debe estar abierta para el Estado la posibilidad de imponer restricciones a la libertad de expresión cuando existe una verdadera amenaza para la disciplina militar, porque el funcionamiento eficaz de un Ejército no se puede imaginar sin la existencia de reglas jurídicas destinadas a salvaguardar esta disciplina».

En la sentencia de 16 de diciembre de 1992, *asunto Hadjianastassiou contra Grecia* (58), el TEDH se pronuncia sobre un supuesto en el que el Sr. Hadjianastassiou era un ingeniero aeronáutico griego que prestaba servicios en el Ejército de su país como oficial y que fue condenado por la Justicia griega como culpable de divulgar secretos militares por haber revelado a una empresa privada un estudio sobre misiles guiados, basado en un previo estudio realizado por el actor para el ejército griego. En este caso el TEDH considera que las posibles restricciones a la libertad de expresión y las injerencias del Estado en este derecho, estarán permitidas por el Convenio en tanto que tengan su fundamento en la consideración de las peculiaridades de la vida militar, de los «deberes» y de las «responsabilidades» específicos de los miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados, que implican en supuestos como este una obligación de reserva en relación con todo lo que afecta al ejercicio de las funciones desempeñadas.

En la sentencia de 19 de diciembre de 1994, *asunto Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs (Asociación Democrática de Soldados Austríacos) y Gubi contra Austria*, interpreta el TEDH (59) los artículos 10, 13,

(57) Sentencia de 25 de noviembre de 1997, *Grigoriades contra Grecia* (§ 45), con cita de la sentencia *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi contra Austria*, de 19 de diciembre de 1994, § 36.

(58) Cito esta Sentencia por su publicación oficial en inglés y francés; publicaciones del TEDH, serie A, vol. 252. En español puede verse un resumen en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* núm. 183, julio de 1996, págs. 200-203.

(59) Cito esta Sentencia por su publicación oficial en inglés y francés. Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A, vol. 302, 1995.

14 en relación con el 10 y 50 de la Convención. En resumen, la Asociación Democrática de Soldados Austríacos edita una revista semanal llamada *der Igel*, que contiene información y artículos de opinión sobre la vida militar, con frecuencia de contenido crítico. En 1987, la asociación solicitó al Ministro de Defensa que se distribuyera *der Igel* en los recintos militares, de manera semejante a como se hacía con las otras únicas dos revistas editadas por asociaciones privadas (denominadas *Miliz-Impuls* y *Visier*), ya que las Fuerzas Armadas habían adoptado la práctica de suministrar a sus expensas estas dos revistas, junto con el boletín oficial de información editado por las propias Fuerzas Armadas, el *Miliz-Information*).

El Ministro no resolvió expresamente sobre esta petición, pero en 1989 explicó por escrito, en contestación a una pregunta parlamentaria, que no autorizaría la difusión de *der Igel* en los recintos militares, porque si bien los militares tienen el derecho de recibir información de cualquier tipo por los mismos medios que los demás ciudadanos, para que las Fuerzas Armadas las suministren y adquieran, es necesario que se identifiquen aunque sea mínimamente con los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas, no dañen su buen nombre y no cedan espacio a los partidos políticos. En apoyo de esta decisión, el Ministro mencionó, del mismo modo que luego lo hizo el Estado austriaco ante el TEDH, diversos preceptos jurídicos contenidos en la Constitución, en las leyes militares y penales y en las Ordenanzas militares (*Allgemeine Dienstvorschriften für das Bundesheer*), con el argumento además de que los cuarteles y los recintos militares pertenecen al Estado y éste puede decidir por ello qué medios de comunicación suministra a sus expensas y gratuitamente a los militares en su interior.

Con respecto al segundo demandante, el Sr. Gubi, presentó ante diversas autoridades militares varias quejas desde el momento mismo en el que inició la prestación de su servicio militar obligatorio en julio de 1987. Estas quejas se referían a la dureza de las obligaciones militares que se le imponían y otras circunstancias. Se le informó personalmente del contenido del Derecho militar aplicable a su situación. Además, en diciembre de 1987, mientras distribuía un número del *Igel* en su cuartel, un oficial le ordenó cesar en esa actividad. Se dio la circunstancia de que fue informado en enero de 1988 de varias circulares de 1975 y 1987, así como del reglamento del cuartel de Schwazenberg, en el que prestaba su servicio militar, que había sido modificado el día 4 de enero de 1988, que prohibía la distribución de publicaciones dentro del cuartel sin el permiso del comandante del mismo.

A finales de enero de 1988, el Sr. Gubi presentó una queja contra la mencionada prohibición y contra la previa orden recibida de no distribuir

el *Igel*, ante la comisión de quejas del Ministerio de Defensa (*Beschwerdekommision in militärischen Angelegenheiten*). Esta Comisión desestimó la queja porque consideró, por un lado, que la orden recibida se corresponde con el derecho de propiedad que corresponde al Estado sobre los cuarteles y cuyas facultades dominicales son ejercidas por el comandante de conformidad con la Ley Fundamental de 1867, así como con las Ordenanzas militares y, más concretamente, con una circular de 1987. Por otro lado, la Comisión consideró sobre la libertad de expresión prevista en el artículo 13 de la Ley Fundamental de 1867, que este derecho está sometido a los «límites legales» previstos por la legislación de las Fuerzas Armadas y que se derivan de la naturaleza misma de la relación especial de sujeción (*besonderes Gewaltverhältnis*) que une al militar con el Estado.

El Sr. Gubi recurrió ante el Tribunal Constitucional tanto la desestimación de su queja como un arresto de tres días que se le impuso como sanción disciplinaria por haber distribuido el *Igel* en el cuartel. El Tribunal Constitucional consideró que no había materia constitucional en el primer recurso y lo inadmitió. No obstante, en la misma fecha anuló el previo arresto en la consideración de que uno de sus fundamentos jurídicos era el reglamento interno del cuartel de Schwazenberg y que éste había sido modificado en enero de 1988 y, por tanto, con posterioridad al momento de comisión de la conducta sancionada.

Respecto a las decisiones jurídicas del Tribunal Europeo, esta sentencia parte de una consideración de carácter general, recordando la doctrina que previamente había sido sentada en la sentencia *Hadjianastassiou contra Grecia*:

«La libertad de expresión es aplicable tanto a los militares como a las demás personas sometidas a la jurisdicción de los Estados parte» (§ 27).

Ahora bien, el propio artículo 10.2 del Convenio ha previsto que el ejercicio de la libertad de expresión pueda estar sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones. En suma, permite que el Estado pueda en determinadas circunstancias realizar injerencias o interferencias, pero que sólo serán legítimas siempre que reúnan tres condiciones, que consisten en que han de estar previstas por la ley, tienen que perseguir los fines previstos por el art. 10.2 de la Convención y deben aparecer con un juicio de razonabilidad que las haga necesarias en una sociedad democrática.

La primera de estas condiciones es que tiene que estar prevista por la ley. El TEDH se limita a observar que existen normas escritas, que tienen carác-

ter general y que regulan con suficiente detalle las situaciones jurídicas particulares. Por ello, como los interesados pueden prever en un grado razonable los efectos jurídicos de su conducta y, además, hay una base jurídica suficiente, se ha respetado esta previsión del art. 10.2 de la Convención.

Respecto al segundo requisito, se pregunta el Tribunal si la injerencia del Estado en la libertad de expresión persigue un fin legítimo en este caso concreto. Para contestar esta cuestión, el TEDH utiliza una sola frase, con cita de la *sentencia Engels* de 1976. La decisión enjuiciada fue tomada manifiestamente para defender el orden en las Fuerzas Armadas y este es un fin legítimo a los efectos del art. 10.2 del Convenio, según se considera en los parágrafos 32 y 47 de esta sentencia.

Sobre la necesidad en una sociedad democrática, el TEDH recuerda, citando la doctrina de las sentencias *Observer y Guardian contra el Reino Unido* y *Castells contra España* (60), que la libertad de expresión es también aplicable cuando la información o las ideas expresadas chocan, molestan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población, como exteriorización del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay una verdadera «sociedad democrática».

Esto que tiene un valor de carácter general, considera el Tribunal que también es así cuando afecta a quienes son militares, porque el artículo 10 del Convenio se les aplica a ellos como a las demás personas sometidas a la jurisdicción de los Estados parte en el Convenio. Sin embargo, añade el Tribunal recordando las sentencias *Engels contra Holanda* y *Hadjianastassiou contra Grecia*, el funcionamiento eficaz de un Ejército no se puede concebir sin unas reglas jurídicas que salvaguarden la disciplina militar, por ejemplo por medio de expresiones escritas (§ 36).

Aquí está el difícil equilibrio entre la plenitud de la titularidad de los derechos fundamentales para quienes están sometidos a una relación especial de sujeción y la salvaguarda de otros valores constitucionales, en este caso la disciplina militar.

En este caso concreto, el Tribunal de Estrasburgo consideró que el contenido del *Igel* en efecto era polémico e incitaba a presentar recursos y quejas, pero esto es compatible con la disciplina porque no llegaba hasta el punto de promover la indisciplina por medio de la desobediencia o hasta cuestionar la utilidad de las Fuerzas Armadas. Por ello, como las Fuerzas Armadas distribuían en aquella época gratuitamente no sólo sus propias

(60) SSTEDH *Observer y Guardian contra el Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991 (Publicaciones del TEDH, serie A, núm. 216) y *Castells contra España*, de 23 de abril de 1992 (Publicaciones del TEDH, serie A, núm. 236).

publicaciones, sino también las de las otras asociaciones de militares y sólo se excluía al *Igel*, el Tribunal considera que se había vulnerado el artículo 10 del Convenio.

En cuanto a las actividades del Sr. Gubi, el TEDH consideró que el *Igel* que esta persona intentó distribuir nunca cuestionó ni el deber de obediencia ni el sentido del servicio militar. Si a ello le unimos que en el caso concreto las actividades del Sr. Gubi sólo afectaron al cuartel de Schwazenberg, para el TEDH no hubo amenaza seria para la disciplina militar y, por ello, las medidas adoptadas fueron desproporcionadas al fin perseguido y hubo violación del artículo 10 del Convenio (61).

En la sentencia de 25 de noviembre de 1997, *asunto Grigoriades contra Grecia* (62), interpreta el TEDH los artículos 7, 10 y 50 de la Convención. Sistemáticamente, las decisiones jurídicas que realiza el TEDH se pueden ordenar del siguiente modo:

Como la restricción de un derecho fundamental tiene que estar prevista por la ley, se dice en el § 37 de la sentencia que: «El Tribunal reitera que, según su jurisprudencia, el Derecho interno aplicable debe estar formulado con suficiente precisión para permitir a las personas a las que afecte, prever en un grado razonable y conforme a las circunstancias, las consecuencias que supone una acción determinada».

La injerencia está prevista por la ley a los efectos del Convenio si la norma, aunque esté redactada en términos genéricos, permite al interesado comprender que una acción puede tener consecuencias penales (§38).

En cuanto a la concurrencia de un fin legítimo, se dice que «el Tribunal no tiene duda que una defensa militar efectiva requiere el manteni-

(61) Merece que nos detengamos un momento en hacer una referencia a los dos breves votos particulares que acompañan a esta sentencia.

El primero, suscrito por uno de los jueces, considera una evidencia que, como se dice en el párrafo 36 de esta sentencia, «el funcionamiento eficaz de un Ejército no se puede imaginar sin la existencia de reglas jurídicas destinadas a prevenir los incumplimientos de la disciplina militar». Por eso, la orden de no distribuir el *Igel* debía ser cumplida por el Sr. Gubi, ya que sólo afectaba al interior de su cuartel y, en esa estricta medida, era una orden legítima dada por un oficial y que entra dentro de las previsiones del artículo 10 del Convenio.

El segundo voto particular, suscrito por dos jueces, considera que no ha habido en este caso una vulneración de lo previsto en el artículo 10 del Convenio, por dos motivos. Uno, porque se protege la libertad de expresión y de información por el Convenio, pero esto no equivale a que una autoridad pública esté obligada a dar difusión a una determinada publicación. Además, porque los soldados tenían la oportunidad de adquirir esa publicación y no se les prohibía su lectura en el cuartel.

(62) Cito esta Sentencia por su publicación oficial en inglés y francés. Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-VII.

miento de un nivel apropiado de disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas y juzga en consecuencia que la injerencia realizada perseguía en todo caso un fin legítimo, proteger la seguridad nacional y el orden público, como invocaba el Gobierno» (§ 41).

El tercer requisito de validez de una restricción de derechos fundamentales es que aparezca como necesaria en una sociedad democrática.

Sobre este aspecto, comienza el TEDH (§ 44) citando su anterior sentencia *Vogt contra Alemania* (63):

«La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada uno».

Tras esa declaración general, aplica esas consideraciones en particular a la vida militar, diciendo expresivamente que la libertad de expresión no se queda a la puerta de los cuarteles (§ 45):

«El artículo 10 no se para en la puerta de los cuarteles. Vale para el personal militar como para todas las demás personas sometidas a la jurisdicción de los Estados parte. No obstante, como ha dicho el Tribunal en otras ocasiones, debe estar abierta para el Estado la posibilidad de imponer restricciones a la libertad de expresión cuando existe una verdadera amenaza para la disciplina militar, porque el funcionamiento eficaz de un Ejército no se puede imaginar sin la existencia de reglas jurídicas destinadas a salvaguardar esta disciplina (sentencia *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi contra Austria*, de 19 de diciembre de 1994, § 36)».

En el caso concreto, el TEDH consideró que aun cuando la carta escrita por el Sr. Grigoriades contenía algunas expresiones impertinentes y virulentas contra las Fuerzas Armadas griegas, como esta carta no se publicó ni tuvo ninguna difusión, «el Tribunal considera insignificante el impacto objetivo que ha tenido en la disciplina militar» (§ 47). Esta decisión motivó, como puede comprenderse, multitud de votos particulares a esta sentencia.

(63) Sentencia de 26 de septiembre de 1995, Publicaciones del TEDH, serie A, núm. 323, § 52.

VII. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA APLICADA A LA LIBERTAD RELIGIOSA. LA SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1998, ASUNTO LARISSIS Y OTROS CONTRA GRECIA

Los principios a los que venimos haciendo referencia valen no sólo para la libertad de expresión, sino que, en general, las limitaciones de derechos deben estar presididas por las mismas ideas rectoras hasta aquí enunciadas. Por tanto, para que cualesquiera otras restricciones de derechos puedan adoptarse legítimamente, son necesarios estos principios que hemos enumerado y que se han plasmado en la jurisprudencia del TEDH.

Así, con respecto a la libertad religiosa, la Sentencia de 24 de febrero de 1998, *asunto Larissis y otros contra Grecia*, reitera la doctrina sostenida por el Tribunal de Estrasburgo en las sentencias anteriores con respecto a qué debe entenderse por restricción prevista por la ley. Sobre el fin legítimo, el TEDH considera que en este caso las medidas penales adoptadas por los Tribunales internos estaban dirigidas hacia el fin legítimo de proteger los derechos y las libertades de terceros.

Respecto al requisito de que la medida restrictiva sea necesaria en una sociedad democrática, considera el TEDH que la libertad religiosa tiene un aspecto que afecta al fuero interno, a la propia conciencia, pero también se refiere a la libertad de manifestar la propia religión, lo cual incluye el derecho de intentar convencer a otros. No obstante, no supone el proselitismo malintencionado o abusivo. Por ello, aunque el Convenio vale tanto para los militares como para los demás ciudadanos, lo cierto es que las particularidades de la vida militar tienen consecuencias sobre la situación del personal que integra las Fuerzas Armadas. La estructura jerarquizada es una característica de las Fuerzas Armadas y de la condición militar, lo que hace que las relaciones entre sus miembros estén matizadas por esa jerarquía. De este modo, lo que entre civiles puede no suponer más que una mera discusión ideológica que se puede aceptar o rechazar, sin embargo, en el ámbito militar puede ser percibido como una forma de presión a través de un abuso de poder. Por ello, el Estado puede adoptar medidas para proteger los derechos de quienes están subordinados con respecto a sus superiores.

En esta decisión, de 24 de febrero de 1998, *asunto Larissis y otros contra Grecia*, el TEDH interpreta los arts. 7, 9 y 50 de la Convención. Veamos las principales decisiones jurídicas del TEDH.

Prevista por la ley. En este punto, reitera el TEDH la doctrina sostenida en las sentencias anteriores. En este caso, considera que la mención que el art. 9.2 realiza a la necesaria previsión por la ley se refiere a que la

norma sea accesible para su destinatario y que éste haya podido ajustar a la misma su actuación porque es bastante precisa para ser comprendida.

Fin legítimo. El TEDH considera que en este caso las medidas penales adoptadas por los Tribunales internos estaban dirigidas hacia el fin legítimo de proteger los derechos y las libertades de terceros.

Necesaria en una sociedad democrática. Para el TEDH, la libertad religiosa tiene un aspecto que afecta al fuero interno, a la propia conciencia, pero también se refiere a la libertad de manifestar la propia religión, lo cual incluye el derecho de intentar convencer a otros. No obstante, no supone el proselitismo malintencionado o abusivo.

Por ello, aunque el Convenio vale tanto para los militares como para los demás ciudadanos, lo cierto es que las particularidades de la vida militar tienen consecuencias sobre la situación del personal que integra las Fuerzas Armadas. La estructura jerarquizada es una característica de las Fuerzas Armadas y de la condición militar, lo que hace que las relaciones entre sus miembros estén matizadas por esa jerarquía. De este modo, lo que entre civiles puede no suponer más que una mera discusión ideológica que se puede aceptar o rechazar, sin embargo, en el ámbito militar puede ser percibido como una forma de presión a través de un abuso de poder. Por ello, el Estado puede adoptar medidas para proteger los derechos de quienes están subordinados con respecto a sus superiores (64).

VIII. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA EN EL SENO DE LAS FUERZAS ARMADAS. LAS DOS SENTENCIAS DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1999, ASUNTO SMITH Y GRADY CONTRA REINO UNIDO Y ASUNTO LUSTIG-PRENAN Y BECKETT CONTRA REINO UNIDO

También se ha pronunciado el TEDH sobre la igualdad de los miembros de las Fuerzas Armadas y, en las mismas sentencias, sobre el derecho al respeto a la vida privada y hasta dónde podría considerarse legítima la intromisión por parte del Estado en ese ámbito de privacidad.

(64) Sobre esta doctrina, vid. Fernando ALCANTARILLA HIDALGO, «La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares: Libertad religiosa y aconfesionalidad estatal», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 70, 1997, págs. 13 y ss., especialmente, págs. 30-32.

Es el caso de las dos sentencias de 27 de septiembre de 1999, *asunto Smith y Grady contra el Reino Unido* y *asunto Lustig-Prenan y Beckett contra el Reino Unido*.

En estas sentencias, el Tribunal de Estrasburgo ha condenado a Gran Bretaña por la expulsión de estos miembros de la Fuerza Aérea y de la Marina Real, respectivamente (65) y, aunque se pronuncian sobre un aspecto muy específico ya que, en concreto, estas sentencias del TEDH se refieren a la expulsión del Ejército de los homosexuales, lo cierto es que contienen principios generales sobre el derecho a la igualdad referido a los miembros de las Fuerzas Armadas y sobre la prohibición de todo trato discriminatorio, así como sobre el derecho al respeto de la vida privada y la protección frente a las intromisiones de los poderes públicos.

En resumen, el Gobierno, los Tribunales y el Parlamento británicos venían considerando que las peculiaridades de la vida militar y las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas justificaban la absoluta prohibición tanto de ingreso como de permanencia en las mismas de quienes fueran homosexuales y, en consecuencia, o bien no se permitía el acceso a la milicia o bien se realizaba la expulsión de quienes, ya en filas, tuvieran tales tendencias. En los supuestos planteados ante el TEDH, se trataba de militares que fueron sometidos a diversas investigaciones sobre estas circunstancias, que supusieron diversos interrogatorios e investigaciones tanto de los sujetos afectados como de terceras personas y la elaboración de diversos informes, hasta llegar a un informe final, tras el cual fueron expulsados de la *Royal Air Force*, en el caso de la *sentencia Smith y Grady contra el Reino Unido*, y de la *Royal Navy* en el otro supuesto, en la *sentencia Lustig-Prenan y Beckett contra el Reino Unido*.

El TEDH considera que esta situación ha supuesto la existencia de una injerencia del derecho al respeto de la vida privada, conforme a lo previsto por el artículo 8 del Convenio (66). Ahora bien, ese mismo precepto contempla las potenciales excepciones que vienen posibilitadas, como ocurre en otros casos de excepciones previstas por el Convenio, por el principio de que es necesario que exista una regulación y porque sea una medida de absoluta necesidad en una normal sociedad democrática, bien por razones de interés general o porque sea necesario para proteger los

(65) Vid. Lorenzo COTINO HUESO, «La singularidad militar y el principio de igualdad: Las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas del siglo XXI», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 104-105, en nota.

(66) Conforme al art. 8.1: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». En esta STEDH se interpreta el primer inciso de este precepto.

derechos de otros ciudadanos (67). Una vez realizada la argumentación sobre dicha injerencia y decidido por el Tribunal que no concurre ninguna de las causas de excepción, analiza esta circunstancia desde la perspectiva del artículo 14 del Convenio, que prohíbe cualquier discriminación (68), pero considera que los razonamientos realizados ya implican también haber argumentado conforme al principio de igualdad, por lo que no se añadiría nada nuevo a la resolución del caso concreto pero, eso sí, considerando que ha habido violación del artículo 14 del Convenio.

La injerencia en el derecho fundamental será sólo válida, en este como en otros casos, cuando conforme al artículo 8 del Convenio haya sido prevista por la ley, persiga un fin legítimo y sea necesaria en una sociedad democrática.

Sobre el primer aspecto, considera el TEDH que la política británica en cuestión había sido legalmente consagrada por el ordenamiento, por lo que se había cumplido esta condición, según dice la sentencia en el párrafo 73.

En cuanto al aspecto de la consecución de un fin legítimo, dice la sentencia en el párrafo 74 que «para el Tribunal, se podía por lo tanto considerar que a este respecto, las injerencias que resultaron de ello perseguían los fines legítimos que son la «seguridad nacional» y la «defensa del orden»».

Lo importante es, por tanto, conocer si la injerencia se hacía necesaria en una sociedad democrática, puesto que concurren todos los demás elementos que justifican la injerencia en un derecho fundamental. Reitera el TEDH la doctrina de la *sentencia Engels*, recordando que para asegurar la eficacia operativa del Ejército, cada Estado tiene competencia para organizar su sistema de disciplina militar y tiene en consecuencia, como es lógico, un margen de apreciación al respecto. A esto se debe añadir, según esta sentencia dice en el párrafo 89, que sienta una doctrina aplicable no sólo en este caso concreto, sino con carácter general para cualquier restricción de un derecho fundamental, que

(67) Según el art. 8.2 del Convenio: «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás».

(68) «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas y otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», dice el art. 14 del Convenio.

«el Estado puede imponer restricciones al derecho de una persona al respeto de su vida privada allí donde exista una amenaza real para la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas, ya que no se concibe el buen funcionamiento de un ejército sin reglas jurídicas destinadas a impedir que el personal militar le perjudique».

Siempre que haya un bien superior a proteger, se puede restringir o limitar el ejercicio de un derecho fundamental, aunque nunca su titularidad, porque, como hemos dicho en otro sitio (69), la idea de que esas limitaciones han sido aceptadas voluntariamente por el militar desde el momento en el que es reclutado —voluntaria u obligatoriamente, tanto da— es, jurídicamente, insostenible, porque sería tanto como decir que desde el momento de vestir el uniforme, un titular de los derechos fundamentales renuncia a los mismos, cuando la renuncia a los propios derechos, según la Teoría general del Derecho, sólo puede producirse cuando no contraría el interés o el orden público ni perjudique a terceros y pertenece totalmente al orden público en su aspecto jurídico el respeto a los derechos fundamentales, porque es más, en el caso de los derechos fundamentales nos encontramos con un tipo de derechos inherentes a la condición humana o de ciudadano y, por tanto, genéricamente irrenunciables por cualquier persona y, en consecuencia, también por los funcionarios y por los militares. La entrada en el seno de las Fuerzas Armadas implica un sometimiento a un régimen jurídico más restrictivo para los propios derechos que el de todos los demás ciudadanos libres, pero no puede significar, en ningún caso, la renuncia a los propios derechos.

En esta sentencia también incide el TEDH en la misma idea, cuando dice en el párrafo 71 con ánimo de dar por supuesto algo evidente, que

«el Tribunal señala que el Gobierno no mantiene que los demandantes, al entrar en el ejército hubieran renunciado a los derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio».

Ahora bien, aunque se pueda imponer restricciones de ejercicio con respecto a determinados derechos fundamentales, para salvaguardar un bien protegido jurídicamente que el ordenamiento haya considerado como superior o prevalente, lo cierto es que este argumento no puede ser un

(69) Vid. Joaquín M.^a PEÑARRUBIA IZA, «Presupuestos constitucionales de la Función militar», op. cit., págs. 91-92.

lugar común desde el cual intentar restringir genéricamente una indeterminación de derechos (70). Así lo estima también esta sentencia. Para el TEDH, es cierto que para el buen funcionamiento de la institución militar son necesarias reglas que, para preservar la eficacia de las Fuerzas Armadas, mantengan la sujeción del personal. Pero esto no es, ni mucho menos, un cheque en blanco, porque, como recuerda inmediatamente el Tribunal,

«Sin embargo, las autoridades nacionales no pueden apoyarse en tales reglas para poner obstáculos a los miembros de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de su derecho al respeto a su vida privada, que se aplica tanto a los militares como a las otras personas que se encuentran bajo jurisdicción del Estado. Además, las afirmaciones en cuanto a la existencia de un riesgo para la eficacia operativa deben ser apoyadas por ejemplos concretos».

IX. REFLEXIÓN FINAL

Comenzamos, pues, este trabajo con la mención de la *sentencia Engel*, que fue la que primeramente estableció que es posible para los Estados restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales cuando se trata del personal militar. Y terminamos con otra sentencia que, partiendo de ese mismo argumento, profundiza en él y lo termina de perfilar, admitiendo esas posibles restricciones, cierto, pero siempre que se tome como punto de partida la existencia de las libertades esenciales y la plenitud de la aplicación a todos los ciudadanos, militares o no, de todos los derechos fundamentales, porque el Estado no tiene un poder ilimitado para modular o restringir esos derechos, más que en los casos en que haya un bien público verdaderamente digno de protección en el otro lado de la balanza.

En definitiva, porque los derechos fundamentales son tales, nada más y nada menos, porque en nuestra cultura jurídica son considerados como derechos inherentes a la condición humana, fundamento del orden jurídico y de la paz social.

(70) Cfr. Ignacio DE OTTO Y PARDO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», publicado con otro trabajo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO con el común título de «Derechos fundamentales y Constitución», Civitas, Madrid, 1988, págs. 152-153. Luis AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, pág. 19.

REFLEXIONES SOBRE LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA A LA SALA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE PERSONAL

Pedro Escribano Testaut
Capitán Auditor
Magistrado

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN. 2.- LA RECONSIDERACIÓN DE LA POSICIÓN INSTITUCIONAL, ESTRUCTURA Y FUNCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO. 3.- PERSPECTIVA DE LA SALA QUINTA, EN EL MARCO DEL PROCESO DE REFORMA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 4.- LA PROPUESTA DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LA SALA QUINTA EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE PERSONAL. 5.-EL FUTURO DE LA SALA QUINTA, EN EL CONTEXTO DEL FUTURO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR.

I. INTRODUCCIÓN

La profunda reforma del Ordenamiento Jurídico Militar operada en la década de los ochenta revistió una especial trascendencia en el ámbito de la Jurisdicción Castrense, que sufrió una transformación radical, siempre con la vista puesta en su adaptación a los postulados constitucionales. Como colofón de esa reforma, se constituyó en el Tribunal Supremo, junto con las ya existentes Salas de lo Civil, Penal, Contencioso-Administrativo y Social, correlativas a los correspondientes Órdenes jurisdiccionales, una Sala de lo Militar indudablemente inspirada en su precedente de la II

República, de la que se esperaba que integraría definitivamente a la Jurisdicción Militar en el orbe de principios que la Constitución consagra para la actividad jurisdiccional y los derechos de los ciudadanos.

Pasados ya más de diez años desde su creación, puede hacerse un balance de la trayectoria de esta Sala, que sin duda resulta altamente positivo, en la medida que ha perfilado una doctrina jurisprudencial de reconocida calidad técnica, que ha determinado un nivel de garantías para los justiciables que —en términos generales— supera con nitidez las exigencias constitucionales (1), contribuyendo a disipar los recelos que existían hacia la Jurisdicción castrense y situando a esta en un contexto de plena normalidad institucional en el seno del Poder Judicial del Estado.

Ahora bien, cumplido ya con creces ese objetivo inicial, la Sala Quinta afronta en la actualidad un nuevo periodo, que podríamos llamar —a

(1) Sigue habiendo, no obstante, excepciones notables, como la exclusión de control jurisdiccional de las sanciones disciplinarias por faltas leves, para las que sólo se admite la vía procedimental de protección de derechos fundamentales, excluyendo de ese control judicial las cuestiones de legalidad ordinaria, como la competencia, la prescripción, la proporcionalidad, la extemporaneidad, etc. A mi juicio, se trata de una exclusión manifiestamente inconstitucional (así se ha manifestado un nutrido sector doctrinal. Vid., por todos, y por citar uno de los últimos, Alcantarilla Hidalgo, F.: *«la naturaleza contencioso-administrativa del proedimiento contencioso-disciplinario militar: incidencia de la Ley 29/1998 de 13 de julio»*; Justicia Administrativa, n.º 14, enero 2002, págs. 43 y ss.). Sin embargo, la Sala Quinta del Tribunal Supremo la ha bendecido (aunque con un contundente y muy fundamentado voto particular discrepante) en dos sentencias de 17 de abril y 11 de mayo de 2000. Por muchas justificaciones que se le quieran dar, en el fondo de esta exclusión subyace —aunque sea de modo no confesado— una visión castiza del Derecho Militar como Ordenamiento Jurídico en el que, cuando se trata de faltas calificadas como «leves» (¿), la ejemplaridad debe prevalecer sobre la justicia (así se pronuncia expresamente Rojas Caro, en su monografía *«Derecho disciplinario Militar»*, Ed. Tecnos, 1990, pág. 105). No es este el momento adecuado para extenderse sobre esa cuestión, pero siquiera sea de forma incidental debe recordarse que la STC 24/1999 de 8 de marzo ha puntualizado que *«En ningún supuesto pueden plantearse como antagónicas la disciplina de los ejércitos y la tutela judicial de quienes forman en sus filas. La jurisdicción militar, sin perder las características que le son inherentes y la justifican constitucionalmente, ha de ser ante todo «jurisdicción», y como tal, una manifestación de la función a la cual constitucionalmente se confía aquella tutela»*. Vale la pena recordar también las palabras de Trillo-Figueroa, quien escribió hace años, desde su profundo conocimiento del llamado Derecho Militar, que «ni la jerarquía ni la disciplina quedan deterioradas por su conjunción exacta con la justicia; muy al contrario, aquellas resplandecerán con su valor auténtico cuando estén contundentemente armonizadas con la segunda» (*«Discrecionalidad militar y Jurisdicción contenciosa»*; Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 20, 1979, pág. 31). No deja de ser, sin embargo, llamativo que Parada Vázquez, tan crítico con la actual Justicia castrense por considerarla poco respetuosa con los principios y garantías constitucionales (cfr. *«Toque de silencio por la Justicia Militar»*; Revista de Administración Pública, n.º 127, enero-abril 1992, págs. 39 y ss.) haya manifestado recientemente su parecer más bien favorable o al menos comprensivo con la exclusión de control judicial que aquí se critica (*«Prólogo»*) a la excelente monografía de J.C. Alli *«La profesión militar»*; INAP, 2000, págs. 25 y ss.)

efectos puramente expositivos— de continuidad y estabilización; periodo que, a su vez, engarza con la reconsideración de la posición institucional del mismo Tribunal Supremo, que está actualmente inmerso en un proceso de reflexión sobre su situación en el Poder Judicial del Estado, y la naturaleza y contenido de sus funciones. Así las cosas, la perspectiva sobre el futuro de la Sala Quinta está unida a la reconsideración de la configuración del Alto Tribunal del que forma parte, por lo que el análisis de este futuro no puede desgajarse de la consideración del futuro del Tribunal Supremo.

2. LA RECONSIDERACIÓN DE LA POSICIÓN INSTITUCIONAL, ESTRUCTURA Y FUNCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

Tras la aprobación de la Constitución, se produjo durante algún tiempo una llamativa subversión del sistema de fuentes, en cuya virtud la Constitución se convirtió frecuentemente en la única norma jurídica en que las partes basaban sus contiendas jurídicas, lo que a su vez produjo un desplazamiento del Tribunal Supremo en beneficio del novedoso Tribunal Constitucional, que, desbordando a veces el ámbito característico de sus funciones, comenzó a actuar con propiedad como un órgano de «casación de la casación» (2). Tras algunos episodios sobradamente conocidos — porque alcanzaron trascendencia pública— de enfrentamientos entre Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, se inició, ya en la década de los noventa, un proceso de reflexión sobre el reforzamiento de la posición constitucional del Tribunal Supremo como máximo órgano del Poder Judicial, cuya fecha de inicio puede situarse en el discurso pronunciado en el acto de apertura del año judicial celebrado el día 14 de septiembre de 1995 por el entonces presidente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), D. Pascual Sala, quien recordó que la constitucionalización del Tribunal Supremo trae causa «*de la función esencial que le está reconocida para que la aplicación judicial de la Ley y del resto del Ordenamiento se produzca con arreglo a criterios de uniformidad*» (3), definiendo, pues, como función primordial de este Tribunal la reconducción a la unidad de las contradicciones producidas en la aplicación de la Ley por los Tribunales inferiores.

(2) Cfr. Coello de Portugal, I.: «*El recurso de amparo y el Ordenamiento*»; Revista española de Derecho Administrativo, n.º 93, 1997, págs. 49-66.

(3) «*La posición constitucional del Tribunal Supremo*»; CGPJ, 1995, pág. 29.

Este planteamiento fue objeto de profundización en los trabajos desarrollados con ocasión de la elaboración en el seno del CGPJ del denominado «Libro Blanco de la Justicia», con el que se buscaba realizar un diagnóstico de la situación del Poder Judicial y sugerir un abanico de soluciones para la reforma de la Justicia. Los resultados de esas reflexiones se plasmaron en el discurso pronunciado por su posterior Presidente, D. Javier Delgado, en el acto de apertura de los Tribunales que tuvo lugar el día 15 de septiembre de 2000, quien tras reiterar que *«ha de entenderse claramente implícita en nuestra Constitución esa manifestación de la superioridad del Tribunal Supremo dirigida a velar especialmente por la correcta interpretación de la Ley»* (4), añadió que a este Tribunal *«le corresponde la garantía última del imperio de la Ley, que, con su correcta interpretación, hará posible la igualdad en su aplicación judicial»* (5), a través del recurso de casación, si bien puntualizó que esa finalidad podía verse truncada por el inasumible aumento del número de litigios, que obligaba, entre otras medidas, a *«una cuidadosa regulación del acceso de los asuntos al Tribunal Supremo»* (6).

En esta línea, la propuesta de reforma de la Justicia aprobada por el Consejo General del Poder Judicial incluyó un capítulo dedicado al «sistema de recursos» (7), en cuyo parágrafo 26 se reconocía que *«una defectuosa regulación del recurso de casación ante el Tribunal Supremo y un inadecuado sistema de recursos ha determinado que ni el Tribunal Supremo ni los Tribunales Superiores de Justicia cumplan adecuadamente la función que les es propia»*; por lo que proponía una regulación del recurso de casación orientada a evitar *«que ni el Tribunal Supremo se convierta en una instancia más y que el elevado número de asuntos, a veces de menor entidad, que al Tribunal Supremo acceden, le impida cumplir adecuadamente su verdadera y última función jurisdiccional, superior en el ámbito de la legalidad ordinaria»* (parágrafo 28). En consecuencia, se sugirió expresamente que sólo accedan al Tribunal Supremo *«aquellos asuntos en que hubiera falta de pronunciamiento del Tribunal Supremo y se caracterizaran por su trascendencia jurídica y social y por su generalidad, aquellos otros en los que hubiera contravención de la jurisprudencia y, en fin, los supuestos en los que la infracción legal cometida en la sentencia conlleve una contradicción con otra u otras sentencias»* (párrafo 28, 2.º párrafo).

(4) *«Del modo de arreglar la Justicia»*, CGPJ, 2000, pág. XXXVIII

(5) *«Del modo...»* cit., págs XXXIX-XL

(6) *«Del modo...»* cit., pág. XLIII

(7) Puede consultarse el texto íntegro de dicha Propuesta en *«Del modo de arreglar la Justicia»* cit., págs. 1 y ss., especialmente a partir de la pág. 33.

Siempre en el mismo sentido, el Tribunal Supremo formuló su correspondiente propuesta de reforma en atención a sus funciones constitucionales (8), que tras un detenido estudio abogó por la atribución legal de un abanico de competencias para las distintas Salas, al que subyacía la caracterización de la casación básicamente en torno al llamado «recurso para unificación de doctrina» (9), contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que se contradigan entre sí o con las del Tribunal Supremo.

Podemos, pues, concluir esta apretada síntesis señalando que la perspectiva —de presente— y la prospectiva —de futuro— del Tribunal Supremo muestran una decidida voluntad de caracterizar este Alto Tribunal como un órgano volcado básicamente hacia la unificación de la doctrina jurisprudencial, con un riguroso régimen de acceso y admisión de los asuntos que ante él se elevan, que además limite su pronunciamiento a las cuestiones controvertidas que tengan una apreciable relevancia jurídica y/o socioeconómica.

3. PERSPECTIVA DE LA SALA QUINTA, EN EL MARCO DEL PROCESO DE REFORMA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Cuando la Sala Quinta se creó, fue generalmente bien recibida, pues se esperaba de ella que integrase definitivamente a la Jurisdicción Militar en el orbe de garantías y principios constitucionales. Pasados los años, es justamente ahora cuando se ha planteado si, una vez conseguida la plena institucionalización de la Justicia militar, tiene sentido mantener como tal —con su singularidad— una Sala cuya carga de trabajo es visiblemente reducida, como consecuencia de la igualmente reducida atribución competencial que el Legislador orgánico realizó a favor de la Jurisdicción castrense.

La Sala Quinta, en lógico correlato con la Jurisdicción Militar, tiene un doble orden de competencias: penales y administrativas-disciplinarias. Superadas las indefiniciones de la época preconstitucional (10), y a la vista

(8) «Del modo...» cit., págs. 93 y ss.

(9) En referencia, específicamente, al Orden contencioso-administrativo, vid. Pág. 114.

(10) De las que se hacían eco E. G.^a de Enterría y T.R. Fernández, que en su célebre «*Curso de Derecho Administrativo*» (Vol.II, Civitas, 1981, pág 149), decían que «en el Derecho constituido no hay que incluir las sanciones disciplinarias militares dentro de las sanciones jurídico-administrativas, pues, aun incluso cuando las sanciones menores son impuestas de plano y sin sentencia formal, el orden disciplinario militar forma parte en su conjunto del Derecho penal militar». El inciso ha desaparecido en las últimas ediciones, pero resulta indicativo de la opinión común entonces existente sobre la caracterización del régimen disciplinario militar como «materia penal».

del dato que nos suministra el Derecho vigente, resulta actualmente indudable que el régimen disciplinario militar tiene una caracterización jurídica administrativa y no penal, y que el recurso contencioso-disciplinario tiene también carácter administrativo (11). Esta atribución de competencias en materia administrativa no ha sido, desde luego, pacífica, pues a pesar de que ha sido bendecida por el Tribunal Constitucional, la mayor parte de la doctrina la ha calificado y sigue calificándola de inconstitucional (12) o al menos discutible desde el punto de vista de la bondad de la opción legislativa (13). El dato es relevante, pues nos anticipa cuál sería la

(11) En este sentido, Alcantarilla Hidalgo, F: «*la naturaleza contencioso-administrativa del procedimiento contencioso-disciplinario militar...*» cit., págs. 29 y ss.

(12) El autor más caracterizado en este sentido es F. López Ramón, en «*Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar*»; Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 54, págs. 172 y ss. También ha discutido la legitimidad constitucional de esta atribución a la Jurisdicción castrense M. Carrillo («*La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*»), Centro de Estudios Constitucionales, 1995, págs. 101-103), por entender que los tribunales militares no tienen carácter de tribunales ordinarios ni cumplen las exigencias de independencia que exige el artículo 117 CE. Las reticencias doctrinales han continuado incluso después de la STC 113/1995, en línea con los votos particulares discrepantes que se formularon en relación con la misma. Así, entre los últimos autores que se mueven en esta línea destaca J. González Pérez, quien ha insistido en que esta atribución competencial es innecesaria e inconstitucional. Innecesaria porque «no parece que el régimen disciplinario militar esté informado por principios tan peculiares que postulen proceso distinto del común administrativo. Como acredita que la regulación del proceso en materia disciplinaria militar esté sujeto al mismo régimen, que el administrativo: las especialidades que en él se contienen no son consecuencia del Ordenamiento Jurídico Material que sirve de fundamento a las pretensiones que en él se examinan». E inconstitucional porque la actual caracterización de la Jurisdicción Militar no respeta —a su juicio— los principios orgánicos constitucionales de la Jurisdicción Ordinaria, ni respeta el principio del artículo 117.4 CE en cuanto impide que los jueces ejerzan otras funciones que las estrictamente jurisdiccionales, ni cumple el postulado del juez predeterminado por la Ley del artículo 24 CE, ni respeta este precepto la exclusión de recursos en materia de faltas leves («*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*»; T. I, 3.ª ed., Civitas, 1998, págs. 281 y ss.). También haciendo suyas las tesis de López Ramón, ha escrito J. Leguina de la constitucionalidad de esta atribución competencial es, a pesar de la jurisprudencia constitucional, «sin duda discutible» («*El ámbito de la Jurisdicción*», en VV.AA.: «*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*»; Ed. Lex Nova, 1999, pág. 73).

(13) Opina E. García Trevijano que la exclusión del recurso contencioso-disciplinario del ámbito del contencioso-administrativo constituye una opción viable jurídicamente, pero «la Constitución no impone que necesariamente sea así, pues también sería admisible que el ámbito material afectado por el citado recurso contencioso-disciplinario militar fuera objeto de conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo» («*Ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa*», en Pendás, B. —coord.—: «*Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Estudio sistemático*»; Ed. Praxis, 1999, págs. 123-124). Se remite este último autor expresamente a la contundente crítica del sistema vertida por Blanquer Criado en su polémica y exhaustiva monografía «*Ciudadano y soldado*» (Ed. Civitas, 1996, págs.), crítica que es particularmente relevante porque dicha obra fue premiada por el mismo Cuartel General del Ejército en 1995.

opinión doctrinal que sin duda alguna se levantaría en caso de pretender atribuir a esta Jurisdicción cualesquiera otras cuestiones de naturaleza administrativa.

Hecha la anterior matización, y retomando el análisis del volumen de trabajo que la Sala asume, hay un dato objetivo que no puede ser discutido seriamente, cual es el de que, efectivamente, el número de asuntos que despacha esta Sala es llamativamente escaso, sobre todo por comparación con el resto de las Salas del Alto Tribunal. La Memoria del Consejo General del Poder judicial correspondiente al año 1998 ya resaltaba dos datos especialmente dignos de ser tomados en consideración: que la pendencia de asuntos *es «mínima comparada con la existente en cualquiera de las demás Salas»*, y que *«el número de sentencias equivale a más del 50% de los asuntos resueltos, y es la tasa más alta que se registra en el Alto Tribunal»* (14). Pues bien, a pesar de este dato, sobre cuya valoración se abundará enseguida, lo cierto es que el número de sentencias que dicta esta Sala es visiblemente reducido: según la propia Memoria del CGPJ, en el año 1998 se dictaron 137 sentencias (15), que equivalen a no más de aproximadamente 18 sentencias en todo el año por cada uno de los Magistrados que la componen. A lo largo de los años siguientes no se ha producido un incremento cuantitativamente reseñable de estas magnitudes que muestre una tendencia al alza. La «Memoria» correspondiente al año 1999 reflejó un discreto aumento del número de sentencias, hasta 153 (16), pero esa leve línea ascendente se ha invertido en el año 2000, respecto del cual dice la «Memoria» correspondiente que *«se observa un cambio de tendencia en el número de asuntos registrados, que en los últimos cinco años había crecido continuamente y ha sufrido una reducción del 14 por ciento en el año 2000* (17)». En este año 2000 aún ha habido un mínimo aumento del número de sentencias, hasta 157, pero la reseñada disminución del número de asuntos ingresados ha provocado que esa cifra se haya rebajado en 2001 (18) y perma-

(14) «Memoria que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales», CGPJ, 1999, Vol. II, pág. 63.

(15) «Memoria...» cit., pág. 167.

(16) «Memoria que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales», CGPJ, 2000, Vol. II, pág. 77.

(17) «Memoria que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales», CGPJ, 2001, pág. 421.

(18) No dispongo, al tiempo de redactar este trabajo, de la Memoria oficial del CGPJ correspondiente al año 2001, pero del examen de la base de datos de jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo, resulta un total —s.e.u.o.— de 155 sentencias, lo que indica una mínima reducción que debe interpretarse como un estancamiento.

nezca estancada en 2002 (19). Ocioso resulta llamar la atención sobre la ostensible diferencia que existe entre estas cifras y la estadística del resto de las Salas del Alto Tribunal, en que la pendencia se mantiene en niveles incomparablemente superiores (20).

En medio de este incierto panorama, algunos vaticinan que el volumen de asuntos residenciados ante la Sala se incrementará considerablemente en los próximos años, como consecuencia de la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas, de la que cabe esperar un aumento de las conductas punibles (penales y disciplinarias), derivada a su vez de la baja extracción social y mayor conflictividad de la tropa que es habitual en todos los Ejércitos profesionalizados. Sin embargo, esos pronósticos quedan relativizados si se tiene en cuenta que, paralelamente, se ha producido una notable disminución del contingente de un Ejército profesional que empieza a tener serios problemas de reclutamiento, y se ha visto obligado a hacer de la necesidad virtud, disminuyendo sus plantillas en proporción a la frustración de sus expectativas (que no por obra de reconsideraciones estratégicas). Por tanto, el mayor número de infracciones punibles quedará probablemente absorbido, a efectos estadísticos, por el inferior número de sujetos aforados ante la Jurisdicción Militar (21).

Semejante cifra de asuntos despachados debe relacionarse, a su vez, con una serie de circunstancias o factores que permiten concluir no sólo que la carga de trabajo que pesa sobre la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo es reducida, sino también que podría ser más reducida aún, si se utilizaran criterios de admisión de los recursos análogos a los de las

(19) Acudiendo de nuevo al examen directo de la base de datos de la Sala V, del mismo resulta —s.e.u.o.— que entre enero y julio de 2002 la Sala dictó 94 sentencias, esto es, aproximadamente 14 al mes.

(20) A título de ejemplo, un solo Magistrado de la Sala Tercera redacta en un año el mismo número de sentencias que la Sala Quinta en su totalidad. Así se desprende indubitadamente de la «*Memoria*» cit. correspondiente al año 2000, donde se señala —pág. 409— que aquella Sala dictó a lo largo de dicho año 5.100 sentencias, «unas 155 por Magistrado».

(21) Acudamos, de nuevo, a los datos, reflejados en este caso en el «*Libro Blanco de la Defensa*», editado en 2000 por el propio Departamento Ministerial. En 1984 los efectivos totales de las Fuerzas Armadas ascendían a 373.000, mientras que para el año 2002 se aspiraba a que no superen los 168.000; pero esta cifra se está revisando a la baja de un modo considerable, en atención a las sobradamente conocidas dificultades que hay para reclutar soldados. Con tan reducido contingente no es esperable un significativo aumento de la litigiosidad respecto de épocas pasadas. Por no mencionar la posibilidad, tantas veces reclamada desde diferentes grupos Políticos y sociales, de que la Guardia Civil sea «desmilitarizada» pasando a configurarse como un Cuerpo de Seguridad del Estado con un estatuto similar al del Cuerpo nacional de Policía. Si así ocurre, la Jurisdicción Militar, y con ella la Sala Quinta, quedará por debajo del mismo nivel de subsistencia.

demás Salas, y descendería hasta niveles insostenibles si se llevan a efecto algunas de las propuestas de reforma del Tribunal Supremo antes apuntadas.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que la Sala, en notorio contraste con las demás del Alto Tribunal, realiza una aplicación notablemente generosa y flexible de las causas de inadmisibilidad del recurso de casación, tanto en materia penal como contencioso-disciplinaria. Si en las demás Salas el trámite de admisión de la casación se realiza con gran rigor y exigencia (22), en cambio en la Sala de lo Militar se admiten a trámite con frecuencia recursos que podrían haber sido perfectamente inadmitidos y, desde luego, no habrían superado jamás el trámite de admisión en esas otras Salas. No es, en este sentido, inusual encontrar consideraciones jurídicas como la que contiene —por citar alguna de las últimas, aunque la cita bien podría multiplicarse— la sentencia de 25 de septiembre de 2000, donde leemos que *«El motivo de casación en los términos en que se ha planteado bien pudo, como solicitaba el Ministerio Fiscal, ser inadmitido Ello no obstante y en aras del amplio otorgamiento de la tutela judicial efectiva que preside la actuación de esta Sala, va a darse contestación a los argumentos efectuados por el recurrente»*. O, más recientemente, la sentencia de 17 de septiembre de 2001, donde la Sala declara que *«en vía casacional no puede pretenderse un nuevo conocimiento de las cuestiones que fueron objeto de debate ante el Tribunal «a quo»*. *Ello conllevaría que el motivo planteado incide en las causas de inadmisibilidad previstas en los apartados c) y d) del art.º 93.2 de la Ley Jurisdiccional y que en este momento se transforman en causas de desestimación. Ello no obstante, en aras del amplio otorgamiento del derecho a la tutela judicial que viene prestando esta Sala, le llevó a aceptar, en principio, el motivo articulado para así dar respuesta a los planteamientos efectuados por el recurrente.»*

La muy reciente sentencia de 11 de enero de 2002 refleja con claridad y pulcritud la doctrina de la Sala Quinta sobre el particular:

«PRIMERO. *Ha de manifestar la Sala como inicio de los presentes razonamientos la sorpresa que le ha producido el que, al fundamentar los motivos de casación, se haga cita del art. 849.1.º de la Ley de Enjuicia-*

(22) Hasta extremos que han suscitado una viva reacción de la doctrina. Vid., por todos, el reciente artículo de E. García de Enterría *«Los daños colaterales del colapso judicial»*, publicado en la «tercera» del diario ABC del día 30 de diciembre de 2001 (la extraordinaria autoridad del autor justifica la atípica cita de una publicación no científica) Ha de advertirse que las protestas doctrinales no han motivado ningún cambio de criterio de la jurisprudencia, que sigue manteniendo inalteradas sus estrictas reglas de admisibilidad del recurso de casación.

miento Criminal, con manifiesto olvido de las disposiciones que regulan el recurso contencioso disciplinario militar en la Ley Orgánica 2/89, de 13 de abril, Procesal Militar; dicha Ley establece, entre los procedimientos judiciales militares no penales, el régimen correspondiente al recurso contencioso disciplinario militar, y, en su art. 503, señala que contra las sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central o por un Tribunal Militar Territorial cabrá el recurso de casación regulado en la hoy derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, a interponer ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, sustanciándose por los procedimientos y trámites señalados en los arts. 93 a 102 de la antes citada Ley. La sustitución de dicha norma jurídica por la vigente Ley 29/98, de 13 de julio, ha hecho que la remisión contenida en el precepto citado se entienda referida a la disposición hoy vigente, y la remisión a los preceptos concretos que se hacía en cuanto a la sustanciación, ha de entenderse referida a las disposiciones recogidas en los arts. 86 y siguientes de la vigente norma reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa. No puede menos que extrañar a la Sala que, estando en vigor la Ley Procesal Militar desde 1989, y publicada la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con manifiesto olvido de tales disposiciones, se invoque como amparo de la motivación de una pretensión casacional, en vía jurisdiccional revisora de la actuación disciplinaria en las Fuerzas Armadas, un precepto contenido en la Ley Rituaria Criminal, de clara inaplicación a la pretensión postulada. El rigor formal con que se tramitaba en otro tiempo el recurso de casación hubiera podido producir el negativo resultado de la inadmisión del recurso, o de su desestimación por razones puramente formales; superado tal criterio rigorista, y en respeto del principio constitucional que otorga al recurrente el derecho a la tutela judicial efectiva, pasaremos a examinar los motivos de carácter sustantivo en que se fundamenta la pretensión casacional, una vez formulada la anterior advertencia.»

Con independencia del aplauso o rechazo que inspire este planteamiento (lo que muy posiblemente dependerá en cada caso de la posición procesal con que se comparezca en casación, bien como recurrente bien como recurrido), el dato cierto es que la Sala Tercera (como las demás del Tribunal) mantiene unos criterios absolutamente opuestos y muy difícilmente conciliables. Sirva, como término de comparación (válido, porque en ambos casos se rige la casación por la Ley 29/98, de la Jurisdicción contencioso-administrativa) la también reciente sentencia de esta Sala Tercera de 18 de febrero de 2002, que, en línea de continuidad con la doctrina jurisprudencial consolidada y uniforme, declara que «*la naturaleza*

extraordinaria del recurso de casación impone al recurrente el cumplimiento riguroso de determinados requisitos, cuya falta deben determinar su inadmisión; rigor formal que, en tanto en cuanto responda a una interpretación lógica de las normas reguladoras de aquel recurso, no ha de ser atemperado por exigencias del principio pro actione, pues éste no tiene en casación la intensidad con que opera cuando se trata de decidir sobre el acceso a la vía jurisdiccional». Por tal razón, el Auto de 9 de junio de 1997 —entre otros muchos con similar contenido— declara que

«los motivos en que puede fundarse el recurso de casación en el orden contencioso-administrativo son los que establece el artículo 95 de la Ley Jurisdiccional (en la redacción que le dio la Ley 10/1992) y no los que señala el artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que únicamente tiene carácter supletorio de aquélla (Disposición Adicional Sexta) en lo que no prevean sus normas. De esta forma, conteniendo la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa unos concretos y tasados motivos de casación no es lícito prescindir de ellos y acudir a los que se enumeran en el artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento. A mayor abundamiento, el artículo 99.1 de la Ley Jurisdiccional dispone que «dentro del término del emplazamiento, el recurrente habrá de personarse y formular ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el escrito de interposición del recurso, en el que se expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas», motivos que no son otros que los contenidos en el artículo 95.1 de la propia Ley Jurisdiccional. No habiéndolo hecho así el recurrente es manifiesto que su escrito de interposición del recurso de casación no cumple las exigencias legalmente establecidas (artículos 95 y 99.1 de la LRJCA). En este sentido, se ha manifestado por esta Sala —entre otros, Auto de 16 de noviembre de 1996—, que «la naturaleza extraordinaria del recurso de casación obliga a la observancia de los requisitos formales que la Ley establece para su viabilidad, requisitos que no constituyen un prurito de rigor formal sino una clara exigencia del carácter de recurso extraordinario que aquél ostenta, solo viable, en consecuencia, por motivos tasados, y cuya finalidad no es otra que la de depurar la aplicación del derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia. De ahí que no sea susceptible de admisión aquel recurso en que no se cumplan las previsiones del citado artículo 99.1 de la Ley jurisdiccional, sin que, por otro lado, pueda aceptarse que esta inexcusable carga procesal, que sólo a la parte recurrente afecta, pueda ser suplida por la colaboración y aportación del órgano decisor, esto es, de esta Sala Jurisdiccional».

La lectura de las resoluciones transcritas nos permite concluir, sin necesidad de mayores argumentaciones, que si las causas de inadmisibilidad se aplicaran en la Sala Quinta con el mismo nivel de intensidad que en las demás del Tribunal, la reducción de la pendencia de asuntos y del mismo número de sentencias sería considerable. Por lo demás, este dato nos permite situar en su contexto el anteriormente apuntado, sobre la tasa de resolución mediante sentencia de la Sala Quinta, que es el más alto del Tribunal Supremo. La clave para entender esta circunstancia reside, justamente, en que la Sala Quinta —de nuevo en notorio contraste con las demás Salas— apenas realiza declaraciones de inadmisión mediante Auto en trámite de admisibilidad, sino que resuelve directamente en sentencia la mayor parte de los litigios.

En segundo lugar, centrados en la competencia propiamente penal de la Sala, debemos tener igualmente presente que como consecuencia de la caracterización actual del ámbito de competencia de la Jurisdicción militar, que la ha convertido en una Jurisdicción no especial sino residual (23), la variabilidad de asuntos en el ámbito penal militar (que tradicionalmente ha constituido la base de esta Jurisdicción especial) es igualmente escasa, siendo, por ello, numerosas las sentencias que se limitan a reiterar líneas jurisprudenciales plenamente consolidadas. Si tenemos en cuenta que los Tribunales Militares apenas aplican (salvo excepciones casi anecdóticas) más de diez de los tipos delictivos establecidos en el Código Penal Militar (24), no nos debe extrañar que la Sala del Tribunal Supremo que tiene como misión unificar la doctrina en la interpretación de dichos tipos, haya dicho ya casi todo lo que se podía decir sobre ellos en esa labor nomofiláctica. Si se pone en relación este dato con la anunciada vocación del tribunal Supremo de centrar su actividad casacional en torno a la «uni-

(23) El número de sumarios incoados ante la Jurisdicción Militar no hace más que descender. De los 509 de 1996 se ha pasado en 2000 a tan solo 331, ¡en toda la Jurisdicción! (sumarios que, además, generalmente carecen de una especial complejidad). Vid. Las memorias elevadas al Gobierno de la nación por la Fiscalía General del Estado los años 2000 (págs. 145 y ss.) y 2001 (págs. 220 y ss.). El dato es muy relevante sobre todo por comparación con los módulos de trabajo establecidos por el Consejo General del Poder Judicial con fecha 31 de mayo de 2000 para los Juzgados de 1.ª Instancia e Instrucción de la Jurisdicción Ordinaria, que considera asumible por estos Juzgados una carga anual de asuntos incomparablemente superior a la que soportan —al día de hoy— los Juzgados Togados militares.

(24) La Memoria de la Fiscalía correspondiente al año 2000 lo dice en términos palmarios: «las infracciones penales militares más frecuentes se contraen a tres tipos de figuras delictivas: contra el deber de presencia, contra la disciplina y contra la Hacienda en el ámbito militar, la suma de cuyas cifras representa un porcentaje casi rayano en el noventa por ciento de los procedimientos iniciados en la Jurisdicción Militar» (pág. 224)

ficación de doctrina», podemos vaticinar una pronunciada disminución de esa escasa pendencia penal una vez que tal propósito adquiriera plasmación legal (25).

En tercer lugar, constituye un dato legal contrastable sin necesidad de esfuerzos dialécticos que la casación contencioso-disciplinaria militar (cada vez más relevante cuantitativamente (26)) tiene un régimen de admisión de los recursos privilegiado con respecto al resto de la normativa disciplinaria de los funcionarios públicos. Si en el ámbito contencioso-administrativo —como es bien sabido— sólo se admite el recurso de casación para las sanciones administrativas disciplinarias que impliquen la separación del servicio de los funcionarios de carrera, en el ámbito contencioso-disciplinario militar cabe casación en relación con cualesquiera sanciones, desde la más grave hasta la de simple reprensión (véase, a título de ejemplo, la sentencia de 14 de diciembre de 1996), ya se trate de militares de carrera o de las escalas de complemento (v.gr., sentencia de 15 de febrero de 1997). Si se estableciera respecto del Derecho Disciplinario Militar un régimen de revisión jurisdiccional similar al de las demás normativas disciplinarias, el número de recursos de esta índole se vería, nuevamente reducido de manera notoria; y no parece que tan amplio margen para la casación pueda justificarse en atención a la naturaleza «privativa de libertad» típica o propia de las sanciones militares, pues si tal forma de razonar es plausible respecto de las faltas calificadas como graves, no lo es tanto, en cambio, respecto de las leves, ya que según distintas sentencias de la misma Sala, las sanciones de arresto por faltas leves no tienen carácter privativo sino meramente «restrictivo» de la libertad (aunque esta línea jurisprudencial parece estar cambiando últimamente (27)), y en todo caso existen sanciones que no implican privación ni restricción de libertad de ninguna clase y sin embargo tienen abiertas sin limitación alguna las puer-

(25) Propósito que no es sólo predicable de los órdenes Civil o Contencioso-administrativo, por cuanto que se ha reclamado también respecto del Penal. Vid., en este sentido, la Ponencia del Excmo. Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en «*Del modo de arreglar la Justicia*» cit., pág. 121.

(26) La Jurisdicción Militar siempre ha sido una Jurisdicción Penal, a la que añadía la competencia sobre los procedimientos sancionadores disciplinarios porque se consideraban incluidos dentro de la materia penal. Sin embargo, es lo cierto que, cada vez más, la competencia propiamente penal va desapareciendo en beneficio de la administrativo-disciplinaria, que tiene un protagonismo creciente. Baste, nuevamente, el dato: en el año 1997 se tramitaron 1023 procedimiento penales y 469 contencioso-disciplinarios; en 2000 los procedimientos penales habían bajado hasta 990 mientras que los contencioso-disciplinarios habían ascendido a 604. De seguir así a tendencia, en pocos años la litigiosidad puramente administrativa superará a la penal.

(27) Vid., en este sentido, la sentencia de 3 de diciembre de 2001.

tas de la casación (v.gr., la privación de haberes, o incluso la simple reprimenda). Más bien parece que tan generosa apertura a la casación se justificó en su momento por razones meramente histórico-políticas, derivadas de la desconfianza del Legislador de los años ochenta hacia la Jurisdicción castrense, que si por aquella época podía tener alguna razón de ser, carece cada vez más de fundamento en la medida que han pasado los años y las Instituciones se han normalizado plenamente dentro del Orden constitucional.

Sin duda alguna porque no tiene sentido el pronunciamiento en casación del Tribunal Supremo respecto de las faltas disciplinarias leves, se ha propugnado por la misma Sala V la exclusión del marco casacional de la revisión jurisdiccional de esas infracciones disciplinarias (28). Tal reforma legal (que iría acompañada de una atribución de competencia revisora de dichas faltas a los Juzgados Togados Militares) merece sin duda alguna un juicio muy favorable, pero, a los efectos que interesan a este estudio, implicará una segura mengua de la ya menguada estadística de la Sala.

En fin, en el recurso de casación contencioso-administrativo (que, no lo olvidemos, rige también la casación contencioso-disciplinaria) existe una causa de inadmisibilidad por «carencia de interés casacional» (art. 93.1.e) que recuerda la institución del «writ of certiorari» típica del Derecho anglosajón, en cuya virtud cabe la declaración de inadmisibilidad de aquellos

(28) En el informe-propuesta del Tribunal Supremo *supra cit.*, se sugiere expresamente suprimir el recurso de casación contra sentencias recaídas en recursos contencioso-disciplinarios militares por falta leve, y establecer un recurso de apelación ante el Tribunal Territorial contra las sentencias dictadas en recursos de dicha índole por el Juez Togado con ocasión de la impugnación jurisdiccional de sanciones por falta leve (pág. 117). Se trata pues de sustraer esta competencia del Tribunal Supremo, atribuyendo a los Jueces Togados una competencia resolutoria en materia disciplinaria de la que hoy carecen, y configurando los Tribunales Militares territoriales como órganos de apelación. La razón justificativa de esta reforma orgánica y funcional está explicitada en el mismo informe (págs. 97-98). El Alto Tribunal reconoce (como no podía ser de otra forma) que *«pudiera entenderse desproporcionado que para la resolución de cuestión tan leve haya de pronunciarse, en vía casacional, una Sala del Tribunal Supremo, formada por cinco de sus miembros»*. Se dice que la asunción de la competencia casacional en estos supuestos de faltas leves tuvo una justificación histórica, derivada de la profunda transformación de la Jurisdicción castrense, que recomendaba que la Sala Quinta conociera de estos temas *«de aparente levedad y poca trascendencia»*, a fin de *«orientar, con un criterio que puede considerarse consolidado, a los mandos militares para el eficaz y correcto ejercicio de la potestad disciplinaria»*. No obstante, se añade que *«este cometido jurisprudencial está prácticamente efectuado»* por lo que carece de sentido que siga existiendo un recurso de casación en esta ámbito de las infracciones leves. De ahí que se sugiera la regulación de *«un procedimiento contencioso-disciplinario militar contra resoluciones referentes a faltas leves ante el Juez Togado militar correspondiente, con posibilidad de recurso de apelación ante el Tribunal Militar Territorial a que aquel pertenece»*. Se propone, en fin, un mecanismo procesal de unificación de doctrina ante la propia Sala Quinta

recursos que aun siendo inicialmente admisibles sin embargo presentan una cuestión controvertida que por su escaso contenido de generalidad o carácter muy puntual no justifican un pronunciamiento del más alto Tribunal de la organización judicial española. Si esta causa (todavía poco aplicada por la misma Sala tercera) llegara a consagrarse en nuestro Ordenamiento Jurídico y se proyectara con decisión sobre los recursos de casación que llegan a la Sala Quinta, la estadística sufriría una nueva reducción, pues como consecuencia de la generosa apertura a la casación del régimen disciplinario castrense, llegan con frecuencia al Alto Tribunal asuntos que, habiendo sido ya objeto de un pronunciamiento jurisdiccional, carecen objetivamente de relevancia que justifique su examen en esta sede casacional (29).

A la vista de este panorama, no es de extrañar que se haya planteado la necesidad de redefinir la estructuración o la competencia de una Sala del Tribunal Supremo que ha cumplido un papel notable y digno de reconocimiento en la transición del viejo al nuevo modelo de Justicia Militar, pero, *hic et nunc*, corre el riesgo de carecer de una carga de trabajo que justifique su persistencia. Adviértase que nadie propone suprimir la Sala y con ella la tutela judicial del régimen sancionador militar por el Tribunal Supremo. Simplemente, se trata de analizar si no tiene más sentido refundir la Sala Quinta en alguna de las tradicionales cuatro Salas o repartir su ámbito de competencia entre varias de ellas. Se trata, en suma de una cuestión de eficacia y eficiencia, esto es, de conseguir el fin propuesto (la plenitud de las garantías consagradas en el artículo 24 de la Constitución) con la mayor economía de medios.

Se ha planteado, en esta línea, la transformación de la Sala V en una Sección de la Sala II (de lo Penal). Asimismo, se ha sugerido la posibilidad de dividir la competencia de la Sala V entre las de lo Penal (II) y de lo Contencioso-Administrativo (III), de forma que cada una de ellas asuma las competencias actualmente residenciadas ante la Sala Quinta de una y otra naturaleza. Desde luego, ambas reformas no plantean problema alguno de constitucionalidad, pues por muchos esfuerzos dialécticos que se realicen sobre la consagración constitucional de la Jurisdicción Militar, es imposible y baldío sostener la «garantía institucional» de una Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo. Ceñidos, pues, al ámbito de la propuesta legislativa, parece más razonable mantener la unidad de la competencia actual de la Sala Quinta en una Sección de la Sala Segunda, y no dividirla entre la Segunda y la Tercera. Una reforma en este sentido revestiría indudables ventajas, al mantener la unidad del Derecho Sancionador Militar

(29) Por ejemplo, la sentencia de 15 de diciembre de 1998, sobre una simple sanción de reprensión.

(en el que los ámbitos punitivos penal y administrativo-disciplinario, pese a su diferente caracterización jurídica, están fuertemente entrelazados, constituyendo más bien un «*continuum* sancionador» (30) que desaconseja su fragmentación en Salas diferentes) y garantizar la plenitud de la tutela judicial de los ciudadanos afectados, evitando, por el contrario, las disfunciones organizativas e incluso presupuestarias que implica el mantenimiento en el Alto Tribunal de una Sala sin cometido funcional que sustente, de cara al futuro, su continuidad. Esta Sección de la Sala II mantendría la revisión casacional del régimen sancionador militar y a la vez podría atender la carga ordinaria de trabajo de la Sala, contribuyendo a aligerar la pendencia de asuntos que pesa sobre ella.

4. LA PROPUESTA DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LA SALA QUINTA EN MATERIA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA DE PERSONAL

No ha sido esta, sin embargo, la opción por la que se ha inclinado el Consejo General del Poder Judicial, que en las «*Propuestas para la reforma de la Justicia*» adjuntas al discurso de apertura del año judicial 2000-2001 ha incluido, con el número de orden 63, la siguiente formulación:

63.2 [*Sala de lo Militar del Tribunal Supremo*] *Se procederá a la reforma de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a fin de atribuir competencia a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo para conocer:*

- *En única instancia, de los actos y disposiciones del Consejo de Ministros en materia de personal, en el ámbito del Ordenamiento Jurídico Militar.*
- *De los recursos de casación de cualquier modalidad establecidos en la Ley, de los correspondientes recursos de queja y de los recursos de revisión en la ya referida materia de personal en el ámbito del Ordenamiento Jurídico Militar.*

Llama, de entrada, la atención el hecho de que semejante propuesta, de indudable trascendencia, no había sido ni siquiera sugerida en el Informe-Propuesta aprobado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, que figura a continuación del elaborado por el Consejo General del Poder Judicial. Más aún, la Comisión de Magistrados del Tribunal Supremo que

(30) Cfr. Mozo Seoane, A.: «*Sobre la naturaleza del Derecho Disciplinario. Especial referencia al Derecho Disciplinario Militar*»; en VV.AA.: «*la Jurisdicción Militar, CGPJ, 1992, págs. 289 y ss.*

redactó el informe en que se basó esa propuesta, se pronunció —en el transcurso de los debates habidos con ocasión de su elaboración— de forma contundente en contra de tal medida, y posteriormente la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo ha ratificado de forma expresa y rotunda su rechazo a la misma (31). Pero en cualquier caso, lo que nos corresponde analizar ahora es, ante todo, si la adopción de dicha medida conseguiría dotar a la Sala Quinta de la carga de trabajo de la que hoy carece; y, sentado esto, si existe algún tipo de reparo de orden constitucional o legal para realizar tal desplazamiento competencial de una Sala a otra.

Pues bien, puede afirmarse de antemano que si lo que se pretende es aumentar de forma significativa el número de asuntos encomendados a la Sala Quinta, esta reforma es demasiado tímida. Téngase en cuenta que en la actualidad el número de recursos directos en materia militar (contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros) es reducido. Hace algunos años, cuando entró en vigor la intensa reforma del régimen jurídico de los militares profesionales operada por la Ley 17/89, se produjo, ciertamente, un aluvión de miles de recursos que inundaron el Orden contencioso-administrativo, mediante los que los militares, carentes de cauces sindicales, expresaban su descontento y frustración hacia alguna de las disposiciones reglamentarias que se aprobaron en desarrollo de dicha Ley (singularmente en materia de retribuciones). Desestimados la mayoría de dichos recursos (bien que con resonados votos particulares discrepantes en algunos casos), y sentada ya una línea jurisprudencial muy definida sobre la materia, no parece que la reciente aprobación de la Ley 17/99, que ha derogado y sustituido a la anteriormente citada, dé lugar a un nuevo incremento exponencial de los procesos sobre estas cuestiones, dado que la nueva ley es en gran medida continuadora de la Ley a la que sustituye (32). Por

(31) Quizá por ello últimamente no se ha vuelto a insistir sobre esta atípica propuesta, si bien formalmente tampoco ha sido descartada por el CGPJ.

(32) Llama la atención la penuria de los debates parlamentarios que rodearon a la Ley 17/1999, en notorio contraste con los que tuvieron lugar con ocasión de la tramitación de su precedente, la Ley 17/1989. Merece, en este sentido, especial atención un dato puramente objetivo (que desborda el contenido de este trabajo, por lo que aquí sólo puede apuntarse): el Grupo Parlamentario del Partido Popular sostuvo en 1989, y en temas importantes (v.gr., la discrecionalidad en los ascensos y en la asignación de destinos) posiciones muy difícilmente conciliables con las que en 1999 pasó a defender, sin que de los Diarios de Sesiones se desprenda una explicación sobre ese cambio de criterio. Si se me permite la autocita, me remito a mi trabajo «*La carrera militar tras la Ley 17/1989*»; Revista Española de Derecho Militar, n.º 1998, esp. las páginas 73 y 81, donde se refleja la oposición de dicho grupo parlamentario a la introducción de esos factores discrecionales en la Ley de 1989, que sin embargo fueron aumentados en la Ley que el mismo Grupo —ya con mayoría parlamentaria— presentó diez años después.

lo demás, la puesta en marcha de los Juzgados de lo contencioso-administrativo ha implicado que parte de la competencia sobre litigios atinentes a personal militar se atribuya a los mismos, con la consiguiente exclusión de la materia a efectos casacionales.

Por otra parte, la materia de personal que accede a la casación contencioso-administrativa es muy restringida. En la nueva Ley Jurisdiccional sólo cabe casación cuando se debate sobre la adquisición o extinción del vínculo funcional de carrera, lo que ya de entrada deja de lado toda la problemática jurídica de los llamados «militares de complemento», que son la mayoría (entre ellos se incluye, sin ir más lejos, la tropa profesional). Centrados, de este modo, en los llamados «militares de carrera» (que con las sucesivas reformas de las plantillas militares cada vez son menos), sólo cabría la casación cuando en el proceso se debata sobre el acceso o la pérdida de la condición militar, y no sobre cualesquiera otras vicisitudes de la relación de servicios (situaciones, ascensos, destinos, viviendas «logísticas», etc.). Y más aún, ciñéndonos a la pérdida de la condición militar, esta puede deberse a dos causas fundamentalmente: a una sanción disciplinaria, o al pase al retiro (por edad, por enfermedad invalidante, etc.), pero la primera causa ya es competencia de la Sala V, por lo que nada se añadiría a la misma por esta vía; y en cuanto al pase al retiro, es muy reiterada la doctrina de la Sala Tercera que declara que si aun impugnándose el pase al retiro, la contienda se entabla exclusivamente a efectos de la determinación de la pensión de clases pasivas correspondiente, el recurso será inadmisibile. En suma, la materia de personal militar no va a contribuir de forma significativa a aumentar la estadística de la Sala (33).

Por encima de estas consideraciones, que al fin y al cabo son contingentes, tenemos que plantearnos si el desplazamiento competencial de una Sala a otra del Tribunal Supremo plantea algún problema de legitimidad constitucional. Pues bien, los valedores de esta medida insisten en que la Sala Quinta no es una Sala más de la Jurisdicción militar, sino una Sala del Tribunal Supremo a la que se ha encomendado la función revisora de la Jurisdicción militar como podría habersele atribuido cualquier otro ámbito de fiscalización. Dicho en términos más simples, no se trataría propiamente de una Sala de lo Militar o de la Jurisdicción Militar, sino de una Sala «*para lo militar*» o para la Jurisdicción Militar, a la que además se

(33) Vid. Giménez Yuste, E.: «*Las cuestiones de personal excluidas de la casación. Especial referencia an la Administración Militar*»; Revista Española de Derecho Militar, n.º 76, julio-diciembre de 2000, págs. 171 y ss., donde se detallan con claridad las numerosas limitaciones que existen para el acceso de estos recursos en materia de personal a la casación.

podrían atribuir otras materias, del mismo modo que antes de la vigente LOPJ existían tres Salas de lo contencioso-administrativo (las antiguas Salas 4.^a, 5.^a y 6.^a).

El matiz es ciertamente relevante, y nos da pie para una descartar una posible extensión de esta atribución competencial a la Jurisdicción Militar en su globalidad. La Jurisdicción (especial) militar que la Constitución recoge y asume es una Jurisdicción exclusivamente «sancionadora», penal y disciplinaria (34). Salvo que nos remontemos a precedentes históricos tan remotos que de casi nada sirven en la actualidad, no hay a lo largo del Siglo XX (tampoco antes) ninguna norma que haya definido a la jurisdicción Militar como la Jurisdicción ordinaria en materia contencioso-administrativa de personal, la cual, por el contrario, siempre ha estado (con las limitaciones que para la llamada «actividad discrecional» existían en épocas pretéritas, y con el paréntesis del llamado «recurso de agravios» en la postguerra) con carácter general o común en manos de la Jurisdicción contencioso-administrativa (35). Si la Constitución quiso —y parece evidente que así ocurrió— restringir, acotar o limitar el entonces exagerado ámbito jurisdiccional de la Jurisdicción castrense, no puede sostenerse ahora con apoyo en la misma Constitución una ampliación de su competencia hasta materias que siempre se han residenciado en la jurisdicción ordinaria, por cierto que sin que la operatividad, la disciplina y la jerarquía militar se resintieran un ápice.

(34) Así lo reconoce Jiménez Villarejo: «La especialidad de la jurisdicción militar puede ser explicada como derivación y exigencia técnica de la propia especialidad y autonomía del Derecho Penal Militar y del Derecho disciplinario Militar» («*Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar*»; Revista Española de derecho Militar, n.º 53, enero-junio 1989, pág. 12). En el mismo sentido, señala Fernández Segado que «la aparición de la Jurisdicción Militar parece responder mucho más a razones pragmáticas que doctrinales, razones que pueden compendiarse en la necesidad de aplicar preceptos atinentes al desarrollo de la guerra y al consiguiente mantenimiento de una estricta disciplina entre las huestes militares» («La Jurisdicción Militar en la perspectiva histórica»; Revista Española de Derecho Militar, n.º 56-57, 1990-1991, t. I, pág. 13). Más aún, como se ha visto anteriormente, la asunción de competencias disciplinarias se justificaba antiguamente en el carácter penal de estas sanciones y no en la afirmación de la viabilidad de la extensión de la competencia de la Jurisdicción a cuestiones no penales.

(35) La Ley Constitutiva del Ejército de 1821 salvaguardó la Jurisdicción Militar exclusivamente «a las causas criminales que versen sobre delitos militares», matizando expresamente que quedaba abolido el fuero militar en todas las causas civiles (Fernández Segado, op. cit., pág. 29). El Decreto-Ley de Unificación de Fueros de 1868 acentuó este criterio (pág. 31), que fue seguido por todas las leyes posteriores, que cuando aumentaron coyunturalmente la competencia de la Jurisdicción castrense siempre lo hicieron en el marco del Derecho Sancionador. Ocioso es decir que la II República ni siquiera hizo cuestión sobre una atribución a la Jurisdicción castrense de materias ajenas a la sancionadora (Fernández Segado, op. cit., págs. 39 y ss.)

No parece, pues, que pueda legitimarse una atribución competencial de este carácter a la Jurisdicción Militar por entender que cabe dentro del ámbito «estrictamente castrense» que la misma Constitución asume para circunscribir la competencia de esta Jurisdicción Especial. Si interpretamos esta expresión en sentido extensivo, la Jurisdicción Militar podría convertirse en un fuero procesal que revisara todas las cuestiones relativas al llamado «Derecho Militar», tanto las relativas al personal como las patrimoniales (bienes públicos, contratación, etc.) Una atribución de este tipo a los tribunales militares rebasaría notoriamente ese ámbito «estrictamente castrense» que define y delimita a la Jurisdicción Militar en el vigente orden constitucional, y significaría —contra todos los vientos de la historia— una atribución a los tribunales castrenses de materias que ni en las más acusadas épocas de militarismo se les habían conferido (36).

El mismo Tribunal Constitucional ha remarcado la finalidad de la Jurisdicción Militar y la propia razón de su existencia, que es —y no hay otra— la preservación y mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas, a través de la aplicación judicial del Derecho Sancionador Militar. La STC 60/1991 de 14 de marzo declara que

*«el art. 117.5 CE ha establecido límites y exigencias muy estrictos de la Ley reguladora de la **jurisdicción militar**. Impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, y además reduce a límites muy estrechos su posible ámbito competencial, eliminando la hipertrofia del mismo, que ha venido caracterizando en la España moderna a la **jurisdicción militar**, tanto en las etapas liberales como, mucho más acentuadamente, en las dictatoriales. Siguiendo en parte la pauta de la Constitución republicana de 1931, y también la de otras Constituciones extranjeras, el art. 117.5 CE impide una extensión inadecuada de la **jurisdicción militar**, vedando tanto la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios, como la sujeción indebida al conocimiento por los Tribunales **militares** de cuestiones que, por no ser*

(36) En los debates parlamentarios que han rodeado a las diversas Leyes postconstitucionales relativas a la Jurisdicción Militar, se ha partido siempre de la acotación del «ámbito estrictamente castrense» al estricto campo del Derecho Sancionador. Ni siquiera se ha llegado a plantear seriamente a título de hipótesis la extensión del concepto a materias ajenas a la sancionadora. Vid. Calderón Susín, E.: «En torno a los límites constitucionales de la competencia de la Jurisdicción Militar»; revista Española de Derecho Militar, n.º 53, enero-junio 1989, vol. I, págs. 81 y ss.

estrictamente castrenses, deben corresponder en todo caso a los Tribunales ordinarios.

*El art. 117.5 CE no deja lugar a dudas del propósito constitucional de **limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable**, asegurando que, en tiempo de normalidad constitucional, la **jurisdicción militar** sólo pueda conocer de lo **estrictamente castrense**, noción que ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los arts. 8 y 30 CE.*

*El art. 117.5 CE impide al legislador que pueda arbitrariamente atribuir a los órganos de la **jurisdicción militar** el conocimiento de delitos ajenos al ámbito de lo **estrictamente castrense**, por no poderse poner en conexión con los objetivos, fines y medios propios de las Fuerzas Armadas. **Lo estrictamente castrense sólo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares**, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para «las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional» (STC 160/1987) como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión, habiendo de quedar fuera del ámbito de la justicia **militar** todas las restantes conductas delictuales.*

*El precepto constitucional refuerza esta exigencia mediante el calificativo «estrictamente», que, en contra del parecer del Abogado del Estado, no se dirige sólo al órgano judicial: para que éste aplique de forma estricta la norma atributiva de competencia (STC 4/1990), sino también al propio legislador, limitando su margen de configuración del ámbito de la **jurisdicción militar**. Como **jurisdicción especial penal**, la **jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como de estrictamente castrenses**, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido: con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser **estrictamente militares**, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 CE); con el carácter **militar** de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado «uti miles», por lo que la condición **militar** del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo **estrictamente castrense**».*

Repasemos algunos apartados del párrafo que se acaba de transcribir: para el Tribunal Constitucional, el artículo 117.5 de la Constitución veda

la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios. Por otra parte, lo «estrictamente castrense» —dice el Tribunal— sólo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares, definidos en los términos expuestos. Ciertamente es que no se excluye literalmente el campo meramente administrativo de personal del ámbito de lo estrictamente castrense, pero es que sencillamente el Tribunal Constitucional ni siquiera se lo plantea, porque parte de la base de que la Jurisdicción Militar no tiene otro cometido que el propio del Derecho Sancionador. Más aún, se declaran —ahora sí expresamente— contrarios a la Constitución los «fueros privilegiados». Pues bien, salvo que apuremos el razonamiento jurídico hasta el absurdo, es imposible sostener que todas las cuestiones de personal tienen naturaleza disciplinaria (a no ser que asumamos la premisa de los viejos tiempos, cuando se consideraba que interponer recursos y litigar en defensa del propio derecho era «de malos militares»), cosa que no creo nadie se atreva a defender públicamente en la actualidad), ni puede afirmarse seriamente que la interposición de recursos ante los Tribunales de Justicia socava la eficacia de los Ejércitos hasta imposibilitar el cumplimiento de sus «altas misiones». Nada hay, en verdad, de afición a la disciplina ni la eficacia militar en el planteamiento en sede jurisdiccional de una controversia jurídica sobre retribuciones, historiales militares, destinos o ascensos (37). Ni las altas misiones de los Ejércitos se cuartejan porque el militar litigue en defensa de su derecho, ni la Patria peligra porque una decisión atinente a estas materias sea efectivamente anulada tras un proceso judicial por haber incurrido en una infracción del Ordenamiento Jurídico.

(37) Cuestión distinta, que no desvirtúa cuanto se acaba de decir, es que la reclamación o recurso se plantee en términos irrespetuosos o incompatibles con la disciplina. En tal caso, el problema disciplinario no estará en el «qué» (la interposición del recurso) sino en el «cómo» (la forma con que se haya articulado). Sobre este tema, es de sumo interés la Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1994 de 27 de octubre, por la que se anuló una sanción disciplinaria impuesta a un militar por haberse vulnerado su derecho fundamental a la libertad de expresión. Es interesante contrastar la diferente valoración que realizaron sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional y la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Sobre esta ha emitido un juicio especialmente riguroso M. Ayuso, al calificar su posición en este caso de «pastueña respecto de las autoridades administrativas» («*La quiebra de la función judicial y del control legislativo como órdenes de Justicia*», en VV.AA.: «El Estado de Derecho en la España de hoy», Ed. Actas, 1996, pág. 290. Diferentemente, en sentido crítico hacia la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, y defendiendo la posición del Supremo, vid. Blanco Avilés, J.M.: «*Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 1994*»; Revista Española de Derecho Militar, n.º 66, julio-diciembre 1995, págs. 123-127.

Más aún, si se realiza un esfuerzo de sinceridad no puede sino reconocerse que la Jurisdicción Militar no tiene, *hic et nunc*, una estructura orgánica que le permita asumir ese orden de competencias con plenitud de garantías y sin merma de la «imparcialidad objetiva» que es exigible a un órgano jurisdiccional *ex art. 24 CE* (38). La materia de personal afecta a temas muy sensibles y relevantes: las plantillas, las evaluaciones, clasificaciones y ascensos, la provisión de vacantes, la atribución de viviendas logísticas o pabellones, la seguridad social de los militares, el mismo nacimiento y extinción de la relación de servicio, el régimen de clases pasivas... temas todos ellos en cuya regulación y dirección el Poder siempre

(38) Una vez más, a pesar de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional lo cierto es que la actual estructuración corporativa de la Jurisdicción Militar sólo ha encontrado defensores entre quienes la administran profesionalmente (y no en todos). Dentro del personal del Cuerpo Jurídico Militar es laudatorio el juicio de G.^a Ballester en «*Jurisdicción Militar y Constitución Española*»; Revista Española de Derecho Militar, julio-diciembre de 1991, págs. 153-174. En el mismo sentido, vid. Corrales Elizando, A.: «*Reflexiones sobre las perspectivas de actualización en el derecho Penal y Judicial Militar*»; en VV.AA.: «Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del Siglo XXI y otros estudios jurídico-militares»; Ministerio de defensa, 2001, págs. 549 y ss. También emite un juicio crítico favorable, más matizado que los anteriores, al modelo actual J. Peñarrubia en su magnífica monografía «*Presupuestos constitucionales de la función militar*»; Centro de Estudios Constitucionales, 2000, págs. 361 y ss. Sin minusvalorar el rigor y solidez de las apreciaciones de este último autor, tal vez falte en ellas una panorámica de la situación real de la Jurisdicción castrense, por encima de las proclamaciones enfáticas de los textos legales. Me remito, sobre este particular, a las reflexiones de un Juez Togado Militar, A. Hernández Muntiel, sobre las numerosas y graves distorsiones que se siguen del sistema vigente («*Observaciones de un Juez Togado tras ocho años de funcionamiento de la nueva Jurisdicción Militar*»; Revista Española de Derecho Militar, n.º 69, enero-julio 1997, págs. 193-205) Fuera de este ámbito corporativo del Cuerpo jurídico Militar, la doctrina científica ajena al mismo coincide muy mayoritariamente (salvo excepciones casi anecdóticas) en afirmar que el diseño de esta Jurisdicción especial no resiste el juicio de constitucionalidad. Vid., por todos, Blanquer, D.: «Ciudadano y soldado» cit., págs. 720 y ss.; y también Baucells, J. Y Sala, J.: «*El tratamiento de las violencias en el ámbito militar*»; Cuadernos de Derecho Público, n.º 8, septiembre-diciembre 1999, págs. 153 y ss. Particularmente crítica hacia el modelo actual es S. San Cristóbal Reales, en «*La Jurisdicción Militar: de Jurisdicción especial a Jurisdicción especializada*»; Comares, 1996. En fin, a modo de resumen de esta mayoritaria posición doctrinal puede citarse a Trayter: «Esa nueva organización, aunque indudablemente mejora la anterior, está presidida, como ha apuntado la doctrina científica, por la ausencia de los principios de unidad, exclusividad, y sobre todo, el de independencia, alejando de la jurisdicción militar las notas esenciales que caracterizan la jurisdicción ordinaria. Hay que añadir, además, otras carencias como el incumplimiento del derecho al juez predeterminado por la Ley y la vulneración de la tutela judicial efectiva por lo que respecta a la exclusión del procedimiento ordinario de la impugnación de las sanciones impuestas por faltas leves» («*Comentario al artículo 3*», en Redacción de la Revista española de Derecho Administrativo (Ed.): «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998», edición especial del n.º 100 de la Revista; Civitas, 1999, pág. 125).

aspira a tener las manos libres y soporta malamente el control y la anulación de sus decisiones (39). He aquí, sin embargo, que como es bien sabido —y ha sido frecuentemente criticado— la Justicia Militar se imparte por Letrados del Cuerpo Jurídico Militar, que compatibilizan su función jurisdiccional con el asesoramiento jurídico a las Autoridades del Departamento, por lo que podría ocurrir perfectamente que el Juez Militar que «ayer» anuló una importante regulación sobre personal militar, «mañana» cese en su puesto judicial (v.gr., por ascenso al empleo superior, que puede conllevar ese cese, al estar vinculados los puestos jurisdiccionales a concretos y determinados empleos militares (40)) y pase a prestar servicios en el ámbito asesor, justamente bajo la dependencia y órdenes de la Autoridad que dictó esa regulación anulada, la cual no recibirá precisamente con agrado a quien desautorizó sus decisiones en el ejercicio de su función jurisdiccional. Más aún, estos Jueces a quienes se atribuiría la responsabilidad de velar por la legalidad de toda la política de personal de la Administración Militar son a la vez militares, cuya carrera (evaluaciones, clasificaciones y ascensos, destinos fuera del estricto ámbito jurisdiccional) depende de esas Autoridades a las que tienen que fiscalizar. Así las cosas, la plenitud de garantías de esta fiscalización jurisdiccional de la materia de personal pasaría por el altruismo o incluso el heroísmo de esos Jueces, que podrían correr el riesgo de ver seriamente comprometidas sus expectativas profesionales en caso de tomar decisiones incómodas o molestas para aquellas Autoridades (41). Mala Administración de Justicia la que asienta

(39) Vid. Nieto, A.: «La nueva organización del desgobierno»; 1.^a ed., Ariel, 1996, págs. 204 y ss.

(40) Se ha señalado por la generalidad de la doctrina que la existencia de esta dualidad de funciones (de asesoramiento y jurisdiccionales), en cuanto puede conllevar que el ascenso implique el apartamiento de la función judicial y el «confinamiento» en la asesora, supone una seria quiebra de la independencia objetiva de los Juzgadores castrenses. No lo entiende así Mozo Seoane, quien afirma con rotundidad que «resulta delirante y desconocedor de las más elementales normas que rigen la vida castrense suponer... que alguien pueda ser ascendido de empleo... para ser removido de un puesto judicial («Ante la reforma de la Jurisdicción Militar»); en VV.AA.: «Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídico-militares»; Ministerio de Defensa, 2001, pág. 575). Tan contundente afirmación no tiene en cuenta que no se trata de ascender intencionadamente a alguien al empleo militar superior con el único objetivo de apartarle de la función jurisdiccional, sino de aprovechar el ascenso y el consiguiente cese en su puesto judicial para destinarle a una vacante de asesoramiento y apartarle de aquella función, lo que es cosa muy diferente, pero produce un resultado similar.

(41) Este es, sin duda alguna, uno de los puntos más débiles de la actual estructuración de la Jurisdicción Militar, sobre el que la doctrina no ha dejado de llamar la atención. Millán Garrido advirtió poco después de la reforma de 1987 que la independencia del Juez Militar no podía quedar garantizada «cuando este, en su carrera militar y, a la pos-

su credibilidad sobre la capacidad de sacrificio personal de quienes la imparten (42). Y desde luego, si ya la atribución de la competencia disciplinaria a la Jurisdicción Militar suscitó numerosos reparos doctrinales, pese a que contaba con una sólida base histórica y dogmática, es fácil vaticinar la oposición rotunda que despertará una ampliación competencial de toda la materia de personal en bloque. Si, en fin, abandonamos el razonamiento jurídico y entramos en consideraciones de Ciencia Política, es también fácil predecir que muy pocos Grupos Políticos avalarían semejante propuesta.

Conscientes sin duda de las dificultades que conllevaría la atribución de este Orden de competencias a la Jurisdicción Militar, los promotores de la medida que nos ocupa insisten en puntualizar que de lo que se trata es de estudiar si resulta constitucionalmente admisible realizar esta atribu-

tre, en su promoción dentro de la Jurisdicción castrense, sigue vinculado a las decisiones que, respecto de él, adopten las Autoridades y Mandos Militares. No propicia en modo alguno la independencia judicial el que los nombramientos, incluidos los de los Magistrados de la Sala Quinta del Tribunal Supremo (a través de la terna), dependan de decisiones administrativas en las que priman los condicionamientos militares a los estrictamente judiciales» («*Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la Jurisdicción Militar*»; Revista Española de Derecho Militar, n.º 53, enero-junio 1989, pág. 118). En la misma línea se han pronunciado Canosa Usera («*Configuración constitucional de la Jurisdicción Militar*»; Poder Judicial, n.º 34, 1994, pág. 33, y también en «*A propósito de la independencia del juez Militar*»; Poder Judicial, n.º 37, 1995, págs. 345-351) y Ramírez Sineiro («*La estructura orgánica de la Jurisdicción Militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos*»; Poder Judicial, n.º 33, págs. 151 y ss.). También en este sentido, y desde la perspectiva administrativista, Nevado Moreno, P.: «*la función pública militar. Régimen jurídico del personal militar profesional*»; Marcial Pons, 1997, págs. 66 y ss.

(42) Corrales Elizondo rechaza este planteamiento con especial virulencia, apuntando que quienes critican (quienes criticamos) la actual estructuración del Cuerpo Jurídico Militar y las distorsiones que provoca sobre la Jurisdicción castrense, lo hacen (lo hacemos) desde posturas doctrinales «alejadas de la realidad militar» o bien «proclamadas desde prismas estrictamente políticos o ideológicos», y afirmando con rotundidad que las polémicas sobre esta cuestión «no se han verificado desde un ángulo técnico ni con rigor científico» («*Reflexiones... cit.*, pág. 562). Más aún, insiste este autor en que la organización judicial militar «está asumida por las Fuerzas Armadas en general y por el Cuerpo Jurídico Militar en particular, al margen de opiniones aisladas en algunos casos con enfoques subjetivos que se sustentan en intereses personales» (op. cit., pág. 563). Con independencia de lo poco matizadas que están esas expresiones un tanto maximalistas, y dejando de lado lo que aquel denomina «intereses personales» (tema sobre el que sólo cabe formular juicios de intenciones ajenos al razonamiento jurídico), una cosa es que las Fuerzas Armadas y el Cuerpo Jurídico Militar hayan asumido, o mejor, acatado este modelo porque les obliga la sujeción al Ordenamiento Jurídico y las exigencias de la disciplina, y otra cosa muy distinta es que estén satisfechos con él. Sobre este particular, me temo que mis apreciaciones son claramente divergentes de las de aquel.

ción no a la Jurisdicción Militar como tal, sino a la Sala del Tribunal Supremo que tiene legalmente reconocida la competencia para su fiscalización jurisdiccional.

Pues bien, para dar respuesta a este interrogante es preciso formular una consideración preliminar que ya antes ha sido apuntada: desde hace algún tiempo se ha observado en la hermenéutica constitucional la obsesión de algunos por encontrar en la Constitución lo que algún autor ha denominado un «Derecho concentrado», capaz de iluminar directamente la resolución de cualesquiera contiendas jurídicas (43). Frente a un planteamiento de este cariz, debe recordarse algo que, por otra parte, se ha dicho en multitud de ocasiones: que la Constitución no define las instituciones de manera agotadora y minuciosa, sino que —siempre, por supuesto, dentro de límites infranqueables— establece marcos abiertos para el posible juego de las diferentes opciones legislativas. Nada hay de malo en ello mientras no se desemboque en la más absoluta de las indefiniciones (44). Desde esta perspectiva, no parece que haya un problema constitucional insoluble para esta atribución competencial a la Sala Quinta, pues dicha Sala no forma parte de la Jurisdicción Militar propiamente dicha (45), y reúne —aun teniendo en cuenta sus peculiaridades— las reglas de composición y funcionamiento necesarias para poder ser considerada, sin duda alguna, como un Tribunal Jurisdiccional constitucionalmente legítimo, por más que esas peculiares reglas de composición y designación de la mitad de sus miembros puedan ser, para un sector doctrinal, discutibles en su singularidad y mejorables en su regulación. La, por algunos defendida, garantía institucional del Derecho Administrativo y la Jurisdicción Contencio-

(43) Cfr. López Guerra, L.: «*prólogo*» a la monografía de A. Troncoso «*Privatización, empresa pública y Constitución*»; Marcial Pons, 1997, pág. 12

(44) Riesgo este sobre el que ha llamado la atención E. Cantero Núñez en su excelente trabajo «*La quiebra de la tradición jurídica española*», publicado «El Estado de derecho en la España de hoy», cit., págs. 413-414.

(45) Creo que esta es la conclusión acertada a la luz del derecho vigente. Ciertamente es que la Sala Quinta tiene una composición claramente diferenciada del resto de las Salas del Tribunal Supremo, y cierto es asimismo que el Ministro de Defensa conserva un no menos amplio poder de intervención en dicha composición, al ser él quien configura la terna de entre la que el CGPJ designará a la mitad de sus componentes (los procedentes del Cuerpo Jco. Militar), disponiendo así de una amplia facultad de predeterminación de la composición de esta Sala. No obstante, a pesar de esta criticable regulación, el estatuto de los Magistrados de dicha Sala tiene un nivel de garantías que supera el umbral de constitucionalidad, y resulta netamente superior a la de los órganos jurisdiccionales militares, de los que está cualitativamente diferenciada, lo que permite concluir que aunque se trata de una Sala dedicada a la materia sancionadora militar, no se inserta formal y orgánicamente en la Jurisdicción Militar.

so-Administrativa (46) tampoco parece un obstáculo infranqueable en este sentido, pues tal garantía, ya de por sí dotada de unos perfiles difusos (47), no es tanto una garantía de organización (por definición variable) como de principios, y los principios sustantivos y procesales del Derecho Público en su vertiente jurisdiccional no se verían irremisiblemente dañados por el hecho de que una Sala distinta de la Tercera asumiera el conocimiento de la materia que nos ocupa, siempre que el enjuiciamiento de tales conflictos se realizara con arreglo a un esquema procedimental y un orden de principios y garantías similar.

El problema no es, pues —a mi juicio— una cuestión de legitimidad constitucional, sino de bondad de la opción legislativa; y llegados a este punto es donde pueden formularse los mayores reparos a la alternativa que se ha barajado. Ciertamente es que la Sala Quinta no forma parte, en sentido estricto, de la Jurisdicción Militar, pero no cabe duda de que su existencia y composición trae causa, a su vez, de la existencia de la Jurisdicción Militar, que es la base y único motivo de su creación: si no existiera la Jurisdicción Militar, la Sala Quinta nunca se habría constituido, o nunca se habría constituido como efectivamente se ha configurado. El hecho de que la Jurisdicción Militar sea, prácticamente, la única Jurisdicción especial (que no excepcional) que queda en España con un volumen organizativo y funcional apreciable, junto con sus propias y evidentes peculiaridades, justificó la decisión del Legislador de crear esta Sala, con una composición y forma de provisión de sus miembros que es claramente diferenciada de la del resto de las Salas, singularidad esta que sólo se justifica por la propia singularidad de la Jurisdicción Militar. Ahora bien, nunca se planteó que la misma tuviera otro cometido que el referido al Derecho sancionador (penal y administrativo) militar, que es el propio y exclusivo de la Jurisdicción castrense. Las demás ramas del Derecho se atribuyen a las otras cuatro Salas del Tribunal, correlativas a los respectivos órdenes Jurisdiccionales, con arreglo a un criterio que tiene una lógica inmediatamente apreciable y toda una tradición histórica que lo sustenta: el Derecho Civil y Mercantil para la Sala primera, el Penal para la Segunda, el Administrativo para la Tercera, y el Laboral y de la Seguridad Social para la Cuarta,

(46) Cfr. Del Sáiz, S.: «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en VV.AA.: «Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios»; Civitas, 1992, págs. 102-195. También han sostenido la garantía institucional del Derecho Administrativo G. Ariño y L. López de Castro («¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la historia, o la antítesis del estado de Derecho»; Fundación BBV, 1994)

(47) Vid. Gallego Anabitarte, A.: «Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial»; Civitas, 1994, págs. 83-99.

estando constituidas todas estas Salas con arreglo a criterios sustancialmente idénticos. Diferentemente, si la Sala Quinta es distinta en su composición a las otras cuatro, ello se debe justamente a que en ella confluye una Jurisdicción especial como es la Militar. Si la Sala Quinta hubiera nacido con vocación de conocer de asuntos de competencia tradicional de la Jurisdicción ordinaria (entendida esta última palabra por contraposición a la militar), su especial sistema de composición no habría tenido razón de ser.

Así las cosas, la atribución competencial que ahora se pretende quebraría la lógica que subyace a toda la configuración jurídica del Tribunal Supremo y de la propia Sala Quinta; y tan drástica consecuencia no se justifica por una elaboración conceptual o una reflexión dogmática, sino por una consideración puramente logística y coyuntural, cual es la ya mentada escasa carga de asuntos que recaen sobre la Sala de lo Militar. Puestos a buscar razones para singularizar orgánicamente algunas ramas del ordenamiento Jurídico, más razones habría para crear una Sala de lo mercantil, o de lo financiero y tributario, o de lo urbanístico, que son sectores con un volumen de litigiosidad y una complejidad igual —por no decir muy superior— a la del llamado Derecho Militar, que a estas alturas casi nadie defiende como un Subordenamiento dotado de autonomía científica y sustantividad propia (48). Más aún, en el concreto ámbito del régimen estatutario del personal militar, su caracterización jurídica se explica perfectamente desde los principios del Derecho Administrativo, sin que la casi centenaria doctrina del Tribunal Supremo sobre la profesión militar haya producido el más mínimo desvalor o incidencia negativa sobre el perfil institucional de la vida militar (49). El Derecho Administrativo Militar no

(48) El llamado «Derecho Administrativo Militar» participa de todos los principios del Derecho Administrativo común o general, y no presenta especialidades de tal calibre que justifiquen una supuesta sustantividad dogmática. Cualquier administrativista con un adecuado nivel de formación puede conocer y entender sin problema alguno esas especialidades sin necesidad de un esfuerzo prolongado de aprendizaje. Concretamente, las singularidades en el ámbito militar de instituciones como la expropiación forzosa, la responsabilidad patrimonial o la contratación administrativa no son tantas como para establecer diferencias cualitativas respecto de los demás ámbitos de la Administración General del Estado, y desde luego no justifican su atribución a una Sala distinta de la Tercera so pretexto de la especialidad del Derecho aplicable. Por ello, no comparto la propuesta de Corrales Elizondo de atribuir a la Sala Quinta nada menos que todos los litigios contencioso-administrativos que, dentro del ámbito competencial del Tribunal Supremo, «conciernan al ámbito de la Defensa Nacional» (op. cit., págs. 567-568).

(49) Sin ir más lejos, el mismo régimen disciplinario militar ha pasado hasta fechas no lejanas por épocas de atribución competencial —en algunos aspectos o ámbitos— a la Jurisdicción contencioso-administrativa sin que la operatividad de los Ejércitos se resintiera de forma significativa. Vid. Alcantarilla Hidalgo, F.: «*La naturaleza contencioso-administrativa del procedimiento contencioso-disciplinario militar*» cit., págs. 35 y ss.

es sino un Derecho Administrativo aplicado, y concretamente la regulación funcional militar presenta todos los parámetros definidores de un estatuto funcional típico. De hecho, en estos tiempos de laboralización y huida del Derecho Administrativo, es tal vez el último estatuto funcional reconocible con arreglo a sus principios clásicos.

Por lo demás, si el objetivo que se persigue es no sólo dotar a la Sala V de una mayor carga competencial sino también aliviar el trabajo de las (ciertamente sobrecargadas) demás Salas del Alto Tribunal, más coherente y razonable sería atribuir a la Sala V el conocimiento de las causas relativas a delitos comunes cometidos por militares, hoy residenciadas ante la Sala II. Existen multitud de conductas delictivas cometidas dentro de las Unidades Militares, que afectan muy gravemente a la disciplina y buen orden de los Ejércitos, pero sobre las que la Jurisdicción Militar no tiene competencia alguna, al haber desaparecido el fuero competencial por razón del lugar. Si la Sala Quinta tiene competencias penales y estas no han sido objeto de mayor discusión, ¿por qué no residenciar ante ella los delitos comunes cometidos por militares en acto de servicio o con ocasión del mismo, o en unidades o establecimientos militares?

5. EL FUTURO DE LA SALA QUINTA, EN EL CONTEXTO DEL FUTURO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

El futuro de la Sala Quinta tiene que ir, más allá del trasvase de materias que le son ajenas, unido al futuro de la Jurisdicción Militar, y no al margen de ella. Si la Sala Quinta tiene actualmente una estadística de asuntos reducida, ello se debe exclusivamente a que la Jurisdicción Militar, en su actual regulación es —como ya he dicho— no una Jurisdicción especial sino una Jurisdicción residual, hasta extremos que en ocasiones resultan inexplicables (50). Como consecuencia de la reforma de la década de los 80^{os}, presidida —tras los lamentables, pero aislados, acontecimientos de la transición— por una clara desconfianza hacia la Institución Militar, muchas (tal vez, en ocasiones, la mayoría) de las conductas con relevancia directa sobre la jerarquía y disciplina militar (v.gr., en el ámbito de los llamados delitos contra la propiedad o contra la salud pública)

(50) Lo que ya se advirtió con ocasión de los debates parlamentarios de la L.O. 4/1987 por el portavoz del Grupo parlamentario Popular, Sr. Cañellas, quien llamó la atención sobre el riesgo de que con esa atribución competencial los órganos jurisdiccionales castrenses quedaran, en la práctica, inactivos (Diario de Sesiones n.º 44 de 23 de abril de 1987, debate en el Pleno del Congreso). El tiempo le ha dado la razón.

quedan «extra muros» de su ámbito de conocimiento, que es sumamente menguado (51). Podría discutirse si este estado de cosas tenía justificación cuando se estableció por el legislador allá por 1987, pero ahora, más de 20 años después de la aprobación de la Constitución, con unas Fuerzas Armadas plenamente integradas en los valores constitucionales y una Jurisdicción Militar que —siquiera sea de forma manifiestamente mejorable— ha asimilado las garantías que la Constitución reconoce a los ciudadanos, no tiene sentido seguir marginando a la Jurisdicción castrense hasta reducirla prácticamente a un edificio hueco.

La profesionalización de los Ejércitos y su cada vez mayor implicación en operaciones internacionales son razones que abundan en la potenciación de esta Jurisdicción, que —mal que bien— ha superado los «exámenes de legitimidad» a que ha sido sometida ante el Tribunal Constitucional. Desde luego que el vigente marco legal puede y debe ser mejorado sin demora, en el sentido de acentuar la independencia de los Jueces Militares, que todavía están demasiado vinculados y sometidos en su carrera a la discrecionalidad de las Autoridades Políticas del Ministerio de Defensa (52), pero esta reforma, ciertamente inaplazable, de su estatuto (que debería pasar por un desdoblamiento del Cuerpo Jurídico Militar en dos Escalas, dedicadas respectivamente a la función jurisdiccional y a la de asesoramiento jurídico) ha de ir acompañada de un mayor (o mejor, un más coherente) ámbito competencial, siempre por supuesto en el marco específico de lo militar.

Si así se procede por el Legislador, y la Jurisdicción militar vuelve a un nivel normal de competencias (ni tan hipertrofiado como en épocas aún no lejanas, ni tan escuálido como en la actualidad), la Sala Quinta seguirá

(51) Una detenida exposición de los tipos penales que podrían incluirse en el Código Penal Militar (con la consiguiente atribución a la Jurisdicción castrense) en una futura reforma del mismo, en Pignatelli, F.: «*El Código penal Militar: perspectivas de lege ferenda*»; en VV.AA.: «El Derecho Penal y Procesal Militar ante la reforma de las normas comunes», CGPJ, 1997, págs. 91 y ss. La extensa relación de conductas cuya inclusión se propone, y la moderada propuesta de retomar fueros como el del lugar, que ahí se formula, constituyen la mejor prueba de lo limitado que es el actual ámbito de competencias de la Jurisdicción

(52) Así lo ha reconocido el mismo Consejo General del Poder Judicial, que en sus supra cit. «*propuestas para la reforma de la Justicia*» sugiere —n.º 63.1— lo siguiente: «Se procederá a la reforma de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar para que los nombramientos y ceses de todas las Autoridades Judiciales Militares se efectúen por el Consejo General del Poder Judicial, en los términos en que se regulen. Asimismo se modificará la citada Ley Orgánica para hacer posible el normal funcionamiento de la Justicia Militar, sin riesgos para la imparcialidad objetiva».

teniendo una indudable justificación, como la ha tenido durante sus más de diez años de existencia, y no será necesario desvirtuar el orden lógico que preside la constitución actual del Tribunal Supremo y los órdenes jurisdiccionales en que se articulan los Juzgados y Tribunales de España. Si no se hace así, el declive de la Sala Quinta correrá parejo al propio declive de la Jurisdicción castrense, y (salvo que cambien significativamente las circunstancias políticas y aumente la conflictividad internacional, lo que no creo que nadie desee) tarde o temprano aquella desaparecerá a la vez que esta.

EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO: EL CONVENIO DE LA UNESCO DE 2001

Juan Carlos González Barral
*Capitán Auditor. Jefe de la Unidad de Consejo de Ministros.
Vicesecretaría General Técnica- Secretaría General Técnica.
Ministerio de Defensa.*

SUMARIO

1.- PRESENTACIÓN. 2.- LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO COMO EJE DE PROGRESIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. A.- Factores culturales. B.- Factores tecnológicos. C.- Factores jurídico-internacionales. D.- Factores de la práctica internacional en relación con el mar. 3.- LA PROTECCIÓN EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES. 3.1.- El «Soft Law»: «La Carta para la protección y gestión cultural» de ICOMOS. 3.2.- El ámbito regional: a).- El Protocolo relativo a zonas internacionales específicamente protegidas de 1982. b).- La resolución 848 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1978. c).- El proyecto de Convención Europea sobre patrimonio cultural subacuático de 1985. 3.3.- Los intentos doctrinales: El proyecto de la Asociación de Derecho Internacional. 3.4.- La protección convencional de alcance universal: La Convención sobre Derecho del Mar, de 1982.: A.- El principio general. B.- La protección en los distintos espacios marinos. 4.- LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO SOBRE PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO, DE 2001. 4.1.- Antecedentes. 4.2.- Contenido de la Convención. A.- Los principios generales. B.- El concepto de Patrimonio Cultural Subacuático. C.- Alcance de la Convención: Las inmunidades de los buques de guerra y otros buques de Estado. D.- Los principios generales de protección en las distintas zonas: La creación de una «zona de patrimonio cultural». Aspectos jurisdiccionales: Aguas interiores, archipelágicas y mar territorial. Zona contigua. Zona económica exclusiva y plataforma continental. La «Zona». D.- Los descubridores privados y las normas sobre salvamentos marítimos. E.- La relación entre la Convención sobre derecho del mar, de 1982 y la Convención de la UNESCO. 5.- SOMERA REFERENCIA AL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

1. PRESENTACIÓN

En la actualidad la salvaguarda del Patrimonio Cultural Subacuático (PCS) es una prioridad de primer orden. Distintos factores concurrentes, que más tarde analizaremos, motivaron que las Naciones sientan de manera perentoria la necesidad de regular jurídicamente los distintos derechos implicados en relación con el Patrimonio Cultural Subacuático. Se trata de tener en consideración, por un lado, los intereses de las empresas e instituciones dedicadas a la búsqueda y rescate de dicho Patrimonio, que se encuentran polarizadas en torno a los intereses puramente económicos, en algunos casos y, en otros, alrededor de los aspectos estrictamente culturales en el ejercicio de la actividad técnica encaminada a la búsqueda y rescate del Patrimonio Cultural Subacuático.

Un segundo grupo de intereses es el de los Estados. En esta línea, debe diferenciarse nítidamente la posición de quienes tienen PCS en sus aguas jurisdiccionales de quienes fueron, o son, el Estado de pabellón de los barcos hundidos, o bien pueden ser considerados por cualquier razón Estados de origen cultural o histórico del PCS.

2. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO COMO EJE DE PROGRESIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. FACTORES COADYUVANTES

Todos estos intereses que hemos mencionado, difíciles de conciliar, deben ser armonizados a la mayor urgencia. Distintos factores han acelerado la necesidad de dejar sentado, desde el punto de vista jurídico internacional, un marco común. Sintetizaremos dichos factores de la siguiente forma:

A) FACTORES CULTURALES

Tanto en el ámbito de la UNESCO como en otros foros, se han desarrollado mecanismos para una adecuada preservación del patrimonio cultural, incluido el cultural subacuático.

Estos mecanismos consisten, en primer lugar, en la revisión de las metodologías de intervención e investigación científica, así como en la elaboración de unos postulados éticos sobre el impacto de una investigación sobre los restos de valor cultural.

En esta línea, y sin ánimo de adentrarnos en el estudio de una materia que nos es ajena, debe resaltarse que en la actualidad se promueve en los foros profesionales de arqueólogos e historiadores el concepto de «acción no intrusiva», definible como aquella que da acceso a información de interés sin destruir los «sitios» arqueológicos (1).

Esta idea de acción no intrusiva se encuentra recogida en numerosos textos del denominado «soft law». Así, por ejemplo, en la Carta para la Protección y Gestión del Patrimonio Arqueológico (2) y en la Carta sobre la Protección y Gestión del Patrimonio Cultural Subacuático (3), documentos fundamentales para concretar las exigencias de una correcta intervención en restos de valor cultural arqueológico (4).

Ciertamente, como con frecuencia se pone de manifiesto, las condiciones del patrimonio sumergido favorecen en mayor medida que en el caso del situado en tierra firme un comportamiento respetuoso con el mencionado principio. De un lado, la arqueología subacuática ha llegado rápidamente a la conclusión de que aquellos proyectos que no pueden asegurar la conservación de los bienes recuperados de las aguas ponen en alto riesgo de pérdida a los materiales obtenidos. Por otra parte, la escasa presencia humana en los fondos oceánicos asegura su intangibilidad.

Con ánimo de rentabilizar económicamente la PCS se han formulado alternativas a su extracción de los espacios marinos. Así debe citarse la posibilidad de realizar una explotación comercial de sitios bajo el agua con fines turísticos. En tal sentido y a título de ejemplo, el uso no científico del patrimonio cultural en los circuitos de buceo ofrecidos por los denominados tour operadores es un factor que abunda en la oportunidad de mantener sumergidos los restos culturales, lo que hace necesario repensar los modos de explotación de tales lugares (5).

Sin embargo, esta buena práctica arqueológica y cultural choca con el planteamiento de quienes buscan rentabilizar a corto plazo sus inver-

(1) Utilizamos la palabra «sitio» como traducción de la inglesa «site», dado que en los foros académicos se emplea con mayor frecuencia que otras, como «lugares» o «emplazamientos», quizás más correctas en castellano.

(2) Redactada por el Comité Internacional de Gestión del Patrimonio Arqueológico de ICOMOS, 1990. Su artículo 1, rubricado «principios fundamentales» determina que «deberán alentarse técnicas no destructivas, investigaciones no intrusivas y extracción de muestras, con preferencia a la excavación» señalándose seguidamente, que «la preservación del patrimonio cultural in situ deberá considerarse como la primera opción»

(3) Obra del Comité Internacional de Patrimonio Cultural Subacuático, también de ICOMOS, en 1996.

(4) Vid. *Infra*, págs. 9 y 10.

(5) Renfrew, C. y Bahn, P.: *Arqueología: Teorías, métodos y práctica*. Ediciones Akal. Madrid, 1995. Págs. 135 y ss.

siones para la investigación de los hallazgos marinos. Dirigen preferentemente sus actividades al rescate y consiguiente extracción de metales preciosos.

B) FACTORES TECNOLÓGICOS

La tecnología ha proporcionado una amplia gama de instrumentos para facilitar el acceso a los restos subacuáticos. Así, en primer lugar, debe destacarse la aparición del sonar, que constituye un elemento verdaderamente importante a la hora de localizar los pecios hundidos. Los sonar de última generación permiten la identificación de los objetos depositados en el fondo del lecho marino con un alto grado de precisión.

Tampoco podemos dejar de referirnos al ingenio que en la actualidad muestra una mayor eficacia en este ámbito. Se trata del magnetómetro de resonancia nuclear. Este aparato mide los campos magnéticos con una intensidad mil veces mayor que los convencionales y puede incluso captar objetos no metálicos.

Por último, no olvidaremos un complemento de la importancia del GPS (Global Positioning System o sistema de posicionamiento global), que permite marcar con precisión de unos pocos centímetros un punto, un objeto, un hallazgo, lo que facilita la orientación de los buceadores en busca de algún resto.

Junto a estos aparatos que, por su respeto de la buena práctica arqueológica y cultural, merecen un juicio favorable, existen otros, como los de aspiración masiva, que tienen un efecto devastador para la vegetación de los fondos oceánicos y para los propios restos con importancia cultural. Son empleados frecuentemente por las empresas con baja capacitación tecnológica para el rastreo de los restos (6).

C) FACTORES JURÍDICO INTERNACIONALES

Es conocido que en nuestros días la nítida separación entre alta mar, —espacio común de la humanidad— y mar territorial, como zona sometida a la soberanía de los Estados, se ha difuminado en gran medida.

(6) Dean, M., Ferrari, B., Oxley, I., Redknap, M. y Watson, K. Ed: *Archeology Underwater, the Nautical Archaeology Society Guide to Principles and Practice*. Dorset, Reino Unido, 1992. Pág. 36.

Hoy la delimitación de las áreas marinas es más compleja. De un lado, existen áreas en las que sin ejercerse la plenitud de la soberanía estatal se permite el ejercicio de derechos de explotación económica. Se trata, en primer lugar, de la denominada zona económica exclusiva, a nivel de superficie acuática y, en lo que respecta al lecho marino, de la plataforma continental, definida como aquella porción del 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 coextensa a la de la zona económica exclusiva (Artículo 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay —Jamaica— el 10 de diciembre de 1982).

Esta nueva delimitación de los espacios marinos y de los derechos atribuidos en ellos a los diferentes Estados, sugiere, en primer lugar una importante ampliación de las áreas sobre las que recaen derechos estatales y consecuentemente una reducción de los espacios sometidos a libertad de investigación por terceros Estados.

Analizamos más adelante el alcance de los nuevos instrumentos internacionales en relación al estudio de nuestro estudio.

D) FACTORES DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON LA MAR

Sin perjuicio de la nueva delimitación de los espacios marinos operada por la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, los Estados costeros han llegado en ocasiones más allá de lo previsto en dicho texto en su reivindicación de nuevas competencias en las distintas áreas. No puede obviarse en este momento la tendencia, patente en gran parte de los países iberoamericanos, a la territorialización de la zona exclusiva económica (ZEE), pretendiendo hacer de dicho espacio una zona sometida a plena soberanía estatal. Incluso, se ha llegado a hablar de la necesidad de extender las competencias estatales más allá de esta zona. Como ha señalado el profesor Pérez González, «el afianzamiento en la década de los 60 de ciertos movimientos de nacionalización de vastas zonas marítimas en la postguerra (y cuyo más rotundo exponente es la práctica de ciertos países latinoamericanos ribereños del Pacífico) introduciría hondas fisuras en aquel derecho, basado en el axioma utilitario del *mare liberum*» (7).

(7) Pérez González, M.: «La ordenación jurídica del mar: factores en presencia» en *Temas Marítimos*. Santiago de Compostela, 1981, Pág. 10.

Así, la doctrina chilena habla desde antiguo del Mar Presencial, que sería aquella porción marítima, en la que, más allá de las 200 millas, se vindican derechos económicos para el Estado ribereño. Esta solicitud doctrinal de mayores competencias ha llevado a ciertos autores, más respetuosos con la literalidad de la regulación internacional en la materia, a hablar de la «jurisdicción rampante» de los Estados ribereños, que van avanzando más y más en la explotación de los recursos de lo que, en términos del estricto Derecho Internacional, es alta mar. Ejemplo de ello lo constituye la Ley de pesca de Chile, de 1991, que modificó la aprobada de 1989. Dicha norma no cuestiona la delimitación de los espacios marinos consagrada convencionalmente, pero sí altera el régimen de los derechos y deberes atribuidos al Estado ribereño en cada una de las áreas. Por ello, aun admitiendo que más allá de las 200 millas desde la costa se extiende el alta mar, la Ley atribuye a Chile la competencia para aplicar las normas sobre conservación y gestión de las poblaciones comunes o especies asociadas existentes en la ZEE y en la Alta mar.

En un sentido similar, la Ley Argentina de 1991 sobre líneas de base determina la aplicación de las normas nacionales sobre conservación de recursos más allá de las doscientas millas sobre las especies de carácter migratorio o sobre aquellas que intervienen en la cadena trófica de las especies de la Zona Económica Exclusiva argentina.

Se trata, pues, en ambos casos, de la aplicación extraterritorial de normas de naturaleza pretendidamente medioambiental de forma no prevista, ni autorizada, por la Convención sobre Derecho del Mar, de 1982, ni en las Convenciones que forman el *Corpus* aprobado en 1958 (8).

Esta tendencia es altamente perjudicial para países como España, no sólo por motivos relacionados con la pesca, sino, en lo que ahora nos interesa, por las eventuales reclamaciones sobre el Patrimonio Cultural Subacuático existente en los fondos marinos incluso más allá del existente en las zonas sometidas a soberanía.

3. LA PROTECCIÓN EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

La protección jurídica del Patrimonio Cultural Subacuático puede provenir de distintas instancias: a nivel nacional, la normativa estatal —y también hoy, la autonómica— tratan de salvaguardar el legado situado en los

(8) Compuesto por 4 Convenios: sobre Conservación de los Recursos vivos de la Alta Mar, sobre Mar Territorial y Zona contigua, sobre Alta Mar y sobre Plataforma Continental.

lechos marinos. Sin embargo, esta protección se revela necesaria, pero notoriamente insuficiente dado que su ámbito de aplicación es el propio territorio (art. 8 Código Civil) y no puede ser aplicada a los objetos situados más allá de nuestras áreas de soberanía en la mar.

En el presente trabajo, sin ánimo de profundizar en otros mecanismos de protección a nivel nacional, se estudiará especialmente el proyecto de Convención sobre Protección del Patrimonial Cultural Subacuático, elaborado en el seno de la UNESCO, sin perjuicio del análisis de otros textos relevantes tanto del ámbito del Derecho Internacional como del Ordenamiento Jurídico español.

3.1. «SOFT LAW»: LA «CARTA PARA LA PROTECCIÓN Y GESTIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO» DE ICOMOS (CONSEJO INTERNACIONAL DE LUGARES Y MONUMENTOS)

La Carta fue aprobada por la undécima Asamblea del Consejo Internacional de Lugares y Monumentos, celebrada en Sofía (Bulgaria) los días 5 a 9 de octubre de 1996. Tiene un carácter eminentemente cultural y regula aspectos tales como los proyectos de investigación, la financiación de los mismos, los calendarios, la metodología, objetivos y técnicas de la investigación, la gestión y mantenimiento de los sitios, las cualificaciones, responsabilidades y experiencia que deben exigirse a los equipos de investigación, la forma en que debe documentarse la investigación, la difusión de los resultados y la necesidad de una cooperación internacional como mecanismo esencial para la protección y gestión del Patrimonio Cultural Subacuático.

Desde el punto de vista jurídico formal se trata de un documento complementario de la Carta, también de ICOMOS, para la Protección y Gestión del Patrimonio Arqueológico, redactada en 1990.

Los principios fundamentales de la Carta de 1996 son los siguientes:

- La explotación comercial del Patrimonio Cultural Subacuático ya sea para el tráfico mercantil, ya sea para la especulación, es esencialmente incompatible con la protección y gestión de dicho patrimonio.
- La preservación «in situ» debe ser considerada como la opción preferencial en la investigación arqueológica subacuática.
- Se debe permitir el acceso público a los restos.
- Deben preferirse técnicas no destructivas, no intrusivas y basadas en métodos estadísticos y de muestreo a modalidades de excavación del Patrimonio Cultural Subacuático.

— La práctica de la investigación debe evitar interferencias innecesarias sobre los restos humanos o lugares venerados.

3.2. TEXTOS DE ALCANCE REGIONAL

Ante la inexistencia hasta hoy de un texto vinculante de carácter universal, la protección del Patrimonio Cultural Subacuático se ha enmarcado en el contexto de la cooperación de carácter regional. Así, pueden citarse los siguientes ámbitos:

1. El Protocolo relativo a Zonas Mediterráneas Específicamente Protegidas, de 1982, que exige el establecimiento de áreas protegidas para preservar « lugares de particular importancia a causa de su interés científico, estético, histórico, arqueológico, cultural o educativo» (artículo 3.2.b).

En esta línea, las Partes en el Protocolo acuerdan adoptar líneas maestras y niveles mínimos comunes en lo relativo a la selección, establecimiento, gestión y notificación de información en las áreas protegidas y a adoptar progresivamente las medidas necesarias, de conformidad con el derecho internacional (9).

Puede comprobarse como, a pesar de la autolimitación del Protocolo, que restringe su campo de aplicación únicamente a las aguas territoriales de las partes, hay una cierta conexión conceptual con la Convención de la UNESCO a la que dedicamos la mayor parte del presente estudio.

2. La recomendación 848 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Patrimonio Cultural Subacuático, de 1978.

La importancia de este texto radica en su carácter pionero en lo relativo al tratamiento de la protección del Patrimonio Cultural Subacuático, focalizando la cuestión en los Derechos Jurisdiccionales del Estado ribereño sobre dicho Patrimonio.

3. Sin embargo este mismo planteamiento jurisdiccionalista fue el que motivó que el Proyecto de Convención Europea sobre Patrimonio Cultural Subacuático, finalizado en 1985 y redactado por un Comité de Expertos ad hoc, no fuera abierto a la firma de los Estados: se consideró que la Convención altera el esquema de atribución de competencias de los Estados ribereños tal y como se contemplaban en el Derecho Internacional en vigor.

(9) Para un análisis de profundidad del Protocolo puede consultarse: Strati, A.: *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: An Emerging Objective of the Contemporary Law of The Sea*. Martinus Nijthof Publishers, 1995. Págs. 85-86

3.3. LOS INTENTOS DOCTRINALES: EL PROYECTO DE LA ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

En 1988 la Asociación de Derecho Internacional estableció un Comité sobre Derecho del Patrimonio Cultural, que comenzó en 1989 la redacción de un Proyecto de Convención sobre Patrimonio Cultural Subacuático.

Tras varias sesiones (10), el Comité presentó en la reunión de la Asociación celebrada Buenos Aires en 1994 un texto final acompañada de comentarios. Sin perjuicio del análisis particularizado de las disposiciones del Proyecto, que efectuaremos en el momento dedicado al estudio de cada uno de los problemas planteados en el proceso negociador del texto de la UNESCO, diremos que el documento redactado por la Asociación de Derecho Internacional fue presentado finalmente a la UNESCO. Esta organización convocó a un grupo de expertos que redactó un informe remitido posteriormente a diversos Estados (11).

Debe señalarse igualmente que el texto fue también difundido y estudiado en foros más «maritimistas»: Comité Marítimo Internacional, División de Naciones Unidas sobre Asuntos Marítimos y Derecho del mar (DOALOS) y a Organización Marítima Internacional (OMI).

Todo ello contribuyó a preparar a la Comunidad científica internacional para los debates que se plantearon al hilo del proceso desarrollado en el ámbito de la UNESCO.

Desde un punto de vista puramente práctico creo que el hecho de que la Convención a la que dedicamos la mayor parte de nuestro análisis se haya gestado y discutido en el ámbito de la UNESCO no ha favorecido a nuestros intereses. La posición española en la materia, firmemente anclada en el Derecho Internacional en vigor, habría sido mejor comprendida en foros específicamente dedicados al análisis y desarrollo del Derecho del Mar.

3.4. LA PROTECCIÓN CONVENCIONAL DE ALCANCE UNIVERSAL

La Protección en el ámbito multilateral, esto es, la contenida en textos convencionales suscritos por numerosos Estados, se encuentra esencialmente en dos instrumentos: La Convención sobre Derecho del Mar, de

(10) Celebradas, en Queensland, Australia (1991) Vid. ILA, Report of the sixty fourth Conference 1991. Pág. 223, El Cairo (1992) y París (1993).

(11) Se trata del documento Doc. CLT-96/CONF. 605/6, Final Report.

1982, y el Convenio de la UNESCO sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, de 2001.

La Convención sobre Derecho del Mar, de 1982, ratificada por España por Instrumento de 14 de febrero de 1997.

El sistema de esta Convención, que sólo trató incidentalmente la protección del Patrimonio Cultural Subacuático, radica en la enunciación de un principio general aplicable en todos los espacios marítimos, combinado con previsiones específicas para determinadas áreas marinas.

— El principio general:

La norma general, contenida en el artículo 303.1 de la Convención impone una obligación de hacer, en virtud de la cual, los Estados asumen un doble compromiso: en primer lugar, proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar y, en segundo término, cooperar entre sí para tal protección.

Ahora bien, el párrafo 3 del artículo 303 establece una regla de compatibilidad que resulta de difícil exégesis: se precisa en dicho inciso que nada de lo dispuesto en el artículo —hay que entender que únicamente en lo que se refiere a la obligación de protección y no en lo relativo a la cooperación— afectará a «los derechos de los propietarios identificados, a las normas sobre salvamentos y a otras normas de Derecho marítimo».

La dificultad de interpretar el precepto se debe a los problemas que supone deslindar a qué normas de Derecho marítimo se refiere el apartado, ya que, en línea de principio, parece claro el sentido de la prioridad de los derechos de propiedad sobre la protección de los bienes y tampoco plantea dificultades la determinación de las reglas sobre salvamentos. Únicamente cabría preguntarse, en este último sentido, si el texto de la Convención se refiere a las normas de carácter internacional, concretadas por los Convenios de Bruselas de 1910 (12) y de Londres de 1989 (13), o también a las generadas in foro doméstico.

Por otro lado, el apartado 4 del mismo artículo 303 determina que lo dispuesto en el precepto se entenderá «sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y las demás normas de Derecho Internacional relativos a la protección de los objetos de carácter arqueológico e histórico». Aquí se aprecia con mayor claridad una cláusula de prevalencia de los textos convencionales y resoluciones de organizaciones internacionales (normas de

(12) Convenio de 23 de septiembre de 1910, para la unificación de ciertas reglas en materia de auxilio y salvamento marítimo.

(13) Convención Internacional sobre Salvamentos, de 28 de abril de 1989. Entró en vigor el 14 de julio de 1996. España no es parte en la misma.

Derecho Internacional distintas de los Tratados), especialmente dirigidos a la protección cultural siempre y cuando ofrezcan un grado de salvaguarda más acabado que en el reiterado artículo 303 de la Convención de 1982.

Sería el caso de los numerosos textos de carácter normalmente bilateral suscritos por las antiguas Potencias marítimas y los Estados en cuyas aguas de soberanía se encuentran los buques hundidos. A título de ejemplo, el Acuerdo entre Holanda y Australia relativo a los buques hundidos holandeses de 1972. Su contenido básico radica en que Holanda, sucesora de la propiedades y activos de la Compañía Holandesa de la India Oriental, transmite todos los títulos y Australia los acepta, si bien reconociendo a Holanda un «interés continuado» en los objetos recuperados de los buques. En otras ocasiones, el Acuerdo se refiere a un pecio concreto, como el suscrito el 3 de octubre de 1989 entre los Gobiernos de Estados Unidos y Francia a propósito del CSS Alabama, hundido en el mar territorial francés a siete millas del puerto de Cherburgo. Se trataba de un barco confederado participante en la Guerra Civil norteamericana que fue hundido el 19 de junio de 1864.

En un sentido similar, España ha propuesto a los Países iberoamericanos un «Convenio tipo» a suscribir por los Estados que quieran colaborar, desde una perspectiva cultural, para la mejor protección de los restos encontrados en sus aguas de soberanía o jurisdicción. El proceso, sin embargo, no ha obtenido los resultados esperados porque ha sido influenciado por los debates habidos en el seno de la UNESCO para la redacción de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. De todas formas, el tema de los buques españoles es especialmente complejo, porque junto a los factores puramente culturales, existen intereses derivados del hecho de que la carga transportada era de ordinario oro o plata (14), circunstancia que no concurre en los pecios de otros Estados, ni siquiera en los de las Potencias Navales clásicas.

- Previsiones específicas en cada una de las zonas:

De manera ciertamente sorprendente, la Convención sobre Derecho del Mar sólo contiene normas sobre protección del Patrimonio Cultural Subacuático en algunos espacios marinos y no en otros. Entendemos que con ello se ha querido dejar sentado el principio de que en aquellas áreas donde nade se dice en particular, el régimen será el que se derive de las competencias atribuidas a los Estados ribereños o a otros cuando exista un criterio de conexión con los restos hallados (Estado de pabellón del buque, Estado de origen cultural, histórico, etc...).

(14) Metales, por cierto, inmunes a la corrosión marina.

— **Mar territorial:**

En virtud de la aplicación del principio de que el mar territorial está sometido a soberanía del Estado ribereño, la Convención de 1982 no hace expresa mención a los objetos culturales hallados en esta área, quizá porque parte del sometimiento in toto a las disposiciones internas propias de dicho Estado. Cuestión distinta es la que se planteará cuando dichos objetos culturales consistan precisamente en un buque hundido que tenga derecho a inmunidad. En este caso creemos que prima este último criterio sobre el territorial.

• **Zona contigua:**

El régimen en esta área en relación al PCS se contiene en el artículo 303.2 de la Convención, que autoriza al Estado costero, a fin de fiscalizar el tráfico de objetos de carácter arqueológico o histórico, a presumir que la remoción de tales objetos arqueológicos sin su autorización constituye una infracción, cometida en su territorio o en su mar territorial, de las leyes y reglamentos aduaneros o fiscales. Ello le habilita a adoptar medidas de carácter represivo.

Creemos que este precepto es criticable, desde una adecuada interpretación de la naturaleza de la zona contigua, por tres razones:

a) En primer lugar, desde un punto de vista sistemático esta zona se regula en la Parte II de la Convención de 1982, precisamente denominada «el mar territorial y la zona contigua». Sin embargo, las competencias del Estado en dicha zona contigua en relación al Patrimonio Cultural Subacuático se regulan extramuros de la mencionada Parte II. No puede dejar de criticarse esta falta de rigor sistemático.

b) Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 de la Convención los derechos en la zona contigua son exclusivamente funcionales y dirigidos a que los Estados ribereños puedan adoptar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir y sancionar determinadas infracciones cuando se cometan en el mar territorial o en los espacios terrestres. La naturaleza de las infracciones contempladas en el precepto se concreta de manera exhaustiva (aduaneras, fiscales, de inmigración y sanitarias). El apartado segundo del 303, por su parte, introduce dos novedades en este régimen: en primer lugar, incluye, como infracción que permite la adopción de medidas de fiscalización, la remoción no autorizada de objetos arqueológicos e históricos. En segundo lugar, permite la adopción de tales medidas cuando la infracción se produzca en la propia zona contigua, esto es, fuera del mar territorial y de los espacios terrestres. Se trata, a nuestro entender, de una clara distorsión del régimen jurídico de dichos espacios marinos.

c) El apartado merece, a nuestro entender, una tercera crítica: los objetos históricos o arqueológicos a que se refiere el precepto estarán situados, lógicamente, en el fondo marino y no flotando en las aguas que constituyen la zona contigua, que es un espacio exclusivamente acuático. Pero dicho fondo es parte integrante de la plataforma continental (ex art. 76 de la Convención de 1982) por lo que el artículo 303.2, que se refiere a las facultades del Estado ribereño en la zona contigua, se extralimita conceptualmente al regular la remoción de objetos hallados en «los fondos marinos de la zona (contigua)».

— **La plataforma continental:**

La Convención de 1982 no regula el régimen de los objetos arqueológicos e históricos situados en esta área. Se ha criticado esta omisión, alegando que es ilógico que previéndose un régimen específico aplicable en la alta mar (la Zona) y en la zona contigua, un área intermedia entre dichos espacios no reciba consideración alguna en relación al patrimonio cultural situado en ella. Ello podría dar lugar a interpretar que existe libertad para explorar dicha plataforma e intervenir y apropiarse los objetos hallados, aplicando, bien la ley nacional de quien efectúa el hallazgo o bien las normas internacionales sobre salvamento.

Pero debe descartarse esta interpretación: en primer lugar, cabría aducir que la libertad de los mares no autoriza a perjudicar intereses de los Estados ribereños. Por otro lado, debemos recordar que la Convención de 1982 autoriza al Estado costero a explotar los recursos minerales de la plataforma, por lo que parece incongruente no reconocerle ningún derecho sobre los objetos arqueológicos e históricos situados en ella.

Desde el punto de vista de la práctica internacional, varios Estados reclaman sus derechos sobre los objetos hallados en esta zona (Australia, Chipre, Seychelles, Turquía y también España) (15) en virtud de normas de orden nacional. No existe, que se sepa, oposición de otros Estados a esta práctica.

Algunos otros Estados exigen simplemente que se les sean notificados los hallazgos de bienes culturales en esta zona (Dinamarca y Noruega).

— **La Zona Económica Exclusiva.**

La Convención de Jamaica tampoco concreta previsión alguna al respecto de la protección del PCS en esta área. Ahora bien, consideramos que una interpretación acorde con el espíritu de dicho texto convencional impone restringir el ámbito de las competencias del Estado ribereño en

(15) Art. 40 de la Ley 16/1985, de 26 de junio, sobre Patrimonio Histórico Español.

este área (16), por lo que parece claro establecer que, a falta de una habilitación expresa en la Convención al Estado costero, este no puede vindicar ninguna facultad en la Zona económica exclusiva en relación al Patrimonio Cultural Subacuático.

— **La Zona.**

Se define la zona en la Convención como «los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional» (artículo 1.1).

En este área, el artículo 149 de la Convención precisa que:

«Todos los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en la Zona serán conservados o se dispondrá de ellos en beneficio de toda la Humanidad, teniendo particularmente en cuenta los derechos preferentes del Estado o País de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico».

La propuesta de incluir una previsión específica en la materia aplicable fue formulada por Grecia (17).

Del análisis del precepto nos interesa destacar tres extremos:

1.º La mención al «beneficio de toda la Humanidad» que conecta con la consideración de los bienes de carácter cultural en otros textos convencionales contemporáneos.

A título de ejemplo citaremos el Convenio para la Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, hecho en La Haya el 14 de mayo de 1954 (18) que en su Preámbulo manifiesta que los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad. También, el Preámbulo de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, hecha en París el 23 de noviembre de 1972 (19) señala que el deterioro o la desaparición de un bien del patrimonio cultural y natural constituye un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo.

2.º La disyuntiva que se ofrece entre «conservación» o «disposición» que parece no ofrece una opción preferencial clara por el mantenimiento «in situ» de los bienes, a diferencia de otros textos convencionales de índole cultural (20).

(16) Efectivamente si se considera que la atribución de competencias al Estado costero en esta área es a título de excepción, dado que el régimen jurídico de base es el correspondiente al alta mar. Consideramos que como toda excepción su exégesis debe efectuarse con criterios restrictivos.

(17) DOC A/AC.138/SC.I/L. 25 de 14 de agosto de 1973.

(18) Ratificado por España por Instrumento de 7 de julio de 1960.

(19) España es parte por Instrumento de aceptación de 18 de marzo de 1982.

(20) Vid. Pág. 7 de este trabajo.

3.º La mención de los títulos que permiten considerar a un Estado como «interesado»: Ser origen del bien en sentido material, en sentido cultural o en sentido histórico y arqueológico. Como veremos este concepto de Estado interesado reaparecerá en el texto de la UNESCO de 2001.

El artículo 149 de la Convención guarda coherencia con el 136 del mismo texto convencional, que determina que los fondos marinos son patrimonio común de toda la Humanidad, principio a su vez proveniente de la resolución 2749 (XXV) de 1970 de la Asamblea General de Naciones Unidas (21).

La regulación de los objetos arqueológicos e históricos en la Zona ha sido criticada por la doctrina (22) por tres razones básicas: en primer lugar, por su incorrección gramatical, que plantea dudas sobre la interpretación que debe darse a la distinción entre Estado y País que acoge el precepto. En segundo lugar, por la duplicidad que se deriva del hecho de que la protección de los objetos arqueológicos e históricos ya se encuentra incorporada, con respecto a la totalidad de los espacios marinos, en el artículo 303 de la Convención. Finalmente, se reprocha al artículo 149 la carencia de efectos prácticos de la protección que otorga ya que de ordinario, los fondos abisales incluidos no contendrán restos de naturaleza cultural: en la práctica los naufragios suelen producirse cerca de las costas, donde, ante la proximidad del temporal, los buques solían acudir en busca de abrigo.

4. LA CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO, HECHA EN PARÍS EL 2 DE NOVIEMBRE DE 2001 (UNESCO)

4.1. ANTECEDENTES

La preocupación por la expoliación de los restos culturales sumergidos llevó, ya en 1993, al Consejo Ejecutivo de la UNESCO a invitar al Director General de la Organización a adoptar las medidas necesarias para redactar un nuevo instrumento destinado a favorecer la preservación y protección del Patrimonio Cultural Subacuático.

(21) Denominada «Principios que regulan los fondos marinos, oceánicos y su subsuelo».

(22) En tal sentido, por ejemplo, de Yturriaga Barberán, J.L.: Ámbitos de jurisdicción en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, una perspectiva española. Ministerio de Asuntos Exteriores. Madrid 1996. Pág. 499

Respondiendo a esta invitación el Director General de la UNESCO, sometió al Consejo Ejecutivo un estudio de viabilidad de un texto en la materia. Dicho texto fue aprobado por dicho órgano y seguidamente remitido a los Estados Parte de la UNESCO. Se examinó, junto con los comentarios recibidos, por la Conferencia General de la Organización en su 28 sesión, celebrada en 1995.

Como consecuencia de este proceso, se mantuvo una primera reunión de expertos convocados a título personal los días del 22 al 24 de mayo de 1996, donde se estudiaron las propuestas de los distintos Estados parte (Australia, Canadá, Colombia, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Marruecos, Holanda, Filipinas, Polonia, Reino Unido, Suiza, Túnez, Turquía y Venezuela), así como la División de Asuntos Marítimos y del Derecho del Mar de la ONU. El conjunto de los trabajos fue remitido a la 29 Conferencia General de la UNESCO.

Esta última Conferencia, en su resolución 21, invitó al Director General a elaborar un proyecto de Convención en la materia y a reunir a un grupo de expertos gubernamentales.

Se han celebrado cuatro sesiones de trabajo de expertos gubernamentales, en concreto del 29 de junio al 2 de julio de 1998, y del 19 al 24 de abril de 1999, del 3 al 7 de julio de 2000 y, por último, los días 2 al 7 de julio de 2001. El resultado es un texto consolidado de Convención para la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, que fue aprobado por la mayoría de las delegaciones. Se opusieron Estados Unidos (que, pese a no ser parte de la UNESCO, fue aceptado como observador), Noruega, Rusia, Grecia y Turquía (estos dos últimos Estados, al parecer, por no considerar vinculante la Convención sobre Derecho del Mar de 1982). Se abstuvieron las delegaciones de Alemania, Francia, Gran Bretaña, Holanda y Suecia, por oponerse al tratamiento de las inmunidades de los buques de Estado, y las de Grecia, Chile y Hungría. España, a pesar de la negativa solución final para nuestros intereses, se manifestó, dentro de un posibilismo digno de mejor causa, favorable al texto definitivo.

Finalmente, la Conferencia General de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura aprobó el texto, en su 31 Reunión, celebrada en París del 15 de octubre al 3 de noviembre de 2001.

- Contenido de la Convención.

- A) Los principios generales contenidos en el Preámbulo.

Los principios generales de la Convención recogidos en el Preámbulo de la misma pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

- a) Se reconoce la importancia del PCS como parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad y elemento particularmente impor-

tante en la historia de los pueblos, naciones y sus relaciones mutuas en lo concerniente a su herencia común.

b) Se enfatiza la importancia de proteger y preservar el PCS. Esta obligación tiene un carácter universal y, por ello, es responsabilidad de todos los Estados.

c) La prospección, extracción y protección del PCS deben ser hechas con métodos científicos adecuados y un alto grado de especialización profesional, lo que exige criterios uniformes.

d) Los Estados parte son conscientes de los peligros que, en la actualidad, se ciernen sobre tal Patrimonio, que pueden provenir tanto de la realización de actividades no autorizadas como de las legítimas, que pueden afectarlo de manera fortuita.

e) La necesidad de codificar y desarrollar progresivamente las reglas para dicha protección de conformidad con el Derecho y la práctica internacionales y para la mejora de las medidas adoptadas. Los instrumentos internacionales que se citan expresamente son la Convención de la UNESCO sobre los medios para prohibir y prevenir la importación, exportación y transferencia ilícitas de propiedad cultural, de 14 de noviembre de 1970, la Convención de la UNESCO relativa a la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, de 16 de Noviembre de 1972 y la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982.

f) Se pretende la preservación in situ de los restos o, caso de ser necesario para fines científicos o para su protección, la recuperación de los mismos.

B) Definición del PCS.

La Convención define el Patrimonio Cultural Subacuático como «todos los rastros de existencia humana que tengan carácter cultural, arqueológico o histórico que hayan estado parcial o totalmente bajo el agua, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años». Se citan después, a título ejemplificativo, como elementos incluidos en la definición los sitios, estructuras, edificios y restos humanos y su contexto «arqueológico y natural», los buques, aeronaves y su cargamento y los objetos de carácter prehistórico.

Pero esta concepción del Patrimonio Cultural Subacuático estuvo sujeta a discusión durante todo el proceso negociador. Así, se mantuvieron posiciones diversas sobre varios aspectos controvertidos:

En primer lugar, existió una cierta polémica en relación al período de tiempo que un resto debía permanecer sumergido como mínimo para considerarse incluido en la definición de Patrimonio Cultural y, por tanto, para

estar sometido al régimen protector de la Convención. Las posiciones básicas eran dos: la de quienes pensaban que sería suficiente un mínimo de cincuenta años y la de otras delegaciones partidarias de ampliar dicho plazo hasta cien años. La solución adoptada finalmente ha sido esta última. En la reunión de julio de 2001 se eliminó una cláusula abierta que permitía que un Estado decidiera considerar, con carácter excepcional, como PCS a determinados vestigios o restos con menor antigüedad, siempre que estuvieran dentro de su jurisdicción.

La cuestión de la datación de los restos no es baladí. El límite de 100 ó 50 años, resulta importante porque, si se acoge este último criterio, todos los restos de las dos guerras mundiales podrían ser explotados y removidos. Ello afectaba a la sensibilidad de muchos países que podrían ver como los restos de ascendientes directos de la actual generación son extraídos del lugar donde se encuentran depositados y tratados con un criterio cultural o histórico. Por ello, una delegación tan afectada por esta cuestión como Alemania, propuso la creación del concepto de «cementeros marinos».

Pero el problema del límite a partir del cual un resto debe ser protegido por el Convenio ya se había planteado con ocasión del proyecto de la Asociación de Derecho Internacional, que optó también por el criterio de los cien años. Las razones aducidas entonces para dicha elección, que resultan enteramente aplicables al texto de la UNESCO, pueden ser sintetizadas de la siguiente manera (23):

En primer lugar, el límite de cien años, relativamente reciente frente a otros más amplios también propuestos, permite superar una interpretación de la Convención de 1982, absolutamente *extra legem* pero muy extendida, a tenor de la cual las previsiones sobre protección de Patrimonio Cultural Subacuático contenidas en este instrumento sólo son de aplicación a objetos de una antigüedad de 300 o 400 años.

Por otro lado, aun cuando eran posibles otros «cortes cronológicos» tan arbitrarios como el de los cien años, el Comentario final al Proyecto de la ADI, reconociendo que este no respondía a razones estrictamente científicas, adujo que la mejor razón a favor de esta solución (preferible a la de los 50 años) era de índole puramente práctica: es más probable que un bien de mayor antigüedad revista una cierta importancia desde un punto de vista histórico y, con ello, cultural.

(23) Tomado de Boesten, Eke: *The UNESCO Draft Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage: Analysis and Commentary*. TMC. Asser Institute.2000. Pág. 12.

Finalmente, debe reconocerse que las posibilidades de que exista un propietario identificable privado que reclame la titularidad del bien disminuye a medida que aumenta el tiempo que lleva sumergido.

En cualquier caso, conviene precisar que no debe confundirse la cuestión del tiempo mínimo que un bien debe estar sumergido para ser considerado protegible con la antigüedad de dicho bien.

En relación a este último concepto, una cuestión también de relativa importancia es la que plantea el límite cronológico inferior que debe fijarse para considerar que un objeto constituye PCS. Algunos autores han señalado que debería eliminarse de la definición la referencia a los «restos humanos» con lo que quedarían incluidos los restos paleontológicos, que, en rigor, no pueden ser considerados humanos. Tal propuesta fue deseada con fundamento en que la identificación entre Patrimonio Cultural y restos paleontológicos es disfuncional, dado que el concepto de «cultura» alude necesariamente a un producto humano y, por ello, no predicable en rigor de los elementos de índole paleontológica.

Un elemento que ha sido muy estudiado y profundamente discutido es el relativo a la propiedad de los restos o bienes que integran el Patrimonio Cultural Subacuático. Importante es, también, la cuestión relativa a la propiedad de los restos. El proyecto de la Asociación de Derecho Internacional exigía para que operase el régimen de protección, que se pudiera presumir que tal propiedad había sido «**abandonada**». Incluso el abandono puede operar como presupuesto, no ya de la protección, sino de la propia definición de PCS. En esta línea, ante la dificultad de probar en cada caso concreto que se había abandonado la propiedad, se sugería la inclusión en el texto de ciertas presunciones de abandono, como por ejemplo la falta de reclamación de los restos 25 años en un plazo de 25 desde su hallazgo.

Pero lo cierto es que la mayoría de las legislaciones nacionales que incorporan el instituto jurídico del abandono exigen la concurrencia de un doble elemento: material y espiritual, entendiendo por este último el ánimo de ejercer los derechos derivados de la propiedad de los restos.

Pondremos dos ejemplos tomados del texto del Proyecto debido a la Asociación de Derecho Internacional:

- El asunto *Colombus America Discovery / Group contra la Atlantis Mutual Insurance Co.* En este caso se dilucidaba el problema surgido en relación al buque *SS Central America*, hundido en 1857 en las costas de Carolina del Sur con una carga de oro perteneciente a comerciantes y banqueros californianos. Tras el naufragio, las aseguradoras se subrogaron en los derechos de los propietarios, tras pagar las indemnizaciones pertinentes. El oro fue localizado en 1989. El Tribunal de instancia sostuvo que dos

datos militaban a favor de la presunción de abandono: en primer lugar, la omisión de los reclamantes en recuperar el oro durante 130 años y, además, la pérdida de la prueba documental de pago efectuado por las aseguradoras. El Tribunal de apelación, sin embargo, anuló la sentencia mencionada y concluyó que debían tenerse en consideración los intereses de los sucesores de los aseguradores y fijó una indemnización del 90% del Tesoro a los descubridores y el 10% a las aseguradoras. En cualquier caso, la doctrina sentada en este caso se cifraba en considerar irrelevante, la hora de valorar el abandono de un buque, si este era público o privado (24).

- El Asunto Akerendam: Dicho buque transportaba oro y plata, que perteneció a la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, fue encontrado en los años 70 en la costa de Noruega. Se negoció un acuerdo al margen de la consideración del buque y de su posible inmunidad.

La tesis a favor de la necesidad de introducir la exigencia del abandono recibió un importante impulso cuando se conocieron las decisiones judiciales dictadas por sendos órganos jurisdiccionales estadounidenses en relación con los buques Juno y La Galga, ambos de pabellón español. En síntesis, las resoluciones judiciales venían a reconocer que este último barco había sido formalmente abandonado por España cuando, en 1763 suscribió un Tratado con Gran Bretaña entregando sus posesiones de Virginia, en cuyas aguas jurisdiccionales se encontraba, hundido, el buque. Por ello, no podía ser reclamado por España. Por su parte, el Juno permanecía propiedad del Estado español por razón de su inmunidad soberana.

Haciendo un sucinto análisis de las vicisitudes del procedimiento tramitado ante los tribunales estadounidense (25), diremos que el auténtico debate de las partes —el Reino de España, de un lado y la compañía Sea Hunt, descubridora de los buques—, se centró en el posible abandono de los buques por parte del Estado español.

El marco normativo en el que se movía la pendencia era sustancialmente la Abandoned Shipwreck Act, de 1987, a tenor de la cual Estados Unidos gozaba de la titularidad de cualquier pecio situado en la tierra sumergida de uno de sus estados, produciéndose en este caso una transmisión de la propiedad a favor de dicho estado. Obvio es decir que con estos

(24) *Columbus America Group v. Atlantic Mutual Insurance Corporation* (974 F. 2d 450 a 461, Cuarto Circuito, 1992).

(25) Los datos básicos del procedimiento pueden consultarse en: Aznar Gómez, M.: La reclamación española sobre los galeones hundidos frente a las costas de los Estados Unidos de América: el caso de La Galga y La Juno, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LII (2000), Págs. 247 a 253.

mimbres, objeto del proceso se reducía a la prueba del abandono por parte de España del Juno y La Galga.

No obstante, la representación procesal de nuestro país, a nuestro juicio con buen criterio y mucha coherencia con la postura nacional en otros foros, trató de negar la premisa mayor, de forma que el hilo argumental empleado se basaba en dos ideas: en primer lugar, que ambos buques eran, y continuaban siendo, fragatas de la Real Armada y, por ello, gozaban de las inmunidades previstas en Derecho Internacional. En segundo lugar, España no había abandonado tales buques.

Por su parte, la Compañía Sea Hunt trató de probar el abandono expreso de tales barcos acudiendo a los siguientes Tratados: El Tratado definitivo de paz entre los reyes de España y Francia, por una parte, y el de Gran Bretaña de otro, de 10 de febrero de 1763, por el que se cedía a este último las posesiones españolas al este del Río Mississippi, el Tratado de Amistad, Solución y Límites entre los Estados Unidos de América y Su Católica Majestad, de 22 de febrero de 1819, por el que se cedió la Florida, y la Declaración de guerra de Estados Unidos contra España en 1898, que suponía, a juicio de la empresa Sea Hunt, la confiscación de todos los bienes españoles en Estados Unidos.

La sentencia de primera instancia declaró literalmente que:

«Regardless of whether or not Juno and La Galga are to be considered warships, they are subject to a rule of express abandonment under the Fourth Circuit's precedent in Columbus-America».

Y continuaba considerando probado el abandono por España de la Galga por aplicación del mencionado Tratado de 1763, pero no el del Juno, que se perdió con posterioridad a tal fecha.

España recurrió la resolución de instancia, al amparo de la interpretación que el propio Gobierno norteamericano había efectuado de los requisitos de abandono de los buques de guerra y otros barcos con inmunidad. Dicha interpretación, en síntesis, esta fundada en que en estos casos no podía presumirse el abandono sino que debían existir actos expresos en tal sentido. En ausencia de un pronunciamiento expreso del Tratado de 1763 sobre un abandono de los pecios españoles, no podía presumirse tal abandono, de modo que la propiedad del La Galga quedaba radicada en España.

Se suponía que existía tal abandono cuando concurría una de las circunstancias siguientes:

a) Siempre que la tecnología hiciera factible la exploración para la investigación o recuperación pero tal exploración no haya sido emprendida por el propietario de los bienes en los 25 años transcurridos desde el descubrimiento de dichos medios tecnológicos o

b) Cuando ninguna tecnología permitiera razonablemente la exploración para la investigación o recuperación, y al menos hayan transcurrido 50 años desde la última declaración por el propietario.

Así pues, como se deduce de estos debates doctrinales y jurisprudenciales, la introducción en el texto de UNESCO del concepto de «abandono» en la definición de Patrimonio Cultural Subacuático planteaba problemas importantes de índole jurídica, agravados por que en el Ordenamiento Jurídico interno de algunos Estados tal concepto (abandono) es desconocido. Por ello, si la inclusión del término se consideraba necesaria, parecía básico, en aras de una mínima uniformidad conceptual, definirlo en la Convención. Obviamente, se trataba de una tarea que desbordaba las funciones asignadas a las sucesivas reuniones de expertos convocadas. Finalmente el concepto de abandono fue eliminado del texto.

La cuestión sobre si España hubiera podido salir beneficiada de prosperar la inclusión del concepto de abandono no es fácil de responder a priori. Si se considera, con la resolución judicial de instancia del citado tribunal estadounidense, que la firma de un tratado reconociendo la independencia de los nuevos países americanos suponía un abandono de las propiedades españolas existentes en tales países, incluidos los buques Estado hundidos, los galeones sumergidos no podrían ser reclamados con éxito por España cuando se encontraran en aguas de soberanía de Estados con los cuales se hubieran suscrito dichos tratados de reconocimiento de independencia.

De cualquiera de las maneras, aunque puntualmente pudiera beneficiar a nuestros intereses alegar la inexistencia de abandono de nuestros buques, debemos ponernos en guardia frente a un empleo del concepto en relación a buques de estado. Como veremos más adelante de estos es predicable el concepto de soberanía, que justifica la concesión de inmunidades, mientras que el abandono es un concepto de Derecho Civil, aplicable, y permítasenos la asimilación, a los bienes patrimoniales del Estado y no a los demaniales. Y precisamente, en la cúspide de la escala de la demanialidad diseñada por Duguit se encuentran los bienes afectos a la Defensa Nacional y, entre ello, los buques de guerra.

C) Alcance de la Convención: La inmunidad de los buques de guerra y otros buques de Estado.

El artículo 1.2 del proyecto de la Asociación de Derecho Internacional señalaba expresamente que la Convención no se aplicaría a los buques de guerra, aviones militares, buques auxiliares, otros barcos o aviones propiedad de un Estado u operados por él y usado a la sazón sólo para servicios no comerciales, así como a su contenido.

Sin embargo, el comentario al precepto pone de manifiesto que la exclusión de estos barcos del ámbito de aplicación del Proyecto no derivaba de su inmunidad soberana sino con el hecho de que los barcos y aviones propiedad del Estado u operados por él no pueden ser abandonados. A títulos de ejemplo de lo que considera una práctica internacional bien consolidada, se citan la Ley australiana de restos históricos de buques de 1976 o la Carta del Departamento de Estado de los Estados Unidos a la Administración Marítima (26), a la que ya nos hemos referido, a cuyo tenor «en ausencia de una transferencia o abandono expresos de un buque de guerra hundido de los Estados Unidos debe presumirse que el título sobre el mismo permanece residenciado en Estados Unidos» (27). Por otro lado, la misma Carta muestra que es también postura de este último país no conceder permiso a los descubridores privados con respecto a buques que contengan cadáveres de militares.

La inmunidad de los barcos de guerra ha sido un tema muy debatido en las diferentes reuniones de expertos habidas. El principio, además de responder a una práctica internacional unánimemente aceptada desde antiguo, se recoge en la actualidad, en el artículo 32 de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, según el cual «con las excepciones previstas en la subsección A y en los artículos 30 y 31, ninguna disposición afectará a las inmunidades de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales».

La inmunidad de los buques de guerra y otros buques de Estado se ha basado históricamente en distintas teorías:

1. En primer lugar, el fundamento de la inmunidad de los buques de guerra se encontraría en el concepto de extraterritorialidad acuñado por Vattel, y afirmado por distintos autores clásicos, tales como Fiore, Heffter, Ortolan, Phillimore, Calvo y Wheaton (28). Aquél autor define, en esta línea, el buque de guerra como «prolongación flotante y navegante del territorio estatal».

2. En tiempos recientes, sin embargo, se ha puesto de manifiesto que la extraterritorialidad de los buques de guerra no deja de ser una ficción jurídica (29). Lo relevante sería que los buques de guerra representan la

(26) 8 Digest of United States Practice in International Law.(1980).Págs. 999 y 1004.

(27) Traducción del autor.

(28) Citados por De Castro A: Problemas de Derecho Internacional Marítimo, Madrid, 1895, págs. 28 y 29.

(29) Colombos, C.J.: Derecho Internacional Marítimo. Editorial Aguilar. Madrid 1961. Pág. 361.

soberanía e independencia de un Estado, por lo que la jurisdicción de dicho Estado es exclusiva en tales circunstancias (30).

3. Por último, también se contempla la inmunidad de jurisdicción de los buques de guerra desde su consideración como prestatarios de servicios públicos, lo que permite incluir también a los buques de Estado destinados a servicios no comerciales (31). Los autores partidarios de esta tesis, mayoritaria en nuestros días, se fundamentan en la Sentencia de la Corte Permanente Internacional de Justicia en el Asunto Lotus (32).

En cualquier caso, lo relevante es que en cualquiera de los supuestos analizados la inmunidad consiste en la sustracción del buque a las competencias de los Estados distintos del de pabellón. Ahora bien, como la propia Convención del Derecho del Mar reconoce, en determinados casos incluso el buque de guerra debe respetar unas mínimas normas de policía local cuando se halla en aguas de soberanía estatal distinta de las del Estado de su pabellón (arts. 30 y 31 de la Convención).

La cuestión de la inmunidad de los barcos de guerra, afecta radicalmente a los intereses de España. Efectivamente dada nuestra condición de gran potencia marítima en el pasado nos resulta importante garantizar que los Estados ribereños no van a realizar reclamaciones con fundamento cultural, sobre los buques españoles hundidos en las aguas sometidas a soberanía o jurisdicción de dichos Estados.

Pero la primera de las cuestiones que debe analizarse es si los buques hundidos pertenecientes a España pueden considerarse, todos, buques de guerra, cuestión muy puesta en duda por algunos expertos gubernamentales, dadas las características, esencialmente, de los galeones.

Un análisis desde el punto de vista constructivo y finalista de los buques españoles nos lleva a hacer la siguiente clasificación de los mismos (33):

— **La Galera:** Este tipo de barco, movido esencialmente por la fuerza de propulsión de los remos de los galeotes que se encontraban a bordo, puede configurarse esencialmente como un barco de índole militar, destinado a facilitar el desembarco en otros navíos de las Tropas, que era esencialmente el medio de combatir en la mar hasta fines del siglo XVI. Sus

(30) De Azcárraga, J.L.: Derecho del Mar, Vol. Pág. 43.

(31) González Campos, J.D., Sánchez Rodríguez, L.I., Andrés Saenz de Santamaría, M.P.: Curso de Derecho Internacional Público, Vol. I. Universidad Complutense, Madrid, 1992, pág. 390.

(32) CPIJ, serie A, núm. 10, págs. 18 y 19.

(33) Casado Soto, José Luis: Los barcos del Siglo XVI y la Gran Armada de 1588. Ed. San Martín, Madrid 1983.

características eran las de un barco muy maniobrero, bajo de borda, afinado a sus líneas y con imposibilidad de montar cañones en sus costados.

— **La Galeaza:** Es un híbrido de transición entre la Galera y el Navío. Estaba concebida para solventar las carencias de la Galera aún a costa de sacrificar en parte las características básicas de ésta, la movilidad y la rapidez. Surge así un buque que lleva a proa y a popa dos castillos con varios pisos de baterías de artillería (por lo general 12 cañones a proa y 8 a popa); entre las bancadas de los 32 remos por banda que llevaba montaba un cañón pedrero y otro por encima de la cubierta de boga. Su aparejo eran 3 palos con velas latinas.

— **El Galeón:** El Galeón es el buque español por excelencia. Sin embargo hasta fines del siglo XVI se llamaban Galeones a los buques más alargados que la naves, con líneas de Galera con menor pantoque que los barcos ordinarios, y más ligero y maniobrero que aquellas. Su aparejo era un baupres, un palo mayor y un trinquete con velas cuadradas. Excepcionalmente montaba dos mesanas con velas latinas.

También se llamó Galeón con carácter genérico en esta época a cualquier buque de guerra con gran potencia de fuego (por ejemplo durante la época de Francisco I en Francia, se llamó Galeón a todas las Galeazas construidas en el Puerto de El Havre).

En España se llamó genéricamente Galeón a los buques que hacían el tráfico con América. Pero no se trataba de barcos de comercio ordinarios, ya que la acción casi permanente de la piratería obligó a armarse a los barcos y adoptar características de movilidad en su doble concepto de maniobrabilidad y velocidad. Por ello el Galeón de Indias en un barco mixto, de transporte y militar.

— **El Navío:** Con la finalidad esencial de batir adecuadamente a los Galeones se diseñó el Navío, barco esencialmente militar, con una potencia artillera impresionante, que montaba cañones incluso en proa en el eje longitudinal del barco.

Desde el punto de vista de lo que debe entenderse por buque de guerra en sentido material cualquiera de los mencionados debe incluirse dentro del concepto.

En cualquier caso en el proceso de negociación en el Patrimonio Cultural Subacuático, bastantes Naciones han sido reticentes, sobre la base de criterios pretendidamente arqueológicos, a la aceptación del principio de inmunidad soberana de los buques de guerra. Por ello, España propuso la solución de proteger los buques de guerra hallados en aguas interiores, archipelágicas, mar territorial y zona contigua con el consentimiento del Estado del Pabellón, que no fue, como veremos, aceptada.

A nuestro entender, existen suficientes razones que militan a favor de la inclusión expresa de la inmunidad soberana de los buques de Estado:

— Se trata de un principio de índole consuetudinaria, que se aplica, con carácter general, incluso a los Estados que no han ratificado la Convención sobre Derecho del Mar suscrita en Jamaica en 1982.

— Este principio no conoce en el Derecho Positivo Internacional ninguna excepción, salvo las limitaciones a la navegación derivadas del régimen de paso inocente o en tránsito —que en rigor no pueden considerarse derogaciones el principio de inmunidad soberana, sino concreciones del mismo—. La introducción de una «excepción cultural» a esta inmunidad podría ser un precedente disfuncional en el sistema, pudiendo incorporarse en otros textos convencionales excepciones basadas en argumentos pretendidamente humanitarios, medio ambientales, o de cualquier otra índole.

En cuanto a los argumentos manejados por los partidarios de no reconocer la inmunidad de jurisdicción de nuestros buques, se resumen sustancialmente en dos:

a) Se alega, en primer lugar, que los galeones y algunos otros buques usados durante los Siglos XVI a XVIII, no cumplen la definición de buque de guerra.

Ciertamente, el artículo 29 de la Convención de 1982 define al buque de guerra como «todo buque perteneciente a las Fuerzas Armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentra bajo el Mando de un Oficial debidamente designado por el Gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente Escalafón de Oficiales o su equivalente y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las Fuerzas Armadas Regulares». Pero esta definición, que interpretada textualmente pudiera no alcanzar a algunos de nuestros buques hundidos, sólo se aplica, por expresa dicción del precepto, a la propia Convención sobre Derecho del Mar. Resulta ciertamente absurdo aplicar una definición de 1982 a los buques del Siglo XVI.

En cuanto al concepto de buque de guerra, señalamos que, la primera definición del territorio relevante para el Derecho Internacional no se contiene en el *Corpus de La Haya* (34), a pesar de que en él se integran numerosas convenciones relativas al Derecho de los conflictos armados en la

(34) Constituido por las 18 Convenciones sobre el derecho de los conflictos armados surgidas de las Conferencias de Paz celebradas en dicha capital entre los años 1899 y 1907.

mar, sino en el Manual de Oxford (35). De conformidad con este texto doctrinal son barcos de guerra:

- «Los barcos pertenecientes a un Estado que, bajo la dirección de un mando militar y con tripulación militar, llevan, con autorización, el pabellón y la bandera de la marina de guerra».

- «Los barcos transformados por el Estado en barcos de guerra de conformidad con los artículos 3 a 6 del Manual».

Esta clasificación no es innovadora. Ronzitti muestra la similitud entre esta distinción y la que existe entre combatientes regulares e irregulares en el artículo 1 del Reglamento relativo a las Leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a la IV Convención de La Haya de 1907 (36).

A pesar de la eficaz simplicidad del concepto de barco de guerra incorporado al Manual de Oxford, han existido tendencias, que ya se manifestaron durante la discusión de dicho texto, a incluir dentro de la definición otros criterios característicos distintos de los finalmente recogidos en el Manual. Entre ellos el más frecuentemente utilizado es la afectación del barco a un servicio militar (37). En el documento de Oxford se eliminó dicho criterio por lo equívoco del concepto. En concreto, se pensó que se podría fácilmente identificar el «servicio militar» solamente con las acciones de combate o captura, con la consecuente marginación de las actividades logísticas, como el transporte (38), que en todo caso pueden ser desarrolladas lícitamente por los barcos de guerra.

En el sentir de algunos autores, una característica propia del barco de guerra sería la importancia del armamento a bordo, de modo que quedarían excluidos aquellos buques desarmados o que llevaran armamento individual o de un muy bajo calibre (39). Sin embargo, como señaló Rolin en la sesión de Oxford del Instituto de Derecho Internacional, durante la cual se aprobó el Manual al que nos venimos refiriendo, «en la definición de barco de guerra se trata de incluir requisitos formales y no materiales»,

(35) Manual de Oxford sobre las Leyes de la Guerra naval entre Beligerantes, de 9 de Agosto de 1913. Se trata de un texto de índole doctrinal elaborado por el Instituto de Derecho Internacional, cuyo valor radica en que trata de recopilar las normas consuetudinarias operantes en el momento de su adopción.

(36) Ronzitti, N. *Droit International Humanitaire applicable aux conflits armés sur mer* en *Recueil de Cours*, La Haya, 1993-II. Pág. 42.

(37) En nuestros días algunos autores echan de menos este carácter en las definiciones de buque de guerra. Por ejemplo Vukas.B: «L'utilisation pacifique de la mer, denuclearisation et désarmement» en *Traité du Nouveau Droit de la mer*, Dupuy, R.J y vignes, Paris, 1985. Pág. 1076.

(38) *Annuaire de L'Institut de Droit International*. Vol. VI, 1929,. Págs. 801 a 803.

(39) Así, Strisower durante la discusión del Manual de Oxford: *Annuaire de L'Institut de Droit International*, Edition Nouvelle Abrégée, 1929. Pág. 801.

aun cuando en casos como el que analizamos la presencia de ciertos equipos bélicos a bordo podrían conducir a la caracterización del barco a cuyo bordo se encuentran como «Fuerza Armada», en el sentido del título de la Sección II del Manual.

En relación con el concepto de buque de guerra, desde el punto de vista del Derecho de los conflictos armados no ha existido ninguna otra definición expresa que aporte novedad a la recogida en el Manual de Oxford. Sin embargo, en lo que podríamos denominar «derecho de la paz» si existen, paradójicamente, definiciones del concepto.

De un lado, la Séptima conferencia de la Comisión de Derecho Internacional, celebrada en 1955, adoptó la siguiente definición de barco de guerra:

«Barco perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado, que está bajo el mando de un oficial debidamente comisionado por el Gobierno, cuyo nombre figura en la lista de oficiales de la flota militar y cuya tripulación está sometida a la disciplina naval regular» (40).

Esta definición, aún formando parte del «Derecho de paz», deriva lógicamente, según de Vries (41), de los artículos 3 y 4 de la Convención de La Haya relativa a la conversión de barcos mercantes en barcos de guerra, de 1907 (LHVII). Efectivamente, en dichos artículos se recogen todos los elementos que integran la definición citada, excepto el de la pertenencia del buque a las Fuerzas Armadas.

La Octava Sesión de la Comisión añadió un dato importante: la necesidad de que el barco de guerra cuente con signos externos distintivos de los barcos de guerra de su nacionalidad. Dato este que, por cierto, era otro de los criterios exigidos en la Convención VII de La Haya, en concreto en su artículo 2.

Finalmente, la definición de barco de guerra de la Convención de 1958 sobre la alta mar, tras las sesiones mencionadas, fue la siguiente:

«Barco de guerra es aquel que pertenece a la marina de guerra de un Estado y que porte signos externos distintivos de los barcos de guerra de su nacionalidad, bajo el mando de un oficial de la Marina al servicio de aquel Estado e inscrito en el escalafón de oficiales o su equivalente y cuya dotación esté sometidas a las normas de la disciplina militar».

La definición de la Convención de 1982 es similar a la expuesta,

«Se entiende por buque de guerra todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores de los buques de

(40) ILC, Yearbook 1955, Vol. II p. 23 (Art. 7.2).

(41) De Vries, Warships.. op. Cit. Pág. 32.

guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente y cuya dotación está sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares» (art. 29 de la Convención de 1982 sobre Derecho del Mar).

No obstante, hay un elemento nuevo en esta definición: la necesidad de la pertenencia del barco, no ya a la marina de guerra de un Estado, sino a sus fuerzas armadas, dado que en los ejércitos contemporáneos es frecuente que existan barcos afectados a las fuerzas terrestres o aéreas, así como guardacostas o patrulleros dependientes de los ministerios de Defensa (art. 29 de la Convención de 1982) (42).

En lo que respecta al Manual de San Remo, contiene una definición de barcos de guerra en línea de continuidad con las expuestas:

«Buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de su tipo y nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado, cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares» (párrafo 13.g).

De acuerdo con el Manual de San Remo sólo los barcos así concebidos pueden ejercer derechos de combatiente. El concepto acogido abarca tanto los submarinos como los barcos de superficie y también los guardacostas o patrulleros que pertenecen a las fuerzas armadas, a los que con anterioridad nos referimos.

Junto al barco de guerra propio, el Manual de Oxford menciona los «barcos transformados», que pueden ser considerados una modalidad impropia de aquellos. A ellos dedicaron los codificadores de La Haya de 1907 una convención específica (43). Como pone de manifiesto Rousseau, la preocupación de la Conferencia de paz en orden a la transformación de barcos mercantes en buques de guerra está ligada a la previa abolición del corso, efectuada por la Declaración de París de 1856 (44). En efecto,

(42) Oxman, B: *Regimen des navires de guerre...* op. Cit. Pág. 814.

(43) Convención relativa a la transformación de buques de comercio en barcos de guerra, La Haya, 18 de octubre de 1907.

(44) Es interesante destacar, desde una perspectiva histórica que España —al igual que Estados Unidos, Méjico y Venezuela— no ratificó en principio aquella Declaración debido, precisamente, a su oposición a la regla que establecía la abolición del corso. Aún el Real Decreto de 23 de abril de 1898, dictado en relación al conflicto con Estados Unidos, establece la obligatoriedad de las reglas contenidas en la Declaración de París, a excepción de la relativa a la abolición del corso. Sólo se produjo nuestra adhesión por instrumento de 18 de enero de 1908.

toda vez que tras la prohibición, la insuficiencia de las marinas de guerra en caso de conflicto armado no podía ser solventada por la participación directa en las hostilidades de barcos pertenecientes a particulares, era necesario complementar las flotas navales de alguna otra forma. A tal fin colaboraron dos tipos de prácticas:

- Por un lado, mediante la incorporación de las flotas voluntarias, entendiéndose por tales aquellas que están compuestas por mercantes sometidos en todo a la disciplina y a las órdenes del Estado al que sirve.

Estas flotas voluntarias, que en poco diferían de las corsarias, fueron utilizadas, entre otros países, por España con ocasión de la guerra contra los Estados Unidos, en 1898 (45). En aquella ocasión se organizó, con buques de la Marina mercante española, un servicio de «cruceiros auxiliares de la Marina militar», que cooperaría con esta para las necesidades de la campaña y actuaría con sujeción al fuero y jurisdicción de la Marina de Guerra.

— En paralelo, se desarrolla una nueva fórmula: la transformación, en caso de necesidad, de los barcos mercantes en barcos de guerra. La Convención VIII de 1907, a la que ya nos hemos referido, sujeta la legalidad de la transformación al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Control por parte del Estado beligerante (manifestado en la directa autoridad, vigilancia inmediata y responsabilidad de la Potencia a la que sirve).

- Signos exteriores de barco de guerra.
- Mando por oficiales profesionales.
- Sometimiento de la tripulación a la disciplina militar.
- Inscripción, a la mayor brevedad, en la lista de barcos de su Marina militar.

- Inscripción, a la mayor brevedad, en la lista de barcos de su Marina militar.

- Observancia por parte del barco transformado de las leyes y usos de la guerra.

A estos requisitos, el Manual de Oxford añadió dos:

- La obligatoriedad de que la transformación fuera hecha en alta mar, en las aguas de un Estado beligerante o aliado o en las aguas ocupadas por uno de éstos.

- La prohibición de retransformación en civil de los barcos durante la duración de las hostilidades.

(45) Vid, Real Decreto de 23 de abril de 1898. Colección Legislativa del Ejército, año 1898, núm. 129. Pág. 220.

A cambio, el Manual amplió los tipos de barcos que pueden ser transformados. Mientras en la concepción de la Convención de 1907 sólo podían serlo los mercantes, ahora se incluyen también los barcos públicos o de Estado así como los privados no mercantes, tales como los de recreo (artículo 3).

La transformación fue utilizada profusamente por los contendientes durante las dos guerras mundiales (46).

Una cuestión que merece ser analizada es la que atañe a las diferencias existentes entre la transformación en buques de guerra y la requisita por parte de los beligerantes de barcos particulares para el transporte de tropas u otros usos relacionado con las hostilidades. A nuestro entender, en este último caso los barcos requisados no se convierten en buques de guerra salvo que cumplan los requisitos de aquellos, aunque sí pueden ser conceptuados como buques de Estado o, simplemente, públicos.

Un último aspecto del concepto de barco de guerra lo constituye el estatus de los submarinos. Discutida durante largo tiempo la identificación legal de los submarinos como barcos de guerra, cabe decir que, en nuestros días, no se plantea la cuestión (47), aunque ello plantee problemas, que serán estudiados en su momento, derivados de las dificultades que en la práctica tienen los submarinos para cumplimentar las obligaciones impuestas a los barcos de guerra. Consecuentemente, los modernos desarrollos del Derecho de los conflictos armados en la mar consideran aplicable a los submarinos todas las normas relativas a los barcos de superficie. En este sentido, por ejemplo, el Manual de San Remo, recoge de forma expresa la regla: «las naves de superficie, los submarinos y las aeronaves están obligados por los mismos principios y normas» (párrafo 45).

Por ello, debe aceptarse un concepto amplio de buque de guerra, teniendo en consideración las mutaciones funcionales y constructivas de los barcos a lo largo de la Historia, y además los cambios de concepción jurídica que hacen hoy imposible que buques como, por ejemplo, los corsarios, sean considerados buques combatientes lícitos, solución perfectamente admisible hasta mediados del siglo XIX (en concreto, hasta la Declaración de París de 1856).

(46) Vid, Rousseau, *Le Droit des Conflits Armés*, op. Cit. Pág. 225.

(47) Históricamente, y hasta después de la segunda Guerra Mundial la postura oficial británica al respecto era la consideración de los submarinos como armas pérfidas. Véase en este sentido, Rousseau, *Le Droit des Conflits Armés*, op. Cit. Pág. 244 y ss y Azcárraga, J.L de, «Evolución del derecho de la Guerra Submarina» en *La Guerra Moderna*, Tomo V, Universidad de Zaragoza, 1958.

En este sentido debe recordarse que otros instrumentos convencionales recientes optan por otras definiciones de buque de guerra. En concreto el artículo 4 de la Convención Internacional sobre salvamentos marítimos, de 1989, determina que «La Convención no se aplicará a los barcos de guerra y otros buques propiedad de y operados por un Estado y dotados, en el momento de las operaciones de salvamento, de inmunidad soberana al amparo de los principios generalmente reconocidos en Derecho Internacional, al menos que ese Estado decida otra cosa».

Por otro lado, debe recordarse que la inmunidad se predica no sólo de los buques de guerra, sino también de los buques auxiliares y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales. Así lo establece la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982. En opinión de Cervera (48), del análisis de las disposiciones relevantes tanto de la Convención mencionada como de su precedente (Convenio de Ginebra de 1958) se deduce que el concepto básico sobre el que debe aplicarse el principio de inmunidad soberana es el de buque de Estado, que englobaría tanto el buque de guerra, como barcos destinados a fines específicamente estatales o públicos y que no son buques mercantes de estado.

En este aspecto, aún cabría discutir el carácter de los buques españoles dedicados a la Carrera de Indias, puesto que se dedicaban preferentemente al transporte de oro y plata. En cualquier caso, parece que invocar el sentido actual de la expresión «servicio público no comercial» no es un ejercicio útil cuando se trata de enjuiciar el régimen de los buques operantes durante los siglos XVI a XVIII. Así lo hicieron constar, formulando reservas en tal sentido, al ratificar el Convenio de Ginebra de 1958 (49) sobre el alta mar, un gran número de Estados, entre los que se incluían todos los pertenecientes a la órbita soviética hasta 1989 (Albania, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumania, etc.), para quienes la inmunidad soberana alcanzaba a todos los navíos de Estado y no sólo a los de guerra o a los de Estado no dedicados a servicios no comerciales.

En cualquier caso, reiteramos que nos parece claro que debe sostenerse la inmunidad soberana de los buques de Estado en un sentido muy amplio que abarcaría en todo caso nuestros navíos históricos, incluso los dedicados al transporte entre la Península y las Provincias de América.

(48) Cervera Pery, J: *El Derecho del Mar: Evolución, Contenido, Perspectivas* (De las Bulas Papales al Convenio de Jamaica). Editorial Naval, Madrid, 1992, pág. 173.

(49) De Azcárraga, J.L.: *Derecho del Mar*, Vol. I. Universidad de Alcalá de Henares, 1983, Pág. 49.

b) El segundo de los argumentos en contra del reconocimiento de inmunidad a los barcos hundidos se basa en que los pecios no pueden reputarse como buques, sino como restos, a los que no alcanza la inmunidad. Puede contestarse, sin embargo, que ni el Derecho Consuetudinario ni la Convención de 1982 contemplan el supuesto de pérdida de la inmunidad por naufragio o hundimiento del buque, hechos que resultan irrelevantes a tales efectos.

A pesar de la existencia de sólidos argumentos a favor del reconocimiento de la inmunidad soberana de los buques de guerra y otros buques de Estado, que justifica sobradamente su exclusión de la Convención, la reunión de expertos gubernamentales convocada por la UNESCO en julio de 2001 partió de dos posiciones sumamente enfrentadas: la de quienes consideraban que los buques de Estado no debían ser sometidos a una regulación específica, sometiéndose in toto a la reglamentación del Convenio, sobre la base de que los buques hundidos no conservaban inmunidad de jurisdicción (militaban a favor de esta tesis los países integrantes del denominado grupo de los 77, entre ellos los sur y centroamericanos) frente a quienes eran partidarios bien de excluir dichos buques del ámbito de aplicación de la Convención, bien de incluirlos pero con un régimen diferenciado del resto de los restos culturales, en atención a la inmunidad de que gozan (se incluye aquí, con diversas matizaciones, el denominado grupo de los afines: Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania, Francia, Rusia, Holanda, Suecia y España, básicamente).

La solución final adoptada no es, desde mi punto de vista, convincente: Se ha optado por incluir una definición genérica de buque de Estado que engloba a los buques de guerra y otros buques de Estado, siguiendo en líneas generales el modelo de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Buques y aeronaves de Estado son los buques de guerra y otros buques o aviones pertenecientes o utilizados por un Estado, en el momento de su hundimiento, sólo para un servicio público no comercial, siempre que estén incluidos en la definición de Patrimonio Cultural Subacuático».

Sin embargo, el paralelismo entre la definición de la Convención de 1982 y la incluida en el texto de 2001 no es completo:

- Por razones que nos resultan desconocidas y de difícil explicación, las denominadas «naves auxiliares», que en la dicción del artículo 232 de la Convención de 1982 gozan también de inmunidad soberana no han sido incluidas en el concepto de buque de Estado.

En este sentido, este texto internacional no contiene definición alguna de tales naves puede usarse a tal efecto la contemplada en el Manual de

San Remo (50), generalmente reconocida como de índole consuetudinaria. Para el Manual una nave auxiliar es una nave que, no siendo de guerra, pertenece a las Fuerzas Armadas de un Estado o que está bajo su control exclusivo y es utilizada, durante un período determinado, para servicios gubernamentales no comerciales.

La mencionada definición debe ponerse en relación con la denominada cláusula de salvaguardia introducida en el artículo 2, titulado «objetivos generales». Dicha cláusula determina que, de conformidad con la práctica de los Estados y con el Derecho Internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del mar, nada de lo dispuesto en la Convención de la UNESCO se interpreta en el sentido de modificar las normas de derecho internacional y la práctica de los Estados relativas a las inmunidades soberanas o cualquiera de los derechos de un Estado respecto de buques y aeronaves de Estado.

Dicha cláusula nos parece inadecuada para los intereses de España por dos razones fundamentales: en primer lugar porque sitúa la cuestión de las inmunidades soberanas al albur de la práctica de los Estados (51) y solo en segundo lugar en el ámbito del Derecho Internacional. En segundo lugar, no soluciona el problema de fondo, puesto que no impide la atribución de competencias al Estado ribereño sobre buques extranjeros que gozan de inmunidad.

Por último, una somera referencia a un aspecto también debatido en relación con la cuestión de la inmunidad. Algunas delegaciones pretendieron establecer una separación entre carga y buque de guerra, a los efectos de reconocer sólo a este último la inmunidad. Obvio es decir que lo que buscaba era una habilitación para la extracción de la frecuentemente valiosa carga de los galeones españoles. En cualquier caso, esta postura no tuvo éxito, dado que el concepto de inmunidad viene a significar, precisamente y entre otras cosas, que la carga del buque de guerra no puede ser apresada. Por ello, es distorsionante y carente de apoyatura jurídica pretender hacer una distinción entre el buque y su contenido a los efectos de la inmunidad.

(50) El Manual de San Remo es un texto de naturaleza doctrinal redactado bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja, y el Instituto de Derechos Humanos de San Remo (Italia), por un grupo de ius internacionalistas, miembros de la Armada y expertos gubernamentales. Su valor radica en que recoge la costumbre internacional en materia de Derecho de la Guerra Marítima.

(51) Ello debe llevar a España a extremar la diligencia para que, en los Convenios que firme con otros países para la protección del PCS, quede claramente establecida la inmunidad soberana sobre nuestros buques de guerra y de Estado no dedicados a servicios públicos comerciales. No

D) Los principios generales de la protección en las distintas zonas:

— **La creación de una «zona de patrimonio cultural».**

La Recomendación 848 (1978) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ya preveía en el punto 4 de su anexo que «la jurisdicción nacional deberá extenderse hasta un límite de 200 millas, con un acuerdo internacional que proporcione un tratamiento recíproco de los hallazgos culturales situados en países distintos a aquéllos en cuyas zonas culturales fueran encontrados».

En sentido similar el proyecto de la Asociación de Derecho Internacional preveía la creación de una «zona de patrimonio cultural» que podría ser declarada por los Estados Partes en la Convención debiendo, en tal caso, ser notificada al resto de los Estados miembros.

También desde el punto de vista doctrinal, la fórmula ha recibido un tratamiento favorable. Así, a título de ejemplo, Leanza ha acuñado el término «zona arqueológica marina», que funda, a mi entender de manera insatisfactoria, en la Convención sobre Derecho del Mar de 1982 (52). Como hemos expuesto precedentemente, nada en este texto convencional autoriza la creación de una zona de esta naturaleza.

Por el contrario, la propuesta de establecer una zona específica, que no fue acogida en los sucesivos textos redactados en el seno de la UNESCO, partía del fracaso del sistema diseñado por la Convención sobre Derecho del Mar. Como en su momento apuntamos, el artículo 303.2 de esta última establecía una ficción legal, que adjetivábamos como disfuncional, consistente en atribuir ciertas facultades de control al Estado ribereño sobre las excavaciones realizadas en su zona contigua.

La fórmula tampoco ha encontrado eco en la práctica de los Estados, que han optado, bien por usar la plataforma continental como espacio de referencia para establecer su jurisdicción territorial sobre el mar (como España (53), Australia o Irlanda), bien una zona de pesca de 200 millas (Dinamarca) bien la Zona Económica Exclusión (Marruecos). Sólo Francia parece alinearse con la Convención de 1982 fijando como punto de referencia para la protección la zona contigua.

En cuanto a las características básicas de la «Zona de Patrimonio Cultural» prevista en el proyecto de la ADI, son básicamente las siguientes:

1. En cuanto a sus dimensiones, se trataría de una zona coextensa con la plataforma continental.

(52) Leanza, U.: «La zona archeológica marina e la protezione dei beni culturali subacquei» en Paone, P. (ed.): *La protezione internazionale e la circolazione dei beni culturale mobili*, Napoles, Editoriale Scientifica, 1998, Pág. 95.

(53) Ley 16/1985, de 26 de junio, de Patrimonio Histórico Español.

2. En ella los Estados Parte tendrán jurisdicción sobre las actividades que afecten al PCS.

3. Como contrapartida, en dicha zona de Patrimonio Cultural el Estado ribereño estaría obligado a adoptar las medidas necesarias para asegurar que las actividades que afecten al Patrimonio Cultural Subacuático cumplan con las previsiones de la Carta ICOMOS.

— **La protección en los espacios marinos delimitados en la Convención sobre Derecho del Mar de 1982.**

A pesar que, como se dijo, las razones del fracaso de otros textos internacionales, tales como el Proyecto de Convención Europea sobre Patrimonio Cultural Subacuático, radicarón en la alteración del régimen de atribución competencial en los distintos espacios marítimos previsto en la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, la Convención de la UNESCO insiste en incidir en esta materia, provocando numerosas discusiones y descoordinaciones con el texto de Jamaica.

Analizaremos las disposiciones de la Convención siguiendo el esquema efectuado en la misma, que diferencia en sus artículos 7 a 12, el patrimonio cultural en las distintas áreas.

— Aguas Interiores, Archipelágicas y Mar Territorial.

El proyecto de la Asociación de Derecho Internacional contemplaba una fórmula muy flexible de aplicación de las normas sobre protección en las zonas sujetas a soberanía estatal, que consistía en que cada Estado Parte debía transmitir una copia de la Carta ICOMOS a todas las autoridades relevantes de su país, requiriéndoles a adoptar las medidas apropiadas para aplicar dicho texto como mínimo, a todas las actividades desarrolladas en sus aguas interiores y mar territorial. Se trataba con ello de evitar interferencias en la legislación estatal de muchos países que, en ocasiones optaban por aplicar las mismas pautas arqueológicas en tierra y en los espacios marinos.

Ya en el ámbito de UNESCO, las primeras formulaciones del proyecto de Convención no mencionaban completamente los derechos y deberes del Estado ribereño en las zonas marítimas de soberanía estatal. Parecía subyacer la idea de que dichas áreas, precisamente por ser de soberanía del Estado ribereño, estaban sometidas a las Leyes y Disposiciones dictadas por el mismo. De esta forma el objetivo principal de la Convención estaba enfocado a la protección en aguas internacionales.

Ello no significaba que no existieran otro tipo de disposiciones, de carácter internacional, que incidieran en este ámbito territorial: entre ellas mencionaremos la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, de 1954, la Convención sobre los Medios para Prohibición y Prevención de la Transferencia, Importación y Expor-

tación de los Bienes Culturales, de 1970, y la Convención relativa a la Protección del Patrimonio Cultural y Natural Mundial, de 1972. Asimismo existen otro tipo de disposiciones como la Recomendación sobre los Principios Internacionales aplicables a las excavaciones arqueológicas.

No obstante, a partir de la reunión para la redacción de la Convención de la UNESCO celebrada en 1999, se llegó a la conclusión de que sería conveniente introducir un precepto que previera la obligación para los Estados costeros de aplicar las reglas arqueológicas incluidas en el Anexo a la Convención en los espacios marinos bajo su soberanía. Dos posiciones básicas se plantearon en relación a esta materia:

- En primer lugar, la de quienes manifestaron que dicha obligación podía, en ocasiones, plantear dificultades de coordinación con la legislación interna de algunos Estados. Los expertos que se posicionaron en esta línea argumental sugirieron que se incluyera un texto no vinculante jurídicamente.

- Un segundo grupo de expertos manifestaron la incongruencia de quienes eran partidarios de establecer la aplicación del Anexo en la Zona Económica Exclusiva y en la plataforma continental y, sin embargo, se oponían a que existiera una obligación en tal sentido en los espacios sometidos a soberanía (54).

Finalmente, el texto aprobado en 2001, opta por detallar con cierta amplitud el régimen jurídico aplicable al PCS situado en aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial, en las siguientes líneas:

1. Se reconoce el derecho de los Estados a reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al PCS en tales zonas de soberanía.

2. Se establece la obligación para los Estados Parte de exigir que las normas que figuran en el Anexo a la Convención se apliquen a las actividades dirigidas al Patrimonio Cultural Subacuático situado en sus aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial. Ello sin perjuicio de otros Acuerdos Internacionales y normas de derecho Internacional.

Pocas diferencias se han plasmado en estos aspectos en el texto final con respecto a los borradores de trabajo redactados a partir de 1999.

3. Sin embargo, el apartado 3 del artículo 7 sí contiene una previsión novedosa en esta materia con respecto a versiones anteriores, consistentes en que los Estados Parte deberán informar al Estado del vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica, del descubrimiento de tales buques o aeronaves que sean identificables en las zona marítimas sometidas a plena soberanía.

Este último apartado merece un somero comentario, puesto que fue introducido por la delegación española, contra el parecer de algunos Esta-

(54) CLT-99/CONF. 204/CLD.7.

dos como Estados Unidos, Gran Bretaña y Canadá, que consideraban que debería buscarse fórmulas alternativas menos coercitivas.

El apartado tiene interés por dos razones básicas:

- En primer lugar, porque supone una mínima garantía para el Estado de pabellón ante el debilitamiento del derecho de inmunidad soberana de los buques de Estado que el texto ha asumido. Débil garantía, sin embargo, puesto que tal información se encamina a «cooperar sobre los mismos métodos de protección de los buques y aeronaves de Estado». Por otro lado, el precepto puntualiza que tal información se proporcionará «en el ejercicio de la soberanía» del Estado ribereño, previsión que tiende a afirmar la total competencia de dicho Estado en sus aguas de soberanía.

- Por otro lado, se atribuye el derecho a ser informado de los descubrimientos, no sólo al Estado de pabellón sino también a los demás Estados con un vínculo verificable, «en especial de índole cultural, histórica o arqueológica» lo que resulta beneficioso para Estados como Perú que por ser el origen del oro y la plata de galeones hundidos en terceros países pueden ahora exigir ser informados de ciertos descubrimientos.

No obstante, a pesar del favorable efecto para España de este concepto durante las consultas informales celebradas en París durante los días 15 y 16 de junio de 2001, en relación al régimen que con respecto al buque de guerra debía adoptarse, la delegación española presidida por el Embajador de Yturriaga «sugirió» la supresión de la referencia a «otros Estados con un vínculo comprobable» limitándose al Estado de pabellón. Obvio es decir que fue un empeño sin éxito. Frente a la fórmula finalmente aceptada, España había venido defendiendo el concepto de «Estado interesado» recogida en el artículo 149 de la Convención sobre Derecho del Mar, que hace alusión a los «derechos preferentes del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico».

— Zona contigua.

Como ya ha sido puesto de relieve, tanto el proyecto de la ADI como la Recomendación 848 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa hacían alusión al régimen operante en la zona contigua. Ciertamente, desde una adecuada comprensión de la naturaleza puramente funcional de los derechos del Estado ribereño en esta zona, no puede pretenderse establecer un estatuto diferenciado en ella, fuera de las especialidades expresamente contempladas en la Convención sobre derecho del Mar. Como pone de manifiesto Pastor (55) el origen del espacio marítimo denomina-

(55) Pastor Riduejo, J.A.: Curso de Derecho Internacional Público, Edit. Tecnos. Madrid 1986. Pág. 318.

do «zona contigua» se encuentra en las Hoverings Acts británicas de principios del Siglo XVIII, en virtud de las cuales se permitía la adopción de medidas contra los buques que navegaran de forma que permitiera suponer que trataban de burlar la legislación aduanera o fiscal. Este objetivo, aún ampliado en algunas ocasiones a otros fines, como los de policía sanitaria, pesquera, o de seguridad (56) permite otorgar al Estado ribereño competencias rigurosamente limitadas.

Por esta razón nos parece criticable, como ya apuntamos, el régimen de 1982 en lo que hace al PCS en la zona contigua. En la misma línea, merecen un juicio desfavorable los intentos finalmente exitosos de introducir previsiones específicas en la Convención de 2001 sobre los derechos y obligaciones del Estado ribereño en la zona contigua sobre el PCS hallado en ella, alterando, también en esta área, el esquema de distribución competencial entre los distintos Estados que tanto había costado lograr en la Convención de Jamaica.

Así, la Convención de 2001 va más allá de lo establecido en 1982, puesto que se permite que los Estados reglamenten y autoricen las actividades dirigidas al PCS en su zona contigua. Al hacerlo exigirá que se apliquen las normas relativas las actividades dirigidas al Patrimonio Cultural Subacuático, que acompañan a la Convención como Anexo.

Esta previsión no estaba contenida en el artículo 303.2 de la Convención sobre Derecho del Mar. El único objetivo de este precepto, es textualmente, «fiscalizar el tráfico de objetos de carácter arqueológico o histórico», y no otro. Por ello hubiera sido preferible enmarcar en esta idea cualquier solución con respecto a la zona contigua. Por otro lado, debe ponerse de relieve una vez más, que el fondo marino correspondiente a la zona contigua es plataforma continental (a tenor de lo dispuesto en el art. 76 del texto de Jamaica), lo que puede suponer una duplicidad de regímenes en tal área.

— Zona económica exclusiva y Plataforma Continental.

Como resultado de la introducción en el proyecto de la Asociación de Derecho Internacional del concepto de «zona de patrimonio cultural» con las características y efectos que ya analizamos, dicho texto no contiene previsión específica alguna en relación al régimen del Patrimonio Cultural Subacuático en áreas fuera de la estricta soberanía estatal. Con ello se sigue el espíritu de la Convención sobre el Derecho del Mar, que, como se

(56) Por ejemplo en la resolución adoptada en 1928 por el Instituto de Derecho Internacional (Annuaire de l'Institut de Droit International, 1928, vol. 34. Pag. 656).

vió (57), no otorga a los Estados ribereños ningún tipo de competencia sobre las actividades que afectan al Patrimonio Cultural Subacuático en una zona económica exclusiva ni en la plataforma continental.

Este fue también el planteamiento predominante en el origen del debate que finalizó con la adopción de la Convención de la UNESCO. No obstante, como en tantos otros aspectos, las condiciones de llegada en nada se parecen a las que fundamentaron el espíritu con que se inició el proceso negociador.

Efectivamente, ya en los debates que tuvieron lugar en 1998, los expertos gubernamentales se posicionaron en torno a dos ideas antagónicas: Para un primer grupo de expertos no se consideraba suficiente la creación de una «Zona del Patrimonio Cultural Subacuático», en los términos del proyecto de la ADI, aún cuando, como se manifestó por algún participante, dicha zona podría incluir porciones de espacio marítimo pertenecientes a la zona económica exclusiva o a la plataforma continental. Para este sector sería preferible establecer un régimen obligatorio en estas últimas zonas, sin dejar, como sucedería con la zona de Patrimonio Cultural Subacuático, un amplio espacio a la discrecionalidad estatal para ampliar sus competencias en tales áreas. Se trataba en suma de establecer un régimen legal en la ZEE y en la plataforma consistente en la atribución de competencias adicionales para el Estado ribereño. Tales expertos argumentaban que si bien la Convención sobre Derecho del Mar no atribuía expresamente tal competencia al Estado ribereño, tampoco prohibía dicha atribución. Adicionalmente se alegó que el artículo 303.1 de dicho texto convencional, al imponer sobre los Estados la obligación general de proteger el PCS y cooperar a tal efecto, no efectuaba ningún tipo de restricción espacial, de modo que se trataba de una obligación aplicable al conjunto de los espacios marítimos, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

Un segundo grupo de expertos gubernamentales, entre los que se encontraron los integrados en la delegación española, consideraron que la competencia para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático en la ZEE y en la Plataforma, se atribuía, a falta de un criterio geográfico, al Estado del pabellón de los buques. Entendían, consecuentemente, que la inclusión de un precepto destinado a atribuir dicha competencia al Estado ribereño equivalía a una arriesgada renegociación de los términos de la Convención sobre Derecho del Mar.

(57) Recogidas en el informe final de la segunda reunión de expertos gubernamentales sobre el proyecto de convención sobre protección del Patrimonio Cultural Subacuático, CLT-99/CONF-204.

Tras la reunión de 1999 el esquema quedó resumido en tres opciones alternativas para los artículos entonces numerados como 5, 6 y 7 y cuyas rúbricas eran, respectivamente las de «Patrimonio Cultural Subacuático en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental», «Prohibición de usar ciertas aéreas bajo jurisdicción del estado ribereño» y «Prohibición de ciertas actividades por nacionales y buques».

La opción número 1 reflejaba la posición de quienes estaban a favor de garantizar competencias a los Estados ribereños en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental. El texto decía así:

1. Los Estados partes exigirán que cualquier descubrimiento relativo al Patrimonio Cultural Subacuático que se produzca en su zona económica exclusiva o en su plataforma continental sea puesto de manifiesto a sus autoridades competentes.

2. Los Estados partes pueden regular (las actividades dirigidas a) Patrimonio Cultural Subacuático en su zona económica exclusiva y sobre su plataforma continental. Al hacerlo los Estados partes exigirán el cumplimiento, como mínimo, de las reglas del anexo, en particular tomando en consideración las necesidades de conservación e investigación.

3. Los Estados partes pueden prohibir la realización de (actividades dirigidas a) patrimonio cultural subacuático que tengan el efecto de (injustificadamente) (interferir con la exploración o explotación de sus recursos naturales, vivos o no vivos, y con otros derechos o jurisdicción que les corresponda al amparo de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar en estas zonas).

La opción número 2 recogió los puntos de vista de los expertos opuestos a reconocer competencia alguna sobre el Patrimonio Cultural Subacuático mas allá de la zona contigua. El texto propuesto era el siguiente:

Artículo 5 Patrimonio Cultural Subacuático en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental.

En el ejercicio de sus derechos soberanos en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental, tal y como están previstos en la Convención sobre Derecho del Mar, Los Estados Parte tendrán en cuenta la necesidad de proteger el Patrimonio Cultural Subacuático de acuerdo con la presente Convención.

Por último, se incluyó una tercera propuesta alternativa debida al presidente del Grupo de Trabajo dedicado al estudio de los aspectos jurisdiccionales en las distintas áreas, que se planteó como una fórmula de compromiso frente a las dos anteriores opciones. En sus aspectos relevantes, dicha propuesta decía:

Artículo 5: Patrimonio Cultural Subacuático en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental.

1. Los Estados Parte serán notificados de cualquier actividad o descubrimiento relativo al Patrimonio Cultural Subacuático que suceda en su Zona Económica Exclusiva o en su Plataforma Continental.

2. Tal Estado adoptará todas las medidas adecuadas para la valoración y registro de tal información.

3. Los Estados, cuando sea apropiado, intercambiarán información con las autoridades competentes de otros Estados interesados, en particular los Estados cuyos nacionales hicieron el descubrimiento.

4. Los Estados pueden autorizar intervenciones de carácter protector e investigación científica del Patrimonio Cultural Subacuático descubierto. A tal fin, consultarán con las autoridades competentes del Estado cuyos nacionales o buques de su pabellón pretendan implicarse en tales actividades para asegurarse de que tales actividades:

a) Cumplen, como mínimo, con las reglas del Anexo.

b) Implican la participación de expertos competentes del Estado Parte en cuya Zona Económica Exclusiva o en cuya Plataforma continental sea descubierto el Patrimonio Cultural Subacuático.

5. Los estados Parte prohibirán:

a) Cualquier actividad dirigida al patrimonio Cultural Subacuático en violación de los apartados 1,2,3 o 4 del presente artículo.

b) El uso de su territorio, incluyendo sus textos marítimo y terminales offshore o cualquier otra zoon bajo su jurisdicción, tal como la Plataforma Continental o la Zona Económica Exclusiva en violación de los apartados 1,2,3 y 4.

Así las cosas se llegó a la reunión celebrada en junio de 2000 con tres propuestas diferenciadas, no solo en su redacción gramatical sino en su concepción básica de fondo. Durante los debates habidos durante esta última se plantearon dos soluciones que trataban de llegar a una fórmula de compromiso que englobara las tres posiciones previas. En primer lugar, la Delegación Argentina, que se caracterizó como una de las más combativas a favor del reconocimiento de competencias al Estado ribereño presentó una propuesta caracterizada por los siguientes extremos:

1. Un Estado Parte puede exigir ser informado de todos los descubrimientos o actividades dirigidos al patrimonio cultural subacuático situado en la plataforma continental y zona económica exclusiva.

2. Dicho Estado podrá adoptar medidas para asegurar la protección efectiva de tal patrimonio

3. Todos los Estados parte se asegurarán de que cuando un nacional o barco autorizado a enarbolar su pabellón realice actividades relativas al

patrimonio cultural subacuático en la plataforma continental o en la zona económica exclusiva de otro Estado Parte este último será informado de dichas actividades.

Por su parte el Presidente del grupo de trabajo dedicado al estudio de esta materia hizo una propuesta, que no llegó a ser aprobada por falta de tiempo, cuyo sentido era, por un lado, establecer la obligación de todo Estado de proteger el patrimonio cultural subacuático encontrado en su zona económica exclusiva y plataforma continental y, por otro, determinar que todos los Estados tienen una especial responsabilidad para la coordinación de las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático y para la protección de los descubrimientos en su zona económica exclusiva y plataforma continental, en este último caso teniendo en cuenta el interés en evitar interferencias injustificadas con el ejercicio de los derechos de soberanía o jurisdicción en tales zonas de acuerdo con el Derecho Internacional.

Sobre esta propuesta del Presidente formulada en 2000 se fue articulando el consenso en las sucesivas reuniones informales celebradas a lo largo del período transcurrido entre junio de 2000 y julio de 2001.

La fórmula final adoptada en el texto definitivo contiene los siguientes elementos:

1. Información

a) Todos los hallazgos y actividades deberán ser comunicados al Estado del pabellón.

b) Cuando se realicen en la ZEE/PC de otro Estado se da la opción — que deberá ser plasmada en una declaración formal— de comunicación directa al Estado ribereño o de comunicación a todos los Estados Partes a través del Estado del pabellón.

c) El Estado del pabellón debe transmitir la información al Director General de la UNESCO, quien a su vez la transmitirá a todos los Estados Partes.

d) El Estado ribereño, en su calidad de coordinador, deberá celebrar consultas sobre la mejor manera de proteger el PCS con todos los Estados que tengan un vínculo comprobable con el patrimonio y declaren su interés en participar en las consultas. La delegación española consiguió que se destacara especialmente el vínculo histórico cultural o arqueológico.

2. Protección

a) El Estado ribereño actuará como coordinador de las consultas, salvo que renuncie expresamente a ello. Podrá adoptar las medidas de protección acordadas, conceder las autorizaciones necesarias y realizar las investigaciones preliminares precisas.

b) El Estado coordinador podrá unilateralmente tomar medidas y conceder autorizaciones en circunstancias extraordinarias y urgentes.

c) El Estado ribereño podrá prohibir las actividades de terceros Estados para impedir injerencias en sus derechos soberanos o jurisdicción en la ZEE/PC de conformidad con el derecho internacional.

Como resumen, pues, se produce un incremento importante de las competencias del Estado ribereño, que a título de «Estado coordinador» se convierte en la clave del sistema cuando el Patrimonio está en su Zona Económica Exclusiva o en su Plataforma Continental.

E) Los derechos de los descubridores privados y las normas sobre salvamentos marítimos.

El proyecto de la Asociación de Derecho Internacional contenía en su artículo 4.º una cláusula previendo que el Patrimonio Cultural Subacuático, incluido en el ámbito de aplicación de la Convención no estaría sujeto al Derecho de Salvamento.

En idéntico sentido, el Anexo de la Recomendación 848 (1978), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (58), denominado «requisitos legales mínimos» determina que «las normas sobre salvamentos en vigor no deberán aplicarse a los bienes protegidos» (59).

Sin embargo el texto final de la Convención modula el principio, estableciendo ciertas excepciones. El texto literal del artículo determina que «ninguna actividad relacionada con el Patrimonio Cultural Subacuático a la que se aplica la presente Convención estará sujeta a las normas sobre salvamento y hallazgos, a no ser que:

a) esté autorizada por las autoridades competentes, y

b) esté en plena conformidad con la presente Convención, y

c) asegure que toda operación de recuperación de patrimonio cultural subacuático se realiza con la máxima protección de éste».

La solución, que nos parece criticable, es el resultado del compromiso. En las discusiones habidas en el seno del Comité de Expertos y en las reuniones de expertos gubernamentales, la posibilidad de aplicar al Patrimonio Cultural Subacuático las normas sobre salvamentos (y, eventualmente, hallazgos) (60) ha dividido a arqueólogos, juristas y representantes de otras organizaciones, manifestándose argumentos a favor y en contra de

(58) Citada y someramente analizada en la página 10 de este documento.

(59) Traducción efectuada por el autor.

(60) En el informe preliminar sobre la cuarta reunión de expertos gubernamentales sobre el proyecto de Convención celebrada en la sede la UNESCO los días 26 de marzo a 6 de abril de 2001, se recoge como rúbrica del artículo 5 la de «relationship to law of salvage and law of finds».

tal aplicación. Sintetizando el tono del debate y las razones aportadas durante el mismo en uno y otro sentido diremos lo siguiente:

Desde el campo favorable a la posibilidad de aplicar las normas sobre salvamentos, se puso de manifiesto que los arqueólogos debieran colaborar con las empresas dedicadas a la excavación de lugares arqueológicos e históricos, dado que son estas las que poseen la tecnología y la capacitación económica para ello. Dicha colaboración encontraría un adecuado cauce en la obtención de un beneficio económico para las empresas a través del Instituto del «premio» en el salvamento o hallazgo. Los arqueólogos, por el contrario, manifestaron que la recuperación de los buques sumergidos no procede en todos los casos, dado que un principio básico recogido en la Convención de 2001 es el de que tales lugares son mejor preservados in situ. Por otro lado, que la exploración sin establecer las condiciones de conservación conduce a la pérdida de objetos.

Por otro lado, debe recordarse que la base del derecho de salvamento es la concesión de un premio o remuneración al descubridor privado, lo que en opinión de algunos autores, facilitaría mediante la concesión de tales incentivos la revelación de la localización del pecio o restos hundidos (61).

Se argumenta también que la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, y, en concreto, su artículo 303.2, determina que «nada de lo dispuesto en el artículo, referido a los objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar, afectará a (...) a las normas sobre salvamento», de donde puede deducirse que la decisión de no aplicar tales normas resulta contraria a la voluntad de la Convención de 1982, que permite un margen de discrecionalidad a las autoridades nacionales sobre la aplicación del régimen del salvamento en estos supuestos (62).

Se plantea por tanto, si esta cuestión puede dejarse al ámbito aplicativo de la legislación nacional o bien algún instrumento internacional incidiría en la materia.

Dentro de estos instrumentos internacionales a que hemos hecho alusión, se encuentra, a tenor del proyecto de Convención de la Asociación de Derecho Internacional, la Convención de 1989 sobre salvamento maríti-

(61) Asociación de Derecho Internacional, Report, 1990, pág. 228.

(62) Esta parece ser la opinión de Boesten, Eke.: *The UNESCO Draft Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage, an analysis and commentary*. T.M.C. Asser Institut, 2000. Pág. 39., que cita el informe presentado por Brown en la Segunda Conferencia de Museos Marítimos Nacionales sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, celebrada en la sede de la Organización Marítima Internacional, Londres, los días 25 y 26 de enero de 1996. El informe lleva por título «Protection of the Underwater Cultural Heritage: Draft Principles and Guidelines for Implementation of article 303 of the UN Convention on the Law of the Sea, 1982.»

mo. Adelantemos que dicha Convención no ha sido suscrita por España, por lo que su contenido no sería de aplicación en nuestro caso, salvo que se incorpora una remisión expresa a dicho instrumento.

En lo que se refiere la aplicabilidad de la Convención Internacional sobre Derecho de Salvamento, que prevé las condiciones del salvamento, dicha Convención no trata ni el estatuto jurídico de la propiedad, ni las circunstancias para la adquisición o pérdida de la misma ni tampoco cuando puede ser considerada abandonada, que es el presupuesto básico para que las normas sobre salvamento puedan operar.

Por otro lado, deben ponerse de manifiesto argumentos en contra de la aplicabilidad de las normas sobre salvamentos marítimos:

a) La Convención de 1989, que, como dijimos, no ha sido ratificada por España permite efectuar reservas a su aplicabilidad a los naufragios históricos, lo que viene a significar que los Estados Parte no son unánimemente partidarios de incluir dichos naufragios y sus efectos en el ámbito del salvamento.

c) El artículo 303.3 de la Convención debe ser leído conjuntamente con el artículo 303.4, que determina que el precepto se entenderá sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y demás normas de Derecho internacional relativos a la protección de los objetos de carácter histórico y arqueológicos, lo que parece puede ser interpretado como una aplicación prevalente de las normas relativas al Patrimonio Cultural Subacuático.

F) La relación de la Convención de 2001 y la Convención sobre Derecho del Mar, de 1982.

Muchas delegaciones, entre ellas la española, expresaron durante las distintas reuniones de expertos gubernamentales la preocupación por el hecho de que el nuevo texto que se iba forjando pudiera alterar el esquema de la Convención sobre el Derecho del mar de 1982, que tan lenta y trabajosamente se había construido durante años. Pero lo cierto es que cada nueva reunión que se producía la presión para reconocer derechos al Estado ribereño en la ZEE era mayor.

En relación con los vínculos entre ambos textos convencionales, la importancia de la Convención de 1982 es doble: de un lado, como título habilitante para la redacción de la Convención de UNESCO y de otro, como marco general inalterable definidor de los derechos y deberes de los distintos Estados implicados. En otras palabras, como Constitución del Mar (63).

(63) Boesten, Eke.: Protecting Underwater Cultural Heritage: Theory or Practice?, en Underwater magazing, Noviembre-diciembre 2000., Revista de la Association of Diving Contractors International, Inc.

En cuanto al primero de los aspectos, las cláusulas habilitantes son esencialmente dos: en primer lugar, el artículo 303.4 de la Convención, determina la que el precepto, titulado «objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar» se entenderá «sin perjuicio de otros acuerdos internacionales relativos a la protección de los objetos de carácter arqueológico e histórico». Entre dichos acuerdos estaría la Convención de UNESCO. El segundo fundamento justificativo de este último texto se sitúa en el artículo 311 de la Convención de 1982 que permite que dos o más Estados Partes celebren acuerdos que modifiquen disposiciones de la propia Convención de 1982 o suspenda su aplicación siempre que tales acuerdos no afecten a los principios básicos enunciados en la Convención y que la y que tales disposiciones no afecten al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones que a los demás estados Partes correspondan en virtud de la Convención.

Como hemos mostrado, numerosas disposiciones, sobre todo las referidas a los aspectos jurisdiccionales en la Zona Económica Exclusiva, afectan al régimen de deberes y derechos en la Convención de 1982 (64). De ahí que se incluyera en el artículo 3 una fórmula ciertamente compleja que concreta una cláusula de compatibilidad con el Derecho Internacional y, en particular, con la Convención de 1982. La idea de introducir tal cláusula procede de la Opción de compromiso presentada en la reunión de 1999 por el presidente del Grupo de trabajo en relación al Patrimonio Cultural Subacuático en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental, si bien esta propuesta se refería las relaciones entre la Convención de UNESCO y la Convención de 1982. Al haber introducido la mención al Derecho Internacional globalmente considerado, se han desdibujado los perfiles de la cláusula, acercandola más a los que hemos denominado una cláusula de confort.

El precepto se compone de dos proposiciones interconexionadas. En la primera se determina que la Convención de UNESCO no menoscabará los derechos, jurisdicción ni las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional, incluida la Convención sobre Derecho del Mar. La segunda impone una interpretación de la Convención de 2001 «en el contexto y de conformidad» con el Derecho Internacional, incluida la Convención sobre Derecho del Mar.

(64) Como manifiesta, de manera ciertamente gráfica, Eke Boesten: «...Although the Preamble the the Draft apparently aims at staying within the boundaries of the LOSC 1982, the measures specified in the Draft demonstrate differently»: Boesten, E.: *The UNESCO Draft Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage*, OP. Cit. Pág. 11.

5. SOMERA REFERENCIA A LA PROTECCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

La configuración de la protección otorgada al Patrimonio Cultural Subacuático situado en zonas sometidas a soberanía o jurisdicción españolas es ciertamente discordante con la posición que mantenemos en los foros internacionales por lo que debiera plantearse su eventual modificación. España, en su foro interno, sostiene una posición ciertamente maximalista en lo que se refiere a la extensión de la zona arqueológica relevante.

Efectivamente, la Ley 16/85, de 26 de junio sobre Patrimonio Histórico Español, considera parte del mismo a los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en **el mar territorial o en la plataforma continental**. En tales espacios cualquier excavación o prospección está sometida a la autorización del Estado.»

Lo primero que llama la atención del precepto es que el legislador ha optado por una solución distinta de la formulada en el artículo 15.5 de la misma ley 16/1985 en relación a las denominadas «zonas arqueológicas». Estas se definen como «lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o **bajo las aguas territoriales españolas**». Esta última referencia parece remitir directamente al mar territorial y aguas interiores y excluye una interpretación comprensiva de la plataforma continental. El problema que se plantea con esta diferencia de planteamientos entre ambos preceptos es obvio: un conjunto de bienes muebles situado en la plataforma continental podrá formar parte, si se dan las condiciones para ello, del Patrimonio Histórico Español, pero no podrá ser tratado como zona arqueológica a los efectos, por ejemplo, de su consideración como Bien de Interés Cultural.

En cualquier caso, el artículo 40 de la Ley 16/1985, es acorde con el espíritu de la Convención de 1982 en lo que se refiere al régimen de los fondos marinos situados bajo la zona contigua, que trata, correctamente, como plataforma continental. Pero en lo relativo a los derechos reconocidos al Estado ribereño va más allá de lo establecido en Jamaica, puesto que ampara reivindicaciones hasta el límite exterior de la plataforma continental. En cualquier caso, esta discordancia con el texto de 1982 debería encontrar solución en el marco de la preferencia por el sistema de este último. Varias razones fundan esta prelación: En primer lugar, la general pre-

valencia del Tratado internacional sobre la ley ordinaria en nuestro Ordenamiento, que permitiría la aplicación directa de las disposiciones de la Convención sobre Derecho del Mar y del texto de UNESCO en detrimento de la Ley 16/1985. En segundo lugar, la propia Ley sobre Patrimonio Histórico Español, en su Disposición Adicional Séptima supedita la aplicación de la Ley a los acuerdos internacionales válidamente celebrados por España y al cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones que, para la protección del patrimonio histórico, adopten los organismos internacionales de que España sea miembro. En tercer lugar, debe aplicarse la fórmula del artículo 2.2 del Código Civil a cuyo tenor las leyes sólo se derogan por otras posteriores incompatibles con aquellas, dado que la Convención sobre Derecho del Mar fue ratificada por España con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 16/1985, sobre Patrimonio Histórico Español.

2. NOTAS

LA COMPETENCIA OBJETIVA DEL JUEZ TOGADO MILITAR Y EL ARRESTO DISCIPLINARIO MILITAR COMO OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS

Francisco Carlos de Osuna Hervás
Capitán Auditor

SUMARIO

1.- INTRODUCCION. 1.1- El precedente en nuestro Derecho histórico. 1.2- La incidencia del Derecho internacional. 2.- LA COMPETENCIA OBJETIVA DEL JUEZ TOGADO MILITAR EN EL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS. 2.1- Derecho Positivo. 2.2- Doctrina. 2.3- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 2.4- Derecho Comparado. 3.- EL ARRESTO DISCIPLINARIO COMO OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS. 3.1- Derecho Positivo. 3.2- Doctrina. 3.3- Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 3.4- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 4.- CONCLUSIONES

1. INTRODUCCION

De todos los derechos subjetivos, el derecho a la libertad es, sin duda alguna, el más preciado. Esta es la razón por la cual el art.1.1 de la C.E. de 1978 proclama, en primer lugar, y en yuxtaposición a la «justicia, la igualdad y el pluralismo político» a la libertad como «valor superior» que ha de informar el ordenamiento jurídico del Estado español y, por la misma, el art.17 párrafo 4.º de nuestra Ley Fundamental, consagra con carácter de derecho fundamental del individuo la institución secular del «Habeas Cor-

pus», obligando a «producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente».

El Prof. GIMENO SENDRA (1), al tratar la doble naturaleza jurídica del «habeas corpus», como derecho subjetivo público constitucional y como procedimiento penal especial, dice en relación a la primera de las connotaciones que «se nos manifiesta como un derecho subjetivo, público, cívico y activo perteneciente a la categoría de los derechos subjetivos reaccionales y con clara vinculación, por tanto, con los derechos fundamentales proclamados en el art.24.1.º (derechos a la tutela efectiva y de defensa) de la Constitución Española».

La Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «habeas corpus», en su exposición de motivos señala como pretensión el establecer remedios eficaces y rápidos para los eventuales supuestos de detenciones de la persona no justificados legalmente, o que transcurran en condiciones ilegales, indicando asimismo cuales son los principios complementarios que la inspiran, para conseguir mediante la institución que nos ocupa, la protección máxima del derecho fundamental a la libertad personal:

1) la agilidad del procedimiento, considerada como pieza absolutamente necesaria del sistema protector; hasta el punto de que tiene que finalizar en veinticuatro horas.

2) la sencillez y la carencia de formalismos, que se manifiesta en la posibilidad de la comparecencia verbal y en la no necesidad de Abogado y Procurador.

3) la generalidad en cuanto al ámbito de aplicación que implica, por un lado, que ningún particular o agente de la autoridad pueda sustraerse al control judicial de la legalidad de la detención de las personas, sin que quepa en este sentido excepción de ningún género, ni siquiera en lo referente a la Autoridad Militar, y por otra parte, la legitimación de una pluralidad de personas para instar el procedimiento, siendo de destacar la especial legitimación del Ministerio Fiscal y del Defensor del Pueblo; y, finalmente.

4) la pretensión de Universalidad, en el sentido de que el procedimiento de «habeas corpus» alcance no sólo la detención ilegal, sino también a las detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales.

(1) Gimeno Sendra. El Proceso de «Habeas Corpus». Tecnos 1985, pág. 44.

1.1. EL PRECEDENTE EN NUESTRO DERECHO HISTÓRICO

La manifestación de personas en el Reino de Aragón (2), era un derecho de los aragoneses a favor de la libertad personal contra los actos de detención o prisión arbitrarias, cuyos orígenes se localizan en los Fueros de Ejea de los Caballeros, de 1265, posteriormente existen referencias amplias a la manifestación de personas en fueros sucesivos, pero destaca entre estos el Fuero de las Cortes de Teruel, de 1428, porque representa una mayor sistematización de este derecho de libertad.

Serán las Cortes de Tarazona de 1592, las que al suplantar la tradicional independencia judicial aragonesa por la fiscalización de los servidores del Rey, marquen el inicio de la decadencia del derecho de manifestación de personas, que culmina con los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, aboliendo todos los derechos forales aragoneses.

La manifestación de personas en lo criminal era algo más que un simple proceso cautelar, pues además de una primera fase cautelar o de aseguramiento de la persona del detenido, contenía una segunda fase en la que transcurría todo un proceso penal declarativo, que venía a ser una segunda instancia si el proceso penal ordinario culminaba con una sentencia condenatoria.

La manifestación de personas se ejercitaba ante el Justicia Mayor de Aragón único competente para conocer del asunto, tanto en su fase cautelar como en la fase de recurso. En la primera fase se trataba de separar al detenido de posibles vejaciones durante el proceso ordinario en una época en la que todavía el proceso no había gozado de la racionalización y humanización con las que hoy le conocemos. De tal manera que la manifestación de personas aragonesas no tenía el sentido exclusivo del actual recurso de «habeas corpus» de colocar al detenido ilegalmente ante el juez inmediatamente, sino que además pretendía dejarle a salvo del tratamiento indigno que pudiera ser objeto por parte de sus custodios. Este aseguramiento de la persona del detenido podía conseguirse a través de tres vías: otorgando al manifestado cárcel especial, bajo la exclusiva vigilancia del Justicia de Aragón, y en la que nadie podía entrar sin una autorización expresa de este; dando casa por cárcel al manifestado, en la que estaría asimismo bajo la supervisión del Justicia, en una condición procesal muy

(2) Fairén Guillén, ha estudiado en numerosos trabajos el precedente aragonés, a modo de síntesis citamos su trabajo «Dignidad humana y sevicias: un momento histórico de la lucha contra éstas». Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid n.º 3 de 1981, págs. 31-60.

similar a un arresto domiciliario actual; y finalmente la última forma de este proceso cautelar en cuanto a la situación del manifestado era la de libertad bajo fianza o caución.

En realidad, es esta primera fase cautelar de la manifestación aragonesa la que se corresponde con el actual procedimiento de «habeas corpus», puesto que la segunda fase es mas bien un procedimiento declarativo de segunda instancia, cuyo cometido es llenado por el actual sistema procesal muy enriquecido por la sucesión de instancias procesales.

Por último y en lo que refiere al objeto de la manifestación de personas, tan sólo una excepción a la regla general que acogía cualquier tipo de detención o prisión incluso acordada por una autoridad judicial y en el seno de una causa penal, esta excepción era que no podían acogerse a este derecho foral los perseguidos por el Tribunal del Santo Oficio, cuya jurisdicción alcanzaba a todos los Reinos de España y cuyas decisiones no podían encontrar cortapisa de ningún tipo en los distintos derechos forales, al tratarse de materia de fe (3).

1.2. LA INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA REGULACIÓN DEL «HABEAS CORPUS»

El art. 10.2 de la Constitución Española, en materia de derechos humanos, y el art. 96 del mismo texto legal otorgan a los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España eficacia y aplicación por los Jueces y Tribunales españoles al haberse convertido en parte de nuestro ordenamiento interno, por ello mencionamos aunque sea muy brevemente estos Acuerdos que inciden en el reconocimiento del «habeas corpus» como derecho universal.

La primera de las menciones, hemos de hacerla al art. 5.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U., de 10 de diciembre de 1948, en virtud de la cual quedan prohibidas toda clase de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; no existiendo mención en dicho texto internacional a los recursos procesales contra la violación de los indicados derechos humanos.

Por su parte el art. 5.º del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España mediante Instrumento de 29 de septiembre de 1979, establece el derecho a la libertad y seguridad de toda persona humana, procediendo, con posterioridad, a la enumeración

(3) Kamen, H. La Inquisición Española. Grijalbo 1972.

de una serie de supuestos en los que está permitida la privación de libertad: menores a efectos de su presentación ante la autoridad competente; personas susceptibles de propagar enfermedades contagiosas; personas sometidas a expediente de expulsión o extradición, detenidos por orden judicial o en virtud de sentencia dictada por tribunal competente.

El art. 5.4 del mencionado texto internacional, habla del derecho de toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento, a presentar ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie, en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad, si fuere ilegal.

España, de conformidad con el art. 64 del citado convenio, se reservó la aplicación de los arts. 5 y 6 en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contenían en el Código de Justicia Militar, reserva que se mantuvo en 1986 tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas.

Para terminar este epígrafe citar los arts. 7.º, 9.º y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento de 13 de abril de 1977, que recogen la prohibición de toda clase de tortura, pena inhumana o degradante, derecho de todo individuo a la libertad y seguridad personales, a ser informado, en todo momento, de las razones de su detención y a ser presentado ante un Tribunal cuando fuere privado de libertad o detenido ilegalmente.

2. LA COMPETENCIA OBJETIVA DEL JUEZ TOGADO MILITAR EN EL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS

2.1. DERECHO POSITIVO

El artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «habeas corpus», establece como regla general de competencia el conocimiento de la solicitud de «habeas corpus» por el Juez de Instrucción del lugar en el que se encuentre la persona privada de libertad; si no constare, el del lugar en el que se produzca la detención y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido.

Esta regla general tiene dos excepciones; la primera viene prevista para los supuestos del artículo 55.2 de la Constitución (actuación de bandas armadas o elementos terroristas), en tal caso el procedimiento de

«habeas corpus» se seguirá ante el Juez Central de Instrucción; la segunda, que es la que nos interesa, se prevé en el ámbito de la Jurisdicción Militar, donde la competencia corresponde al Juez Togado Militar Territorial constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención.

En concordancia con la Ley reguladora del procedimiento de «habeas corpus», la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, en su artículo 61.3 establece como una de las funciones que corresponden a los Juzgados Togados Militares Territoriales, el conocimiento de la solicitud de «habeas corpus» con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2.º de su Ley Orgánica reguladora.

Desde la entrada en vigor de la Constitución hasta que se hace efectivo el mandato contenido en su artículo 17.4, transcurren seis años no exentos de debate parlamentario en los distintos intentos para legislar la forma de protección que habría de darse a las detenciones y privaciones de libertad que no estuvieran amparadas en la legalidad. Así, en 1980, el grupo parlamentario de UCD presentó una proposición de Ley Orgánica de Libertades Públicas y Amparo Judicial, cuya Sección Quinta estaba destinada a la regulación del procedimiento de «habeas corpus». La competencia objetiva para el conocimiento del procedimiento se confería al Juez del Partido; sin embargo, la disposición adicional tercera, establecía la previsión de la promulgación de una Ley específica para la regulación de esta materia en el ámbito militar.

En 1982 el PSOE presentó un anteproyecto de Ley Orgánica donde se regulaba de forma muy extensa el recurso de «habeas corpus», destacando, en lo que ahora nos interesa, la precisión en la determinación de la competencia territorial en el procedimiento, que venía atribuido con exclusividad a los Jueces de Instrucción. Finalmente, el Gobierno socialista presentó un proyecto de Ley Orgánica regulador del procedimiento de «habeas corpus» cuyo artículo 2.º no sufrió ninguna modificación, manteniéndose en el texto legal definitivo la excepción de la competencia objetiva de los Juzgados de Instrucción a favor de la Jurisdicción Militar.

2.2. DOCTRINA

La excepción a la regla general de competencia contenida en el párrafo tercero del artículo 2.º de la Ley 6/1984 ha sido muy criticada por la doctrina científica, que de forma casi unánime considera que, en todo

caso, la competencia, aun tratándose del ámbito castrense, debería corresponder al Juez de Instrucción y por tanto a la Jurisdicción Ordinaria.

GIMENO SENDRA (4) considera que al establecer el artículo 53.2 de la Constitución que la tutela de los derechos reconocidos en la Sección Primera del Capítulo II (en el que se encuentra el artículo 17) se realizará ante los Tribunales Ordinarios, entre estos no se puede entender incluidos a los de la Jurisdicción Militar, a la que la propia Constitución reconoce el carácter de esa excepción a la regla general de competencia una recuperación a favor del foro militar de unas atribuciones que ya le habían sido restadas, pensando que hubiera sido mejor que la ley no se hubiera pronunciado en esta materia, con lo que el reconocimiento del «habeas corpus» correspondería al Juez Ordinario en el seno de la propia Jurisdicción Militar.

En el mismo sentido se pronuncia RAMON SORIANO (5) al considerar esa excepción a la regla general de competencia una recuperación a favor del foro militar de unas atribuciones que ya le habían sido restadas, pensando que hubiera sido mejor que la ley no se hubiera pronunciado en esta materia, con lo que el reconocimiento del «habeas corpus» correspondería al Juez Ordinario en el seno de la propia Jurisdicción Militar.

PEREZ MARTÍN (6), Profesor de la Universidad de León, considera en sus conclusiones referidas al tema objeto de debate, que desde ningún punto de vista aparece justificada la excepción al régimen general de competencia objetiva en el procedimiento de «habeas corpus», basando tal afirmación en el hecho de que el Juez Togado Militar carece de dos de los requisitos esenciales que, según el artículo 117.1 de la Constitución, deben reunir los integrantes del Poder Judicial: la independencia y la inamovilidad.

Por último, para concluir con esta exposición de las distintas opiniones doctrinales en la materia, citaremos una posición intermedia, la de GUSTAVO LOPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ (7) quien, en la línea de los Magistrados Vega Benayas y Díaz Eimil, considera excluida del ámbito de aplicación de la excepción a la regla general de competencia a los miembros de la Guardia Civil, por considerar que al pertenecer a la Administración de policía no pueden ser incluidos en el ámbito castrense y, por tanto, los

(4) Gimeno Sendra. Derecho Procesal. Tomo II. El Proceso Penal (con Moreno Cateña, Almagro Nosete, Cortés Domínguez). Valencia 1989. Pág. 720.

(5) Soriano R. El Derecho de habeas corpus. Congreso de los Diputados 1986. Págs. 242 y 243.

(6) Pérez Martín A.J. La Competencia Objetiva de los Juzgados Togados Militares Territoriales en la L.O. 6/1984 de 24 de mayo. Revista universitaria de Derecho Procesal. Págs. 121 a 123.

(7) López Muñoz y Larraz G. «El auténtico de habeas corpus» 1992. Págs. 45 a 48.

«habeas corpus» solicitados por dichos miembros contra privaciones de libertad, en aplicación de su régimen disciplinario, correspondería conocerlos al Juez de Instrucción, como Juez predeterminado por la Ley. No se aplicaría esta posición respecto a los miembros de los demás Cuerpos de las Fuerzas Armadas, cuyas sanciones disciplinarias privativas de libertad sí se encuadrarían en el ámbito estrictamente castrense según este autor.

2.3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la competencia del Juez Togado Militar Territorial en diversas ocasiones, estudiando y fijando mediante sus sentencias el alcance de la excepción a la regla general que expresa el art.º 2, párrafo 3.º de la Ley Orgánica 6/1984 reguladora del procedimiento de Hábeas Corpus. El principal debate se ha centrado en determinar si los miembros de la Guardia Civil cuando son arrestados en aplicación de su régimen disciplinario quedan encuadrados dentro del ámbito castrense o por el contrario primaría su enmarque dentro de la Administración de Policía, lo que determina en un caso o en otro la competencia del Juez Togado Militar o del Juez de Instrucción.

La primera sentencia que apunta el tema es la 31/1985, de 5 de marzo de 1985, que recae sobre un recurso de amparo promovido por un miembro de la Policía Nacional contra el auto del Juzgado Togado Militar Territorial de Burgos, denegatorio de la tramitación del procedimiento de «hábeas corpus». Aunque el recurso fue estimado por otros motivos, como la sanción impuesta al Policía Nacional lo fue como posible autor de una falta grave prevista en el art.º 437, n.º 8 del Código de Justicia Militar, la competencia para conocer el recurso de «hábeas corpus» correspondió al Juez Togado Militar Territorial con sede en Burgos.

Esta posición extensiva del ámbito castrense a la Policía Nacional fue corregida en la sentencia del Tribunal Constitucional 93/1986 en la que siendo recurrente en amparo un miembro del Cuerpo Nacional de Policía y en relación con la jurisdicción en su caso aplicable dice el alto tribunal que:

«el hecho de que se haya recurrido (en la legislación aplicable en el momento en que se le sancionó antes de la entrada en vigor de la L.O. 2/1986), para fijar el régimen disciplinario de las Fuerzas de la Policía, a una remisión a las disposiciones del Código de Justicia Militar para regular las faltas, sanciones y procedimiento disci-

plinario, no tiene por qué suponer —y ello queda además excluido por el art.º 117.5 de la Constitución Española— una extensión del alcance de la jurisdicción militar a ámbito que, por ministerio de la Ley, son considerados no específicamente castrenses de forma expresa, como son las Fuerzas de Policía».

La sentencia del Tribunal Constitucional 194/1989 al tratar el recurso de amparo presentado por un Guardia Civil contra el auto denegatorio de «hábeas corpus» dictado por el Juez de Instrucción n.º 6 de Sevilla trata de llenar el tema de la competencia objetiva del Juez Togado Militar, en la citada sentencia se dice:

«en términos más claros y generales el art.º 17.1 de la L.O. 4/1987 de la jurisdicción militar dispone que «corresponde a la jurisdicción militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación» de la L.O. del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. Ahora bien, con la Guardia Civil ocurre, al contrario que con el Cuerpo Nacional de Policía, que la naturaleza militar que le ha atribuido el legislador postconstitucional por voluntad constitucionalmente permitida aunque sin duda derogable y modificable, incluye a tal instituto armado en el ámbito castrense, y aunque ello no significa que todo ilícito cometido por un Guardia Civil quede como regla general sometido a ese ámbito jurisdiccional (como ya se resolvió en la STC 76/1982 en relación con un posible delito de tortura), sí obliga a afirmar que las sanciones disciplinarias impuestas a un Guardia Civil, como en los casos que nos ocupan, por faltas tipificadas en el art.º 9.15 de la L.O. 12/1985 sólo son revisables por la jurisdicción militar, porque el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación, de un instituto armado de naturaleza militar y estructurado jerárquicamente (art. 13 L.O. 2/1986) pertenece al ámbito estrictamente castrense (art. 117.5 C.E.)».

Por los mismos, el hábeas corpus corresponderá a la jurisdicción militar si la detención tiene como causa una sanción revisable por la jurisdicción castrense, y tal afirmación, que en principio se desprende con naturalidad lógica de los anteriores razonamientos, es algo más que eso, pues se deriva también inequívocamente del art.º 2, párrafo 3.º, de la Ley Orgánica 6/1984 reguladora del procedimiento de hábeas corpus, y del art.º 61.3 de la L.O. 4/1987, que se

remite al anterior, que establece que «en el ámbito de la jurisdicción militar será competente para conocer de la solicitud de hábeas corpus el Juez Togado Militar».

Los Magistrados Vega Benayas y Díaz Eimil formularon voto particular discrepando de la opinión mayoritaria de la Sala, poniendo de manifiesto su parecer, que considera que el régimen disciplinario al que viene sometida la Guardia Civil no priva a este Cuerpo de seguir perteneciendo al ámbito no castrense de la Administración de Policía, ni supone una extensión del alcance de la jurisdicción militar más allá de los límites que le imponen, de manera general, el art. 117.5 de la Constitución y, respecto del procedimiento de «habeas corpus», el art. 2 de la L.O. 6/1984 y que, por tanto, no siendo incluibles las sanciones de privación de libertad a miembros de la Guardia Civil en el ámbito estrictamente castrense, los «habeas corpus» solicitados por dichos miembros, contra privaciones de libertad sufridas en aplicación de su régimen disciplinario, corresponden a la jurisdicción ordinaria.

En igual sentido que la STC 194/1989 anteriormente comentada se había pronunciado la sección cuarta del Tribunal Constitucional en su auto 1265/1988 que inadmitía un recurso de amparo interpuesto por un Guardia Civil arrestado domiciliariamente por sanción impuesta con arreglo al art.º 8.1 de la L.O. 12/1985, y que se quejó en amparo contra un auto del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Vigo que se declaró incompetente para resolver sobre el «hábeas corpus» solicitado por la esposa del sancionado a favor de éste. El citado Juzgado de Vigo denegó el «hábeas corpus» por incompetencia, entendiendo el Tribunal Constitucional ajustado a Derecho el auto que se impugnaba.

La doctrina establecida en la citada STC 194/1989 es reiterada más tarde por el propio Tribunal en SSTC 44/91, 106/92, 1/95 y 25/1995, esta última de fecha 6 de febrero de 1995, trata el supuesto en el que el Juez de Instrucción deniega la incoación del procedimiento de «hábeas corpus» contra la privación de libertad derivada de una sanción disciplinaria impuesta a un Guardia Civil, por estimar que el conocimiento de la cuestión corresponde a la Jurisdicción Militar. El alto Tribunal que deniega el amparo solicitado en el fundamento jurídico segundo, reitera la doctrina ya consolidada en anteriores sentencias:

«...el conocimiento de los procedimientos de «hábeas corpus» corresponderá a la jurisdicción militar cuando la detención tenga como causa una sanción revisable por la jurisdicción castrense,

pues, de una parte, así se deriva inequívocamente del art.º 2,3 LO 6/84 reguladora del procedimiento de «hábeas corpus», y del art.º 61,3 LO 4/87, que se remite a la anterior, que establece que «en el ámbito de la jurisdicción militar será competente para conocer de la solicitud de «hábeas corpus» el Juez Togado Militar».

En la sentencia 61/1995, de 29 de marzo, y con ocasión de un procedimiento de «hábeas corpus», seguido por la jurisdicción ordinaria e instado por un Guardia Civil que fue arrestado en aplicación de su régimen disciplinario, el Tribunal Constitucional declara en el fundamento jurídico quinto de la citada sentencia lo siguiente:

«No obstante lo anterior, no procede la estimación del amparo y la concesión por este Tribunal Constitucional del habeas corpus, porque, tratándose de una solicitud de habeas corpus instada por un miembro de la Guardia Civil y como consecuencia de una sanción disciplinaria impuesta por la Dirección General de dicho Cuerpo Armado, el Juzgado de Instrucción n.º 14 de Sevilla carecía de competencia para enjuiciar dicha solicitud, pues dicho enjuiciamiento, tal y como ha declarado este Tribunal en infinidad de ocasiones..., correspondía a los órganos integrantes de la jurisdicción militar. Ello determina que, en el presente caso, no quepa apreciar que la decisión dictada por un Juzgado manifiestamente incompetente, aunque evidentemente equivocada, haya podido lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo».

Las SSTC 208, 209 y 233/2000 al tratar el tema del rechazo liminar a tramitar sendos procedimientos de «hábeas corpus», por considerar la autoridad judicial militar que no existe ilegalidad en la sanción privativa de libertad impuesta en aplicación del régimen disciplinario militar, inciden también en el tema de la competencia objetiva, sirva de ejemplo el fundamento jurídico sexto de la STC 233/2000, que haciéndose eco de la doctrina ya reiterada, dice:

«... el procedimiento de habeas corpus ante el Juzgado Togado Militar... es procedente en los casos de sanciones privativas de libertad impuestas por la Administración Militar».

Para terminar este apartado, citar la última sentencia del Tribunal Constitucional que continua en la línea que venimos exponiendo; la STC

287/2000 y que otorga, en base a otros motivos, el amparo solicitado por un Guardia Civil al que le fue denegada la solicitud de «habeas corpus» por el Juez Togado Militar, expresa en su fundamento jurídico quinto, lo siguiente:

«En efecto, de una parte el demandante instó la incoación de un procedimiento de hábeas corpus ante el Juzgado Togado Militar, órgano judicial competente por tratarse de una sanción privativa de libertad impuesta por la administración militar...».

2.4. DERECHO COMPARADO

En aquellos países en los que no se diferencia, en tiempo de paz, entre la Jurisdicción Militar y la Jurisdicción Ordinaria, se ha optado directamente por el conocimiento, no solo en materia de «habeas corpus» sino en cualquier otra materia de índole castrense, disciplinaria o penal, por la Jurisdicción Ordinaria. En este grupo de incluyen los países nórdicos, los Centroeuropeos (Alemania, Austria), Luxemburgo, Francia (que abolió la Jurisdicción Militar en tiempo de paz en 1982) y Mónaco.

A una misma consecuencia se llega en el sistema jurídico anglosajón, pues al no disponer de órganos jurisdiccionales militares de carácter permanente, el procedimiento de «habeas corpus», mucho más amplio en cuanto a su objeto en estos países, se sigue siempre ante un Juez o Tribunal Ordinario, aun en el caso de privaciones de libertad dentro del ámbito castrense. Estos países, entre los que se encuentran los Estados Unidos, Inglaterra, Irlanda y Canadá, disponen de Cortes Marciales, integradas por militares, que son convocadas tan solo para determinados procesos.

Los países latinos (España, Portugal, Italia, Grecia) y otros de antigua influencia española como Bélgica y Holanda, que cuentan con la Jurisdicción Militar permanente diferenciada de la Jurisdicción Ordinaria, prevén en sus ordenamientos jurídicos la competencia del Juez Militar dentro del ámbito castrense para conocer de las solicitudes de «habeas corpus» como consecuencia de privaciones de libertad producidas dentro del citado ámbito.

Así, es significativa la posición de Portugal, que en su vigente Constitución de 1976 ha positivado en su artículo 31 el recurso de «habeas corpus», marcando un precedente al hacer extensivo dicho recurso a la Jurisdicción Militar. El citado artículo 31 de la Norma Fundamental Portuguesa, en su párrafo primero, hace una doble referencia a la competencia objetiva en el procedimiento de «habeas corpus», toda vez que, junto a la mención del

Juez predeterminado legalmente y encuadrado dentro de la Jurisdicción Ordinaria, el «habeas corpus» puede también ser interpuesto ante la Jurisdicción Militar y, más concretamente, ante el Consejo de Guerra (8).

Por último, y en relación con los países hispanoamericanos, significar que el «hábeas corpus» esta ampliamente constitucionalizado, si bien, como ha puesto de manifiesto RAMON SORIANO (9), en estos países este procedimiento no pasa de ser una garantía formal, con múltiples obstáculos para su eficacia. Dentro de este grupo de países, es México el que en su recurso de amparo, de honda tradición jurídica, ha dado una mayor cobertura de protección contra cualquier acto que viole el derecho a la libertad personal. La vigente Constitución Mexicana señala que los Tribunales de la Federación, entre otras atribuciones, conocerán de las leyes o actos de cualquier autoridad que violen las garantías fundamentales y entre ellas la libertad.

3. EL ARRESTO DISCIPLINARIO MILITAR COMO OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS

La pretensión en el procedimiento de «habeas corpus» es la puesta a disposición judicial de una persona privada de libertad, cuando dicha privación de libertad no ha sido acordada por la autoridad judicial. Trataremos ahora de determinar si la sanción disciplinaria de arresto, por falta leve, puede ser considerada un supuesto de privación de libertad y por tanto ser objeto del procedimiento de «habeas corpus». Lo importante será establecer si en estos casos hay una auténtica privación de libertad, duda que no se plantea en la sanción disciplinaria de arresto por falta grave, toda vez que dicho arresto consiste en el internamiento del sancionado en un establecimiento disciplinario militar.

3.1. DERECHO POSITIVO

El art. 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, garantiza el derecho que toda persona tiene a la libertad y seguri-

(8) Dice el artículo 31: «Habrà habeas corpus contra el abuso de poder, en virtud de prisión o detención ilegal, y se interpondrà ante el Tribunal judicial o militar, según los casos».

(9) Soriano R. «Op Cit.». Pág. 95.

dad, estableciendo que «nadie puede ser privado de su libertad», salvo en los casos que expresamente se determinan (entre los cuales, el citado artículo, no incluye los que puedan derivarse del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración civil o militar), «y con arreglo al procedimiento establecido por la ley». El art. 6 del mismo Convenio expresa el conjunto de las garantías jurisdiccionales de la persona, y como primera de tales garantías, dice que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella».

El Convenio de Roma de 1950 fue ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, siendo publicado en el B.O.E. el 10 de octubre de 1979, si bien, de conformidad con el art. 64 del Convenio, se hacía la reserva de la aplicación de los arts. 5 y 6 en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contenían en el título XV del Tratado Segundo y en el título XXIV del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar. El sentido de esas reservas, como ha puesto de manifiesto JIMENEZ VILLAREJO (10), no podía ser la intención del Estado Español de mantener intacto el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, aunque sí sería legítimo interpretar las reservas como exteriorización de una voluntad política empeñada en continuar una tradición singularizadora, de orientación claramente restrictiva, en la articulación de dicho régimen.

La Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas incluía en su art. 10, entre las sanciones que pueden imponerse por falta leve, el arresto de un día a treinta días en domicilio o Unidad, y entre las sanciones que pueden imponerse por falta grave, la de arresto de un mes y un día a tres meses en Establecimiento disciplinario militar. La entrada en vigor de la citada Ley, manteniendo la posibilidad de que la Administración militar pudiera imponer sanciones privativas de libertad, obligaba a mantener a su vez la reserva a los arts. 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y así, la Resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores de 24 de septiembre de 1986 determina que la reserva comentada, se refiere actualmente a las disposiciones que se contienen en el Capítulo II del Título III y en los Capítulos II, III y V del

(10) Jiménez Villarejo J. Potestad Disciplinaria Militar y Control Jurisdiccional. Colex 1991. Pág. 14.

Titulo IV de la L.O. 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que sustituye a las normas mencionadas en la citada reserva.

La Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, en su art. 10, igualmente establece entre las sanciones que pueden imponerse por falta leve la de arresto de uno a treinta días en domicilio y entre las sanciones que pueden imponerse por falta grave la de arresto de un mes y un día a tres meses en establecimiento disciplinario militar.

La Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que deroga la Ley Orgánica 12/1985, en su art. 9.1, establece asimismo el arresto de uno a treinta días en domicilio o Unidad como una de las sanciones disciplinarias que puede imponerse por la comisión de una falta leve, que consiste, a tenor del art. 13, «en la restricción de libertad del sancionado e implica su permanencia, por el tiempo que dure su arresto, en su domicilio o en el lugar de la Unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento que se señale. El sancionado participará en las actividades de la Unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo.»

El mismo art. 9, en su apartado 2, dispone que por falta grave se podrá imponer la sanción de arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar, que consiste, según el art. 14, «en la privación de libertad del sancionado y su internamiento en un establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se imponga. El militar sancionado no participará en las actividades de la Unidad durante el tiempo de este arresto.»

Tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Régimen Disciplinario, el Estado Español no ha resuelto mantener la reserva a los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma, lo que, si bien no es necesario respecto al citado art. 6, sí sitúa a la Ley Orgánica 8/1998 en clara confrontación con el citado art. 5, que desautoriza la posibilidad de que la Administración civil o militar pueda imponer sanciones privativas de libertad.

3.2. DOCTRINA

La doctrina científica a raíz, sobre todo, de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Engel, de 8 de junio de 1976, distingue entre las situaciones de privación de libertad y las situaciones de restricción de libertad. El arresto por falta grave, consistente en el internamiento en establecimiento disciplinario militar, sí constituiría una autenti-

ca privación de libertad, sin embargo, el arresto por falta leve, en domicilio o Unidad, en el que el sancionado participa en las actividades de su Unidad, no sería privación sino mera restricción de libertad. Esta posición doctrinal vendría reforzada por la entrada en vigor de la vigente Ley de Régimen Disciplinario que, como hemos visto, establece expresamente dicha distinción entre privación y restricción de libertad.

Rojas Caro (11) considera que el arresto por falta leve, de uno a treinta días, supone sólo la restricción de libertad del sancionado, separándolo conceptualmente del arresto por falta grave, ya que este último implica verdaderamente una privación de libertad.

Álvarez Roldán y Fortún Esquifino (12) al clasificar las sanciones con arreglo a los bienes jurídicos afectados, distinguen las sanciones que inciden en los derechos individuales de la persona y las que afectan fundamentalmente a la esfera profesional del sancionado. En el primer grupo, a su vez, diferencian el arresto impuesto por falta leve, que supone restricción de libertad, y el arresto impuesto por falta grave, que constituye privación de libertad.

García Labajo (13) afirma que es común denominador de las dos clases de arresto previstos en la Ley, el suponer en ambos casos una sanción limitativa de la libertad, bien jurídico sobre el que aquella recae. Pero también a este respecto hay diferencias entre el arresto por falta leve y el correspondiente por falta grave, pues mientras este último consiste en la privación de libertad del sancionado «lisa y llanamente», el primero, en cambio, supone «una mera restricción de la misma».

3.3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica del arresto por falta leve al conocer del recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario por violación de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Al igual que la mayoría de los autores que opinan sobre el tema que tratamos, el Alto Tribunal ha sentado la doctrina que se inicia a la luz de la Sentencia del TEDH en el caso Engel, considerando en líneas generales que el

(11) Rojas Caro J. Derecho Disciplinario Militar. Tecnos 1990. Págs. 170 y 171.

(12) Álvarez Roldán L. y Fortún Esquifino R. La Ley Disciplinaria Militar. Aranzadi 1986. 226 y 227.

(13) García Labajo J. M. Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000. Págs. 586 y 857.

arresto en domicilio o Unidad con participación en las actividades de la Unidad no es una privación de libertad sino una mera restricción de la misma, y que por tanto no vulnera el derecho fundamental a la libertad personal.

Recogiendo dicha doctrina, declara reiteradamente la Sala de lo militar del Tribunal Supremo que el arresto impuesto por falta leve no constituye privación de libertad, siempre que el sancionado efectivamente participe en las normales actividades de su destino; participación que se dará siempre al tratarse de un arresto por falta leve conforme a lo dispuesto en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 8/1998 (SSTS de 11-10-90, 17-01-91, 18-11-92, 02-03-94, 29-05-95, 20-06-95, 19-09-95, 10-10-95).

La sentencia de la Sala V de 29 de mayo de 1995 al tratar un exceso en el tiempo de cumplimiento de una sanción de arresto por falta leve, dice en su fundamento jurídico decimosexto:

«...Ahora bien, esta infracción legal cometida en la ejecución de la sanción, no tiene relevancia constitucional, pues si como tiene dicho esta Sala en SS 1 y 11 octubre y 4 diciembre 1990 siguiendo la doctrina de la STC 15 junio 1981 y del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre de 8 junio 1976 dictada en el llamado caso Engel, el arresto domiciliario en el ámbito militar, no entraña privación de libertad sino una mera restricción de la misma, que no implica por sí sola vulneración del art. 17.1 de nuestra CE, y siendo así que el recurso no se ha producido contra la mayor o menor extensión del arresto preventivo, sino contra la liquidación de la sanción de un mes y un día de arresto disciplinario, aunque discrepemos de la tesis de la sentencia recurrida en el último de sus fundamentos, debemos confirmar su fallo, ya que tratándose de un procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, orientado, como señalan los arts. 453 pfo. 3.º y 518 Ley Procesal Militar a la defensa de los derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 CE, pero no de la legislación ordinaria cuyo cauce es el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario, al que también pudo acudir en su momento el hoy recurrente, pues la sanción que se le impuso era por falta grave, no cabe variar el fallo recurrido, pues aun cuando por distintas razones, también entendemos que en las resoluciones recurridas no se ha producido lesión, en sede constitucional, de derechos fundamentales del recurrente.»

En el mismo sentido, la Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo de fecha 16 de marzo de 1998, que el estudiar la supuesta vulneración del

derecho fundamental a la libertad en el caso de un Guardia Civil al que se le impuso la sanción de seis días de arresto, a cumplir en su domicilio, sin perjuicio del servicio, dice en su fundamento jurídico sexto:

«...Han de rechazarse por inexistentes, tales vulneraciones de derechos pues como se indica en el art. 13 de la L.O. 11/ 1991 de 17 de junio, «el arresto de uno a treinta días consiste en la restricción de libertad del sancionado e implica la permanencia, por el tiempo que dure el mismo, en su domicilio. El sancionado podrá participar en las actividades de la Unidad permaneciendo en su domicilio el resto del tiempo». El recurrente sancionado lo ha sido con arresto de seis días, a cumplir en su domicilio, sin perjuicio del servicio, y por lo tanto no ha estado privado de libertad...».

3.4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional, al resolver las pretensiones de amparo ante él sustanciadas, se ha pronunciado directamente sobre la naturaleza jurídica del arresto por falta leve, ya que, si este no supone una privación de libertad, no procedería en su caso admitir a trámite el recurso de «habeas corpus». Es significativa al tratar este tema, la STC 62/ 1995, de 29 de marzo, que en su fundamento jurídico 4.º, afirma:

«...mediante el procedimiento de habeas corpus, la Constitución ha abierto un medio de defensa de los derechos establecidos en el art. 17 CE, que permite hacer cesar de modo inmediato las actuaciones irregulares de privación de libertad, a través del cual se busca la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente, por lo que si no ha llegado a existir tal situación de privación de libertad, las reparaciones que pudieran proceder han de buscarse por las vías jurisdiccionales adecuadas.»

La STC 31/ 1985 al tratar, con ocasión de un recurso de amparo, la nulidad del Auto dictado en un procedimiento de «habeas corpus» en el que se deniega la admisión a trámite del recurso, en su fundamento jurídico 3.º dice:

«... el arresto disciplinario es una sanción privativa de libertad, aun cuando se imponga sin perjuicio del servicio. En consecuencia es necesario determinar si esta sanción privativa de libertad se impu-

so ilegalmente por infringir el principio de legalidad en materia punitiva o procesal, lo que vulneraría el art. 17.1 de la Constitución, o con violación de otros derechos fundamentales íntimamente conectados con tales principios, según antes dijimos; pues, en caso afirmativo, la resolución impugnada habría vulnerado tales derechos».

En la STC 98/1986 se afirma que no hay zonas intermedias entre detención y libertad y así dice en su fundamento jurídico 4.º:

«...debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona.»

Para terminar citar la STC 61/ 1995, de 29 de marzo, donde el Alto Tribunal mantiene la línea de las anteriores sentencias y establece en su fundamento jurídico 4.º:

«...a la luz de la doctrina sentada por este Tribunal en relación con el derecho a la libertad, es evidente que el Juez de Instrucción incurrió en un error manifiesto y notorio al considerar que el «arresto domiciliario» que sufría el demandante de amparo, como consecuencia de la sanción disciplinaria que le había sido impuesta, no implicaba la privación de su libertad, puesto que, como es sobradamente conocido, no sólo este Tribunal Constitucional ha dicho que entre la libertad y la detención no existen zonas intermedias, sino también que el arresto domiciliario implica inequívocamente una privación de libertad, susceptible también de protección a través del recurso de hábeas corpus.»

4. CONCLUSIONES

PRIMERA. Debemos rechazar la posición en contra de la competencia objetiva del Juez Togado Militar basada en que al tratar el procedimiento de «habeas corpus» sobre un derecho fundamental debe conocer

del mismo la Jurisdicción ordinaria con arreglo al art. 53.2 de la Constitución. Admitir esta postura implicaría admitir que la vinculación de los órganos judiciales militares a los derechos fundamentales es menos intensa que en la jurisdicción ordinaria, lo cual no es constitucionalmente cierto; o que la tutela que de dichos derechos pueden prestar los Tribunales militares en el ámbito de su competencia no puede ser tan efectiva como la de los restantes Tribunales, lo que sería asimismo incierto; o, finalmente, que el art. 53.2 CE estaría consagrando la posibilidad de que, aún en materias propias de su competencia, las características del procedimiento preferente y sumario sirviera para desposeer a los Tribunales militares de su competencia, lo que sería absurdo.

SEGUNDA. También debemos rechazar el argumento de que el Juez Togado Militar no reúne los requisitos de independencia e inamovilidad del art. 117.1 de la Constitución, porque la estructura jerarquizada del Cuerpo Jurídico Militar al que pertenecen dichos jueces, no significa que a la hora de tomar decisiones en el ámbito de su competencia quede limitada su independencia, pues tan sólo están sometidos al imperio de la ley. Asimismo no pueden ser separados de su cargo sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.

TERCERA. Sí hay una razón importante para atribuir la competencia, aun tratándose del ámbito castrense, al Juez de Instrucción; la agilidad del procedimiento, uno de los principios que recoge la exposición de motivos de la Ley 6/1984 y que informa el procedimiento de «habeas corpus». Como ejemplo, pensemos en un militar arrestado en Huesca que interpone un «habeas corpus» del que habrá de conocer el Juez Togado Militar de Zaragoza y personarse en las actuaciones el Fiscal jurídico Militar adscrito al Tribunal Militar Territorial de Barcelona, teniendo presente que hay veinticuatro horas como límite legal para resolver el procedimiento, dentro del cual las actuaciones se tendrán que practicar mediante exhortos a través de la Jurisdicción Ordinaria. Igualmente se plantea el problema de que al no existir más que un Juez Togado en la mayoría de las sedes de las demarcaciones judiciales militares, tendría que estar permanentemente de guardia.

CUARTA. Sería conveniente que por el Estado Español se resolviera mantener la reserva al art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, referida a la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Al no haberse mantenido dicha reserva, los arrestos disciplinarios militares quedan al margen de la legalidad que impone el art. 5 del Convenio y dificulta su encuadre en nuestro ordenamiento jurídico, pues el art. 10 CE obliga a interpretar las normas relati-

vas a los derechos fundamentales de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la misma materia ratificados por España.

QUINTA. De las distintas posiciones que mantienen el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en relación con la afectación del derecho a la libertad que supone el arresto por falta leve, debe prevalecer, al tratarse de un derecho fundamental reconocido en la Constitución la postura del Tribunal Constitucional, debiendo considerar que el citado arresto supone siempre una privación de libertad susceptible de ser objeto de la pretensión del procedimiento de «habeas corpus».

BIBLIOGRAFÍA

- Gimeno Sendra. Derecho Procesal Tomo II El Proceso Penal (con Moreno Cárdena, Almagro Nosete, Cortes Domínguez) Valencia 1989.
- Gimeno Sendra. El Proceso de «Habeas Corpus». Tecnos 1985
- Soriano Ramón. El derecho de habeas corpus. Congreso de los Diputados 1986.
- López Muñoz y Larraz G. El auténtico habeas corpus. Colex 1992.
- Pérez Martín A.J. La competencia objetiva de los Juzgados Togados Militares Territoriales en la L.O. 6/1984 de 24 de Mayo. Revista Universitaria de Derecho Procesal.
- Kamen H. La Inquisición Española. Grijalbo 1972.
- Fairen Guillén. Dignidad humana y sevicias: un momento histórico de la lucha contra estas. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid n. 3 de 1981.
- Jiménez Villarejo J. Potestad Disciplinaria Militar y Control Jurisdiccional. Colex 1991.
- Rojas Caro J. Derecho Disciplinario Militar. Tecnos 1990.
- Álvarez Roldán L. y Fortún Esquifino R. La Ley Disciplinaria Militar. Aranzadi 1986.
- García Labajo J. M. Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa 2000.
- Álvarez Vélez I. y Alcón Yustas M.^a F. Las Constituciones de los Quince Estados de la Unión Europea. Dykinson 1996.
- Aranzadi. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- El Derecho. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

ESTATUTO JURÍDICO Y PROTECCION EN DERECHO INTERNACIONAL DE LA FIGURA DEL REFUGIADO Y DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS

David Suarez Leoz.
Capitán Auditor

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DE REFUGIADO Y DESPLAZADO INTERNO. DERECHO APLICABLE. LA PROTECCIÓN DEL REFUGIADO. PROTECCIÓN DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El problema de los refugiados y de los desplazados internos en la comunidad internacional es una de las cuestiones más complicadas que la comunidad mundial tiene actualmente ante sí.

En el orden Internacional actual ser refugiado significa algo más que ser extranjero, ya que supone vivir en el exilio y depender de otros para la atención de necesidades básicas, como son alimentación, vivienda, sanidad, etc.

Para tener una idea de la envergadura de tal problema, basta observar las estadísticas que periódicamente nos ofrece el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR) (1). Así, este Organismo,

(1) Informe «*Los refugiados en cifras, 2001*», se puede consultar en la página de internet de ACNUR: www.acnur.org.

que se creó en 1951, tenía un mandato que abarcaba, aproximadamente, un millón de refugiados, de tal forma que a 1 de enero de 2001 el número de personas bajo su amparo se elevaba a **21.216.010** personas, siendo, por continentes, Asia el que presenta el mayor número de refugiados, con 8.444.500 personas, para seguirle Europa, con 5.648.700 personas, y África, en tercer lugar, con 5.336.000 personas.

En 1951, la mayoría de los refugiados eran europeos. La mayoría de los refugiados de hoy proceden de Asia y África, y sus desplazamientos, a diferencia de lo que ocurría a mediados del siglo XX, asumen cada vez más la forma de éxodos masivos. El hecho es, sin embargo, que tales estadísticas no recogen los masivos desplazamientos de población provocadas en Afganistán como consecuencia de la Operación «Libertad duradera», iniciada por Estados Unidos como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre en Nueva York y Washington.

Si seguimos analizando tales estadísticas, tenemos que afirmar que la población que presenta mayor número de refugiados es la Palestina, con 3.800.000 personas, ubicadas fuera del territorio de la Autoridad Nacional Palestina, y cuyo retorno constituye una de las cuestiones que enfrentan a tal autoridad con el gobierno israelí (2).

Podemos añadir, asimismo, que el estatuto de tales refugiados se puede ver perjudicado por el hecho de pertenecer a un grupo étnico que no posee un Estado propio, entendido este como sujeto de derecho internacional, como es la Autoridad Nacional Palestina, lo que dificulta la aplicación de algunas de las normas protectoras de esta población.

Es la población de Afganistán, tras la Palestina, la que presenta un mayor número de refugiados, con un total de 3.567.200 personas, pero, como ya hemos señalado, se trata de un cálculo previo al comienzo de la guerra en Afganistán, por lo que tal número se ha visto considerablemente incrementado con posterioridad. Son Pakistán e Irán los dos países de asilo de tal población.

A una considerable distancia debemos de señalar el número de refugiados de Burundi, más de medio millón de personas, cuyo principal país de asilo es Tanzania.

(2) Estos palestinos se encuentran bajo mandato de un Organismo especializado de Naciones Unidas, distinto de ACNUR: La UNRWA (Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente), creada en 1949 por la Asamblea General —Res. 302 (IV)— para asistir a quienes huyeron de Palestina a resultas del conflicto subsiguiente al *plan de partición* del entonces protectorado británico. Ello no significa que no existan refugiados palestinos bajo la responsabilidad de ACNUR, como son aquellos que se encuentran en Irak o Libia.

Las causas del éxodo masivo de personas se han multiplicado, e incluyen ahora, junto a la existencia en sus países de conflictos armados, fundamentalmente sin carácter internacional, la generalizada vulneración de los derechos más básicos, los desastres naturales y la pobreza extrema.

Por último, y como botón de muestra de tal situación, tenemos que señalar que, junto a este colectivo existe otro cuya situación humanitaria en numerosas ocasiones es más vulnerable que la que presenta el refugiado, como es el desplazado interno, de los que se calcula que existen en el mundo en torno a veinticinco millones de personas, siendo de nuevo Afganistán el país con mayor número de desplazados internos, seguido de cerca por Sri Lanka, ambos con más de 700.000 desplazados. Estas personas quedan excluidas del sistema actual de protección a los refugiados, al permanecer en el interior de sus propios países.

Los refugiados plantean problemas constantes a la comunidad internacional, ya que los mecanismos de protección y asistencia se han visto sometidos a una inmensa presión debido a la creciente renuencia de los Estados a aceptar a un gran número de refugiados, la tendencia de los Estados de primer asilo, en situaciones de afluencia masiva, a situar los campamentos de refugiados dentro de sus fronteras, lo que ha dado lugar frecuentemente a ataques transfronterizos a la población refugiada y la militarización de aquellos, y la cuestión sin resolver de poblaciones de refugiados cuya condición se prolonga largo plazo.

Esta monografía tiene por finalidad, ante esta situación, acercar al lector cual es el marco jurídico que presenta el estatuto del refugiado, analizando sus limitaciones, así como un acercamiento a la figura del desplazado interno, con unas propuestas de mejora de ambas condiciones. Pero antes de entrar en el marco jurídico, conviene aclarar algunos conceptos.

CONCEPTO DE REFUGIADO Y DESPLAZADO INTERNO

Una primera definición del término «refugiado» viene recogida en el artículo 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, tal y como fue enmendada por el Protocolo de 1967 (3), que comporta un doble aspecto, y que se aplica:

(3) La Convención de 1951 sólo se aplicaba a los refugiados que habían pasado a tener tal condición como resultado de los acontecimientos ocurridos antes del día 1 de enero de 1951. Sin embargo, en los años posteriores a 1951 quedó demostrado que el desplazamiento de refugiados no era meramente resultado temporal de la segunda guerra mundial y de sus defectos, de tal forma que a fines del decenio de 1950 y durante el decenio de 1960 surgieron nuevos grupos de refugiados, en especial en Africa.

«A toda persona:

(...) que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad, y no pueda, o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país».

Desde 1951, la realidad sobre el terreno ha inducido a ampliar el primer elemento de la definición, para amparar a aquellas personas que huyen y cruzan una frontera internacional a causa de un conflicto armado o de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos. Así, la Convención sobre refugiados de la Organización para la Unidad Africana (OUA), de 1969, amplía la definición de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, para aplicarse a:

«Toda persona que, debido a agresiones externas, ocupación, dominación extranjera u otros eventos que alteren gravemente el orden público en una parte o en la totalidad del territorio del país de su origen o nacionalidad, se vea obligada a huir del lugar donde habitualmente reside para buscar refugio en otro lugar fuera del país de su origen o nacionalidad». (Artículo 1(2) de la Convención relativa a los refugiados de la OUA) (4)

En un sentido parecido, la *Declaración de Cartagena sobre los refugiados*, de 1984, que aunque no es un instrumento jurídico vinculante (5),

Estos refugiados necesitaban de protección, que no se les podía conceder con arreglo al marco temporal limitado de la Convención de 1951, lo que motivó la aprobación del Protocolo relativo al Estatuto de los Refugiados, de 31 de enero de 1967, que suprime las restricciones temporales y espaciales y amplía la Convención a las «nuevas situaciones de refugiados». Folleto informativo n.º 20. cfr. Los derechos humanos y los refugiados, Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos.

Asimismo, las nuevas adhesiones al Protocolo se realizarán sin ninguna limitación geográfica, y no es preciso ser Estado Parte en la Convención para adherirse al Protocolo (cfr. Art.V), mientras que los Estados Parte en el Protocolo «se obligan a aplicar los artículos 2 a 34 de la Convención» (Cfr. Artículo I,1). Estados Unidos, por ejemplo, es parte únicamente en el Protocolo.

(4) *Convención de la Organización para la Unidad Africana sobre los problemas específicos de los Refugiados en Africa*, de 1969, refleja, en su amplia definición, las causas empíricas del refugio en Africa, a finales de los años sesenta: violaciones graves y masivas de los derechos humanos y éxodos forzados en aquel contexto de descolonización.

(5) América Latina tiene un larga tradición de asistencia al refugiado, el Tratado de Montevideo, sobre Derecho Penal, de 1889, fue el primer instrumento regional relativo al asilo. En el decenio de 1980, el estallido de conflictos armados internos en Centroamérica produjo como

muestra el estado de opinión internacional sobre el problema de la protección del refugiado, establece:

«La definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que, además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos y otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público». (Conclusión 3, 1984, Declaración de Cartagena sobre los Refugiados)

El concepto de *refugio*, que es propiamente internacional, remite, por tanto, a la legitimidad del abandono del Estado de origen, limitándose a ofrecer un régimen mínimo de permanencia a quienes resultan acogidos por cualquier Estado distinto a aquel en que el beneficiario es perseguido.

A diferencia de los refugiados, ningún instrumento internacional contiene una definición de *desplazado interno*. Sin embargo, también ha sido objeto de profundo estudio en el marco de las Naciones Unidas el problema humanitario que presentan los desplazados internos, y el documento de la ONU, E/CN.4/1998/53/Ad.2, del Secretario General de Naciones Unidas, sostiene la siguiente definición de la expresión «personas desplazadas»:

«Se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de

resultado éxodos masivos de cerca de un millón de personas, que plantearon graves problemas económicos y sociales para los países a los que acudían esas corrientes masivas.

En 1984 esos países receptores aprobaron la Declaración de Cartagena sobre los refugiados, en la que sentaron las bases jurídicas para el tratamiento de los refugiados centroamericanos, incluido el principio de no devolución, la importancia de integrar a los refugiados y el despliegue de medidas para erradicar las causas del problema de los refugiados.

La Declaración de Cartagena, si bien no obliga a los Estados, es aplicada en la práctica, y en algunos casos ha sido incorporada en sus legislaciones nacionales.

catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida» (6).

En gran medida tal concepto se centra en personas que, si hubieran atravesado una frontera, se las calificaría de refugiados, tanto en la Convención de la OUA como en la Declaración de Cartagena. No obstante, tal definición incluye también a otras personas a las que no cabe calificar de refugiados, tales como los desarraigados por catástrofes naturales o provocadas por el hombre. Esta inclusión obedece al hecho de que en algunos casos los gobiernos responden a estos desastres naturales dejando de lado o discriminando a determinados grupos por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas o violando de otra forma los derechos humanos de las poblaciones afectadas. Indicar por último que tal definición no incluye a las personas que emigran por motivos económicos (7).

Tales conceptos se distinguen, claramente, del concepto de *asilo*, entendido como «concesión de protección territorial duradera por parte de un Estado concreto y distinto al de la nacionalidad o residencia habitual del beneficiario y contra la jurisdicción de otro Estado» (8). Así, según Mariño Menéndez, el *refugio* tiende a aparecer en términos de Derecho Internacional más bien como una clase particular de «asilo», mientras que el régimen de estancia asociado al asilo tiene carácter exclusivamente interno (9).

DERECHO APLICABLE

Los refugiados tienen derecho a una protección de conformidad con tres principales ramas del Derecho Internacional (10):

(6) Tal definición es literalmente seguida por Jean Philippe Lavoyer, en «Principios rectores relativos al desplazamiento de personas en interior de su propio país», *Revista Internacional de la Cruz Roja*. N.º 147, septiembre de 1988, pp. 509 a 522.

(7) Cfr. Ponte Iglesias, María Teresa: «Un marco normativo e institucional para los desplazados internos en el Derecho Internacional», en *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol.LII (2000), 1, pag. 63.

(8) Tal definición es recogida por G.S. Goodwin-Gill en *the refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 2.ª ed. 1996. pag. 174.

(9) Mariño Menéndez, F.M.: *Derecho de extranjería, asilo y refugio*. Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1995, pag. 509.

(10) Ciertamente, se trata de tres sectores convergentes del ordenamiento internacional que, como afirma PEREZ GONZALEZ, se hallan estrechamente vinculados tanto en razón de sus principios básicos como en razón del objetivo esencial al que responden, la protección de la persona humana en cualquier circunstancia, o lo que es lo mismo, el principio de humanidad. Cfr. Manuel Pérez González: «Las relaciones entre el Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho Internacional humanitario», en *Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho Internacional*, vol. 1, 1997, pp. 388 y ss.

- Derecho de los refugiados.
- Derecho Internacional de los derechos humanos.
- Derecho Internacional Humanitario.

En virtud del derecho internacional del refugiado, se conferirá protección a la persona que reúna las condiciones consignadas en la definición de refugiado. No ocurre lo mismo en las dos otras ramas del derecho internacional citadas, por las que se garantiza la protección a las personas fundándose en la situación real en la que se encuentran y no en su estatuto jurídico.

A fin de poder beneficiarse de la protección conferida por el derecho de los derechos humanos, la persona debe de estar bajo el control de un Estado obligado por el derecho de los derechos humanos, sea el derecho de los tratados, sea el extenso cuerpo de normas consuetudinarias de los derechos humanos. Asimismo, el derecho Internacional Humanitario protege a las personas que se encuentran en Estados donde se libran conflictos armados internacionales o no internacionales.

Las instituciones del Derecho Internacional de los refugiados han desempeñado, además de prestar asistencia material a los grandes grupos de refugiados, una función de protección jurídica, individual y colectiva, destinada a lograr, al menos, la acogida temporal de quienes son considerados beneficiarios del Derecho Institucional.

Desde una perspectiva colectiva, la asistencia material es la forma primaria de protección para lograr la acogida, el modo esencial de mantener la vigencia del principio de no devolución al Estado de origen. Desde una perspectiva individual, se trata de lograr mediante la protección jurídica que un Estado tercero califique al individuo como refugiado internacional, y adopte la consecuente decisión discrecional de acogerlo.

La acogida en casos de afluencia masiva sólo puede concebirse como una costumbre universal, relacionada con el principio de *responsabilidad subsidiaria* de la comunidad internacional, que viene a garantizar en última instancia la supervivencia digna de la población refugiada cuando el Estado de acogida no quiera, o no pueda, asistir por sí a los refugiados.

LA PROTECCIÓN DEL REFUGIADO

LA PROTECCIÓN OTORGADA EN DERECHO INTERNACIONAL DEL REFUGIADO

La Convención de 1951, redactada a raíz de una recomendación de la recién creada Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, marcó un hito en la definición de normas relativas al trato de refugiados.

En la Convención se establecen las normas mínimas para el tratamiento de los refugiados, incluidos los derechos básicos que se les deben de reconocer:

— El derecho fundamental reconocido al refugiado es el principio de no devolución (*non refoulement*), por el cual no deben ser devueltos a otro país donde los persigan o puedan ser víctimas de persecución. (artículo 33). En el párrafo 2 se establecen excepciones en el caso de personas que constituyan un peligro para la seguridad del Estado en el que se encuentren o que hayan sido condenados en firme por delitos de especial gravedad y que por tal motivo constituyan un peligro para la población de ese Estado.

— La protección debe de abarcar a todos los refugiados, sin discriminación alguna por razón de raza, religión o país de origen. El principio de *no discriminación*, coincidiendo con el de *imparcialidad*, garantiza la más escrupulosa «neutralidad». La universalidad de la función, que carece de límites geográficos de aplicación, permite afirmar lato sensu un principio de no discriminación.

— El problema de los refugiados es de índole social y humanitaria, y por lo tanto, no debe ser causa de tensión entre los Estados. El principio de humanidad se relaciona con la prioridad conferida por la asistencia a las necesidades fundamentales del ser humano. La neutralidad consiste en no tomar partido por un Estado, puesto que todas las personas, sean de la nacionalidad que fueren, pueden ser beneficiarias de la asistencia.

— Dado que la concesión del asilo puede suponer una pesada carga para algunos países, sólo se puede dar con una solución satisfactoria al problema de los refugiados mediante la cooperación internacional. Se trata del principio de *financiación voluntaria de los compromisos*. Así, los desembolsos realizados por los Estados, que responden a través de la Oficina de Coordinación de la Asistencia humanitaria a su responsabilidad de asistencia a poblaciones cuya supervivencia corre peligro se mantiene, a pesar de la denominada *fatiga de la compasión*.

— No se puede esperar que las personas salgan del país de origen siempre de forma reglamentada, por lo que no deberían sufrir sanciones por ingresar o permanecer ilegalmente en el país donde solicitan asilo. Ello no significa que no tenga el refugiado obligaciones, tal y como se recogen en el artículo 2 de la Convención: acatar sus leyes y reglamentos, así como las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público.

— Dadas las muy graves consecuencias que puede tener la expulsión del refugiado, tal medida únicamente debería adoptarse en circunstancias excepcionales para proteger la seguridad nacional o el orden público. En

este sentido, el artículo 9 de la Convención establece la posibilidad del Estado receptor de adoptar provisionalmente medidas que estime indispensables para la seguridad nacional, pudiendo mantener tales medidas cuando sea necesaria para la seguridad nacional.

— Es fundamental, en la protección al refugiado, el aspecto asistencial, prestada por instituciones dotadas de mandatos jurídicos internacionales, tendentes a satisfacer las necesidades esenciales o básicas del refugiado, y para ello es fundamental la cooperación de los Estados con los organismos internacionales que han asumido tal tarea, como son, fundamentalmente, ACNUR y el Comité Internacional de la Cruz Roja, en el ámbito este último de los desplazados internos.

A todo ello debemos añadir que la protección de refugiados también implica salvaguardar los derechos humanos recogidos en la Convención: derecho a un empleo remunerado (artículo 17), acceso a los tribunales (art. 16), educación (art. 22), asistencia y socorro públicos (art. 23), seguridad social, vivienda, libertad de circulación (art. 26), posesión de documentos de identidad y de viaje (arts. 27 y 28), etc. En algunos casos tales derechos se equiparan a los que se reconocen al propio nacional del Estado receptor, como es el derecho a la educación, mientras que en otros casos el trato ha de ser equivalente al que reciben en general los extranjeros en el Estado receptor (11).

Junto a la Convención de 1951, y su Protocolo de 1967, tenemos que mencionar como complemento de ambos instrumentos jurídicos la ya citada *Convención de la Organización para la Unidad Africana sobre los problemas específicos de los refugiados en Africa*, de 1969, donde se regula la cuestión del asilo (artículo II), y también se contienen disposiciones importantes sobre repatriación voluntaria (artículo V), y sobre la prohibición de toda actividad subversiva por parte de los refugiados (art. III); por último, el artículo II.3 de tal Convención prohíbe, como hiciera la Convención de 1951, toda devolución o expulsión del refugiado, pero incluye expresamente el rechazo en frontera, cuyo resultado sería imponer a los beneficiarios el regreso o la permanencia en un territorio donde su vida, integridad física o libertad estuvieran amenazadas por las causas que conforman la definición amplia de refugiado recogida en tal texto internacional.

(11) El Derecho Internacional del Refugiado se basa en la asunción de que a los refugiados se les reconoce, con algunas excepciones, el mismo tratamiento que a los extranjeros en general (artículo 7 de la Convención). Cfr. Stephane Jaquemet: «The Cross-Fertilization of international humanitarian law and international refugee law», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 83, n.º 843, septiembre 2001, pag. 651.

A los refugiados se les reconocen todos los derechos y libertades fundamentales puntualizados en los instrumentos internacionales de los derechos humanos. Por lo tanto, la protección de los refugiados debe contemplarse en el contexto más amplio de la protección de los derechos humanos. La creación por los Estados, después de la segunda guerra mundial, de dos organizaciones separadas encargadas de los derechos humanos y de los refugiados, respectivamente, no significa que no exista una relación entre ambas cuestiones.

El derecho Internacional de los derechos Humanos confiere una protección adicional y más amplia a los refugiados. Numerosos instrumentos universales y zonales les conceden importantes derechos civiles, políticos, sociales y económicos. Entre ellos, figuran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, de 1950 (12); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1980. Hoy, muchas de las disposiciones de estos instrumentos forman parte del derecho internacional consuetudinario y son de obligado cumplimiento para todos los Estados, hayan o no ratificado dichos tratados.

Además, muchos derechos humanos universalmente reconocidos se aplican directamente a los refugiados. Entre ellos se incluyen el derecho a la vida, la protección contra la tortura y los malos tratos, los derechos al disfrute pacífico de la propiedad, a la vivienda y a una vida familiar revisiten particular importancia para prevenir el desplazamiento.

Junto a ellos, tenemos que mencionar, en relación directa con el estatus del refugiado, los siguientes:

- «Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (Declaración Universal de Derechos Humanos, (art. 9).

- «En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país» (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 14).

(12) El Convenio Europeo de Derechos Humanos se han mostrado como un instrumento adecuado para la protección de los refugiados, actuando como complemento de la Convención de 1951, en especial en aquellos aspectos en los que más patentes son las carencias de esta última, como son los procedimientos de determinación de la condición de asilado y su control judicial. Cfr. Santolaya, Pablo: El Convenio Europeo de Derechos Humanos como instrumento de protección de los refugiados, en *Seminario sobre alcance y contenido de la protección internacional del refugiado*, Madrid, enero de 2002.

- «Toda persona tiene derecho a una nacionalidad» (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 15).
- «Toda persona tiene derecho a circular libremente, y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país» (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 13; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12).

En la Carta Internacional de Derechos Humanos no se menciona específicamente el derecho fundamental que debe reconocerse al refugiado, el principio de no devolución, ya mencionado en el artículo 33 de la Convención de 1951, sin embargo, se expresa tal principio también en el artículo 3 de la *Convención de las Naciones Unidas contra la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, en la que se estipula que

«ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos».

Así mismo, ciertos instrumentos regionales prohíben a los Estados decretar el desplazamiento masivo de la población, en el caso particular de la expulsión de sus propios nacionales o de la expulsión colectiva de extranjeros: artículo 22.5 de la *Convención Interamericana sobre derechos humanos*, artículo 3 del Protocolo 4 a la *Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales*.

Por último, la *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, de 1948, constituye, *in extremis*, una protección frente al desplazamiento forzoso de ciertos grupos, si bien su objeto y fin es prevenir y sancionar ciertos actos, «perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso». El artículo 2 de la Convención entiende por genocidio, «el traslado forzoso de niños del grupo a otro grupo», así como el «sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial».

Todos estos derechos deben garantizarse a todas las personas sin distinción alguna por motivos de nacionalidad en el caso de refugiados, o porque

no estén en su lugar de residencia habitual cuando se trata de desplazados internos. El hecho de que los refugiados no sean súbditos del Estado en el que hayan buscado refugio será importante, pues, sólo con respecto a los derechos estrictamente políticos, como puede ser el derecho de sufragio.

Cabe destacar, por último, que si bien los instrumentos de derechos humanos están destinados a aplicarse en todo momento, es posible que los Estados suspendan algunos derechos en situaciones de emergencia pública (13). Además, el derecho de los derechos humanos obliga al Estado, pero no a los grupos armados de oposición, rebeldes o insurgentes, y es aquí donde alcanza toda su eficacia el Derecho Internacional Humanitario.

PROTECCIÓN DEL REFUGIADO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

A diferencia del Derecho Internacional Humanitario, el DIR no fue diseñado para ser aplicado en las especiales circunstancias existentes en situaciones de conflicto armado, a pesar de que, como ya hemos visto (14), a pesar de que, como hemos visto, el DIR define dos categorías de refugiados: en primer lugar las personas que huyen *debido a fundados temores de ser perseguidas* y que se encuentran fuera del país de su nacionalidad; y, en segundo lugar, las personas que huyen *a causa de un conflicto armado o de disturbios*, tal y como se recoge en la referida Convención sobre refugiados de la OUA.

Asimismo, con la excepción de unas pocas disposiciones especiales, los refugiados no reciben un tipo particular de protección según el Derecho Internacional Humanitario, ni existe una definición específica de los refugiados como personas protegidas por ese derecho.

No obstante, el artículo 44 del IV Convenio de Ginebra, de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, establece:

(13) En efecto, el artículo 12 del *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, que proclama el derecho a circular libremente en el seno de un Estado y a salir de él aunque sea el propio, admite, amén de otras que puedan preverse por ley interna, las derogaciones «necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y que sean compatibles con los demás derechos reconocidos por el presente Pacto».

El artículo 13 del mismo instrumento prevé que el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado sólo puede ser expulsado según decisión adoptada conforme a la ley, pero «a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

(14) Cfr. Artículo 9 de la *Convención sobre refugiados*.

« Al tomar las medidas de custodia previstas en el presente Convenio, la Potencia en cuyo poder se encuentren las personas protegidas no habrá de tratar como extranjeros enemigos, exclusivamente en base de su pertenencia jurídica a un Estado adverso, a los refugiados que, de hecho, no disfruten de la protección de ningún gobierno» (15).

En este sentido, tal disposición se ve completada con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 70 del mismo Convenio, donde se determina que:

« Los ciudadanos de la Potencia ocupante que, antes del comienzo del conflicto, hayan buscado refugio en el territorio ocupado no podrán ser detenidos, enjuiciados, condenados o deportados fuera del territorio ocupado, si no es por infracciones cometidas después del comienzo de las hostilidades o por delitos de derecho común cometidos antes del comienzo de las hostilidades que, según la legislación del Estado cuyo territorio sea ocupado, hubieran justificado la extradición en tiempo de paz».

Por último, el artículo 73 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, aplicable a situaciones de conflicto armado internacional, señala, en el mismo sentido, que:

«Las personas que, antes del comienzo de las hostilidades, fueron consideradas como apátridas o refugiadas en el sentido de los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por las Partes interesadas o de la legislación nacional del Estado que las haya acogido o en el que residan, lo serán, en todas las circunstancias y sin ninguna distinción de índole desfavorable, como personas protegidas en el sentido de los Títulos I y III del IV Convenio».

Fuera de estas concretas disposiciones, lo cierto es que, ante todo, los refugiados son personas civiles, las cuales están protegidas como tales por el derecho internacional humanitario, especialmente por el ya citado IV Convenio de Ginebra.

(15) Debemos destacar que el artículo 44 del IV Convenio de Ginebra sirvió expresamente como precedente del artículo 8 de la Convención de 1951. Cfr. Stephane Jaquemmet: «The Cross-Fertilization of international humanitarian law and international refugee law», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 83, n.º 843, septiembre 2001, pag. 655.

Con respecto a las normas que confieren una protección general a la población civil, las siguientes son de particular importancia para los refugiados:

- La prohibición de conducir hostilidades sin respeto del principio de distinción entre población civil y objetivos militares.
- La prohibición de que las personas civiles sean objeto de ataques.
- La prohibición de cometer actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil;
- La prohibición de destruir y sustraer los bienes de carácter civil;
- La prohibición de hacer padecer hambre a la población civil como método de combate y de destruir los bienes indispensables para su supervivencia;
- La prohibición de ejercer represalias contra la población civil y sus bienes;
- La prohibición, en tiempo de ocupación, de efectuar traslados forzados en masa o individuales, de las personas civiles, tanto en el territorio ocupado como hacia un tercer Estado.

Además de esta protección general, debemos destacar la importancia de las normas que obligan a las partes en un conflicto y a todos los demás Estados a autorizar el libre paso de los socorros y de la asistencia necesaria para la supervivencia de la población civil (16).

Las disposiciones normativas citadas hasta este momento hacen referencia a la protección del refugiado como consecuencia de un conflicto armado de carácter internacional. Sin embargo, en el ámbito del refugiado, la protección otorgada en conflictos armados sin carácter internacional es esencial, máxime si tenemos en cuenta que la mayor

(16) Los Estados han confiado al CICR el cometido de proteger y asistir a las víctimas de conflictos armados internacionales y no internacionales. Por ejemplo, en el caso de personas que se refugian en un país vecino devastado por un conflicto interno o que se ve involucrado en un conflicto armado internacional con el país de origen de los refugiados, después de la huida de estos, es normal que, en tales circunstancias, el CICR se interese por la situación de los refugiados, que también son víctimas civiles del conflicto. En los dos casos mencionados, los refugiados están protegidos por el derecho de los refugiados y por el derecho internacional humanitario, tal y como hemos visto.

Consecuentemente, tanto el CICR como ACNUR tienen una responsabilidad paralela, que debería asumirse con un criterio de complementariedad, buscando siempre la salvaguardia de los intereses de los refugiados y garantizando la eficacia de la ayuda prestada por ambas instituciones, con el fin de evitar la duplicación y confiar la responsabilidad a la organización que presente las mayores ventajas comparativas, teniendo en cuenta los cometidos respectivos, primarios y subsidiarios, la experiencia y los conocimientos necesarios, así como la capacidad operacional de satisfacer las necesidades. Cfr. Françoise Krill: «Refugiados y personas civiles desplazadas en el interior de un mismo país: línea de conducta del CICR», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 843, septiembre 2001.

parte de las crisis humanitarias en el que se ve involucrado este colectivo están directa o indirectamente relacionado con conflictos armados internos.

El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, aplicable a situaciones de conflicto armado no internacional, contiene una disposición en concreto en este ámbito, el artículo 17, inspirado en el citado artículo 49 del IV Convenio, y a pesar de ser más corto que este último, recoge el mismo principio —prohibición de desplazamientos forzosos de civiles—, así como las mismas concretas excepciones —exigencias de seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas—. El párrafo 2 añade, asimismo, que no se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto (17).

PROTECCION DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS

En los últimos años, hemos visto que la atención de la comunidad internacional, de los Estados, así como de los organismos de las Naciones Unidas y de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, se ha centrado en una nueva dimensión de los desplazamientos de población: los desplazamientos dentro de un país como resultado de un conflicto no internacional.

A principios de los años noventa y finales de la Guerra Fría proliferó un nuevo tipo de conflictos internos, que dio lugar a un fuerte aumento del número de personas desplazadas dentro de su propio país (18).

A pesar de que todos los desplazados internos tienen las mismas necesidades que los refugiados por lo que respecta a la seguridad, subsistencia y respeto a su dignidad, en situaciones de conflicto armado interno suelen ser más vulnerables ya que se les puede someter con mayor facilidad a traslados, reasentamientos forzosos, detenciones o arrestos arbitrarios,

(17) La violación de estas disposiciones constituyen un crimen de guerra, según el Estatuto de Roma, por el que se constituye la Corte Penal Internacional, Artículo 8, 2 (e) (viii) y puede ser también un crimen contra la humanidad, conforme al artículo 7.1.(d).

(18) Como ya hemos visto, estas personas se han visto obligadas a huir de sus hogares pero no han llegado a un país vecino y, por tanto, al contrario que los refugiados, no están protegidos por el derecho internacional.

El número de tales desplazados internos ha crecido considerablemente, y en la actualidad se calculan en torno a 25 millones de personas, representando el segundo grupo de incumbencia del ACNUR, ayudando a unos 5'6 millones de personas en estas circunstancias. Cfr. El ACNUR en cifras, 2001, en www.acnur.org

agresiones sexuales, privándoles, a menudo, de asistencia en los bienes indispensables para su supervivencia o sanitaria.

Tal situación preocupa en el plano internacional, tal y como se pronuncia el Representante del Secretario General de Naciones Unidas para los desplazados internos, cuando afirma que «el desplazamiento interno suele ser el precursor de situaciones con ramificaciones internacionales mucho más amplias que no solamente incluyen las salidas masivas de refugiados, sino también la desestabilización política y económica de regiones o países. Así pues, ocuparse del problema de los desplazamientos internos es tanto un imperativo de la paz y la seguridad regional e internacional como una cuestión de responder a las necesidades de asistencia humanitaria y protección de los derechos humanos de las personas afectadas». Cfr. *Los desplazados internos. Informe del Representante del Secretario General, sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39, de la Comisión de Derechos Humanos*. Doc. E/CN.4/1998/53, de 11 de febrero de 1998, párr. 1) (19).

Los desplazados internos no sólo no gozan de la protección de sus gobiernos, sino que además carecen de instrumentos jurídicos específicos en los que se regule su situación.

Desde la vertiente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tenemos que afirmar que las normas protectoras de tales derechos —normas mínimas de existencia, como son el derecho a la vida, libertad, igualdad, no discriminación, a la identidad y a la nacionalidad, a la libertad de movimientos, a la vivienda y al trabajo, acceso judicial, etc, ya analizados al referirnos a la protección del refugiado— lo hacen no por el carácter de desplazados internos de los beneficiarios, sino como personas cuyos derechos fundamentales están siendo violados, lo cual se hace particularmente evidente durante los conflictos armados, donde los derechos básicos y las necesidades de los desplazados más se ponen en peligro y menos se respetan y protegen, de ahí que vuelva a ser la rama del Derecho Internacional Humanitario la que quepa invocar con mayor eficacia para la protección de los desplazados internos.

Dentro de las normas del Derecho Internacional Humanitario, los desplazados internos pueden considerarse, al igual que los refugiados, personas civiles afectadas por el advenimiento de las hostilidades, y se

(19) En 1992, a petición de la Comisión de Derechos Humanos, se estableció el mandato del Representante del Secretario General encargado de la cuestión de los desplazados internos, mejorando sensiblemente la forma en que la comunidad internacional viene reaccionando ante la crisis mundial de los desplazamientos internos.

benefician tanto de las normas relativas a la protección de la población civil (20), como las disposiciones relativas al estatuto y trato de las personas protegidas (21). No obstante, tal normativa presenta una importante laguna, como es el hecho de que expresamente se excluye su aplicación en aquellas situaciones en las que se registran tensiones o disturbios internos, así como en las situaciones de violencia social o interétnica (22).

Desde distintos sectores se ha destacado la necesidad de desarrollar un marco normativo para la protección de los desplazados internos, existiendo diversos enfoques a este respecto: la promoción y difusión tanto de los derechos humanos como del Derecho Internacional Humanitario, o la elaboración de normas jurídicas propias protectoras de los desplazados internos.

Tales posturas no están exentas de críticas, ya que mientras aumenta el interés por el problema de los desplazados internos, se está debilitando el derecho de asilo y se refuerzan los obstáculos y los medios utilizados por los Gobiernos para controlar los flujos migratorios y para contener a los potenciales refugiados en sus países de origen (23).

(20) Queda fuera del ámbito de esta monografía hacer un análisis detallado de las disposiciones concretas aplicables en la protección de la población civil. Únicamente hacer referencia, a efectos sistemáticos, que le son aplicables seis categorías de normas:

- a) Aquellas dirigidas a la protección de heridos, enfermos, ancianos, mujeres y niños.
- b) Protección contra los efectos de las hostilidades.
- c) Creación de espacios protegidos por acuerdo de las Partes contendientes.
- d) Socorro a favor de la población civil: asistencia y abastecimiento.
- e) Búsqueda, reunión y comunicación en familias dispersas.
- f) Estatuto de protección mínima de personas en poder de una parte en conflicto, en especial el artículo 75 del Protocolo Adicional I.

(21) Así, en el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra se estipula una protección general para las personas protegidas en los territorios de las Partes en conflicto y en los territorios ocupados, proclamándose su respeto y el carácter inalienable de sus derechos fundamentales. Se respetarán su persona, su honor, sus derechos familiares, sus creencias religiosas y sus costumbres. Recibirán un trato humano y serán protegidas contra todo acto de violencia, insultos e intimidación. Serán tratadas con pleno respeto del principio de no discriminación (art. 30 IV Convenio Ginebra).

(22) Tal exclusión viene recogida en el artículo 1.2 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional:

« *El presente Protocolo no se aplica a situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia, y otros actos análogos, que no son conflictos armados.*»

(23) En las últimas cinco décadas, se ha concedido asilo a varios millones de personas en todo el mundo, siendo Alemania el país que recibe el mayor número de solicitantes de asilo. No obstante, como consecuencia de una mayor facilidad para viajar y comunicarse, y del enorme aumento de personas que solicitan asilo, algunos Estados, especialmente los principales países industrializados, han endurecido sus legislaciones nacionales y los criterios para la concesión de asilo, lo cual ha causado a menudo un descenso de las tasas de reconocimiento.

Las medidas preventivas y la repatriación están al orden del día, con el fin de evitar el cruce de fronteras y de reexpedir a los refugiados al lugar de donde partieron; de esta forma, si se adoptan nuevas normas sobre los desplazados internos, los gobiernos podrían argumentar que las poblaciones desarraigadas pueden encontrar una protección adecuada en sus países de origen, impidiéndoles legítimamente cruzar una frontera internacional (24).

LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LOS DESPLAZAMIENTOS INTERNOS

Por último, y en el plano del Derecho Internacional del Refugiado, el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas para los Desplazados Internos, Francis Deng, inició una importante supervisión de las normas aplicables a estos últimos (25), que culminó —entre otras cosas— con la publicación en 1998, de los «Principios rectores sobre el desplazamiento de personas en su propio país».

Estos Principios, que ofrecen una definición muy amplia del concepto de desplazado, incluyen elementos de derecho internacional humanitario, de derechos humanos, y de derechos de los refugiados, cubriendo todas las fases del desplazamiento interno.

Los Principios refunden y reafirman la normativa existente aplicable a los desplazados internos, esclarecen las ambigüedades que pueden existir, tratando de colmar las lagunas identificadas en las normas internacionales citadas.

Es importante resaltar que los referidos Principios no alteran, reemplazan o modifican el Derecho Internacional vigente o los derechos que se

(24) Cfr. Marguerite Contat Hickel: «La protección de los desplazados internos afectados por conflictos armados: concepto y desafíos», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 843, sept. 2001.

(25) Afirma el Representante del Secretario General para los desplazados internos, en el citado *informe presentado con arreglo a la resolución 1993/95, de la Comisión de Derechos Humanos*, que muchos principios importantes del derecho de los refugiados pueden aplicarse por analogía para la protección de los desplazados internos. En este sentido, el principio de no devolución, considerado como piedra angular del sistema internacional de protección del refugiado ha de ser reconocido y aplicado también con respecto de las personas internamente desplazadas, tal y como se pronuncian diversas resoluciones, como la Resolución de la Asamblea General 54/180 «Derechos humanos y éxodos en masa», de 17 de diciembre de 1999, al exhortar a «los Estados a que garanticen la protección efectiva de los refugiados y desplazados internos, así como la prestación de asistencia a ellos, en consonancia con el derecho internacional entre otras cosas, respetando el principio de no devolución...» (punto 14).

reconocen a los individuos de conformidad con el Derecho nacional, ni tampoco podrán ser interpretados de forma que limiten o modifiquen tales disposiciones, ni afectara a la responsabilidad penal del individuo con arreglo al Derecho Internacional, en particular en relación con el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Tales principios se articulan en torno a cinco categorías: generales, relativos a la protección contra los desplazamientos, protección durante el desplazamiento, los referentes a la asistencia humanitaria, y aquellos que deben de observarse durante el regreso, el reasentamiento y la reintegración.

Sin embargo, los Principios Rectores, que forman parte del derecho indicativo (*soft law*), no son jurídicamente vinculantes (26). Pretenden ser una declaración de carácter persuasivo que proporcione una orientación práctica y sea al mismo tiempo un instrumento de política educativa y concienciación, y han sido aceptados por un amplio grupo de Estados, como es el caso de Colombia.

A pesar de ello, en una situación de conflicto armado en particular, parece fundamental invocar en primer lugar la norma perentoria, es decir, las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales y no internacionales, que son vinculantes tanto para los actores gubernamentales como para los grupos armados de oposición.

CONCLUSIONES

El problema de los refugiados sigue desafiando a la Comunidad Internacional. Mientras que los Estados que acogen refugiados deben mantener su compromiso de protegerlos y alentar la tolerancia de la diversidad, los Estados que producen refugiados tienen el deber de prevenir actos que den origen a éxodos masivos de población.

Como conclusión, podemos afirmar que el problema principal no es tanto la elaboración de nuevas normas o el reconocimiento de las ya existentes, sino la puesta en práctica de esas normas, elaborando estrategias eficaces para difundir y promover tales normas y principios, adoptando medidas más tempranas y eficaces para evitar que situaciones potencialmente generadoras de desplazamientos, se deterioren hasta el punto que el

(26) Lo que no significa que tal documento no contenga numerosas normas que forman parte del derecho existente y son jurídicamente vinculantes. Cfr. Ponte Iglesias, María Teresa: « Un marco normativo e institucional...», obra citada, pag. 68.

éxodo se convierta en la única opción visible. Para lo cual es fundamental la adopción de una estrategia basada en la prevención.

El objetivo de la prevención no es poner trabas o imposibilitar la huida de las víctimas de la persecución o del peligro de la guerra, sino suprimir o reducir las causas políticas, sociales y económicas que generan refugiados y desplazados internos.

II. TEXTOS

1. LEGISLACIÓN

María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera
Documentalista

JEFATURA DEL ESTADO

Instrumento de ratificación del Protocolo 1 al Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos y Degradantes, hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1993 (BOE n.º 35, de 9-2-2002).

Instrumento de ratificación del Protocolo 2 al Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos y Degradantes, hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1993 (BOE n.º 35, de 9-2-2002).

Corrección de erratas: BOE n.º 142, de 14-6-2002).

MINISTERIO DE DEFENSA

Real Decreto 258/2002, de 8 de marzo, por el que se regulan los

Consejos Asesores del Personal de las Fuerzas Armadas (BOE n.º 59, de 9-3-2002).

JEFATURA DEL ESTADO

Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (BOE n.º 73, de 26-3-2002)

Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (BOE n.º 92, de 7-4-2002).

Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (BOE n.º 109, de 7-5-2002).

Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia (BOE n.º 109, de 7-5-2002).

MINISTERIO DE DEFENSA

Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional (BOE n.º 113, de 11-5-2002).

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PUBLICAS

Real Decreto 436/2002, de 10 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica del Centro Nacional de Inteligencia (BOE n.º 113, de 11-5-2002).

MINISTERIO DE DEFENSA

Orden Ministerial 84/2002, de 8 de mayo, por la que se establecen las Normas para la Evaluación y Clasificación del Personal Militar Profesional (BOE n.º 93, de 14-5-2002).

JEFATURA DEL ESTADO

Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo, por la que se modifican

la Ley Orgánica 10/1995, del Código penal, y la Ley Orgánica 13/1985, del Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria (BOE n.º 123, de 23-5-2002).

Instrumento de Ratificación del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 (BOE n.º 123, de 23-5-2002. Corrección de erratas BOE n.º 141, de 13-6-2002).

Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (BOE n.º 126, de 27-5-2002).

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Real Decreto 434/2002, de 10 de mayo, sobre directrices generales de los planes de estudios de la enseñanza militar de formación para la incorporación a las Escalas Superior de Oficiales y de Oficiales, de los Cuerpos de la Fuerzas Armadas (BOE n.º 127, de 28-5-2002).

MINISTERIO DE DEFENSA

Orden Ministerial n.º 105/2002, de 22 de mayo, por la que se regu-

la la producción normativa en el ámbito del Ministerio de Defensa (BOE n.º 104, de 29-5-2002).

JEFATURA DEL ESTADO

Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (BOE n.º 154, de 28-6-2002).

2. JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Luis B. Alvarez Roldán
General Auditor (R)

Como anunciábamos en el número anterior de la Revista, seguimos intentando acercar la selección de las Sentencias del Tribunal Constitucional que afectan al Ministerio de Defensa, Fuerzas Armadas y Guardia Civil, al tiempo de aparición de cada número de nuestra Revista, completando ahora el año 2001.

Sentencia de 12 febrero de 2001, núm. 30/2001. T. C. Sala Primera
Recurso de Amparo núm. 2272/1996.
BOE 16 marzo 2001, núm. 65 (suplemento).

MATERIA: DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES: Derecho a obtener una resolución fundada en derecho: demanda contra el Ministerio de Defensa de indemnización por lesiones causadas en acto de servicio: los recurrentes en amparo alegan incongruencia de las Sentencias con respecto de sus pretensiones. Vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales: inexistencia: **denegación de amparo.**

Ponente: D. Pedro Cruz Villalón

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

...En la presente demanda de amparo se imputa una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núms. 302/1996, ambas de 6 de mayo de 1996, que, respectivamente, desestimaron los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra Resoluciones del Ministro de Defensa, que habían denegado a los demandantes el otorgamiento de la indemnización prevista en el art. 2.1 de la Ley 19/1974, de 27 de junio.

...Los recurrentes en amparo, en efecto, consideran que dichas Sentencias vulneran su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a obtener una resolución congruente con las pretensiones deducidas por las partes, al haber desestimado sus recursos contencioso-administrativos por entender que se había producido la prescripción de su derecho a la indemnización, apreciando de oficio tal circunstancia, que no había sido alegada por la Administración demandada ni en vía administrativa ni en vía judicial. Tal proceder judicial, exponen los demandantes, resulta constitucionalmente inaceptable, incluso en el caso de que se hubiera abierto el trámite previsto en el art. 43.2 LJCA de 1956 (lo que no se hizo), por lo que solicitan que se declare la nulidad de las Sentencias recurridas y se retrotraigan las actuaciones a fin de que se dicten nuevas Sentencias, sin consideración alguna a la excepción de prescripción, que ha de tenerse por no opuesta.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

...La Sala de lo Contencioso-Administrativo, en las Sentencias impugnadas, ha adoptado una decisión desestimatoria de las pretensiones formuladas por los recurrentes, considerando que no podían ser acogidas por no reunir aquéllos el requisito de ser funcionarios cuando se produjeron las correspondientes lesiones, requisito necesario para el nacimiento del derecho a la indemnización prevista en el art. 2.1 de la Ley 19/1974. La corrección constitucional de tal decisión no ha sido puesta en cuestión por los recurrentes en ningún momento del presente recurso de amparo, lo que impide cualquier pronunciamiento de este Tribunal al respecto.

...De esta manera, las consideraciones realizadas en las Sentencias recurridas (por remisión a las de la Sentencia de 18 de marzo de 1996, lite-

ralmente reproducidas) en torno a la prescripción del derecho a la indemnización carecen de toda relevancia para decidir sobre el otorgamiento del amparo, al no haber sido determinantes del fallo, en el sentido de que la apreciación de su incorrección no alteraría éste. En efecto, como dijimos en la STC 298/1993, de 18 de octubre, con cita de la STC 44/1987, de 9 de abril, carece de sentido la concesión de un amparo que se limite a anular una parte de motivación de una Sentencia, aunque mantenga en su integridad el fallo, de la misma manera que carece de sentido anular totalmente la Sentencia, incluido el fallo, con el único objeto de que el órgano judicial dicte una nueva Sentencia en la que confirme el fallo, pero corrigiendo posibles errores o desaciertos contenidos en la redacción de su fundamento jurídico. Y es que, como señala la misma STC 298/1993, el recurso de amparo se orienta a la reparación de efectivas vulneraciones de los derechos fundamentales y no a la depuración objetiva de aquellos vicios que puedan concurrir en la acción de los poderes públicos, desprendiéndose así inequívocamente de los arts. 41, 54 y 55 LOTC, sin que, por ello, como señalan las SSTC 221/1994, de 18 de julio, y 191/1996, de 26 de noviembre, pueda otorgarse el amparo cuando los desaciertos en la fundamentación jurídica no han sido necesariamente relevantes para el fallo y, en sí mismos, no han supuesto la lesión de un derecho fundamental. Tal ocurre en el supuesto que consideramos en el que, como hemos visto, no puede apreciarse que los derechos e intereses legítimos de los recurrentes no hayan sido efectivamente tutelados por los órganos judiciales, en cuanto que aquéllos han recibido una respuesta desestimatoria en relación con sus pretensiones, respuesta no cuestionada por los mismos. En definitiva, como han puesto de relieve la STC 309/1993, de 25 de octubre, y los AATC 226/1993, de 12 de julio, y 187/2000, de 24 de julio, no procede que este Tribunal corrija los razonamientos judiciales que, realizados a mayor abundamiento, carecen de efecto práctico sobre el fallo de la resolución judicial.

III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

IV. COMENTARIOS

El reproche constitucional por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se dirige, en este recurso de amparo, no contra el Ministerio de Defensa, sino únicamente contra Sentencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (TSJ de Galicia).

La apreciación de la prescripción, no considerada en vía administrativa, no fue determinante del fallo, sino un razonamiento jurídico sin trascendencia práctica en la decisión judicial, que efectivamente se basó en la falta del requisito «sine qua non» de ser funcionarios las personas lesionadas, como acertadamente aplicó la vía administrativa militar, por exigencia ineludible del artículo 2.1. de la Ley 19/74, y ratificó en sus Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Galicia.

La Jurisprudencia Constitucional es clara al respecto, el amparo Constitucional no abarca posibles vicios sin resultado lesivo del derecho fundamental.

Auto de 2 de abril de 2001, núm. 74/2001. T.C. Sala Segunda
Recurso de Amparo núm. 2105/1999.

MATERIA: PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL: Jurisdicción y proceso militar: delito contra la administración de Justicia militar: inexistencia de interpretación fundada en la analogía «in malam partem» al subsumir los órganos judiciales la conducta de la recurrente en el art. 187 del CPM: interpretación judicial que no es arbitraria ni irrazonable.

Vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y del principio de legalidad penal: inexistencia: **inadmisión del amparo.**

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

... «El día 17 de febrero de 1997 se encontraba el entonces titular del Juzgado Togado Militar núm. 26 de Ceuta, Capitán Auditor don Oscar A. C., recibiendo declaración a doña Susana E. M., hija de la procesada, la cual se encontraba en calidad de detenida e imputada en el marco de un procedimiento judicial que el citado Juez se hallaba instruyendo por embarque de drogas en buque de guerra.

En un momento determinado y como el mencionado Juez saliera del despacho donde se estaba realizando la diligencia y observara que había dos personas extrañas dentro del local de Juzgado fuera de la hora de audiencia pública, se dirigió a ellas. En primer lugar lo hizo a un hombre joven al que de forma educada inquirió por su presencia en dicho lugar no sin antes identificarse como Juez togado. En aquel instante la otra persona —que resultó ser la procesada— terció en la conversación diciendo “¿qué pasa?”, por lo que el Juez, tras identificarse nuevamente como tal, la requirió por dos veces para que a su vez se identificara, lo que hizo como Juana M. Tras ello fue instada de forma correcta a abandonar el Juzgado, al no ser horario ya de audiencia pública, manifestando ésta a su vez que no se iba, por lo que tuvo que ser nuevamente requerida para ello, momento en el que de forma airada dijo “vamos, que te crees tú que esto va a quedar así” “¿Es que no vas a parar hasta que no acabes con mi familia?”, frases que repitió en varias ocasiones. Ante el cariz que tomaban los acontecimientos el Juez solicitó la asistencia del Cabo y Soldados de la Policía Militar que se hallaban presentes para que, tras volverle a reiterar que abandonara el lugar, condujeran a la citada al exterior de la sede del órgano judicial, instante en el que visiblemente excitada volvió a repetir las frases anteriores añadiendo que “delante de los soldados era muy valiente pero que tuviera cuidado” “que mirara por la calle a su espalda” y que “esto no se iba a quedar así” mientras iniciaba la marcha al exterior de la sede judicial.

Tanto por estimar la seriedad de las frases referidas como por la circunstancia de haber recibido llamadas telefónicas anónimas amenazantes, así como también por ser una localidad pequeña la demarcación del Juzgado, a partir de aquel momento el Capitán Auditor A. C. solicitó de las autoridades correspondientes permiso para poder portar arma reglamentaria».

... El Tribunal Militar Territorial Segundo consideró que los hechos relatados son constitutivos de un delito consumado de desacato previsto y penado en el art. 187 de Código Penal Militar.

... Por otra parte, a los efectos que a este recurso de amparo interesa, la Sala Quinta del Tribunal Supremo consideró correcto el criterio del órgano de instancia de subsumir los hechos probados en el tipo definido en el art. 187 del Código Penal Militar. En este extremo, la Sala entiende «que las frases proferidas por la procesada a dicho Juez Togado lo fueron en relación al procedimiento judicial en el curso del cual estaba recibiendo declaración a una hija de la procesada, habida cuenta de que durante la práctica de dicha diligencia el titular del Juzgado salió del despacho y al

observar la presencia de dos personas extrañas dentro de los locales del Juzgado y fuera de las horas de audiencia pública, se dirigió a ellas en la forma que se recoge en el relato histórico, apareciendo plenamente ajustado a Derecho la consideración de la Sala de instancia de que las expresiones proferidas por la procesada se hicieron en el seno del aludido procedimiento, según resulta de la propia frase dirigida al Juez Togado. Sentado esto, es decir que las frases pronunciadas por la demandante de amparo lo fueron en relación o en el seno del referido procedimiento judicial, la Sala considera que se cumple el requisito del art. 187 del Código Penal Militar de que las amenazas, insultos, calumnias o injurias se cometan en un procedimiento militar, pues, como ya tuvo ocasión de declarar en su Sentencia de 21 de enero de 1999 “la expresión empleada por el art. 187 del Código Penal Militar en un procedimiento judicial militar, en su vista o en comparecencias obligadas y legales” ha de entenderse en el sentido de que el tipo definido alcanza a todo el procedimiento judicial y no sólo, dentro de éste, a los hechos producidos en las vistas o en las comparecencias, de acuerdo con la “ratio legis” del precepto que, en congruencia con el título en que está contenido, protege el ejercicio de la jurisdicción militar por sus titulares a lo largo del procedimiento. Y no ofrece duda —y ni siquiera alude a ello la recurrente al impugnar la sentencia— que en el curso del procedimiento en el que se estaba recibiendo declaración a su propia hija, y al que inequívocamente se refiere la procesada cuando dice “¿Es que no vas a parar hasta que acabes con mi familia?” y “esto no va a quedar así” se pronunciaron las frases delictivas que contienen amenazas a dicho Juez Togado, precisamente por la instrucción de ese procedimiento en el que, en ese momento, estaba recibiendo declaración a la hija de la recurrente» (Fundamento de Derecho Cuarto).

... A la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo formuló **voto particular discrepante el Magistrado Sr. Bermúdez de la Fuente**, que, sucintamente, se procede a recoger en estos antecedentes por la incidencia que presenta respecto a las cuestiones suscitadas en la demanda de amparo.

En el voto particular se aborda, en primer lugar, la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Su autor coincide plenamente con el parecer de la Sala acerca de la existencia de prueba de cargo sobre ciertas frases pronunciadas por la acusada en presencia de el Juez Togado, que pudieran tener un sentido intimatorio hacia el mismo.

... ya que las frases pronunciadas por la procesada al Juez Togado no solamente no lo fueron en una vista ni en comparecencias obligadas y legales, sino que tampoco cabe entender que se produjeron dentro de un

procedimiento judicial militar. Aun pudiendo compartir el criterio de que no es necesario ser parte, testigo o perito para estar en un procedimiento, como lo están dichas figuras procesales, considera que «si la procesada estaba en el Jutoter 26, en su sala de espera esperando —permítaseme la redundancia— saber la situación procesal de una hija suya que estaba declarando en un procedimiento militar, y dicha acusada no interviene en dicho procedimiento, ni lo interrumpe, interfiere o molesta en su tramitación, ni inquiera a persona alguna, sino que espera como madre a ver lo que ocurre a su hija, no se puede sostener que la misma se encuentre en el seno ni en el marco de un procedimiento, sino que se halla en las dependencias comunes de un Juzgado, y en ese lugar es donde se produce el cambio de palabras con el señor Juez, que expulsa del Juzgado a los dos familiares que esperan a la que se encuentra declarando. Las frases que he considerado acreditadas, demuestran que **el incidente guarda únicamente relación con la orden de abandonar el Juzgado, pero sin suponer presión alguna sobre la situación procesal de la hija ni relación con actuación alguna del procedimiento**». En consecuencia, concluye, debería haberse apreciado la vulneración del principio de legalidad por no estar tipificados como delito del art. 187 del Código Penal Militar los hechos declarados probados, absolviendo a la procesada del delito que se le imputaba».

... La recurrente estima lesionado, en primer término, el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al entender que los hechos declarados como probados no son consecuencia directa de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida de todas las garantías procesales que las legitimen para enervar aquel derecho fundamental. En su opinión, en el proceso no se ha practicado diligencia de prueba alguna que permita asegurar con lógica convicción que hubiera cometido el delito que se le imputa.

... En segundo lugar, se invoca en la demanda de amparo la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). Reproduciendo también en este extremo la argumentación que se recoge en el voto particular a la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, la recurrente en amparo sostiene que, de acuerdo con el tenor literal del art. 187 del Código Penal Militar, el delito de desacato previsto y penado en el citado precepto legal debe cometerse en un procedimiento militar, en su vista o en comparencias obligadas y legales, por lo que no debe entenderse que se comete tal delito durante toda la tramitación de un procedimiento, ya que entonces no tendría sentido la mención expresa a «en su vista o en comparencias obligadas y legales» si no fuera la intención del legislador

la de concretar dentro de un procedimiento judicial militar cuáles son las actuaciones en que el delito de desacato constituye delito militar. De modo que, ateniéndose al sentido literal del precepto y a la interpretación sistemática de los demás preceptos del mismo Capítulo, los hechos declarados probados no pueden ser incluidos en un supuesto de comparecencias obligadas y legales o en una vista. Además, tampoco las frases por las que ha sido condenada pueden considerarse proferidas dentro de un procedimiento judicial militar, ya que cuando se emitieron las mismas la demandante de amparo se encontraba en la Sala de espera del Juzgado esperando noticias sobre la situación procesal de su hija, que en esos momentos estaba prestando declaración en un procedimiento judicial militar, no interviniendo aquélla en dicho procedimiento, ni interfiriendo su tramitación, sino que se limitó a esperar en las dependencias comunes del Juzgado, lugar en el que se produjo el intercambio de palabras con el Juez. Así pues, los hechos guardan relación con la orden de abandonar el Juzgado y no con el procedimiento judicial militar, por lo que las frases por las que ha resultado condenada ha de concluirse que no se produjeron en una vista ni en comparecencia obligada y legal alguna ni en la tramitación de un proceso judicial militar, sino en las dependencias del Juzgado, no pudiendo ser calificadas como constitutivas del delito previsto y penado en el art. 187 del Código Penal Militar.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

... Sostiene la demandante que en el procedimiento no se ha practicado diligencia de prueba alguna que permita asegurar que hubiera cometido el delito que se imputa, ya que ninguno de los testigos aportó datos concluyentes sobre la autoría de las frases que llevaron al Tribunal a concluir en su condena.

Al respecto, y como también señala el Ministerio Público, hay que señalar que nos encontramos ante una cuestión de mera valoración de la prueba practicada en el procedimiento. Sobre ello conviene recordar que este Tribunal ni puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.1 CE, ni mucho menos puede ponderar la actividad probatoria practicada en un proceso penal conforme a criterios de calidad o de oportunidad. En suma, no cabe negar, desde la perspectiva objetiva, limitada y externa que corresponde a esta jurisdicción de amparo, que de las pruebas practicadas pueda lógicamente inferirse la conclusión obtenida por el Tribunal

penal. Ningún otro juicio compete en este ámbito a este Tribunal, que no es penal ni tiene intermediación respecto de la actividad probatoria, sino que lo es de amparo de derechos fundamentales, y que, garante de competencias constitucionales para la valoración de la actividad probatoria, debe ser escrupulosamente respetuoso con la exclusividad de la misma por parte de los órganos del Poder Judicial.

... En segundo término, la demandante de amparo funda la lesión del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) en que, ateniéndonos al tenor literal del precepto aplicado (art. 187 del Código Penal Militar y a la interpretación sistemática de los demás preceptos del Capítulo en que se ubica, los hechos declarados probados no podían ser incluidos en el supuesto de comparecencias obligadas y legales o en una vista.

El control constitucional de las operaciones de subsunción e interpretación de la norma ha de limitarse, pues, a evitar la imprevisibilidad de la operación bien por ser irrazonable, bien por apartarse del tenor literal del precepto, bien por ser extravagante en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional vigente. Por ello para llevar a cabo este control externo ha de recurrirse únicamente a tres criterios: el lógico, el técnico y el de experiencia. En definitiva, hemos mantenido que no es función del Tribunal Constitucional decidir cuál de las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, oportuna o adecuada de entre las posibles; su labor, por el contrario, ha de ceñirse a verificar que corresponde a las reglas mínimas de interpretación antes mencionadas, que la hagan previsible para los interesados.

Pues bien, en el presente caso, no cabe entender que, como denuncia la actora y se señala también en el voto particular formulado a la Sentencia impugnada, pudiera haberse producido una interpretación extensiva o «in malam partem» al subsumir los órganos judiciales militares la conducta de la recurrente en el art. 187 del Código Penal Militar. Dicho artículo señala que «El que en un procedimiento judicial militar, en su vista o en comparecencias obligadas y legales, cometiere desacato o desobediencia contra Tribunales o Jueces militares, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión. Si los hechos revistieran grave trascendencia, se impondrá la mitad en su mitad mayor».

Con independencia de las posibles deficiencias técnicas del precepto, si analizamos los hechos considerados probados y la subsunción en el tipo penal realizada por los Jueces militares, puede convenirse, como señala el Ministerio Fiscal, que la interpretación judicial no es ni arbitraria, ni irrazonable, ni que no pudiera corresponder con las reglas mínimas a que hace referencia la citada STC 278/2000. En definitiva, tampoco cabe acoger

esta última queja de la actora, referente a la pretendida vulneración del principio de legalidad penal.

III. FALLO

Por todo ello, y en atención a la manifiesta ausencia de contenido constitucional de la demanda de amparo, la Sección

ACUERDA

La inadmisión del presente recurso y el archivo de las actuaciones.

IV. COMENTARIOS

El Tribunal Constitucional, en extenso Auto, rechaza la demanda de amparo por carecer de contenido constitucional, pues se alegó la falta de prueba determinante de la culpabilidad del autor del delito, cuestión de evidente valoración de la prueba, no revisable por el T.C. salvo infracción de precepto de transcendencia fundamental. No se alegó presunción de inocencia, sino que las pruebas no era suficientes.

La invocada infracción de tipicidad penal, por interpretación extensiva del artículo 187 del Código Penal Militar, es rechazada por el T.C. al considerar que la interpretación efectuada no es arbitraria, ni irracional ni se aparta de la literalidad del precepto, ni es extravagante en relación con los principios constitucionalmente protegibles.

Una cuestión interesante plantea el Voto Particular del Magistrado (Sala Quinta) Sr. Bermúdez de la Fuente, con fundamentos no rebatidos por el Tribunal Constitucional, sobre la no adecuación de los hechos probados al tipo penal castrense; el delito del 187 CPM, incardinado en el Título de delitos contra la Administración de la Justicia Militar (Simulación de delito, no denunciar; coaccionar con intimidación; falso testimonio; prevaricación; cohecho; quebrantamiento de condena ...), se refiere a desacato o desobediencia «en su vista o en comparecencias, obligadas y legales» lo que al parecer no abarca los pasillos y sala de espera del Juzgado; el 186 CPM requiere atentados, violencia o coacciones en el desempeño de sus funciones. Los hechos probados de la Sentencia del Tribunal Militar Territorial permiten meditar seriamente sobre el acierto del fallo del TMT y del T.C. y la mejor calificación jurídico penal del Voto Particular.

Sentencia de 23 abril de 2001, núm. 102/2001. T.C. Sala Primera
Recurso de Amparo núm. 2503/1997.
BOE 29 mayo 2001, núm. 7 (suplemento).

MATERIA: DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESION: Alcance:

Ambito: Fuerzas Armadas: es aplicable a los militares: pero el funcionamiento eficaz de un ejército difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar.

Limitaciones Admisibilidad constitucional de las restricciones del derecho que sean proporcionadas y obedezcan a motivos necesarios de aseguramiento de la disciplina y de la unidad de acción: doctrina constitucional. Jurisdicción y proceso militar: sanción disciplinaria.

Sanción impuesta por afirmaciones vertidas en vía de recurso por manifestaciones contrarias a la disciplina: derecho de defensa ejercido con expresiones que no son insultantes, vejatorias o difamatorias: expresiones críticas en autoejercicio del derecho de defensa de prensa llevadas a cabo por persona carente de condición de letrado. **Otorgamiento de amparo.**

Ponente: D. Pablo García Manzano

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

... El día 16 de junio de 1994 el Excmo. Sr. General Jefe de la Brigada de Infantería Ligera Aero Transportable (en adelante, BRILAT), sancionó al ahora demandante de amparo, Capitán de Infantería, con dos días de arresto en su Unidad como autor de una falta leve consistente en «hacer peticiones o reclamaciones prescindiendo del conducto reglamentario» (art. 12.8 de la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas).

... El día 28 de junio siguiente el Capitán Ll. P. formuló recurso contra dicha sanción manifestando, entre otras consideraciones, lo siguiente:

«Al permitirse al Excmo. Sr. General Jefe de la BRILAT, imponer una sanción en la que él es uno de los afectados, pienso que se quebranta el principio jurídico de garantizar la defensa del denunciante. Sobre todo, porque reaccionó de forma acalorada en la segunda audiencia, no ofreciéndome la posibilidad de manifestar nada en mi descargo, ni alegar motivos de mi actuación, sino solamente el deseo de imponer una sanción por alguna causa...».

«Considero que teniendo en cuenta todas las circunstancias anteriores, que la audiencia con VE debía estar próxima, que había fundadas suposiciones de que no le interesaba excesivamente el problema, y que podía pasar mucho tiempo hasta que pudiese hablar con el JEME...».

«Había pasado veinte días cuando mandé la reiteración y la solicitud de audiencia, no me había llegado acuse de recibo, sabía que había tenido paralizaciones de tramitación, había hablado con los Ayudantes, para mí, no había logrado la satisfacción a la que me consideraba acreedor, y quedaba plenamente justificado el dar el siguiente paso, quizás me confundí, pero en aquel contexto decidí lo más digno de mi conciencia y honor, con amor a la responsabilidad...».

«Me surge la duda de si este hecho aislado hubiera sido merecedor de sanción, si hubiese sido cometido por otro militar cualquiera, de acuerdo con el Principio de Equidad ante la Ley; o más bien se considera que es una forma de anteponer una supuesta demostración de fuerza o autoridad antes que hacer un cuidadoso estudio del asunto y llegar a conclusiones».

... Como consecuencia de las expresiones anteriormente transcritas, el Capitán Ll. P. fue sancionado, por el señor General Jefe de la Región Militar Noroeste mediante Resolución de 7 de noviembre de 1994, con un mes y un día de arresto, en establecimiento disciplinario militar, como autor de una falta grave prevista en el ordinal 15 del art. 9 de la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, consistente en «emitir manifestaciones contrarias a la disciplina».

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

... La cuestión se centra, por tanto, en determinar si las aludidas expresiones vertidas en el recurso administrativo de alzada ante el órgano superior jerárquico, en el seno de la Administración militar, pueden estimarse como manifestación del ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE, en directa relación con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), tal como propugna el recurrente.

... Para la adecuada valoración de las expresiones que han originado la sanción por falta grave, por reputarse contrarias a la disciplina, es necesario atender no sólo al ámbito del estatuto jurídico de los miembros de las Fuerzas Armadas y a los límites que para el ejercicio de determinados derechos fundamentales derivan de la condición de militar, sino también al particular contexto en el que se vertieron aquellas expresiones, integradas

como alegaciones sustentadoras del recurso de alzada frente a la sanción impuesta al demandante por la falta leve antes aludida.

... De este modo, en el ámbito castrense, la protección del deber de respeto a la superioridad y la correlativa limitación del derecho a la libertad de expresión encuentra especial justificación en exigencias vinculadas a la organización y configuración de las Fuerzas Armadas, y, por ello mismo, han de considerarse constitucionalmente legítimas aquellas restricciones del derecho que sean proporcionadas y obedezcan a motivos necesarios de aseguramiento de la disciplina y de la unidad de acción, imprescindibles para el logro de los objetivos que constitucionalmente se le han encomendado.

... Este entendimiento de la libertad de expresión, como libertad «especialmente reforzada por su inmediata conexión a la efectividad de otro derecho fundamental» es perfectamente trasladable a los supuestos de autodefensa en los que, como ahora ocurre, es el propio ciudadano afectado quien, por no ser preceptiva la asistencia letrada, asume por sí mismo la defensa en el procedimiento de sus derechos e intereses legítimos. Así se vino a reconocer en la STC 288/1994, de 27 de octubre, al resolver un asunto que guarda notable similitud con el presente y en la que se señaló que no se estaba ante el «mero tema de la legitimidad de la limitación del derecho de libertad de expresión de un militar, en el ámbito castrense, sino de la limitación de la libertad de expresión en el ejercicio de otro derecho constitucional, el derecho de defensa» (F. 2). Sin duda alguna, dicha circunstancia es determinante para ponderar la vulneración de derechos denunciada en la demanda de amparo, puesto que «no pueden aplicarse los mismos criterios para juzgar la conducta y los límites de la libertad de expresión en el seno de las Fuerzas Armadas cuando las expresiones que se tratan de calificar como infracción disciplinaria, se producen en el marco del ejercicio de un derecho a impugnar una resolución administrativa, que en cuanto afecta también a otros derechos y valores constitucionales, ha de ser un elemento trascendente» (F. 2).

... No cabe, por otra parte, sino resaltar que en el presente caso, a diferencia del decidido por la mencionada STC 288/1994, la impugnación en vía de recurso administrativo se hallaba dirigida contra un acto de la Administración que imponía sanción disciplinaria, y fue ejercitada por militar carente de la condición de Letrado, lo que refuerza en mayor grado, si cabe, la potencialidad del derecho a la defensa en su proyección con el derecho fundamental a la libertad de expresión, íntimamente entrelazados y aquí concernidos.

Una última referencia ha de traerse a colación en supuestos como el presente, toda vez que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 25 de noviembre de 1997 (caso Grigoriades c. Grecia) ha

puesto de relieve la importancia, para ponderar la restricción de la libertad de expresión en el ámbito castrense, de la efectiva difusión de las manifestaciones pretendidamente críticas con la institución militar, precisando que han de considerarse protegidas por el art. 10 CEDH cuando presenten un insignificante impacto objetivo sobre la disciplina militar.

... Pues bien, la sola lectura del texto por el que fue sancionado el demandante de amparo permite descartar la existencia de expresiones insultantes, vejatorias o difamatorias, así como la presencia de consideraciones críticas referidas a la autoridad o a la institución militar, incorporadas de forma gratuita y carentes de toda conexión lógica con aquellos argumentos que pueden considerarse pertinentes o necesarios para articular procesalmente un alegato de defensa contra el acto sancionador. Por otra parte, ninguna duda ofrece el hecho de que las afirmaciones vertidas en el mencionado escrito de recurso no recibieron ninguna otra clase de difusión o publicidad, circunscribiéndose al ámbito interno del procedimiento disciplinario en el que fueron emitidas. Finalmente, no se puede desconocer que el demandante de amparo ejercía su propia defensa, no siendo Letrado ni teniendo conocimientos jurídicos, por lo que es perfectamente comprensible que la forma de expresar sus alegaciones en descargo de la sanción que le había sido impuesta, no siempre se ajustase a las formalidades propias del lenguaje técnico-jurídico.

... A partir de estas premisas, sólo cabe concluir que las manifestaciones por las que fue sancionado el demandante de amparo se emitieron en el ejercicio legítimo de su derecho a la libertad de expresión, en este caso, proyectada sobre el derecho fundamental de defensa (art. 24.2 CE).

III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el presente recurso de amparo y, en consecuencia:

1. Reconocer a don José Antonio Ll. P. el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], en el ejercicio de su derecho de defensa (art. 24.2 CE).
2. Anular la sanción disciplinaria que le fue impuesta.

IV. VOTO PARTICULAR

Que formula el **Magistrado D. Fernando Garrido Falla** en el recurso de amparo núm. 2503/1997, formulado contra Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo que desestimó recurso de casación interpuesto contra la dictada por el Tribunal Militar Central en recurso contencioso-disciplinario sobre sanción de arresto, **al que se adhiere el Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.**

Lamento disentir de la Sentencia aprobada por la mayoría de mis compañeros de Sala en cuanto que estiman el recurso de amparo de referencia anulando, por consecuencia, la sanción disciplinaria impuesta al recurrente, si bien quiero dejar constancia, a los efectos oportunos, de que considero desproporcionada la sanción impuesta en relación con las faltas cometidas. No siendo, empero, ésta la cuestión discutida, he aquí los motivos de mi discrepancia:

1. En el antecedente segundo, letra g) de la Sentencia se reproducen los términos del escrito de recurso en vía administrativa que merecieron la sanción impuesta al recurrente. A mi juicio, hay en ellos una evidente manifestación acusatoria de mala fe («... sino solamente el deseo de imponer una sanción por causa alguna», con la que acaba el primer párrafo), actitud obstruccionista («... había fundadas suposiciones de que no le interesaba excesivamente el problema...»), en el párrafo segundo), negligencia («... sabía que había tenido paralizaciones de tramitación...»), en el párrafo tercero) e incluso prepotencia y arrogancia («... es una forma de anteponer una demostración de fuerza y autoridad antes que hacer un cuidadoso estudio del asunto y llegar a conclusiones...»), en el cuarto párrafo) dirigida al General Jefe de la BRILAT, su superior jerárquico que le impuso la sanción recurrida.

2. El problema está en determinar hasta qué punto el derecho de libre expresión en el ejercicio del derecho de defensa constituye argumento suficiente para exonerar de sanción una conducta que, en condiciones normales, es contraria a la disciplina militar y, por tanto, merecedora de ser sancionada. Mi respuesta es negativa, ya que:

a) El recurso de alzada es un recurso que se tramita en vía administrativa militar y que resuelve el superior jerárquico cabalmente en uso de las facultades que, como tal, tiene con respecto al autor de la sanción recurrida y, en el caso, sobre el propio recurrente. La idea de jerarquía es inherente a la vía jurídica utilizada.

b) Las reglas de la disciplina —columna vertebral de la organización militar— no pueden desconocerse so pretexto de que el recurso ordinario

es un medio de defensa procedimental y la defensa lo permite todo. A mi juicio, ni la defensa, ni la libertad de expresión; pues una cosa es intentar demostrar la incorrección del acto administrativo que se recurre y otra bien distinta agredir verbalmente o por escrito el autor del dicho acto. La libertad de expresión no puede servir, obviamente, para crear un ámbito exento para actuaciones que el ordenamiento jurídico prohíbe e incluso castiga (delitos de injuria y calumnia).

c) Incluso aunque el escrito objeto de sanción se hubiese producido en el ámbito jurisdiccional (apelación contra la Sentencia de un Juzgado ante un Tribunal Superior), imputaciones, como las que aquí se han castigado, difícilmente hubiesen sido toleradas por cualquier miembro de la carrera judicial.

3. El argumento de que se trata de un escrito hecho por el propio recurrente y sin asistencia Letrada conduce —siempre a mi discutible juicio— a conclusión distinta a la obtención. Precisamente por la condición de militar profesional del recurrente, hay que suponerle conocedor de las reglas básicas de la disciplina militar, de las Ordenanzas Militares y, sobre todo, del significado y las consecuencias que ciertas conductas tienen en la institución militar.

4. Nuestro sistema jurídico contiene las suficientes garantías para combatir los actos sancionadores ilegales. De ellas ha usado el recurrente en amparo acudiendo al Tribunal Militar Central, primero, y al Tribunal Supremo (Sala de lo Militar), después. No encuentro argumentos suficientes para anular las decisiones de estas previas instancias judiciales.

V. COMENTARIOS

El T.C. proclama la prevalencia del derecho a la libertad de expresión, en su modalidad del derecho de defensa, sobre las manifestaciones contrarias a la disciplina; la crítica a las decisiones del mando, denuncias de lentitudes y defectos de procedimiento, y alusiones a prepotencia y demostración de fuerza como motivo de la sanción sin un estudio meditado, quedan amparados por el derecho de defensa, máxime cuando lo ejerce un militar que no es jurista.

Frente a la Sentencia, el Magistrado don Fernando Garrido Falla formula Voto Particular al que se adhiere su compañero don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, argumentándose que el tenor literal del meditado escrito del sancionado, con expresiones injuriosas y calumniosas dirigidos a un superior jerárquico, conculcan la disciplina, que un no jurista sino militar está obligado expresamente a respetar.

Auto de 24 de abril de 2001, núm. 96/2001. T.C. Pleno.

Recurso de Amparo núm. 853/2000.

MATERIA: DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES: Derecho a obtener una resolución fundada en derecho: motivación suficiente y razonable: inadmisión de prueba documental propuesta, por extemporánea: aplicación motivada y razonable de los preceptos legales aplicables.

Vulneración del derecho fundamental al juez imparcial: no agotamiento previo de todos los recursos en vía judicial, carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda: **inadmisión** del amparo.

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

... Por Sentencia de 25 de mayo de 1994, el Tribunal Central Militar condenó al actor, como autor de un delito contra la Hacienda en el ámbito militar del art. 189.1 del Código Penal Militar, a la pena de tres meses y un día de prisión, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y con el efecto de que el tiempo de la misma no le será de abono para el servicio. Contra la citada Sentencia se interpuso recurso de casación por el demandante de amparo, que fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (compuesta por los Excmos. Sres. Jiménez Villarejo, Presidente y Ponente, Bermúdez de la Fuente y De Querol Lombardero, Magistrados) de 14 de noviembre de 1994. Interpuesto recurso de amparo contra estas resoluciones judiciales, fue inadmitido mediante ATC 70/1995, de 20 de febrero (invocaba la lesión de los derechos a un Juez imparcial, a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y a la igualdad en la aplicación de la ley).

... El ahora solicitante de amparo interpuso demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), quien dictó finalmente Sentencia el 28 de octubre de 1998 («asunto Castillo Algar c. España»), declarando por unanimidad que hubo violación del art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (derecho a un Tribunal imparcial), porque dos miembros del Tribunal Militar Central que juzgaba lo habían sido igualmente del Tribunal que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el interesado contra el Auto de procesamiento de éste.

... La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo dictó Sentencia el 27 de enero de 2000 desestimando el recurso de revisión mediante una extensa

fundamentación, en la que tras analizar la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el recurso de revisión, así como la STC 245/1991, se razona que no existe disposición alguna que permita a los Tribunales la revisión de sentencias penales a consecuencia de una Sentencia del TEDH. Formaban parte de la Sala (compuesta por ocho Magistrados) los Magistrados Bermúdez de la Fuente (Ponente) y Querol Lombardero, los cuales también formaron parte de la Sala que desestimó el recurso de casación contra la Sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Militar Central».

... El recurrente en amparo alega con carácter principal que la Sentencia recurrida vulnera su derecho a un proceso con todas las garantías, en su vertiente de derecho a un Tribunal imparcial (art. 24.2 CE, porque ha sido dictada por una Sala de la que formaban parte dos Magistrados (uno de ellos el que actuó como Vocal Ponente) que también habían formado parte de la Sala que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Militar Central. En consecuencia, ambos Magistrados debieron abstenerse, por concurrir en los mismos la causa de abstención contemplada en los arts. 53.9 de la Ley Procesal Militar y 219.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (tener interés directo o indirecto en el pleito o causa), así como la prevista en los arts. 55 de la Ley Procesal Militar y 219.10 de la LOPJ (haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia). También el Ministerio Fiscal tenía la obligación de recusar a tales Magistrados, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1 y 3 de su Estatuto Orgánico —sigue señalando el recurrente—, y no los recusó. Por otra parte, el recurrente reconoce que conocía perfectamente la composición de la Sala, pero alega que no recusó porque «temía que la recusación desembocaría en el fracaso del recurso de revisión indefectiblemente».

Alega asimismo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y la supuesta vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE).

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

... Conviene recordar que el recurrente ha intentado hacer valer su pretensión de ejecución de la Sentencia del TEDH de 28 de octubre de 1998 (por vía de amparo (recurso núm. 4940/1998), antes de acudir al recurso de revisión ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, siendo su

recurso de amparo inadmitido, de conformidad con el art. 50.1. c) LOTC, mediante providencia de la Sección Segunda de la Sala Primera de 11 de marzo de 1999. Señala esta providencia que en el caso del señor C. A. no concurren las circunstancias señaladas por nuestra STC 245/1991 para hacer valer dicha pretensión en amparo, pues «el recurrente ya ha cumplido condena y el propio TEDH declara en el fallo de su Sentencia, además de la vulneración del art. 6.1 del Convenio, que con esta declaración se da «una satisfacción equitativa suficiente del perjuicio moral alegado». Ante estos datos, no cabe sino dar por ejecutada dicha Sentencia, en la medida en que el TEDH, en aplicación del art. 50 del Convenio, fijó también una indemnización a cargo del Estado español. Así pues, nada puede añadir este Tribunal a lo ya dicho y hecho por aquél»

... Por lo que se refiere a la supuesta lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, en su manifestación de derecho a un Juez imparcial (art. 24.2 CE), ha de partirse del dato incontestable de que, como el propio recurrente reconoce de modo expreso en su demanda de amparo, tuvo ocasión para recusar a los dos Magistrados que consideraba carentes de imparcialidad por haber formado parte de la Sala que resolvió el recurso de casación, pero prefirió no ejercitar su derecho a la recusación (pretendiendo ahora justificar esta decisión en razones ajenas por completo a nuestra consideración).

... Es doctrina reiterada de este Tribunal que el requisito de agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial, exigido por el art. 44.1. a) LOTC, responde al carácter subsidiario del recurso de amparo, pues la tutela general de los derechos y libertades corresponde a los Tribunales de Justicia —art. 41.1 LOTC—, lo que hace exigible, en todo caso, que a los órganos judiciales se les haya dado la oportunidad de reparar la lesión cometida y de restablecer en sede jurisdiccional ordinaria el derecho constitucional vulnerado

... La recusación del Juez o Magistrado de cuya imparcialidad se duda es, en casi todas las ocasiones, un remedio procesal útil para evitar la lesión del derecho a un Juez imparcial (art. 24.2 CE).

... La queja relativa a la supuesta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) carece asimismo de contenido que justifique una decisión sobre su fondo por parte del Tribunal Constitucional [art. 50.1. c) LOTC], pues la respuesta dada por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo para desestimar el recurso de revisión en modo alguno puede considerarse que incurra en error patente, o sea manifiestamente infundada o arbitraria con respecto al alcance del motivo de revisión invocado por el recurrente (art. 328.6 de la Ley Procesal Militar).

... En definitiva, el recurrente ha obtenido una respuesta suficientemente motivada y razonable, que satisface plenamente el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

... La queja relativa a la supuesta vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), fundada en haber presentado una documentación que fue rechazada por la Sala de lo Militar por extemporánea mediante Auto de 2 de diciembre de 1999, pese a que «tales documentos eran de fecha posterior a la del escrito del recurso y que tendían a demostrar que la Sentencia continuaba desplegando efectos sobre la carrera militar» del recurrente, carece igualmente de relevancia constitucional [art. 50.1. c) LOTC]. En efecto, aunque a efectos puramente dialécticos se admitiera que esa petición de prueba no fuese extemporánea, no se acredita en la demanda de amparo la trascendencia que hubiera tenido la misma de ser admitida para el recurso de revisión, ya que el Tribunal no enjuiciaba si la Sentencia condenatoria, cuya revisión se pretendía, seguía o no produciendo efectos negativos en la carrera militar del actor, sino si concurría o no el motivo de revisión alegado por el recurrente para anular dicha Sentencia. En suma, la inadmisión de dicha prueba se revela como intrascendente en términos de defensa, de conformidad con la doctrina de este Tribunal. Todo ello sin perjuicio de que la inadmisión de la prueba documental propuesta, por extemporánea, se ha adoptado por la Sala en aplicación motivada y razonable de los preceptos legales aplicables.

III. FALLO

En virtud de todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir la demanda de amparo presentada por don Ricardo C. A. y el archivo de las actuaciones.

IV. COMENTARIOS

Recuerda el T.C., en pleno, que el amparo exige que el Tribunal haya tenido ocasión de reparar la lesión invocada por el demandante, lo que no hizo al no recusar a los Magistrados que intervinieron en recurso de revisión, habiéndolo efectuado antes en recurso de casación.

Al propio tiempo, se establece que carece de relevancia constitucional la acertada y motivada Sentencia desestimatoria de la pretendida revisión, así como la razonada inadmisión de prueba documental.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos había condenado a España por haber tomado parte en la Sentencia del Tribunal Militar Central dos vocales, que habían desestimado el recurso de apelación contra el Auto de procesamiento. Conviene recordar que el TEDH no obliga a revisar Sentencias penales, sino a una indemnización al Estado español; la ejecución de la Sentencia del TEDH se alegó y fue desestimada, en recurso de amparo constitucional número 4940/1998.

Sentencia de 10 de mayo de 2001, núm. 115/2001. T.C. Pleno.

Recurso de Amparo núm. 1786/1998.

BOE 8 junio 2001, núm. 137 (suplemento).

MATERIA: DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD ANTE LEY: Recurso de amparo formulado contra Auto de la Sección Primera del Tribunal Militar Territorial que desestimó el recurso de queja promovido contra el Auto del Juez Togado Militar núm. 13, por le que se denegaba la personación del recurrente como acusación particular en las diligencias previas que se instruían. Vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad ante ley y a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales: existencia: **otorgamiento de amparo** y planteamiento ante el Pleno del Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 108 párrafo 2 de la Ley Orgánica 4/1987 y el art. 127 párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989.

Ponente: D. Pablo García Manzano

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

... La demanda de amparo se vertebra sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la igualdad que el actor imputa, por una parte, a los arts. 108.2 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante LOJM) y 127 de la Ley Procesal Militar (LOPM), en tanto que impiden a la persona perjudicada en sus bienes y derechos ejercer la acusación particular cuando ofendido e incul-

pado son militares y exista entre ellos una relación jerárquica de subordinación; y, por otra parte, a los Autos del Juzgado Togado y del Tribunal Militar, recaídos en la vía judicial previa, por aplicar los referidos preceptos legales y hacerlo, además, del modo menos favorable al ejercicio del derecho fundamental, pues, aun admitiendo la constitucionalidad de la norma, ésta debe interpretarse de modo restringido, por lo que la constatación del superior empleo del acusado no significa, sin más, que se cumpla con el exigido requisito de la subordinación jerárquica entre ambos, ya que es perfectamente posible que, perteneciendo a un mismo cuerpo, denunciante y denunciado estén destinados en unidades distintas, como así ocurría en el caso de autos. Si se descarta, pues, la inconstitucionalidad de los arts. 108.2 LOJM y 127 LOPM, deberá declararse, en todo caso, que la interpretación de los citados preceptos realizada en los Autos impugnados es lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, al obstaculizar sin justificación alguna el derecho a comparecer como parte en el proceso y ejercitar la acusación particular.

... El Pleno del Tribunal Constitucional, mediante proveído de 31 de octubre de 2000, acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 k) LOTC, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

... Ambas resoluciones judiciales fundaron la denegación en lo dispuesto por el art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante, LOJM), y por el art. 127, párrafo 1, de la también Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (en adelante, LOPM), preceptos que vedan la comparecencia en concepto de acusador particular y actor civil «cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación», en los términos del último de los preceptos legales citados.

... La pretensión del demandante de amparo, en cuanto imputa al Auto dictado el 27 de febrero de 1990, por la Sección Primera del Tribunal Militar Territorial Primero, desestimatorio del recurso de queja, ausencia de la motivación exigida por el art. 120.3 CE por adolecer de falta de congruencia, en su manifestación de contradicción interna en cuanto a su fundamentación, carece de toda consistencia y ha de rechazarse.

... Entendiendo que en el caso se dan las circunstancias para la entrada en juego de la excepción, con la consecuente prohibición de la compa-

recencia como parte acusadora en la causa, rechazando en consecuencia la solicitud del interesado de plantear cuestión de inconstitucionalidad de los preceptos aplicados. Por ello, ha de rechazarse esta primera queja del recurrente.

... Entiende el demandante de amparo que no se da entre ellos la relación de jerarquía exigida por los preceptos aplicados. Mas en modo alguno cabe tildar de ilógica, arbitraria, desprovista de razonabilidad, o desproporcionada, la aplicación que de los indicados preceptos han hecho los órganos de la jurisdicción castrense, habida cuenta no sólo de la diversidad de empleos militares (como corresponde a la Guardia Civil, cuerpo de naturaleza militar, cuyos miembros son militares de carrera, a tenor de los arts. 1.1 y 2.1 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil), sino también de que, tanto en la fecha de comisión de los hechos motivadores de la denuncia, como en aquella otra en que pretendió comparecer como parte, el Cabo denunciante y los Oficiales denunciados ejercían funciones orgánicamente vinculadas en el Servicio de Protección y Seguridad existente en la Dirección General de la Guardia Civil. Procede, en consecuencia, rechazar también esta segunda queja y concluir que los Autos impugnados no han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, al aplicar los arts. 108 de la Ley de Competencia y Organización y 127 de la Ley Procesal, ambas de la Jurisdicción Militar.

... La cuestión se desplaza así al plano, de mayor enjundia constitucional, de si tales preceptos contradicen las exigencias del principio de igualdad (art. 14 CE), y del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), igualmente predicable y exigible, obvio es decirlo, de los órganos de la jurisdicción militar, con las peculiaridades propias de esta jurisdicción especial. Importa, ante todo, transcribir el contenido de los preceptos legales cuya inconstitucionalidad se propugna por el demandante de amparo.

El art. 108, en su segundo párrafo, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, dispone:

«No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria».

Por su parte, el art. 127, en su primer párrafo, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, establece:

«Salvo el supuesto del artículo 168 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, podrá mostrarse parte en

el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar, excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación. A dicho efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones».

... La primera perspectiva de nuestro enjuiciamiento ha de venir referida al principio de igualdad en la ley, exigido por el art. 14 de la Constitución, a fin de determinar si al introducir una exclusión a la genérica facultad de constituirse como acusador particular y ser parte en el proceso penal militar, el legislador ha conculcado el mencionado principio constitucional.

... El legislador, tanto en el art. 108, párrafo 2 LOJM, como en el art. 127 LOPM, ha admitido, mediante un reconocimiento expreso y generalizado, el ejercicio, por el ofendido por un delito o falta de competencia de la jurisdicción castrense, de la acusación particular, es decir, ha reconocido el agraviado por el hecho punible la facultad de mostrarse parte en la causa penal a efectos de ejercitar la acción penal y eventualmente la acción civil aneja.

... El problema de constitucionalidad no radica en el transcrito texto del precepto, formulado en similares términos a los del art. 108, párrafo 1, LOJM, sino en la salvedad o excepción que, a renglón seguido, se introduce por el legislador para establecer una exclusión a dicho régimen, es decir, para impedir el ejercicio por el ofendido o víctima del delito de la acusación particular «cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación».

... Antes de abordar el indicado análisis, ha de precisarse que el problema de constitucionalidad que se deja enunciado no ha sido decidido por este Tribunal.

A tal efecto, es necesario advertir que los dos pronunciamientos de este Tribunal en los que apoya su alegato el Ministerio Fiscal han versado sobre asuntos que, si bien están relacionados por su temática, no guardan una sustancial identidad con el presente, por lo que la línea de razonamiento que les sirvió de fundamento sólo puede ser ahora considerada con muchas salvedades y matizaciones. Así, en la STC 97/1985, de 29 de julio, se otorgó el amparo solicitado frente a un decreto auditoriado que, con apoyo en el art. 452.2 del entonces vigente Código de Justicia Militar, denegaba a los padres de un soldado fallecido como consecuencia del disparo de un arma de fuego, la posibilidad de personarse en la correspondiente causa.

Por su parte, la doctrina del ATC 121/1984, de 29 de febrero, se refiere también a lo dispuesto en el art. 452.2 del Código de Justicia Militar (en adelante CJM), según la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, y respecto de la expresa prohibición de interposición de querellas, sin realizar valoración alguna en relación con lo dispuesto en el apartado primero de ese mismo artículo en el que se establecía que los procesos militares «se iniciarán de oficio o en virtud de parte o denuncia o a instancia del Fiscal Jurídico Militar». La prohibición de formular querrela contenida en el citado art. 452.2 CJM no impedía la iniciación del proceso mediante denuncia ni, en todo caso, contenía restricciones al ejercicio de la acción penal en razón de la relación jerárquica de subordinación que pudiera existir entre inculpado y ofendido. Además, conviene no olvidar que el ya derogado art. 452.2 CJM es anterior en el tiempo a la aprobación de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, cuyo Título V, Capítulo II, otorgó nueva configuración al ejercicio de la acusación particular y de la acción civil en el ámbito castrense. Por todo ello, la única referencia expresa contenida en nuestra jurisprudencia, en relación con los arts. 127 LOPM y 108.2 LOJM, es la efectuada de modo indirecto en el fundamento jurídico 7 de la STC 177/1996, de 28 de febrero, en el que se señaló que, a los efectos de aquel amparo, era innecesario «examinar la corrección de esta singular previsión procesal». En definitiva, los argumentos que sirvieron para fundamentar los pronunciamientos de este Tribunal, y a los que hace referencia el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, además de su carácter aislado y del hecho de haberse dictado en supuestos diversos del presente, se referían a preceptos legales de contenido muy distinto al de los ahora examinados, por lo que carecen de la adecuada idoneidad para poder ser considerados como doctrina constitucional que nos vincule en el recurso de amparo que ahora enjuiciamos.

... Debemos determinar, pues, si esta exclusión del régimen reconocido de manera general para el ejercicio de la acusación particular en el proceso penal militar, encuentra suficiente justificación, de carácter objetivo y razonable, para no infringir el principio constitucional de igualdad, «ex» art. 14 CE.

... De modo que se introduce un régimen desfavorable para los militares vinculados entre sí por relación de subordinación, que implicaría un trato discriminatorio si no encontrase justificación bastante en el principio de disciplina y jerarquía propio de la institución militar en que aparece inspirado.

... No cabe cuestionar que la disciplina es un valor imprescindible en toda organización jerarquizada que, en el caso de las Fuerzas Armadas, se convierte en un ineludible principio configurador, sin cuya garantía y protección se dificulta el cumplimiento de los cometidos que constitucional y legalmente tienen asignados por el art. 8.1 CE.

... Sin embargo, del carácter esencial que tiene la disciplina en los Cuerpos e Institutos armados no se deriva que, frente al régimen general de reconocimiento en la jurisdicción castrense del derecho a ejercitar la acusación particular y comparecer como parte en el procedimiento, tal régimen deba excepcionarse cuando entre inculpado y ofendido medie una relación de subordinación jerárquica. Es, por lo tanto, imprescindible indagar por qué la oposición entre partes, con sujeción a las normas procesales y bajo la autoridad de un Juez o Tribunal, puede suponer riesgo cierto de menoscabo o deterioro de la disciplina militar, a cuyo fin resulta imprescindible partir de un concepto jurídico de esta última en su proyección a la esfera procesal de la jurisdicción militar.

... Resumiendo ahora una consolidada línea jurisprudencial, cabe decir que el concepto de disciplina hace referencia a la observancia del conjunto de reglas y preceptos a los que un militar debe acomodar su conducta y, por tanto, a la idea de «respeto mutuo que preserve el principio de jerarquía» (STS de 21 de noviembre de 1996).

... No se alcanza a comprender la razón de que dicho principio de jerarquía y disciplina militar sea puesto en entredicho por la circunstancia de que se reconozca la condición de parte procesal, en un procedimiento penal militar, a quien como el recurrente pretende ejercer la acción penal como ofendido frente a otro militar, de superior empleo, y a quien se imputa responsabilidad por la lesión de bienes y derechos de la víctima a consecuencia de la presunta comisión del hecho delictivo objeto de denuncia y consecuente averiguación, pero con el que media una relación de subordinación jerárquica. En primer lugar, porque si la disciplina se configura, en este contexto, como expresión de acatamiento a las reglas externas e internas que configuran el propio Instituto armado, la jurisdicción castrense es, en cierto modo, el instrumento más adecuado para la defensa de esa disciplina, por lo que, sólo poniendo en duda la condición y aptitud de la jurisdicción militar para desempeñar su cometido, como jurisdicción sometida a los principios constitucionales de independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, es posible apreciar que el enfrentamiento procesal entre militares unidos por una relación de subordinación jerárquica es causa de potencial deterioro de la disciplina militar.

En segundo término, porque la vigente regulación incurre en el siguiente contrasentido: como el art. 14.1 LOJM prevé que «la jurisdicción a que está atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave conocerá de los delitos conexos», puede suceder que la jurisdicción penal ordinaria juzgue, por conexión, de delitos militares, en cuyo caso no opera la exclusión de los arts. 108.2 LOJM y 127.1 LOPM. Y, finalmente, porque en el ámbito de la prueba, la propia LOPM permite los careos entre inferior y superior, cuidando el Juez Togado «especialmente de que en modo alguno se produzca quebranto de la disciplina y de que el careado de inferior empleo no se vea coartado en sus manifestaciones» (art. 179 LPM); a lo que se ha de añadir que, en la mayoría de los procesos penales iniciados por denuncia, el ofendido, aunque no comparezca como parte lo hará normalmente en calidad de testigo de la acusación pública, por lo que tampoco se salvaguarda en tales casos la imagen pretendidamente lesiva de la disciplina, de un inferior que litiga con un superior o la situación inversa.

Atendido lo expuesto, ha de concluirse que no existe justificación razonable y objetiva que legitime constitucionalmente la exclusión, en el supuesto enunciado, del ejercicio de la acusación particular por el ofendido o víctima del delito que, como el demandante de amparo, pretende mostrarse parte en el procedimiento penal militar iniciado en virtud de su denuncia, y siendo ello así, tal exclusión o prohibición vulnera el principio de igualdad en la ley garantizado por el art. 14 de la Constitución.

... La eliminación de tal facultad de constituirse en parte procesal para formular la acusación particular produce, como consecuencia, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, «ex» art. 24.1 CE, al impedir, con un resultado falto de proporcionalidad, el ejercicio de la acción penal a determinados miembros de la institución militar.

... La prohibición de mostrarse parte en la causa penal seguida ante la jurisdicción militar comprende también, como expresamente disponen los dos preceptos legales a que venimos aludiendo, el ejercicio de la acción civil, en sí misma considerada, que es remitida para su ejercicio a la jurisdicción ordinaria (art. 108, párrafo 2, inciso final LOJM).

Pues bien, esta prohibición o exclusión del ejercicio de la acción civil derivada del delito, constituye por sí misma una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

... En virtud de lo razonado, hemos de concluir que la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108, párrafo 2 LOJM, y en el art. 127, párrafo 1, LOPM, no encuen-

tra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los Institutos armados de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley «ex» art. 14 CE y, al propio tiempo, lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en relación con el mandato contenido en el art. 117.5, inciso final, del texto constitucional, precepto este que exige al legislador, al regular el ejercicio de la jurisdicción militar, que lo haga «de acuerdo con los principios de la Constitución».

El alcance del otorgamiento del amparo que se impetra determina la nulidad de los Autos impugnados, así como el planteamiento ante el Pleno de este Tribunal, conforme a lo prevenido en el art. 55.2 LOTC, de cuestión de inconstitucionalidad, de los siguientes preceptos legales:

a) Art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, cuyo texto se dejó transcrito en el fundamento jurídico cuarto de esta Sentencia; y

b) Art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, respecto del siguiente inciso:

«excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación».

III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION LA NACION ESPAÑOLA

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don José Antonio B. R. y, en consecuencia:

1. Reconocer el derecho del recurrente a la igualdad en la ley (art. 14 CE), y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2. Declarar la nulidad del Auto dictado el 27 de febrero de 1998 por el Tribunal Militar Territorial Primero, Sección Primera, así como el del Juzgado Togado Militar Territorial núm. 13, de 30 de enero de 1998.

3. Retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno, a fin de que la solicitud del recurrente de mostrarse parte en la causa como acusa-

dor particular sea resuelta de conformidad con los derechos fundamentales reconocidos.

4. Plantear ante el Pleno del Tribunal cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, por su contradicción con los arts. 14 y 24.1 CE, en relación con el inciso final del art. 117.5 de la Constitución.

IV. VOTO PARTICULAR (Resumen)

Que formula el Magistrado **don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera** a la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 1786/1998, **al que prestan su adhesión los Magistrados don Rafael de Mendizábal Allende y don Fernando Garrido Falla.**

1. Doctrina constitucional sobre la jurisdicción militar.

En la doctrina de este Tribunal Constitucional, por tanto, constan los siguientes asertos esenciales:

a) El reconocimiento constitucional de una jurisdicción militar específica en el ámbito estrictamente castrense;

b) Que esa jurisdicción militar es distinta, por sus peculiaridades, de la jurisdicción ordinaria;

c) Que la especificidad de la jurisdicción castrense se destaca en el supuesto de las relaciones entre militares de graduación distinta;

d) Que el sistema jerárquico comporta una situación de sujeción;

e) Que esta situación de sujeción se configura por los principios de unidad y disciplina.

Nuestra jurisprudencia menciona varios artículos de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre). La transcripción del artículo primero refuerza la argumentación que expongo: «Estas Reales Ordenanzas constituyen la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros. Tienen por objeto preferente exigir y fomentar el exacto cumplimiento del deber inspirado en el amor a la Patria y en el honor, disciplina y valor».

Posemos, en suma, una doctrina constitucional que debió tenerse en cuenta para afrontar y resolver este recurso de amparo.

2. La disciplina como principio organizativo de las Fuerzas Armadas.

... Mi disenso, en este punto, se centra en el resumen que la Sentencia de la mayoría ofrece de la línea jurisprudencial del Tribunal Supre-

mo. La doctrina de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo es más rica de contenido que lo que se afirma en las líneas finales del fundamento jurídico 8 de la Sentencia objeto de mi discrepancia: «Resumiendo ahora una consolidada línea jurisprudencial, cabe decir que el concepto de disciplina hace referencia a la observancia del conjunto de reglas y preceptos a los que un militar debe acomodar su conducta y, por tanto, a la idea de «respeto mutuo que preserve el principio de jerarquía» (STS de 21 de noviembre de 1996)».

El Tribunal Supremo no se limita a considerar la disciplina militar como «un conjunto de reglas y preceptos». La disciplina es un principio configurador de las Fuerzas Armadas. Lo tiene afirmado el Tribunal Supremo en distintas Sentencias, entre ellas la STS del día primero de octubre de 1990: «La disciplina es así, pues, una exigencia estructural»; postulado reafirmado rotundamente en la STS de 15 de enero de 1992: «No de otro modo puede garantizarse el principio esencial de la disciplina militar que en el Ejército anida».

La idea de principio configurador se expone en algunas Sentencias de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo como «factor de cohesión». Así en la STS de 22 de junio de 1998, quedó dicho que los arts. 11 y 28 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas «se refieren muy directamente a la disciplina como factor de cohesión», habiendo concretado la STS de 10 de noviembre de 1992 que «el recto entendimiento de la disciplina militar postula una actividad de respeto mutuo entre los miembros de la estructura ligados por una relación de mando y subordinación».

Acerca de la Guardia Civil, que es el Instituto al que pertenece el recurrente, la STS de 26 de mayo de 1992 recuerda nuestra STC 194/1989, y, en especial, que «el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación, de un Instituto Armado de naturaleza militar y estructurado jerárquicamente (art. 13 de la Ley Orgánica 2/1986) pertenece al ámbito estrictamente castrense (art. 117.5 CE)».

La disciplina militar, en definitiva, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es sólo —como se resume en la Sentencia de la mayoría del Pleno— «la observancia del conjunto de reglas y preceptos a que un militar debe acomodar su conducta», sino algo más hondo y penetrante: un principio que, como tal, estructura las Fuerzas Armadas. Una buena síntesis de esta doctrina, encontramos en la STS de 29 de noviembre de 1995: «El bien jurídico que se protege es, ciertamente, la disciplina militar, que se refiere a la cohesión y buen orden de los Ejércitos, y al mejor sistema de equilibrio entre los militares según su grado y jerarquía, lo que, desde luego, no es una exigencia arbitraria, sino absolutamente necesaria —y,

por tanto, imprescindible— para dotar a las Fuerzas Armadas de la eficacia que precisan para el cumplimiento de los objetivos que tienen asignados constitucionalmente en nuestro Estado democrático de derecho».

3. El art. 24 CE no reconoce un derecho fundamental al ejercicio de la acusación particular.

... Nuestra Jurisprudencia no considera el derecho al ejercicio de la acusación particular como un derecho fundamental, constitucionalmente reconocido. Por el contrario, y como se expone en el fundamento jurídico 5 de la STC 41/1997, con cita de abundantes referencias al tema en otras SSTC, «el Tribunal Constitucional ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un «ius ut procedatur», es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino, estrictamente, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción». La Sentencia de la mayoría se hace eco de esta doctrina jurisprudencial, precisando que «la posibilidad real de manifestarse como parte en el proceso «sólo puede sufrir excepción en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante»». (F. 11, «in fine»).

En el presente caso, la disciplina militar es, cabalmente, según la entiendo, de una «condición más relevante o preponderante», que justifica la excepción en los supuestos analizados.

4. Constitucionalidad de los arts. 108, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y 127, párrafo primero, de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar.

Discrepo, como consecuencia de lo que vengo exponiendo, del fallo de la Sentencia, en cuanto considera que se han violado los artículos 14 CE (igualdad en la ley) y 24.1 CE (tutela judicial efectiva sin producir indefensión). Desde mi punto de vista, además, no resulta procedente plantear ante el Pleno una cuestión de inconstitucionalidad.

Encontrándonos, como nos encontramos, en un proceso penal que la Constitución reconoce y garantiza, con una especificidad que se destaca en el supuesto de las relaciones entre militares de graduación distinta, es fácilmente comprensible (en contra de lo que se sostiene en los fundamentos jurídicos 9 y 12 de la Sentencia) que, por Leyes Orgánicas, se excluya del ejercicio de la acusación particular y limitadamente de la acción civil a un perjudicado que sea militar frente a un inculpado, igualmente militar, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación.

Con un juicio de razonabilidad hubiéramos ido derechamente a la denegación del amparo. Falta en la Sentencia ese juicio de razonabilidad, forma-

do con apreciaciones de pura racionalidad y con ponderaciones de valores constitucionales. La racionalidad (en cuanto componente del juicio de razonabilidad) se proyecta sobre la conexión entre los medios empleados por el legislador, en determinadas circunstancias, y los fines que los preceptos analizados persiguen. En el caso que enjuicamos, la acusación es asumida por el Fiscal Jurídico Militar. La Fiscalía Jurídico Militar depende del Fiscal General del Estado y forma parte del Ministerio Fiscal (art. 87 de la Ley Orgánica 4/1987), el cual «tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados» (art. 124.1 CE). El «ius ut procedatur» no padece, ni es desvirtuado, con las excepciones establecidas para los militares, con el alcance indicado.

Pero la razonabilidad nos lleva a considerar también, además de la racionalidad de las normas, los valores contenidos en ellas, que deben ser comparados con otros valores consagrados en el ordenamiento constitucional: en este caso, la disciplina militar, la cual desempeña «un papel crucial» para alcanzar los fines que el art. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas (STC 97/1985, de 29 de julio, F. 4).

Con este voto favorable a la denegación del amparo, con mi pronunciamiento en contra del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, lamento disentir del parecer de la mayoría del Pleno, cuyas opiniones siempre respeto y pondero, examinándolas con cuidado.

V. VOTO PARTICULAR (Resumen)

Que formula el **Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas** respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1786/1998.

... Frente a la tesis mayoritaria estimo que éstos no vulneran la Constitución, sino que responden a una opción legislativa constitucionalmente lícita, dentro de la libertad de configuración de la Ley que corresponde al legislador en un Estado democrático. La diferencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar que nace directamente del art. 117.5 de la Constitución, creo que justifica que la Ley que regule el ejercicio de la segunda, según el mandato contenido en dicho precepto constitucional, pueda incluir regulaciones distintas de las que son propias del ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Desde esta base constitucional de arranque no veo obstáculo en que el régimen legal del ejercicio de la acción penal en el ámbito de la jurisdicción ordinaria y de la militar puedan ser distintos.

... El reconocimiento de la acción penal a los particulares en el proceso penal «in genere» no es una exigencia del art. 24.1 CE, sino una opción contingente abierta al legislador, que puede reconocerla o no, la ulterior justificación del no reconocimiento en unos casos, cuando se ha establecido con carácter genérico en el ámbito de la jurisdicción castrense se presenta con un más reducido nivel de tensión entre valores en contraste desde el prisma constitucional del derecho de igualdad.

... Partiendo de la relación entre la acusación particular y el art. 24.1 CE, hay que tener en cuenta que el derecho a la tutela judicial efectiva, que ese precepto constitucional otorga a todas las personas, tiene un elemento de referencia al «ejercicio de sus derechos e intereses legítimos», y en la medida en que en los Estados actuales el «ius puniendi» no es un derecho de titularidad de los particulares sino del Estado, que ostenta su monopolio, no existe una exigencia constitucional de principio para que el derecho de tutela judicial deba incluir en su contenido esencial un ejercicio de la acción penal de particulares, que «ex Constitutione», no tendría como objeto un derecho o interés de éstos.

Cuestión diferente es que en un plano infraconstitucional la ley pueda conceder a los particulares la posibilidad de ejercicio de la acción penal, en cuyo caso el ejercicio de ese derecho de creación legal puede ya integrarse como contenido del derecho fundamental de tutela judicial efectiva.

De este modo sólo en el caso de que la ley otorgue a los particulares la posibilidad de ejercicio de la acción penal, su negativa por resolución judicial puede suponer vulneración del derecho fundamental de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues en tal caso el derecho o interés legítimo, como elemento de referencia del derecho fundamental, tendrá una previa existencia legal, no así en el caso contrario, que creo que es el actual.

... Compartiendo en ese punto el planteamiento del Ministerio Fiscal, creo que la disciplina militar, como principio básico de la organización militar, es razón suficiente para la diferencia de tratamiento que en dichos preceptos se consagra entre los perjudicados por el delito en orden al posible ejercicio de la acción penal, según que entre el perjudicado y el inculgado exista o no una relación jerárquica de subordinación.

Que la ley otorgue la posibilidad de un ejercicio de la acción cuando no existe tal relación, y que lo niegue en el caso contrario, creo que es una opción constitucionalmente legítima, en la que la referencia al dato objetivo de la relación jerárquica de subordinación tiene entidad suficiente para justificar en términos de razonabilidad la diferencia de trato, que no es directamente de personas, sino de supuestos genéricos distintos, aunque lógicamente en cada uno de ellos se encuentren personas.

... Creo que, cuando el Preámbulo de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar concluía diciendo que «se permite la actuación del acusador particular y del actor civil, excepto en los casos en que el autor del hecho y el perjudicado fueran militares y mediare entre ellos una relación de subordinación siguiendo en este aspecto la doctrina del Tribunal Constitucional», al decir que se seguía nuestra doctrina, lo hacía con total ajuste a ella. Al declarar la inconstitucionalidad de los artículos discutidos, debemos ser conscientes de que estamos revisando nuestra anterior doctrina. No veo obstáculo de principio en que el Pleno pueda hacerlo, rectificando criterios procedentes de sus Salas (en este caso de la Primera); pero no puedo compartir un modo de argumentar en el que se niega la realidad de una doctrina preexistente, y menos, cuando dicha doctrina ha sido pauta de orientación para el ejercicio de su potestad constitucional por el legislador.

... Lo que la Sentencia dice no comprender me resulta, por el contrario, perfectamente comprensible. Y al propio Tribunal le resultó comprensible en el ATC 121/1984 y en la STC 97/1985 (F. 4), cuando alcanzó a ver la razón de un precepto limitativo similar a los que ahora se cuestionan, del que dijo que «encuentra su convalidación constitucional en cuanto está pensado para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el artículo 8, número 1 de la CE, les asigna, una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines, no resultando fácil compatibilizarlas con litigios entre quienes pertenecen a la institución militar en sus diferentes grados». Los párrafos transcritos reflejan mi propia y personal comprensión del problema, y no la incomprensión de él que expresa la Sentencia de la que disiento. Abriendo los ojos a la realidad de la condición humana, no creo que sea difícil de comprender y aceptar que los enfrentamientos entre personas en el seno de un proceso pueden generar secuelas de animadversión, susceptibles de mantenerse fuera del proceso en que se han generado, y que, referidas a una relación de jerarquía entre ellas, pueden suponer un riesgo indudable para que ésta se mantenga en los términos de objetividad y ponderación deseables.

No creo que captar la posibilidad de ese riesgo suponga poner en duda «la condición y aptitud de la jurisdicción militar para desempeñar su

cometido», ni desconocer que la misma sea «el instrumento más adecuado para la defensa de esa disciplina»; pues una cosa es la aptitud de la jurisdicción militar para desempeñar su cometido desde la posición superior a las partes, que es propia de cualquier jurisdicción, y otra distinta, que su indiscutible objetividad pueda evitar las heridas anímicas que los enfrentamientos entre quienes acuden a ellas en posición de partes puedan dejarles a éstas como secuelas, con su arriesgado efecto negativo fuera del proceso en las relaciones de jerarquía y disciplina.

... Ahora bien, no creo que del art. 24.1 CE pueda derivarse una determinada configuración procesal, en el sentido de una exigencia de que la acción civil derivada de los hechos calificables, en su caso, como delito, deba ir aneja a la acción penal y pueda o deba ejercitarse en el proceso penal. Creo que unas u otras regulaciones de la acción civil en relación con la penal son opciones abiertas al legislador. Y en tal sentido no creo que por el hecho de no permitir al perjudicado por el delito el ejercicio de la acción civil en el proceso militar, cuando se le permite su ejercicio fuera de él ante la jurisdicción común, pueda resultar vulnerado el art. 24.1 CE, cuyas exigencias, a mi juicio, pueden satisfacerse perfectamente ante la jurisdicción común.

... Por todo lo expuesto, concluyo que los preceptos cuestionados por la Sentencia mayoritaria, de los que afirma su inconstitucionalidad, son, en mi opinión, conformes tanto al art. 24.1, como al 14 CE, y que la aplicación de los mismos al demandante no ha vulnerado ninguno de los derechos fundamentales por los que se solicita nuestro amparo, que debiera, en mi criterio, haberse desestimado.

VI. COMENTARIOS

La cuestión cuyo amparo se solicitó era la denegación de personarse como acusación particular al perjudicado por un delito militar, si ofendido e inculcado son militares y existe entre ellos una relación jerárquica de subordinación. El Juzgado Togado efectúa la denegación al amparo de los artículos 108.2 de la LOCOSM y 127 de la LOPM.

El pleno del T.C. reclamó para sí el conocimiento del recurso de amparo.

La igualdad en la Ley, exigida por el artículo 14 de la C.E., prohíbe la discriminación, salvo justificación bastante por los principios de disciplina y jerárquica, que el Pleno del T.C. entiende que no se produce en el enfrentamiento procesal entre militares unidos por una relación de subordinación jerárquica, y que la exclusión vulnera el principio de igualdad y en consecuencia el de tutela judicial efectiva.

La reserva de la acción civil para su ejercicio ante la jurisdicción ordinaria vulnera también el derecho a la tutela judicial efectiva.

A pesar de que el Pleno del T.C. reclamó el conocimiento del recurso de amparo, en su Sentencia otorga éste y defiere el pronunciamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a su planteamiento ante el propio pleno, limitándose aquí a atorgar el amparo solicitado.

La doctrina sentada ahora por el Pleno no es pacífica en modo absoluto, sino al contrario, sumamente polémica.

El Voto Particular del **Magistrado Sr. Jiménez de Parga**, al que se adhieren los **Sres. Mendizábal Allende y Garrido Falla**, partiendo de la especificidad de la jurisdicción castrense con una situación de sujeción configurada por los principios de unidad y disciplina, entendidos como esenciales para el cumplimiento de los objetivos que tiene constitucionalmente asignados en nuestro Estado democrático de Derecho. Por otra parte, el artículo 24 de nuestra Constitución exige el «ius ut procedatur» y el ser parte en el proceso tiene el límite aquí de la disciplina y subordinación jerárquica, como interés constitucionalmente también protegidos. Las Leyes Orgánicas que se cuestionan son plenamente constitucionales.

Otro Voto Particular se formula por el **Magistrado don Vicente Conde Martín**, abundando en que el reconocimiento de la acción penal a los particulares en el proceso no es una exigencia del 24.1 de la C.E., sino una opción contingente abierta al legislador que la efectuó en el ámbito militar, mediante ley orgánica, respetando el «ius puniendi» del Estado, y conforme con la doctrina constitucional (Preámbulo L.O. 4/87 y ATC 121/84 y STC 97/85). El ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción ordinaria es opción válida para todos los perjudicados por un delito.

El estado detallado de los argumentos del Pleno, y los más concretos y rebatidores de los votos particulares, nos inclina personalmente a rechazar aquellos y a compartir éstos.

Sentencia de 4 de junio de 2001, núm. 122/2001. T.C. Sala Segunda.
Recurso de Amparo núm. 4033/1997.

MATERIA: DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD ANTE LA LEY: Igualdad en la aplicación de la ley por jueces y tribunales: cambio de criterio: de relevancia constitucional: requisitos: a) identidad de los órganos judiciales; b) casos sucesiva y exactamente iguales desde la pers-

pectiva jurídica con la que se les enjuició; c) palmario cambio de criterio del órgano judicial. Jurisdicción y proceso contencioso-administrativo: no acreditación de que la Sentencia de contraste forme parte de una línea jurisprudencial consolidada y la Sentencia impugnada no constituye una resolución «ad personam»: vulneración inexistente: **Denegación de amparo.**

Ponente: D. Julio Diego González Campos

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

... En la demanda de amparo se alega vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), por cuanto la Sentencia dictada con fecha 14 de julio de 1997 por la Sección Bis de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se apartó sin motivación de lo resuelto en un caso idéntico por la Sección Quinta de la misma Sala en la Sentencia de 27 de mayo de 1997. Afirma el demandante de amparo que existe absoluta identidad entre los supuestos planteados en las dos Sentencias: los respectivos recurrentes en la vía contencioso-administrativa sufrieron las mismas vicisitudes (desde la concesión de la beca para cursar la carrera de Ingeniero Aeronáutico Superior hasta su ingreso en la Escala Superior con empleo de Teniente), las resoluciones administrativas fueron idénticas, se rigieron por la misma normativa reguladora, esgrimieron iguales pretensiones ante la Audiencia Nacional (la declaración de nulidad de las Resoluciones por las que ingresaban con el empleo de Teniente y su derecho a ingresar con empleo de Capitán), y ambos recursos correspondieron inicialmente a la Sección Quinta. Sin embargo, mientras la Sentencia de 27 de mayo de 1997, de dicha Sección Quinta, estimó el recurso, declarando la nulidad del acto impugnado, la Sentencia de 14 de julio de 1997, dictada por la Sección Bis, y objeto del presente amparo, declaró el acto conforme a Derecho, sin que conste el motivo de tal cambio de criterio. Se sostiene en la demanda que a pesar de tratarse de Secciones nominalmente distintas, en el presente caso existió una concurrencia personal común entre ambas por cuanto uno de los Magistrados integrantes de la Sección Quinta, autora de la Sentencia aportada como término de comparación, integró también la Sección Bis, que dictó la Sentencia impugnada y posteriormente desapareció. Este hecho impediría considerar, a efectos de la igualdad en aplicación de la ley, que las dos Sentencias procedían de órganos judiciales independientes. Por

todo ello se solicita la concesión del amparo, y la declaración de nulidad de la Sentencia de 14 de julio de 1997 de la Audiencia Nacional, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la resolución.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

... El objeto del presente recurso de amparo es la Sentencia de 14 de julio de 1997, dictada por la Sección Bis de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, a la que el recurrente imputa una vulneración del derecho a la igualdad en aplicación de la ley (art. 14 CE) por apartarse sin motivación de lo resuelto en un caso idéntico por la Sección Quinta de la misma Sala en la Sentencia de 27 de mayo de 1997. Sostiene el demandante de amparo que existe absoluta identidad entre los supuestos planteados en las dos Sentencias ya que ambas resolvieron sendos recursos contra resoluciones idénticas [Orden 726/1251/1994, de 25 de octubre (BOD núm. 137) y Orden 762/08433/1995 de 11 de junio (BOD núm. 137), por las que los recurrentes ingresaban en la Escala Superior del Cuerpo de Ingenieros Técnicos del Ejército del Aire con empleo de Teniente], se rigieron por la misma normativa reguladora (Orden Ministerial número 32/1977, de 30 de diciembre de 1976, modificada por la Orden 522/02862/1981, de 2 de noviembre), esgrimieron iguales pretensiones ante la Audiencia Nacional (la declaración de nulidad de las citadas Resoluciones y su derecho a ingresar con empleo de Capitán), y ambos escritos correspondieron inicialmente a la Sección Quinta. También existiría identidad de órganos judiciales puesto que la Sección Bis, que dictó la Sentencia impugnada, fue creada por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 23 de abril de 1996 exclusivamente para apoyo y refuerzo del resto de Secciones en una serie de asuntos, con carácter temporal, y estaba formada por Magistrados que seguían integrando la Sección Quinta, autora de la Sentencia de comparación.

... Para poder estimar que se ha producido una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley es doctrina consolidada de este Tribunal que han de concurrir varios presupuestos, ya que se requiere que estemos «ante un mismo órgano jurisdiccional, ante dos casos sucesivos y exactamente iguales desde la perspectiva jurídica con la que se les enjuició y, finalmente, ante un palmario cambio de criterio del órgano jurisdiccional».

... Un examen de las actuaciones permite comprobar que existe efectivamente entre ambos casos una identidad fáctica y causal, así como una

igualdad de la normativa aplicable, que permite afirmar la identidad de los supuestos planteados.

... Constatada la identidad de los supuestos planteados entre la Sentencia impugnada y la que se aporta como término de comparación, procede examinar si existió identidad del órgano jurisdiccional que las dictó, presupuesto para realizar la comparación que toda discriminación en la aplicación de la Ley lleva consigo (STC 104/1996, de 11 de junio).

... Para determinar si en este caso se cumplió el requisito de la identidad del órgano jurisdiccional, debe recordarse la doctrina de este Tribunal según la cual las Secciones de una misma Audiencia o Tribunal, aunque estén integradas en el mismo órgano, actúan como juzgadores independientes entre sí, por lo que han de ser consideradas, tanto orgánica como funcionalmente, órganos judiciales distintos.

... Pues bien, como sostiene el Ministerio Fiscal, este cúmulo de circunstancias permiten afirmar que la llamada Sección Bis era simplemente un desdoblamiento funcional de la propia Sección Quinta, y si bien no se produjo en este caso una incorporación de los Magistrados de la Sección Bis a la Sección Quinta (supuesto de las SSTC 193/1996, de 26 de noviembre, y 238/1998, de 15 de diciembre), puede afirmarse que la Sentencia impugnada y la Sentencia de contraste provenían de un mismo órgano jurisdiccional, concurriendo pues la identidad del órgano.

... La Sección Bis basa su decisión en que no cabe identificar la concesión de la beca con el régimen de acceso a la Escala, pues quienes obtienen la beca en un determinado momento no adquieren el derecho a que el procedimiento selectivo posterior se desarrolle de acuerdo con la normativa entonces vigente, sino que había de estar a la aplicación de aquellas normas vigentes en el momento en que el procedimiento de selección y formación tenga lugar (fundamento segundo). Por su parte, la Sentencia de la Sección Quinta, que se aporta como contraste, desarrolla idéntica argumentación en su fundamento tercero, pero añade a continuación que al permitir al recurrente continuar en el disfrute de la beca después de haber ascendido al empleo de Capitán de la Escala de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos en el año 1993, la Administración no podía, sin ir contra sus propios actos, ingresarlo en la Escala Superior con el empleo de Teniente, por lo que estima el recurso declarando el derecho de aquél a ingresar como Capitán.

... Alega el recurrente que su caso y el que resuelve la Sentencia de comparación fueron los únicos idénticos a revisión de la Sala, por lo que no puede hablarse de línea jurisprudencial mantenida hasta entonces.

... Lo que ha de conducir a la desestimación de la queja, pues el dato indicado excluye claramente que la Sentencia aquí impugnada sea una

resolución «ad casum» o «ad personam», a lo que ha de agregarse que el recurrente no acreditó que la Sentencia de contraste formase parte de una línea jurisprudencial consolidada.

III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don Mario T. I.

IV. COMENTARIOS

Es doctrina consolidada del T.C. que la igualdad ante la aplicación de la ley requiere que estemos ante un mismo órgano judicial, dos casos exactamente iguales desde la perspectiva jurídica con la que se les enjuició, y un palmario cambio de criterio del órgano jurisdiccional insuficientemente justificado.

Las Secciones de una misma Audiencia o Tribunal son órganos judiciales distintos, faltando pues la identidad de órgano juzgador, a lo que se añade la falta de una línea jurisprudencial consolidada.

La Audiencia Nacional confirmó y desestimó —en Secciones distintas— resoluciones igualmente desestimatorias por el Ejército del Aire respecto a becados Ingenieros Aeronáuticos.

Sentencia de 2 de julio de 2001, núm. 157/2001. T.C. Sala Segunda.

Recurso de Amparo núm. 1984/1999.

BOE 26 julio 2001, núm. 178 (suplemento).

MATERIA: DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD ANTE LEY: Recurso de amparo contra Auto del Tribunal Central Militar (Sección Primera) de 12-03-1999 que confirmó el recurso de queja promovido

contra el Auto del Juez Togado Militar núm. 1 de 21-01-1999 por el que se denegaba la personación del recurrente como acusación particular en las diligencias previas que se instruían. Vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad ante ley y a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales: existencia: **otorgamiento de amparo** y planteamiento ante el Pleno del Tribunal de cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 108, párr. 2 de la Ley Orgánica 4/1987 y el art. 127, párr. 1, de la Ley Orgánica 2/1989.

Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

... Se siguen en el Juzgado Togado Militar Central núm. 1 diligencias previas núm. 1/01/1999 contra los Comandantes de la Guardia Civil don Francisco G. A. y don Guillermo R. M., destinados en la Comandancia de la Guardia Civil de Valladolid, por supuestos delitos de abuso de autoridad o extralimitación en el ejercicio del mando, previstos, respectivamente, en los arts. 106 y 138 del Código Penal Militar.

Informado de la incoación de las mencionadas diligencias ante el Juzgado Togado Militar Central núm. 1, el demandante de amparo, por escrito de fecha 20 de enero de 1999, solicitó que se le tuviera por parte en las actuaciones, en calidad de perjudicado, a fin de ejercitar las acciones penales y civiles que procediesen.

En el referido escrito interesó, en relación con su petición de que se le tuviera por parte en calidad de acusador particular, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto a los arts. 127 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LOPM), y 108 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOJM), por vulnerar el art. 24.1 y 2 de la CE, en relación con su art. 14.

... El Juzgado Togado Militar Central núm. 1, por Auto de 21 de enero de 1999, acordó no acceder a la petición del demandante de amparo de personarse como parte en las actuaciones con el carácter de acusador particular para ejercitar acciones penales y civiles contra los Oficiales superiores por él denunciados y de los que depende militar y jerárquicamente.

... El demandante de amparo interpuso recurso de queja contra el anterior Auto, que fue desestimado por Auto del Tribunal Central Militar, de 12 de marzo de 1999, en el que la Sala, a efectos de fundamentar la deci-

sión adoptada, se remite y reproduce los razonamientos del ATC 121/1984, de 29 de febrero, y de la STC 97/1985, de 29 de julio.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

... La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación del Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1, de 21 de enero de 1999, confirmado en queja por el Auto del Tribunal Central Militar, de 12 de marzo de 1999, por el que se desestimó la pretensión del recurrente en amparo, Guardia Civil, de personarse en las diligencias previas núm. 1/01/1999 con el carácter de acusador particular para ejercitar acciones penales y civiles contra los oficiales superiores por él denunciados y de los que depende jerárquicamente. Ambas resoluciones judiciales fundaron la denegación de la personación en lo dispuesto en el art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOJM), y en el art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LOPM), preceptos que vedan la comparecencia en concepto de acusador particular y actor civil «cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación», en los términos del último de los preceptos legales citados.

... Carece de toda consistencia y, en consecuencia, ha de ser rechazado sin necesidad de una detenida argumentación, el reproche que el demandante de amparo dirige, en primer término, al Auto del Tribunal Central Militar. En efecto, como permite apreciar con absoluta nitidez su lectura, la indicada resolución judicial ofrece cumplida y cabal respuesta a las alegaciones del recurrente en amparo en su recurso de queja, haciendo explícitas las razones utilizadas por el órgano de la jurisdicción castrense para no acceder a su pretensión de personarse como acusación particular en las diligencias previas sustanciadas ante el Juzgado Togado Militar. En tal sentido, no cabe olvidar que la mencionada decisión judicial se limitó, al igual que hiciera en instancia el Juez Togado Militar en su Auto, a una estricta aplicación de lo dispuesto, en cuanto a la prohibición de comparecencia en concepto de acusación particular, por los citados arts. 108, párrafo 2, LOJM, y 127, párrafo 1, LOPM, marco normativo que vincula a los órganos de la jurisdicción castrense, si bien fueran aquéllos interpretados en sentido distinto al pretendido por el solicitante de amparo. No puede aceptarse, por consiguiente, la tacha de contradicción interna en la fundamentación del Auto desestimatorio de la queja, ni que incurra en una aplicación arbitraria de la legalidad, por cuanto en su fundamentación jurídica comienza enun-

ciendo lo que constituye la regla general, cual es la posibilidad del ejercicio de la acusación particular en el proceso penal militar, para, a renglón seguido, establecer la excepción contenida en los indicados preceptos, aduciendo al efecto la razón inspiradora de dicha excepción, con cita de las resoluciones de este Tribunal (ATC 121/1984, de 29 de febrero, y STC 97/1985, de 29 de julio), entendiendo que en el caso se dan las circunstancias para la entrada en juego de la excepción, con la consecuente prohibición de la comparecencia como parte acusadora en la causa, rechazando, en consecuencia, la solicitud del interesado de plantear cuestión de inconstitucionalidad de los preceptos aplicados (STC 115/2001, de 10 de mayo).

... Igual suerte desestimatoria ha de correr la queja que el recurrente en amparo dirige a las resoluciones judiciales impugnadas, por efectuar una aplicación rigorista e inadecuada del supuesto de hecho de los preceptos en que se contiene la excepción a la que venimos aludiendo, al considerar que no concurre en el caso el requisito condicionante de que siendo denunciante y denunciados militares «existe entre ellos relación jerárquica de subordinación».

Pues bien, como sostienen el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en sus respectivos escritos de alegaciones, la interpretación del concepto legal «relación jerárquica de subordinación», que emplean tanto el art. 108, párrafo 2, LOJM, como el art. 127, párrafo 1, LOPM, corresponde en principio a los Jueces y Tribunales militares y, en concreto, la que se ha realizado en este caso en las resoluciones judiciales impugnadas en modo alguno cabe tildarla de ilógica, arbitraria, desprovista de razonabilidad o desproporcionada, habida cuenta, no sólo de la superioridad de los empleos militares de los denunciados en relación con el que ostenta el demandante de amparo, sino también del destino de unos y otro en la misma unidad, no quebrándose esa relación jerárquica por el hecho de que el recurrente en amparo se encontrase, en el momento de instar su personación en las diligencias previas, en baja por enfermedad, pues, como señala el Abogado del Estado, tal circunstancia podría en su caso matizar, pero en modo alguno romper, la relación jerárquica de subordinación entre denunciante, quien continúa en la situación administrativa de servicio activo, y denunciados. Procede, en consecuencia, rechazar también esta segunda queja y concluir que los Autos impugnados no han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo al aplicar los antes mencionados preceptos legales.

... La cuestión central de la presente demanda de amparo, y que mayor enjundia constitucional presenta, queda así circunscrita a determinar si los arts. 108, párrafo 2, LOJM y 127, párrafo 1, LOPM contradicen las exi-

gencias del principio de igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuanto vedan en el proceso penal militar el ejercicio de la acusación particular y de la acción civil cuando el perjudicado y el inculpado sean militares y exista entre ellos una relación jerárquica de subordinación.

... El Pleno de este Tribunal, en la reciente STC 115/2001, de 10 de mayo, al resolver el recurso de amparo se ha pronunciado sobre la compatibilidad entre los indicados arts. 108, párrafo 2, LOJM, y 127, párrafo 1, LOPM, con las exigencias del principio de igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a cuyos razonamientos jurídicos procede remitirse y tener por reproducidos ahora en el caso que nos ocupa, habiendo llegado a la conclusión de que «la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108, párrafo 2, LOJM, y en el art. 127, párrafo 1, LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los Institutos armados de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley «ex» art. 14 CE y, al propio tiempo, lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado en el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en relación con el mandato contenido en el art. 117.5, inciso final, del texto constitucional, precepto este que exige al legislador, al regular el ejercicio de la jurisdicción militar, que lo haga «de acuerdo con los principios de la Constitución»».

Procede, en consecuencia, otorgar el amparo solicitado, así como, al igual que se hizo en la citada STC 115/2001, plantear ante el Pleno de este Tribunal, de conformidad con lo prevenido en el art. 55.2 LOTC, cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 108, párrafo 2, LOJM y con el art. 127, párrafo 1, LOPM, respecto del inciso, por lo que se refiere a este último precepto, «excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación».

III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la presente demanda de amparo y, en su virtud:

1. Reconocer que se han vulnerado los derechos del recurrente en amparo a la igualdad en la Ley (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2. Restablecerle en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad del Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1, de 21 de enero de 1999, y del Auto del Tribunal Central Militar, de 12 de marzo de 1999, recaídos en las diligencias previas núm. 1/01/1999, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal oportuno al objeto de que la solicitud del recurrente en mostrarse parte en la causa como acusador particular sea resuelta de conformidad con los derechos fundamentales reconocidos.

3. Plantear ante el Pleno del Tribunal cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en su inciso «excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos un relación jerárquica de subordinación», por su contradicción con los arts. 14 y 24.1 CE, en relación con el inciso final de su art. 117.5.

IV. VOTO PARTICULAR (Resumen)

Que formula el **Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas** respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1984/1999.

... Dado mi disentimiento de esa Sentencia del Pleno, expresado en Voto particular a la misma, me remito al contenido del referido Voto, dándolo aquí en su integridad por reiterado, para mantener mi posición personal.

En tal sentido evacuo mi Voto.

V. COMENTARIOS

El presente recurso de amparo versa sobre la denegación de la petición de ser parte como acusación particular, por el Tribunal Militar Central al amparo del tenor literal de los artículos 108.2 de la LOCOJM y 127 de la LOPM.

Los indicados preceptos vetan la acusación particular si entre la víctima y el inculpado existe «relación jerárquica de subordinación».

Remitimos al lector al examen de los comentarios a la Sentencia TC 115/2001, precedentemente reseñada en anteriores páginas del mismo ejemplar de la revista.

Finalmente, consignemos que el acuerdo de plantear la inconstitucionalidad de los artículos 108.2 de la LOCOJM y 127 de la LOPM al Pleno, aún no ha tenido pronunciamiento del Tribunal Constitucional en Pleno.

Auto de 18 de septiembre, núm. 252/2001. T.C. Pleno.

Recurso de Inconstitucionalidad núm. 2054/2001.

MATERIA: NAVARRA: Competencias de la Comunidad Foral: espacios naturales protegidos: ampliación por Ley Foral del Parque Natural de Bardenas Reales: afectación a campo de tiro del Ministerio de Defensa.

Recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente del Gobierno en relación con la Ley Foral 16/2000, de 29 diciembre, de modificación de la Ley Foral 10/1999, de 6 abril, por la que se declara parque natural las Bardenas Reales de Navarra: **levantamiento de la suspensión.**

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

... Mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el día 9 de abril de 2001, el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, presentó escrito de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 16/2000, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley Foral 10/1999, de 6 de abril, por la que se declara Parque Natural las Bardenas Reales de Navarra. Dicha Ley ha sido objeto de publicación en el Boletín Oficial de Navarra del día 10 de enero de 2001.

El Abogado del Estado invoca el art. 161.2 CE, a fin de que se acuerde la suspensión de la disposición recurrida.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

... El objeto de esta resolución es determinar, de acuerdo con el art. 161.2 CE, si procede mantener o levantar la suspensión de la vigencia que afecta a la Ley Foral 16/2000, de 29 de diciembre, de modificación de la

Ley Foral 10/1999, de 6 de abril, por la que se declara Parque Natural las Bardenas Reales de Navarra.

Sobre este tipo de incidentes de suspensión existe una consolidada doctrina constitucional, según la cual para su resolución es necesario ponderar, de un lado, los intereses que se encuentren afectados tanto el general y el público, como el particular o el privado de las personas afectadas y de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que se irrogan del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Esta valoración debe efectuarse mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas y al margen de la viabilidad de las prestaciones que se formulan en la demanda. En este sentido ha de recordarse que el mantenimiento de la suspensión requiere que el gobierno a quien se debe la iniciativa, aporte y razone con detalle los argumentos que la justifiquen.

... En nuestro ATC 287/1999 manifestamos que «existe ya una doctrina muy amplia y reiterada de este Tribunal en relación con la decisión a adoptar en los incidentes de levantamiento o mantenimiento de la suspensión previamente acordada, cuando, como en este caso, entre los intereses públicos y privados concernidos se encuentran los específicamente medioambientales», precisando a continuación que, según dicha doctrina, «no cabe derivar de la Constitución la tesis de que toda medida de ordenación legal de los recursos naturales debe atender prioritariamente al criterio de evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e intereses patrimoniales de carácter individual y concluye pronunciándose de forma jurídicamente generalizada a favor de la primacía de la protección de los recursos biológicos naturales, dada su fragilidad y la irreparabilidad de los perjuicios que se podrían producir en caso de perturbación de los mismos.

Sin embargo en el mismo auto también señalamos que «como excepción a esta doctrina, solo hemos admitido la subordinación de los intereses conservacionistas a otros intereses públicos o privados de carácter patrimonial cuando la lesión de éstos suponga afectar a un sector económico de manera directa e inmediata..., fundamental para la economía de la Nación... con posibles perjuicios económicos de muy difícil reparación, o bien cuando la aplicación de las medidas controvertidas fueran susceptibles de provocar gravísimos efectos perjudiciales».

... No cabe duda de que los intereses generales vinculados a la Defensa Nacional se encuentran comprendidos entre aquéllos que pueden conllevar el enervamiento de los específicamente medioambientales cuando los perjuicios que pudieran generarse fueren notorios, ciertos y de presente, en su alcance o intensidad, encontrándose en este supuesto los intereses vinculados al adiestramiento y perfeccionamiento del personal del Ejérci-

to del Aire, en razón a la misión que las Fuerzas Armadas tienen encomendada constitucionalmente (art 8.1 CE).

Sin embargo, en este caso existen circunstancias que determinan que los perjuicios que pudieran hipotéticamente ocasionarse a la Defensa Nacional como consecuencia del levantamiento de la suspensión no hayan de generarse con carácter inmediato, pudiendo, además, el Estado reaccionar contra su producción misma en la hipótesis de que tal posibilidad pudiera concretarse.

En efecto, la generación de los antedichos perjuicios se conecta de modo directo con la aprobación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales para la zona implicada, toda vez que en dicho Plan «se establecerán las determinaciones y el régimen de los terrenos ocupados por el polígono de tiro» (disposición final 3.^a de la Ley 16/2000).

Pues bien, la modificación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales deberá ser redactado por la Comunidad de las Bardenas Reales y posteriormente tramitado y aprobado por el Gobierno de Navarra, pero, en todo caso según la disposición final referenciada, sus «determinaciones y régimen jurídico serán efectivos una vez que se produzca el total desmantelamiento de las edificaciones e instalaciones militares que sean incompatibles con los usos definidos por el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, que se desactiven los explosivos y se retiren todos los elementos y restos de carácter militar existentes en los terrenos ocupados por el campo de tiro y zonas adyacentes al mismo».

Es decir, la propia Ley Foral difiere la efectividad entrada en vigor del cambio de uso de suelo ocupado por el campo de tiro y de las zonas adyacentes hasta el desmantelamiento de las instalaciones militares.

...En concordancia con ello, ambas partes acuerdan que se continúe destinando al uso militar... la superficie de 2.244 hectáreas actualmente destinadas a Campo de tiro y Entrenamiento, por un plazo comprendido desde la fecha de hoy hasta el 31 de diciembre de 2008, entendiéndose que dentro de este período se dará por concluido este acuerdo para el uso militar, si antes del vencimiento de dicho plazo el Ministerio de Defensa tuviera operativo otro campo de entrenamiento alternativo, en cuyo caso se procederá de inmediato por el Ministerio de Defensa a suspensión de las actividades militares y culminarán los trabajos de limpieza técnica de los restos de dicha actividad militar...».

Consecuentemente con lo expuesto, ningún perjuicio cierto y actual puede generarse para los intereses generales de la Defensa Nacional por el levantamiento de la suspensión de la Ley Foral recurrida, ya que el límite temporal acordado por el propio Ministerio de Defensa para el manteni-

miento de uso militar del espacio protegido resulta respetado por la Ley impugnada. Incluso si se produjeran perjuicios contrariando la previsión legal, podrá tener lugar la reacción preventiva del Estado ante este Tribunal mediante el procedimiento que en cada caso corresponda. Por todo ello, debe prevalecer el interés conectado a la presunción de legitimidad de las leyes y sin que ello implique pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto.

Por todo lo expuesto, el Pleno del Tribunal

III. ACUERDA

El levantamiento de la suspensión de la Ley Foral 16/2000, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley Foral 10/1999, de 6 de abril, por la que se declara Parque Natural las Bardenas Reales de Navarra.

IV. COMENTARIOS

Se pretende por el Gobierno de la Nación la suspensión de la Ley Foral 16/2000, de modificación de la Ley Foral 10/1999, por la que se declara Parque Natural las Bardenas Reales de Navarra, a pesar que en su disposición final 3.^a, prevé que se establecerán las determinaciones y el régimen de los terrenos ocupados por el polígono de tiro.

Tras aseverarse que los intereses generales vinculados a la Defensa Nacional pueden conllevar el enervamiento de los específicamente medioambientales, si hay perjuicio notorio, ciertos y de presente, al adiestramiento y perfeccionamiento del personal del Ejército del Aire, lo cierto es que estos no son ciertos ni actuales, porque hay un acuerdo sobre el uso militar del terreno hasta el 31 de diciembre de 2008.

Sentencia de 1 de octubre de 2001, núm. 194/2001. T.C. Sala Segunda.
Recurso de Amparo núm. 6302/2000.
BOE 6 noviembre 2001, núm. 266 (suplemento).

MATERIA: HABEAS CORPUS: Detenciones administrativas: el juez del hábeas corpus no tiene por misión revisar el acto administrativo, sino

la conformidad a derecho de la situación de privación de libertad; Jurisdicción y proceso militar: sanción a guardia civil con arresto domiciliario de dos días: admisión a trámite de la solicitud de **hábeas corpus** por el Juzgado Togado Militar y realización de todo el procedimiento: razonada decisión de no decretar la puesta en libertad del sancionado por apreciar que su privación de libertad no era sino la consecuencia del legítimo ejercicio de una potestad disciplinaria legalmente prevista: vulneración inexistente. **Desestimación del amparo.**

Ponente: D. Tomás S. Vives Antón

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

... El 30 de octubre de 2000 el Comandante 2.º Jefe de la Guardia Civil de Segovia dictó resolución por la que imponía la sanción de dos días de arresto, a cumplir en su domicilio, al Cabo 1.º don Julián S. S. R., Jefe de la patrulla de protección de la naturaleza con sede en Sepúlveda (Segovia), al ser considerado autor de una falta leve del art. 7 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en incurrir en «inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas». En la citada resolución se le atribuía haber hecho caso omiso de una orden escrita por la que se le indicaba la forma en que debían ser cumplimentados los oficios-denuncia, con la finalidad de unificar criterios y modelos en dicho tipo de escritos. La resolución le fue notificada al recurrente el día 2 de noviembre de 2000.

... Mediante escrito fechado el siguiente día 3 de noviembre, y dirigido al Juez Togado Militar Territorial núm. 42 de Valladolid, el agente sancionado formuló una solicitud de iniciación del procedimiento de «hábeas corpus», al considerar, tomando como base la doctrina constitucional que se citaba, que el arresto domiciliario impuesto era contrario al Ordenamiento jurídico, por no ser autor de los hechos que se le imputaban y por ser la sanción impuesta contraria a los arts. 17.1, 17.3 y 24.2 de la Constitución, ya que no se especificaban en la misma los términos y condiciones del cumplimiento del arresto, y porque podía haberse recurrido a otro tipo de medidas sancionadoras que no supusieran una restricción del derecho a la libertad, además de que debía haberse informado de sus derechos frente a la privación de libertad.

... Mediante Auto de 3 de noviembre de 2000 el Juzgado Togado Militar de Valladolid acordó incoar el procedimiento de «hábeas corpus» y

recibir al solicitante declaración, lo que llevó a efecto el mismo día 3 de noviembre, exponiendo el arrestado su versión sobre los hechos que dieron lugar a la sanción disciplinaria.

En escrito del mismo día el Fiscal Jurídico Militar interesó la desestimación de la solicitud de puesta en libertad al considerar que de la documentación aportada y del testimonio del solicitante se desprendía una clara apariencia de legalidad de la privación de libertad acordada, por traer causa del legítimo ejercicio de la potestad disciplinaria por un mando de la Guardia Civil respecto a un subordinado.

Por Auto de la misma fecha, el Juzgado desestimó la solicitud del demandante de amparo.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

... Como hemos hecho en anteriores ocasiones en las que el objeto de la pretensión de amparo es similar al presente, conviene en primer lugar que precisemos su objeto. El recurrente pretende que su recurso tenga un carácter mixto, esto es, se entienda dirigido tanto contra la resolución judicial que desestima el procedimiento de «habeas corpus» como contra la sanción administrativa de privación de libertad. A aquélla le atribuye, no sólo la vulneración de diversos derechos comprendidos en los apartados 1 y 2 del art. 24, sino también, directamente, la vulneración del art. 17 CE. Sin embargo lo cierto es que no se ha acreditado que en el momento de presentar la demanda de amparo se haya agotado la vía judicial que es previa al procedimiento constitucional de amparo respecto de la sanción administrativa, por lo que nuestro enjuiciamiento no puede abarcar la conformidad a la Constitución de un acto administrativo sancionador que no ha sido objeto de un previo conocimiento jurisdiccional, tal y como exige el art. 43 LOTC. En consecuencia no es posible examinar, ni la posible legalidad o ilegalidad del arresto, ni si la imposición del mismo vulneró las garantías procesales del procedimiento sancionador, porque, de hacerlo, nos estaríamos inmiscuyendo en la labor judicial, desconociendo así el carácter subsidiario del recurso de amparo.

... Y hecha esta aclaración, la pretensión de amparo queda plenamente vacía de contenido, pues en este caso, como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, el supuesto analizado es distinto del que dio lugar a las recientes SSTC 208/2000, 209/2000, 233/2000, 263/2000, y 287/2000. Aquí la decisión judicial impugnada **no es, como lo fue allí, de inadmi-**

sión a trámite de la petición de «habeas corpus», anticipando así un pronunciamiento sobre el fondo de la misma, sino de desestimación de la solicitud por considerar conforme a la ley la privación de libertad cuestionada, y fue adoptada tras tramitar íntegramente el procedimiento previsto en la ley, una vez que el solicitante fue oído tras trasladarle a presencia judicial.

... En efecto, en la STC 208/2000, de 24 de julio, hemos recordado que «de la regulación legal del procedimiento de «habeas corpus» se desprende, en una delimitación conceptual negativa, que no es ni un proceso contencioso-administrativo sobre la regularidad del acto o vía de hecho que origina la privación de libertad, ni tampoco un proceso penal sobre la eventual comisión de un delito de detención ilegal. El que ha sido privado de su libertad puede reaccionar contra tal privación optando por una cualquiera de estas tres vías, de naturaleza distinta y sin que se confundan entre sí, o incluso por varias o todas ellas, ya que no se excluyen mutuamente. Esta selección del sistema de impugnación se puede efectuar con plena libertad, ya que es a los ciudadanos a quienes corresponde elegir la vía de reacción más conveniente contra la detención sufrida. Ahora bien, el que elige el procedimiento de «habeas corpus» ha de saber, en una aproximación positiva al concepto, que se trata de que un Juez del orden jurisdiccional penal o de la jurisdicción militar examine, aunque sea de manera interina, la legalidad de una privación de libertad no acordada por órganos judiciales. El Juez del «habeas corpus» no tiene por misión revisar el acto administrativo, lo que corresponderá a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, sino la conformidad a Derecho de esa situación de privación de libertad. Expresado en otros términos, hemos afirmado que en materia de revisión judicial de la legalidad material de las detenciones administrativas corresponde al Juez del «habeas corpus» dictar la primera, en tanto que los Tribunales de lo contencioso ostentan la última y definitiva palabra. Pero lógicamente esta separación de funciones no exonera totalmente a dicho Juez del «habeas corpus» de su obligación de analizar, si bien de modo provisional, el presupuesto material que justifica la medida que implica una carencia de libertad.

... De conformidad con lo expuesto, una vez constatado que el Juez Togado militar admitió a trámite la solicitud de «habeas corpus» y llevó a cabo todo el procedimiento previsto en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, incluida la puesta a su disposición del solicitante para ser oído, ningún reproche cabe hacer, desde la perspectiva constitucional que nos compete, a su razonada decisión de no decretar la puesta en libertad del

recurrente por apreciar que su privación no era sino la consecuencia del legítimo ejercicio de una potestad disciplinaria legalmente prevista. Por tanto, al no apreciar que la resolución judicial impugnada posibilitara el mantenimiento de una situación de privación de libertad fuera de los casos previstos en la Ley, no cabe apreciar la denunciada lesión del derecho contenido en el art. 17.1 CE, lo que obliga a desestimar la pretensión de amparo.

III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la petición de amparo formulada por don Julián S. S. R.

IV. COMENTARIOS

Nuevamente, se cuestiona la actividad del Juzgado Togado Militar ante la solicitud de un «Habeas corpus» frente a una sanción militar de arresto impuesto a un Guardia Civil por el superior jerárquico competente.

Es imprescindible releer las Sentencias del T.C. sobre el mismo asunto, publicadas en el precedente n.º 78 de la Revista, números 208/2000, 209/2000, 233/2000, 263/2000 y 287/2000, que constituyen tan consolidada, como discutible y polémica, doctrina constitucional.

La presente Sentencia, con tanta brevedad como precisión, aclara que el Juez del «Habeas corpus» no tiene que revisar el acto administrativo, pero sí analizar, si bien de modo provisional, el presupuesto material que justifica la medida que implica una carencia de libertad.

La inadmisión de la petición de «Habeas corpus» sin ningún trámite y sin oír al interesado —«ad limine»— es merecedora de amparo constitucional; la mera audiencia del interesado y verificación de la legalidad de la sanción y personas implicadas (subordinados y superior sancionador) cubren las exigencias constitucionales.

Sentencia de 31 de octubre de 2001, núm. 219/2001. T.C. Pleno.
Recurso de Amparo núm. 4077/1997.

MATERIA: DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN: Contenido reivindicativo: el mero hecho de que una asociación persiga la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales no la convierte en un sindicato: fines de la hermandad militar: no cabe calificarla de asociación reivindicativa por la mera inclusión en sus estatutos de una referencia a la «realización de gestiones para conseguir cuantos beneficios sean posibles»: **denegación de inscripción que carece de justificación constitucional.**

Vulneración del derecho fundamental de asociación: existencia: **otorgamiento de amparo.**

Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

... La demanda de amparo trae causa de los siguientes hechos:

La Hermandad de Personal de las Fuerzas Armadas en Situación de Reserva Transitoria —origen de la entidad ahora recurrente— fue inscrita en el Registro de Asociaciones por Resolución de la Dirección General de Política Interior, fechada el 20 de julio de 1988. De acuerdo con el art. 3 de sus Estatutos, entre los fines de la entidad se mencionaba el siguiente: «c) Realizar las gestiones precisas para conseguir para sus miembros cuantos beneficios sean posibles, tanto en el aspecto económico como en el moral o social».

... El 6 de octubre de 1990, se acordó en Asamblea Extraordinaria la reforma de los Estatutos de la Hermandad. Esta modificación obedecía, en lo fundamental, al dictado de la Ley 17/1989, reguladora del régimen del personal militar profesional, que determinó la fusión en una única situación de reserva de las hasta entonces existentes «reserva activa» y «reserva transitoria», que, por tanto, estaban llamadas a desaparecer. En suma, se hizo conveniente variar el ámbito personal de la Hermandad para acomodarlo a la nueva normativa. Sin embargo, en los nuevos Estatutos se mantienen sin variación relevante los fines de la asociación, permaneciendo idéntico el arriba transcrito art. 3 c). Según resulta de la certificación requerida por este Tribunal el 12 de marzo de 2001, la modificación estatutaria tuvo acceso al Registro de Asociaciones mediante un «asiento de

modificación», rubricado por el Jefe de la Sección; dicho asiento está tachado a mano, como a mano se ha añadido también la palabra «nulo». No hay asiento alguno que justifique las tachaduras y adiciones a mano que publica el Registro.

... El 17 de octubre de 1990 se solicitó del Ministerio del Interior la constancia de la modificación estatutaria en el Registro de Asociaciones, solicitud que fue denegada por Resolución de la Secretaría General Técnica de 21 de marzo de 1991. Interpuesto recurso de reposición, fue desestimado por nueva Resolución de 30 de septiembre de 1991. En esta segunda resolución confirmatoria se motiva que la Hermandad permitía la participación de los militares en la reserva activa y que sus fines eran reivindicativos, incurriendo de este modo en la restricción prevista en el art. 181 de la Ley 85/1978, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, cuyo primer inciso dice así: «Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa». Se añadía también que tanto la STS de 27 de febrero de 1989 como la STC de 24 de mayo de 1985 habían considerado que los límites del art. 181 de la Ley de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas no eran contrarios al art. 22 CE.

... Contra la desestimación de la alzada se interpuso recurso contencioso-administrativo al amparo de la Ley 62/1978 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que sería desestimado por Sentencia de su Sección Primera fechada el 26 de septiembre de 1992. En esencia, el fallo se fundamentó en las siguientes consideraciones: que la «reserva» es una situación administrativa de actividad, por lo que los intereses que defendería la Asociación son profesionales; que, en realidad, la entidad no era una asociación sino un «ente parasindical», al perseguir, entre otros, un fin reivindicativo [art. 3 c) de los Estatutos], vulnerando así lo dispuesto en el art. 181 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas; que esta norma no tiene por objeto el desarrollo de un derecho fundamental, sino regular ciertos aspectos del estatuto de los militares, modulando el ejercicio de algunos derechos; que el reiterado art. 181 de las Reales Ordenanzas persigue evitar fraudes a la Constitución (art. 28.1), con lo cual no sólo impide la afiliación o fundación de sindicatos por los militares, sino también la afiliación o creación de entes que, sin ser formalmente sindicatos (de acuerdo con el art. 1.1 de la Ley Orgánica 11/1985), sí tienen un carácter parasindical; y, en fin, que es diferente el caso de las asociaciones de Jueces y Magistrados, a los que la Constitución también prohíbe la afiliación a los sindicatos (art. 127.1), toda vez que, si en relación a estos últimos lo que se pretende con la prohibición es pre-

servar su independencia, en el caso de los militares se persigue además salvaguardar los principios de jerarquía y disciplina.

... Interpuesto recurso de casación contra la anterior resolución, recajó el 30 de junio de 1997 Sentencia desestimatoria del Tribunal Supremo. En lo concerniente a la pretendida vulneración del art. 22 CE, se razonó lo siguiente en el fundamento de Derecho sexto:

«la inscripción pretendida no puede acogerse a la genérica cobertura del artículo 22 de la Constitución, sino que su relevancia constitucional debe ser contemplada desde la perspectiva del artículo 28 en el que, después de consagrar el derecho de libre sindicación, se establece que «La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar», pues la «asociación con finalidad reivindicativa», a la que se refieren las Reales Ordenanzas, encuentra encaje en la norma más específica del artículo 28 de la Constitución y no en el artículo 22, ya que debe entenderse que el artículo 28 no sólo permite la prohibición de los sindicatos militares en sentido formal, sino también de cualquier tipo de asociación que por su naturaleza y fines pueda encuadrarse en un concepto sustantivo y material de sindicato, caracterizado por la índole de los intereses que protege... Si, por el contrario, se entendiera que el artículo 28 de la Constitución sólo permite excluir del ámbito de las Fuerzas Armadas la acción de sindicatos formalmente constituidos como tales, se propiciaría un fraude que, según señala la sentencia recurrida, sería no tanto de Ley como de la propia Constitución, pues al amparo de la automaticidad del artículo 22.3 de la Constitución, bastaría a una asociación rehuir la denominación de sindical para soslayar la previsión del artículo 28.1 del mismo Texto Constitucional, en relación con el art. 1.3 de la LOLS, y poder desarrollar una acción que puede ser tan perturbadora para la disciplina de los Ejércitos como la que pudiera desarrollar cualquier sindicato. De ahí que para evitar, por encima de subterfugios formalistas, el ejercicio de actividades sindicales en las Fuerzas Armadas, el art. 181 de las Reales Ordenanzas prohíba no sólo los «sindicatos», sino también las «asociaciones con finalidad reivindicativa»».

Con todo, pese a lo argumentado en el fragmento transcrito, el Tribunal Supremo vendría a abordar directamente la posible vulneración del contenido esencial del derecho de asociación en el fundamento de Derecho séptimo. Sobre el particular, adujo lo siguiente:

«por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 14 de noviembre de 1950, reconoce en su artículo 11 la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar sindicatos, añadiendo, sin embargo, que «El presente artículo no pro-

híbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas...», pronunciándose en términos similares el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 y el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la misma fecha. No puede entenderse, pues, que la indicada restricción desnaturalice el derecho de asociación de los militares, ni que lo haga impracticable, lo dificulte más allá de lo razonable o lo despoje de su necesaria protección, como hubiera sido preciso para considerar afectado su contenido esencial, según ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional».

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

... La demanda de amparo fundada en el art. 22 CE se dirige tanto contra las Sentencias mencionadas como contra las resoluciones administrativas del Ministerio del Interior.

... En el presente caso la demanda de amparo se formula por don José C. M. «en su calidad de Presidente de la Hermandad de Personal Militar en Situación ajena al Servicio Activo». Así pues, desde esta perspectiva subjetiva, nos encontramos ante un supuesto similar al de la STC 218/1988, de 22 de noviembre, Círculo Mercantil de la Línea de la Concepción, al de la STC 5/1996, de 16 de enero, Asociación Profesional de Gestores Intermediarios en la Promoción de Edificios y, últimamente, al de la STC 104/1999, de 14 de junio, Asociación de Disminuidos Físicos de Aragón. Y basta la referencia a estas decisiones para estimar que ningún obstáculo existe, en principio, para que una asociación, en cuanto persona jurídica distinta de las personas físicas que son sus asociados —y, por tanto, centro autónomo de imputación de relaciones y consecuencias jurídicas—, pueda invocar en su favor el derecho que el art. 22 CE reconoce.

... Teniendo presente lo que antecede podemos ya pasar a determinar si la denegación por la Administración de la inscripción de los Estatutos de la Hermandad tras su modificación en 1990 ha lesionado el derecho de asociación que el art. 22 CE le reconoce, como pretende la recurrente, o si aquel acto administrativo se halla amparado por una justificación que puede considerarse constitucionalmente legítima, como ha alegado el Abogado del Estado.

A tal fin es conveniente destacar, en primer lugar, que el art. 22.3 CE establece, literalmente, que «las asociaciones constituidas al amparo de

este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad». Es cuestión indiscutida por las partes que la publicidad registral se extiende a las modificaciones estatutarias de la asociación. Máxime cuando, como ocurre en el presente caso, la modificación afecta a elementos tan esenciales como son el nombre y la composición subjetiva. Y es que sólo la continua correspondencia del Registro con la realidad permite cumplir el fin de publicidad a que se refiere el art. 22.3 CE.

... Al respecto, ha de tenerse presente que si bien el art. 22 CE consagra «una de las libertades capitales de la persona, al asentarse justamente como presupuesto en la libertad» (STC 244/1991, de 16 de diciembre) y esa libertad de asociación es también «un componente esencial de las democracias pluralistas» (STC 104/1999), la garantía genérica que dicho precepto establece no es absoluta, ya que su apartado 5 exceptúa expresamente de la protección constitucional y, en lo que aquí importa, de la prestación registral, a las asociaciones secretas y paramilitares; y el apartado 2, por remisión a la legislación penal, también excluye a las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito.

... el legislador orgánico puede establecer, entre otros extremos, aquellos límites del derecho aquí considerado que, «en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y respetando siempre el contenido esencial», se refieren «al derecho de asociación de determinados grupos de personas». Y al respecto cabe apreciar, desde una perspectiva sistemática, dos datos relevantes. De un lado, que tras prohibir previamente su pertenencia a partidos y sindicatos «mientras se hallen en activo», el art. 127.1 CE defiere a la ley el «sistema y modalidades» de la asociación de los Jueces y Magistrados así como de los Fiscales (art. 401 LOPJ); de suerte que «esa autorización constitucional especial para constituir asociaciones es el único cauce que tiene la Carrera Fiscal para defender sus intereses profesionales» (STC 24/1987, de 25 de febrero). Mientras que, de otro lado, respecto de quienes son miembros de las Fuerzas Armadas, no existe una expresa previsión constitucional sobre las modalidades de su derecho de asociación ni sobre los límites de este derecho, sin perjuicio de que éstos puedan, en su caso, ser establecidos en los términos expresados por la mencionada STC 173/1998. Por otra parte, el art. 28.1 CE también defiere a la Ley la posibilidad de «limitar o exceptuar» el ejercicio del derecho de sindicación «a las Fuerzas o Institutos armados», habiendo optado el legislador por exceptuarlos de dicho ejercicio en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS).

Ahora bien, la facultad del legislador de restringir el ejercicio del derecho de asociación en atención a otros bienes con relevancia constitucional

está sometida, a su vez, a ciertos límites constitucionales, a los cuales hemos hecho referencia reiteradamente en nuestras decisiones y, entre las más recientes, en la STC 292/2000, de 30 de noviembre. Uno de esos límites es de carácter formal, pues la directa limitación de un derecho fundamental sólo puede establecerse en una Ley Orgánica (SSTC 101/1991, de 13 de marzo). Otros, en cambio, son de carácter material. Así, en primer lugar, la limitación ha de ser cierta y previsible, pues en otro caso la Ley perdería su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe y sometería el ejercicio del derecho a la voluntad de quien ha de aplicar la Ley; es ésta una exigencia que tiene asiento no sólo en nuestra jurisprudencia anterior sobre otros derechos fundamentales (así, con toda claridad, en la STC 292/2000, en relación con el derecho a la autodeterminación informativa) sino también en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los límites legales al ejercicio del derecho de asociación (art. 11 CEDH), como expresa la STEDH de 20 de mayo de 1999, asunto *Rekvenyi* contra Hungría. En segundo lugar, la limitación legal ha de ser a la vez proporcionada y respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental, según resulta de la doctrina consolidada de este Tribunal que se expone con afán sistemático en la ya mencionada STC 292/2000, doctrina ésta sin duda aplicable a la restricción por Ley del derecho de asociación.

La calificación de asociación reivindicativa se atribuye a la Hermandad por dichas resoluciones administrativas con fundamento en lo que, señalando uno de los fines de la asociación, prescribe el art. 3 c) de sus Estatutos, ya transcrito: «Realizar las gestiones precisas para conseguir para sus miembros cuantos beneficios sean posibles, tanto en el aspecto económico como en el moral o social».

... Las resoluciones administrativas de referencia nada razonan, salvo la expresada remisión al art. 3 c) de los Estatutos, sobre el significado, contenido y límites de una «asociación reivindicativa».

... En relación con lo expuesto, la Sentencia de la Audiencia Nacional, tras señalar que «una actividad es reivindicativa cuando va encaminada a la defensa y consecución de intereses y objetivos económicos o sociales de signo profesional» (F. 6), afirma que con la prohibición de asociaciones reivindicativas se evita «la afiliación o creación de entes asociativos sindicalizados o parasindicales pues se asemejarían a los sindicatos no en modos o formas de actuar o configurarse sino en los fines» (F. 10).

En el mismo sentido se pronuncia la expresada Sentencia del Tribunal Supremo. Afirma esta Sentencia (F. 6) que «el artículo 28 CE no sólo permite la prohibición de los sindicatos militares en sentido formal, sino también de cualquier tipo de asociación que, por su naturaleza y fines, pueda

encuadrarse en un concepto sustantivo y material del sindicato, caracterizado por la índole de los intereses que protege». Y concluye: «De ahí que para evitar, por encima de subterfugios formalistas, el ejercicio de actividades sindicales en las Fuerzas Armadas, el artículo 181 de las Reales Ordenanzas prohíba no sólo los «sindicatos» sino también las «asociaciones con finalidad reivindicativa»».

... Frente a tal interpretación hemos de señalar que, como ya dijimos en la STC 67/1985, de 25 de mayo, el derecho de asociación que regula el art. 22 CE «se refiere a un género —la asociación— dentro del cual caben modalidades específicas», entre ellas las de aquellas asociaciones con especial relevancia constitucional, como son los sindicatos, los partidos políticos y las asociaciones empresariales (arts. 6 y 7 CE). Pero más allá de la común pertenencia a este género amplio nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del art. 28.1 CE. Ello supone, en primer lugar, una indebida restricción del derecho de asociación, por aplicación de un criterio contrario al principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, reiteradamente reconocido por este Tribunal (STC 146/1999, de 27 de julio). Y supone también una indebida extensión, a los expresados efectos, del concepto de sindicato, al desconocer, de hecho, otros rasgos que lo caracterizan, tanto histórica como legalmente.

Entre tales rasgos o caracteres figura, muy destacadamente, su esencial vinculación con la acción sindical que, según hemos declarado en numerosas sentencias, se plasma en el ejercicio del derecho de huelga (art. 28.2 CE), en la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y en la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). Es suficiente reparar en tales medios de acción a disposición de los sindicatos para comprender que el art. 28.1 CE haya permitido que la ley llegue incluso a exceptuar del ejercicio del derecho de libertad sindical a los miembros de instituciones que están sometidas a la disciplina militar.

... Establecido lo anterior, procede resaltar, además, algunos datos relevantes de la Hermandad recurrente, expresivos de su naturaleza y características.

a) La Hermandad recurrente se constituyó originariamente como asociación al amparo del art. 22 CE, no como sindicato; y así fue como la Hermandad accedió en 1988 al Registro de Asociaciones regulado en la Ley 191/1964, de 24 de diciembre. Así pues, la Hermandad no pretendió en ningún momento su reconocimiento como sindicato ni, lógicamente,

siguió los trámites registrales propios de los sindicatos a que se refiere el art. 4 LOLS.

b) De los fines de la Hermandad, enunciados en el art. 3 de los Estatutos, solamente el indicado en el apartado c), antes transcrito, sirve de fundamento para la calificación de la Hermandad como asociación reivindicativa. Sin embargo, su contenido no justifica que dicho fin sea calificado como sindical o parasindical. Ciertamente, no cabe duda de que la Hermandad, al igual que los sindicatos de trabajadores a que hace referencia el art. 7 CE, persigue la satisfacción de intereses económicos y sociales; pero esta afinidad no hace a la Hermandad un sindicato ni permite la confusión: de los fines estatutarios no se deduce que la Hermandad se constituya en contrapoder frente a la Administración militar, ni que la Hermandad pretenda —más allá del estricto ámbito subjetivo de sus socios— la defensa o promoción de los intereses propios de los militares.

c) Conforme al art. 1 de los nuevos Estatutos (precepto sustancialmente coincidente con el art. 1 de los Estatutos fundacionales, de 1987) la Hermandad se constituye «sin ánimo de lucro y con renuncia expresa a toda actividad política o sindical», añadiéndose que «la Asociación se constituye al amparo del art. 22 de la Constitución española y se regirá por los presentes Estatutos, en consonancia con la Ley 191/1964 y normas complementarias».

III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo pedido y, en consecuencia:

1.º Reconocer que se ha vulnerado el derecho de asociación de la Hermandad recurrente.

2.º Anular las Resoluciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, de 21 de marzo y 30 de septiembre de 1991, así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Primera, de 26 de septiembre de 1992 y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Séptima, de 30 de junio de 1997..

3.º Ordenar la inscripción en el Registro de Asociaciones de la modificación estatutaria aprobada por la Hermandad recurrente el 6 de octubre de 1990.

IV. VOTO PARTICULAR

Que formula el **Magistrado don Julio Diego González Campos** respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 4077/1997.

... Comparto con la mayoría del Pleno la fundamentación que ha conducido a su decisión estimatoria del amparo y los pronunciamientos que se contienen en el fallo. Discrepo, sin embargo, de que ésta no haya incluido, como propuse en mi Ponencia, un pronunciamiento acordando elevar al Pleno, de conformidad con el art. 55.2 LOTC, cuestión de constitucionalidad sobre el art. 181.1 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas dado que la aplicación de este precepto legal lesiona el derecho de asociación que el art. 22 CE, reconoce.

... La Administración y los Tribunales han aplicado en el presente caso el citado art. 181.1 de la Ley 85/1978, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, de cuyo tenor se desprende claramente una prohibición, la de participar en «sindicatos», que se extiende a las «asociaciones con finalidad reivindicativa».

El carácter restrictivo del precepto para el derecho de asociación se evidencia en el inciso «por cuyos intereses vela el Estado», al establecer así una genérica protección de los «intereses» de los miembros de las Fuerzas Armadas que resulta difícil acoger. Pues basta reparar en que con tal atribución al Estado se incide, negativamente, en un aspecto nuclear del derecho fundamental del art. 22 CE: la libertad de aquéllos de crear asociaciones a las que encomendar la defensa de sus intereses, como hemos declarado desde la STC 5/1981, de 13 de febrero. Y ello es tanto más palmario cuando no existe en la Constitución una expresa previsión legal sobre las modalidades del ejercicio o los límites del derecho de asociación por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas.

... Con independencia de lo anterior, la segunda prohibición que el precepto introduce, la relativa a las «asociaciones con finalidad reivindicativa» no cumple, a mi entender, con las exigencias constitucionales a las que según nuestra jurisprudencia se subordina una eventual restricción de los derechos fundamentales (por todas, entre las más recientes STC 292/2000, de 30 de noviembre).

Desde una perspectiva formal, cabe apreciar que la citada Ley 85/1978 no tiene, claro es, el carácter de orgánica, ni ha sido reiterada por una Ley

Orgánica posterior, como sí ha ocurrido respecto a la prohibición relativa a la participación en «sindicatos» por el art. 1.3 LOLS

... Respecto a los requisitos constitucionales de carácter material, es claro que el art. 181.1 de las Reales Ordenanzas introduce una prohibición que restringe el derecho de asociación sin que la misma encuentre fundamento en una expresa previsión constitucional, pues no nos encontramos en los que se contienen en el propio art. 22 CE. Lo que evidencia la inconstitucionalidad del precepto sin necesidad de otras consideraciones. Pero cabe agregar, además, que su enunciado tampoco cumple otra exigencia establecida por este Tribunal: que la limitación que introduce del derecho fundamental sea cierta y previsible, pues en otro caso la restricción del derecho queda al arbitrio de quien ha de aplicar la Ley. Y a este fin cabe apreciar que los términos con los que el citado precepto enuncia la prohibición respecto a la segunda categoría son tan indefinidos e imprecisos que permiten, en detrimento del derecho de asociación que el art. 22 CE reconoce, subsumir sin dificultad dentro de las «asociaciones con finalidad reivindicativa» a muchas asociaciones creadas por miembros de las Fuerzas Armadas, como así se ha hecho respecto a la Hermandad que solicita el amparo.

En efecto, basta observar en primer lugar que los destinatarios de la prohibición sólo son definidos genéricamente, «Los miembros de las Fuerzas Armadas», sin distinguir si la interdicción afecta sólo a aquellos que se hallan en la situación administrativa de «servicio activo» [art. 138.1 a) de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de régimen del personal de las Fuerzas Armadas y su antecedente, el art. 96 a) de la Ley 17/1989, de 19 de julio] o también en las restantes situaciones legalmente previstas, incluida la situación de «reserva», distinta en cuanto a sus efectos de aquélla. En segundo término, el art. 181.1 de las Reales Ordenanzas sólo hace referencia a una general finalidad reivindicativa como fundamento de la prohibición; finalidad que, ciertamente, no es predicable exclusivamente de la otra categoría a la que va unida, los sindicatos, pues es obvio que también está presente, con mayor o menor intensidad, en un gran número de asociaciones. Y al referirse exclusivamente a una finalidad de índole general, la consecuencia es que dicho precepto no precisa ni la naturaleza y contenido de las prestaciones que una asociación pueda recabar de la Administración, aunque éstas puedan ser evidentemente muy diversas de una a otra, ni tampoco los medios de acción que puede emplear para que no sea encuadrada como asociación reivindicativa. De lo que se desprende, en suma, que la caracterización como «asociación con finalidad reivindicativa» de una determinada asociación de miembros de las Fuerzas Armadas.

V. COMENTARIOS

El T.C. ordena la inscripción en el Registro de Asociaciones de la modificación estatutaria aprobada por la **Hermandad de Personal de las Fuerzas Armadas en situación** de Reserva Transitoria, hoy **Ajena al Servicio Activo**; tal modificación pretendía actualizar el ámbito personal de sus asociados sin variación relevante de los fines de la Asociación.

El Tribunal Supremo precisó que la inscripción pretendida no puede acogerse a la genérica cobertura del artículo 22 de la Constitución, sino a las limitaciones previstas en el artículo 28 para las Fuerzas o Institutos armados y artículo 181 de sus Reales Ordenanzas; limitaciones que se admiten en los Pactos internacionales suscritos con España.

Las Resoluciones y Sentencias partieron de que la calificación de «asociación reivindicativa» de la Hermandad se basa en la finalidad de «...conseguir...beneficios...en el aspecto económico como en el moral o social», fines que, si no en los modos, si en su esencia son parasindicales, lo que incide en la prohibición del artículo 181 de las RR.OO. de las FAS.

El T.C. parte de la aseveración de que toda limitación legal al derecho de asociación ha de ser proporcionada y respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental.

El T.C. considera que la sindicación se caracteriza por el derecho de huelga, la negociación colectiva, y en la adopción de medidas de conflicto colectivo, que justificaría la exclusión a los miembros de institutos sometidos a la disciplina militar. La asociación incluye en sus Estatutos la expresa renuncia a toda actividad política o sindical.

En base a ello, el T.C. ordena la inscripción de la modificación estatutaria efectuada.

Frente a la implícita constitucionalidad de la prohibición del artículo 181 de las RR.OO. («no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa»), del Pleno del Tribunal Constitucional, se alza el Voto Particular del Magistrado don Julio Diego González Campos quién, compartiendo la fundamentación de la Sentencia, discrepa al no haberse acordado elevar al Pleno (el Pleno ha resuelto esta demanda de amparo) cuestión sobre la inconstitucionalidad del referido artículo 181 de las RR.OO, por entender que el inciso «con finalidad reivindicativa» no cumple con las exigencias constitucionales para la restricción de derechos fundamentales, dado su carácter de concepto jurídico indeterminado.

Sentencia de 19 de diciembre de 2001, núm. 238/2001. T.C. Sala Segunda
Recurso de Amparo núm. 589/1998.

MATERIA: JURISDICCION Y PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: Administración Militar: denegación de solicitud de anulación de Resolución administrativa por la que se pasa al recurrente en amparo, teniente del Ejército, al segundo grupo, por edad: términos de comparación aportados no idóneos: sentencias procedentes de distintos órganos jurisdiccionales; supuestos no iguales y supuesto, de entrada, idéntico, pero no aportado temporáneamente, por lo que el órgano sentenciador no proveyó sobre él. Vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley: inexistencia: **denegación de amparo**

Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

... Por Resolución 562/02890/1991, de fecha 10 de febrero de 1991, se acordó el pase del recurrente, Teniente del Arma de Ingenieros del Ejército de Tierra —Escala Auxiliar—, al segundo grupo, por edad, con efectos de 12 de marzo de 1991, lo que, como consecuencia de la aplicación de distintas normas, comportaba la imposibilidad de su ascenso al empleo de Capitán.

Ante la anulación por la Administración militar de diversas resoluciones de la misma índole, y el consiguiente ascenso a dicho empleo de los afectados por ellas, el recurrente, entendiendo que se encontraba en situación idéntica a éstos, instó ante el Director General de Personal del Ejército de Tierra, mediante escrito de fecha 19 de enero de 1995, tanto la anulación de la que a él le afectaba como su ascenso al mencionado empleo.

La solicitud le es denegada por el Jefe del Estado Mayor del Ejército por Resolución de fecha 8 de marzo de 1995.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

... Aun siendo indudable lo extemporáneo de su solicitud, lo que éste intenta es ser tratado igual que lo han sido otros compañeros, que —siempre en su opinión— se encontraban en idénticas circunstancias a las suyas,

y a los cuales les fueron anuladas las resoluciones respectivas que les integraban en el tantas veces citado segundo grupo.

... A la luz de las precedentes consideraciones puede afirmarse, además, que los términos de comparación esgrimidos por el recurrente tampoco resultan adecuados según lo que razonan tanto el órgano juzgador, en primer lugar, como los escritos del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal: la distinta situación en la que se encontraban los protagonistas de las resoluciones anuladas por la Administración militar no es refutada en ningún momento por el solicitante de amparo, que se limita a individualizar las resoluciones anuladas aducidas en la instancia y ya contestadas por el órgano juzgador, y a aportar otros supuestos nuevos cuya resolución proviene de un órgano jurisdiccional distinto (el Tribunal Superior de Justicia de Madrid), lo que les hace inadecuados como «*tertium comparationis*», según reiterada jurisprudencia de este Tribunal.

De los dos supuestos individualizados que con más énfasis se señalan como referencia, el primero (el correspondiente al señor R. J.) ya fue considerado como inadecuado en la Sentencia impugnada, porque éste había interpuesto en su momento el recurso correspondiente, lo que confirma de forma plena la Resolución núm. 562/03519/1991, que comienza indicando precisamente: «En cumplimiento de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, dictada con fecha 24 de abril de 1990...». Así pues, sólo el segundo de los términos de comparación especificados, relativo a la citada Sentencia de la Sección bis de la misma Sala que dicta el fallo objeto de impugnación, pudiera, acaso, entenderse como término idóneo, por lo que merece una consideración específica.

Las expresiones hipotéticas que se acaban de utilizar son de uso necesario en este caso porque el «*tertium comparationis*» al que nos referimos, en el que es evidente que el demandante de amparo hace descansar en gran medida el fundamento de su pretensión, fue aportado una vez concluso el período de prueba y pendientes los autos de señalamiento para votación y fallo, razón por la que, como en los antecedentes se reseñaba, el Abogado del Estado se opuso a su admisión. Según el art. 507 LECiv vigente cuando se resuelve en instancia el recurso del demandante, en concordancia con los arts. 340 y ss. del mismo cuerpo legal, sólo hubiera cabido su admisión mediante diligencia para mejor proveer del órgano que debía fallar sobre el asunto. Pese a los traslados de la Sentencia aportada al Abogado del Estado y al recurrente (y pese a que constan en las actuaciones las alegaciones de ambos sobre su admisibilidad), lo cierto es que el órgano sentenciador no proveyó sobre tal término de comparación y, en conse-

cuencia, no alude a él en la Sentencia ahora impugnada. Por ello, al no haber sido aportado temporáneamente en sede judicial, queda fuera del control propio de este Tribunal.

... De acuerdo con las consideraciones realizadas, pues, no cabe imputar a la Sentencia impugnada trato discriminatorio del demandante contrario al art. 14 (ni al art. 23.2) CE, habida cuenta del fundado razonamiento que concluye la inadecuación de los términos de comparación aportados, razonamiento que en ningún momento desvirtúa, según se ha señalado, el solicitante de amparo.

III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado.

IV. COMENTARIOS

La igualdad ante la ley exige para su relevancia constitucional que los términos de comparación no sean de situaciones distintas las de los protagonistas de la anulación por la Administración, y que el órgano judicial motivador de ésta no sea distinto al empleado como «*tertius comparationis*» para ser término idóneo.

Otra sentencia, aportada extemporáneamente, no fue considerada por el órgano judicial, y por tanto no puede ser incluida en el control propio de este Tribunal.

3. DOCUMENTACIÓN

3.1. ESTADOS PARTES EN LOS CONVENIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO*

Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977: ratificaciones, adhesiones y sucesiones

Cuadro de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos adicionales en Mayo de 2000, y comentarios

La presente lista se basa en las informaciones recibidas por parte del **Departamento Federal de Asuntos Exteriores** de la Confederación Suiza, que es depositario de dichos Convenios.

País	Convenciones de Ginebra		Protocolo I			Protocolo II		
	R/A/S	R/D	R/A/S	R/D	D90	R/A/S	R/D	
Afganistán	26.09.1956.	R —	—	—	—	—	—	—
Albania	27.05.1957.	R X	16.07.1993.	A —	—	16.07.1993.	A —	
Alemania	03.09.1954.	A X	14.02.1991.	R X	14.02.1991.	14.02.1991.	R X	
Andorra	17.09.1993.	A	—	—	—	—	—	
Angola	20.09.1984.	A X	20.09.1984.	A X	—	—	—	
Antigua y Barbuda	06.10.1986.	S —	06.10.1986.	A —	—	06.10.1986.	A —	
Arabia Saudita	18.05.1963.	A —	21.08.1987.	A X	—	28.11.2001	A —	
Argelia	20.06.1960; 03.07.1962	A —	16.08.1989.	A X	16.08.1989.	16.08.1989.	A —	
Argentina	18.09.1956.	R —	26.11.1986.	A X	11.10.1996.	26.11.1986.	A X	
Armenia	07.06.1993.	A —	07.06.1993.	A —	—	07.06.1993.	A —	
Australia	14.10.1958.	R X	21.06.1991.	R X	23.09.1992.	21.06.1991.	R —	
Austria	27.08.1953.	R —	13.08.1982.	R X	13.08.1982.	13.08.1982.	R X	
Azerbaiyán	01.06.1993.	A —	—	—	—	—	—	
Bahamas	11.07.1975.	S —	10.04.1980.	A —	—	10.04.1980.	A —	
Bahrein	30.11.1971.	A —	30.10.1986.	A —	—	30.10.1986.	A —	
Bangladesh	04.04.1972.	S X	08.09.1980.	A —	—	08.09.1980.	A —	

* Información facilitada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

Barbados	10.09.1968.	S	X	19.02.1990.	A	—	—	19.02.1990.	A	—
Belarús	03.08.1954.	R		23.10.1989.	R	—	23.10.1989.	23.10.1989.	R	—
Bélgica	03.09.1952.	R	—	20.05.1986.	R	X	27.03.1987.	20.05.1986.	R	—
Belice	29.06.1984.	A	—	29.06.1984.	A	—	—	29.06.1984.	A	—
Benin	14.12.1961.	S	—	28.05.1986.	A	—	—	28.05.1986.	A	—
Bhután	10.01.1991.	A	—	—	—	—	—	—	—	—
Bolivia	10.12.1976.	R	—	08.12.1983.	A	—	10.08.1992.	08.12.1983.	A	—
Bosnia— Herzegovina	31.12.1992.	S	—	31.12.1992.	S	—	31.12.1992.	31.12.1992.	S	—
Botswana	29.03.1968.	A	—	23.05.1979.	A	—	—	23.05.1979.	A	—
Brasil	29.06.1957.	R	—	05.05.1992.	A	—	23.11.1993.	05.05.1992.	A	—
Brunei Darussalam	14.10.1991.	A	—	14.10.1991.	A	—	—	14.10.1991.	A	—
Bulgaria	22.07.1954.	R	—	26.09.1989.	R	—	09.05.1994.	26.09.1989.	R	—
Burkina Faso	07.11.1961.	S	—	20.10.1987.	R	—	—	20.10.1987.	R	—
Burundi	27.12.1971.	S	—	10.06.1993.	A	—	—	10.06.1993.	A	—
Cabo Verde	11.05.1984.	A	—	16.03.1995.	A	—	16.03.1995.	16.03.1995.	A	—
Camboya	08.12.1958.	A	—	14.01.1998	A	—	—	14.01.1998	A	—
Camerún	16.09.1963.	S	—	16.03.1984.	A	—	—	16.03.1984.	A	—
Canadá	14.05.1965.	R	—	20.11.1990.	R	X	20.11.1990.	20.11.1990.	R	X
Chad	05.08.1970.	A	—	17.01.1997	A	—	—	17.01.1997	A	—
Chile	12.10.1950.	R	—	24.04.1991.	R	—	24.04.1991.	24.04.1991.	R	—
China	28.12.1956.	R	X	14.09.1983.	A	X	—	14.09.1983.	A	—
Chipre	23.05.1962.	A	—	01.06.1979.	R	—	—	18.03.1996.	A	—
Colombia	08.11.1961.	R	—	01.09.1993.	A	—	17.04.1996.	14.08.1995.	A	—
Comoras	21.11.1985.	A	—	21.11.1985.	A	—	—	21.11.1985.	A	—
Congo	04.02.1967.	S	—	10.11.1983.	A	—	—	10.11.1983.	A	—
Congo (Rep. Dem.)	24.02.1961.	S	—	03.06.1982.	A	—	—	—	—	—
Cook (Islas)	07.05.2002	S	—	07.05.2002	A	—	07.05.2002	07.05.2002	A	—
Corea (República de)	16.08.1966.	A	X	15.01.1982.	R	X	—	15.01.1982.	R	—
Corea (Rep.Pop.Dem.)	27.08.1957.	A	X	09.03.1988.	A	—	—	—	—	—
Costa Rica	15.10.1969.	A	—	15.12.1983.	A	—	02.12.1999	15.12.1983.	A	—
Côte d'Ivoire	28.12.1961.	S	—	20.09.1989.	R	—	—	20.09.1989.	R	—
Croacia	11.05.1992.	S	—	11.05.1992.	S	—	11.05.1992.	11.05.1992.	S	—
Cuba	15.04.1954.	R	—	25.11.1982.	A	—	—	23.06.1999	A	—

Dinamarca	27.06.1951.	R	—	17.06.1982.	R	X	17.06.1982.	17.06.1982.	R	—
Djibouti	06.03.1978.	S	—	08.04.1991.	A	—	—	08.04.1991.	A	—
Dominica	28.09.1981.	S	—	25.04.1996.	A	—	—	25.04.1996.	A	—
Ecuador	11.08.1954.	R	—	10.04.1979.	R	—	—	10.04.1979.	R	—
Egipto	10.11.1952.	R	—	09.10.1992.	R	X	—	09.10.1992.	R	X
El Salvador	17.06.1953.	R	—	23.11.1978.	R	—	—	23.11.1978.	R	—
Emiratos Arabes Unidos	10.05.1972.	A	—	09.03.1983.	A	X	06.03.1992.	09.03.1983.	A	X
Eritrea	14.08.2000	A	—	—	—	—	—	—	—	—
Eslovenia	26.03.1992.	S	—	26.03.1992.	S	—	26.03.1992.	26.03.1992.	S	—
España	04.08.1952.	R	—	21.04.1989.	R	X	21.04.1989.	21.04.1989.	R	—
Estados Unidos de América	02.08.1955.	R	X	—	—	—	—	—	—	—
Estonia	18.01.1993.	A	—	18.01.1993.	A	—	—	18.01.1993.	A	—
Etiopía	02.10.1969.	R	—	08.04.1994.	A	—	—	08.04.1994.	A	—
Fiji	09.08.1971.	S	—	—	—	—	—	—	—	—
Filipinas	06.10.1952.	R	—	—	—	—	—	11.12.1986.	A	—
Finlandia	22.02.1955.	R	—	07.08.1980.	R	X	07.08.1980.	07.08.1980.	R	—
Francia	28.06.1951.	R	—	11.04.2001	A	X	—	24.02.1984.	A	X
Gabón	26.02.1965.	S	—	08.04.1980.	A	—	—	08.04.1980.	A	—
Gambia	20.10.1966.	S	—	12.01.1989.	A	—	—	12.01.1989.	A	—
Georgia	14.09.1993.	A	—	14.09.1993.	A	—	—	14.09.1993.	A	—
Ghana	02.08.1958.	A	—	28.02.1978.	R	—	—	28.02.1978.	R	—
Granada	13.04.1981.	S	—	23.09.1998	A	—	—	23.09.1998	A	—
Grecia	05.06.1956.	R	—	31.03.1989.	R	—	04.02.1998	15.02.1993.	A	—
Guatemala	14.05.1952.	R	—	19.10.1987.	R	—	—	19.10.1987.	R	—
Guinea	11.07.1984.	A	—	11.07.1984.	A	—	20.12.1993.	11.07.1984.	A	—
Guinea-Bissau	21.02.1974.	A	X	21.10.1986.	A	—	—	21.10.1986.	A	—
Guinea Ecuatorial	24.07.1986.	A	—	24.07.1986.	A	—	—	24.07.1986.	A	—
Guyana	22.07.1968.	S	—	18.01.1988.	A	—	—	18.01.1988.	A	—
Haití	11.04.1957.	A	—	—	—	—	—	—	—	—
Honduras	31.12.1965.	A	—	16.02.1995.	R	—	—	16.02.1995.	R	—
Hungría	03.08.1954.	R	—	12.04.1989.	R	—	23.09.1991.	12.04.1989.	R	—
India	09.11.1950.	R	—	—	—	—	—	—	—	—
Indonesia	30.09.1958.	A	—	—	—	—	—	—	—	—

Irak	14.02.1956.	A	—	—	—	—	—	—	—	—
Irán	20.02.1957.	R	X	—	—	—	—	—	—	—
Irlanda	27.09.1962.	R	—	17.05.1999	R	X	17.05.1999	17.05.1999	R	X
Islandia	10.08.1965.	A	—	10.04.1987.	R	X	10.04.1987.	10.04.1987.	R	—
Israel	06.07.1951.	R	X	—	—	—	—	—	—	—
Italia	17.12.1951.	R	—	27.02.1986.	R	X	27.02.1986.	27.02.1986.	R	—
Jamahiriya Arabe Libia	22.05.1956.	A	—	07.06.1978.	A	—	—	07.06.1978.	A	—
Jamaica	20.07.1964.	S	—	29.07.1986.	A	—	—	29.07.1986.	A	—
Japón	21.04.1953.	A	—	—	—	—	—	—	—	—
Jordania	29.05.1951.	A	—	01.05.1979.	R	—	—	01.05.1979.	R	—
Kazajistán	05.05.1992.	S	—	05.05.1992.	S	—	—	05.05.1992.	S	—
Kenya	20.09.1966.	A	—	23.02.1999	A	—	—	23.02.1999	A	—
Kirguizistán	18.09.1992.	S	—	18.09.1992.	S	—	—	18.09.1992.	S	—
Kiribati	05.01.1989.	S	—	—	—	—	—	—	—	—
Kuwait	02.09.1967.	A	X	17.01.1985.	A	—	—	17.01.1985.	A	—
Lao (Rep.Dem.Pop.)	29.10.1956.	A	—	18.11.1980.	R	—	30.01.1998	18.11.1980.	R	—
Lesoto	20.05.1968.	S	—	20.05.1994.	A	—	—	20.05.1994.	A	—
Letonia	24.12.1991.	A	—	24.12.1991.	A	—	—	24.12.1991.	A	—
Libano	10.04.1951.	R	—	23.07.1997	A	—	—	23.07.1997	A	—
Liberia	29.03.1954.	A	—	30.06.1988.	A	—	—	30.06.1988.	A	—
Liechtenstein	21.09.1950.	R	—	10.08.1989.	R	X	10.08.1989.	10.08.1989.	R	X
Lituania	03.10.1996.	A	—	13.07.2000	A	—	13.07.2000	13.07.2000	A	—
Luxemburgo	01.07.1953.	R	—	29.08.1989.	R	—	12.05.1993.	29.08.1989.	R	—
Macedonia	01.09.1993.	S	X	01.09.1993.	S	X	01.09.1993.	01.09.1993.	S	—
Madagascar	13.07.1963.	S	—	08.05.1992.	R	—	27.07.1993.	08.05.1992.	R	—
Malasia	24.08.1962.	A	—	—	—	—	—	—	—	—
Malawi	05.01.1968.	A	—	07.10.1991.	A	—	—	07.10.1991.	A	—
Maldivas	18.06.1991.	A	—	03.09.1991.	A	—	—	03.09.1991.	A	—
Mali	24.05.1965.	A	—	08.02.1989.	A	—	—	08.02.1989.	A	—
Malta	22.08.1968.	S	—	17.04.1989.	A	X	17.04.1989.	17.04.1989.	A	X
Marruecos	26.07.1956.	A	—	—	—	—	—	—	—	—
Mauricio	18.08.1970.	S	—	22.03.1982.	A	—	—	22.03.1982.	A	—
Mauritania	30.10.1962.	S	—	14.03.1980.	A	—	—	14.03.1980.	A	—

México	29.10.1952.	R	—	10.03.1983.	A	—	—	—	—	—
Micronesia	19.09.1995.	A	—	19.09.1995.	A	—	—	19.09.1995.	A	—
Mónaco	05.07.1950.	R	—	07.01.2000	A	—	—	07.01.2000	A	—
Mongolia	20.12.1958.	A	—	06.12.1995.	R	X	06.12.1995.	06.12.1995.	R	—
Mozambique	14.03.1983.	A	—	14.03.1983.	A	—	—	—	—	—
Myanmar	25.08.1992.	A	—	—	—	—	—	—	—	—
Namibia	22.08.1991.	S	—	17.06.1994.	A	—	21.07.1994.	17.06.1994.	A	—
Nepal	07.02.1964.	A	—	—	—	—	—	—	—	—
Nicaragua	17.12.1953.	R	—	19.07.1999	R	—	—	19.07.1999	R	—
Níger	21.04.1964.	S	—	08.06.1979.	R	—	—	08.06.1979.	R	—
Nigeria	09.06.1961.	S	—	10.10.1988.	A	—	—	10.10.1988.	A	—
Noruega	03.08.1951.	R	—	14.12.1981.	R	—	14.12.1981.	14.12.1981.	R	—
Nueva Zelandia	02.05.1959.	R	X	08.02.1988.	R	X	08.02.1988.	08.02.1988.	R	—
Omán	31.01.1974.	A	—	29.03.1984.	A	X	—	29.03.1984.	A	X
Países Bajos	03.08.1954.	R	—	26.06.1987.	R	X	26.06.1987.	26.06.1987.	R	—
Pakistán	12.06.1951.	R	X	—	—	—	—	—	—	—
Palau	25.06.1996.	A	—	25.06.1996.	A	—	—	25.06.1996.	A	—
Panamá	10.02.1956.	A	—	18.09.1995.	R	—	26.10.1999	18.09.1995.	R	—
Papua Nueva Guinea	26.05.1976.	S	—	—	—	—	—	—	—	—
Paraguay	23.10.1961.	R	—	30.11.1990.	A	—	30.01.1998	30.11.1990.	A	—
Perú	15.02.1956.	R	—	14.07.1989.	R	—	—	14.07.1989.	R	—
Polonia	26.11.1954.	R	X	23.10.1991.	R	—	02.10.1992.	23.10.1991.	R	—
Portugal	14.03.1961.	R	X	27.05.1992.	R	—	01.07.1994.	27.05.1992.	R	—
Qatar	15.10.1975.	A	—	05.04.1988.	A	X	24.09.1991	—	—	—
Reino Unido	23.09.1957.	R	X	28.01.1998	R	X	17.05.1999	28.01.1998	R	—
República Árabe Siria	02.11.1953.	R	—	14.11.1983.	A	X	—	—	—	—
República Centroafricana	01.08.1966.	S	—	17.07.1984.	A	—	—	17.07.1984.	A	—
República Checa	05.02.1993.	S	X	05.02.1993.	S	—	02.05.1995.	05.02.1993.	S	—
República de Moldova	24.05.1993.	A	—	24.05.1993.	A	—	—	24.05.1993.	A	—
República Dominicana	22.01.1958.	A	—	26.05.1994.	A	—	—	26.05.1994.	A	—
República Eslovaca	02.04.1993.	S	—	02.04.1993.	S	—	13.03.1995.	02.04.1993.	S	—
Rumania	01.06.1954.	R	X	21.06.1990.	R	—	31.05.1995.	21.06.1990.	R	—
Rusia (Fed. de)	10.05.1954.	R	X	29.09.1989.	R	X	29.09.1989.	29.09.1989.	R	X

Rwanda	05.05.1964.	S	—	19.11.1984.	A	—	08.07.1993.	19.11.1984.	A	—
Saint Kitts y Nevis	14.02.1986.	S	—	14.02.1986.	A	—	—	14.02.1986.	A	—
Salomón (Islas)	06.07.1981.	S	—	19.09.1988.	A	—	—	19.09.1988.	A	—
Samoa	23.08.1984.	S	—	23.08.1984.	A	—	—	23.08.1984.	A	—
San Marino	29.08.1953.	A	—	05.04.1994.	R	—	—	05.04.1994.	R	—
San Vicente Granadinas	01.04.1981.	A	—	08.04.1983.	A	—	—	08.04.1983.	A	—
Santa Lucía	18.09.1981.	S	—	07.10.1982.	A	—	—	07.10.1982.	A	—
Santa Sede	22.02.1951.	R	—	21.11.1985.	R	X	—	21.11.1985.	R	X
Santo Tomé y Príncipe	21.05.1976.	A	—	05.07.1996.	A	—	—	05.07.1996.	A	—
Senegal	18.05.1963.	S	—	07.05.1985.	R	—	—	07.05.1985.	R	—
Seychelles	08.11.1984.	A	—	08.11.1984.	A	—	22.05.1992.	08.11.1984.	A	—
Sierra Leona	10.06.1965.	S	—	21.10.1986.	A	—	—	21.10.1986.	A	—
Singapur	27.04.1973.	A	—	—	—	—	—	—	—	—
Somalia	12.07.1962.	A	—	—	—	—	—	—	—	—
Sri Lanka	28.02.1959.	R	—	—	—	—	—	—	—	—
Sudáfrica	31.03.1952.	A	—	21.11.1995.	A	—	—	21.11.1995.	A	—
Sudán	23.09.1957.	A	—	—	—	—	—	—	—	—
Suecia	28.12.1953.	R	—	31.08.1979.	R	X	31.08.1979.	31.08.1979.	R	—
Suiza	31.03.1950.	R	—	17.02.1982.	R	X	17.02.1982.	17.02.1982.	R	—
Suriname	13.10.1976.	S	X	16.12.1985.	A	—	—	16.12.1985.	A	—
Swazilandia	28.06.1973.	A	—	02.11.1995.	A	—	—	02.11.1995.	A	—
Tailandia	29.12.1954.	A	—	—	—	—	—	—	—	—
Tanzania (Rep.-Unida)	12.12.1962.	S	—	15.02.1983.	A	—	—	15.02.1983.	A	—
Tayikistán	13.01.1993.	S	—	13.01.1993.	S	—	10.09.1997	13.01.1993.	S	—
Togo	06.01.1962.	S	—	21.06.1984.	R	—	21.11.1991.	21.06.1984.	R	—
Tonga	13.04.1978.	S	—	—	—	—	—	—	—	—
Trinidad y Tobago	24.09.1963.	A	—	20.07.2001	A	—	20.07.2001	20.07.2001	A	—
Túnez	04.05.1957.	A	—	09.08.979.	R	—	—	09.08.1979.	R	—
Turkmenistán	10.04.1992.	S	—	10.04.1992.	S	—	—	10.04.1992.	S	—
Turquía	10.02.1954.	R	—	—	—	—	—	—	—	—
Tuvalu	19.02.1981.	S	—	—	—	—	—	—	—	—
Ucrania	03.08.1954.	R	X	25.01.1990.	R	—	25.01.1990.	25.01.1990.	R	—
Uganda	18.05.1964.	A	—	13.03.1991.	A	—	—	13.03.1991.	A	—

Uruguay	05.03.1969.	R	X	13.12.1985.	A	—	17.07.1990.	13.12.1985.	A	—
Uzbekistán	08.10.1993.	A	—	08.10.1993.	A	—	—	08.10.1993.	A	—
Vanuatu	27.10.1982.	A	—	28.02.1985.	A	—	—	28.02.1985.	A	—
Venezuela	13.02.1956.	R	—	23.07.1998	A	—	—	23.07.1998	A	—
Viet Nam	28.06.1957.	A	X	19.10.1981.	R	—	—	—	—	—
Yemen	16.07.1970.	A	X	17.04.1990.	R	—	—	17.04.1990.	R	—
Yugoslavia	16.10.2001	S	—	16.10.2001	S	—	16.10.2001	16.10.2001	S	—
Zambia	19.10.1966.	A	—	04.05.1995.	A	—	—	04.05.1995.	A	—
Zimbabwe	07.03.1983.	A	—	19.10.1992.	A	—	—	19.10.1992.	A	—

COMENTARIOS

Contenido

1. Abreviaturas y notas
2. Fechas
3. Entrada en vigor
4. Nombres de los Países
5. Modificaciones introducidas desde el 31.12.96
6. Apuntes
7. Totales
8. Lista cronológica de los Estados que han hecho la Declaración prevista en el artículo 90 del Protocolo I

1. ABREVIATURAS Y NOTAS

R/A/S = Ratificación: un tratado está generalmente abierto para la firma durante cierto tiempo, después de la conferencia en que se aprueba. Sin embargo, la firma sólo obliga a un Estado tras la ratificación. Finalizados los plazos respectivos, los Convenios y los Protocolos ya no están abiertos para la firma. Los Estados no signatarios pueden siempre llegar a ser Partes por vía de adhesión o, en su caso, de sucesión.

Adhesión: en vez de firmar y ratificar ulteriormente, un Estado puede obligarse por un acto único llamado adhesión.

Sucesión (declaración de): un nuevo Estado independiente puede declarar que seguirá estando obligado por los tratados que le eran aplicables antes de la independencia. Puede también hacer una declaración de

aplicación de los tratados (dapt), por la que se compromete a continuar aplicando dichos tratados durante el tiempo que considere necesario para examinar detalladamente sus textos y decidir a cuáles de ellos adherirse o suceder. Actualmente, esta declaración no concierne a ningún Estado.

R/D = Reserva/Declaración: declaración unilateral, sea cual fuere su texto o su designación, hecha por un Estado en el momento de ratificar, adherirse o suceder a un tratado, para que se excluya o se modifique el efecto jurídico de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado (siempre que tales reservas no sean incompatibles con el objeto y la finalidad del tratado).

D90 = Declaración prevista en el artículo 90 del Protocolo I (Aceptación previa de la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta).

2. FECHAS

Las fechas indicadas son las del día de recepción, por el Departamento Federal Suizo de Asuntos Exteriores, del acta oficial transmitida por el Estado que ratifica, se adhiere, sucede o hace la declaración según el artículo 90 del Protocolo I. No se trata, pues, ni de la fecha de aprobación del acta oficial relativa a la ratificación, adhesión, sucesión o declaración, ni de la fecha del eventual envío.

N.B.: Las fechas consignadas con respecto a la sucesión a los Convenios de CONGO, JAMAICA, MADAGASCAR, MAURITANIA, NIGER, NIGERIA, RUANDA, SENEGAL, SIERRA LEONA Y ZAIRE, eran las de aprobación del acta oficial pertinente. Se reemplazaron por las fechas de recepción de esas actas por el Depositario.

3. ENTRADA EN VIGOR

Salvo las excepciones que figuran en una nota al pie del cuadro, los Convenios y los Protocolos entran en vigor para cada Estado seis meses después de la fecha en el presente documento; para los Estados que hagan una declaración de sucesión, entran en vigor retroactivamente el día de proclamación de la independencia.

Los Convenios de Ginebra entraron en vigor el 21 de octubre de 1950.

Los Protocolos adicionales entraron en vigor el 7 de diciembre de 1978.

4. NOMBRES DE LOS PAÍSES

Los nombres de los países que figuran en la lista siguiente pueden, a veces, diferenciarse de la denominación oficial de los Estados.

5. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS DESDE EL 31.12.96

Ratificaciones, adhesiones y sucesiones a los Convenios

Eritrea: 14.08.2000
Yugoslavia: 16.10.2001
Cook (Islas): 07.05.2002

Ratificaciones, adhesiones y sucesiones al Protocolo adicional I

Chad: 17.01.1997
Libano: 23.07.1997
Camboya: 14.01.1998
Reino Unido: 28.01.1998
Venezuela: 23.07.1998
Granada: 23.09.1998
Kenya: 23.02.1999
Irlanda: 19.05.1999
Nicaragua: 19.07.1999
Mónaco: 07.01.2000
Lituania: 13.07.2000
France: 11.04.2001
Trinidad y Tobago: 20.07.2001
Yugoslavia: 16.10.2001
Cook (Islas): 07.05.2002

Ratificaciones, adhesiones y sucesiones al Protocolo adicional II

Chad: 17.01.1997
Libano: 23.07.1997
Camboya: 14.01.1998
Reino Unido: 28.01.1998
Venezuela: 23.07.1998
Granada: 23.09.1998

Kenya: 23.02.1999
Irlanda: 19.05.1999
Cuba: 23.06.1999
Nicaragua: 19.07.1999
Mónaco: 07.01.2000
Lituania: 13.07.2000
Trinidad y Tobago: 20.07.2001
Yugoslavia: 16.10.2001
Arabia Saudita: 28.11.2001
Cook (Islas): 07.05.2002
Declaración del artículo 90
Tayikistán: 10.09.1997
Paraguay: 30.01.1998
Lao (Rep. dem. pop.): 30.01.1998
Grecia: 04.02.1998
Reino Unido: 17.05.1999
Irlanda: 19.05.1999
Panama: 26.10.1999
Costa Rica: 02.12.1999
Lituania: 13.07.2000
Trinidad y Tobago: 20.07.2001
Yugoslavia: 16.10.2001
Cook (Islas): 07.05.2002

6. EXCEPCIONES

República de Corea. Los Convenios entraron en vigor el 23.09.1966, ya que la República de Corea invocó el artículo común 62/61/141/157 (efecto inmediato) de los Convenios I, II, III y IV, respectivamente.

Filipinas. Filipinas ratificó el I Convenio el 07.03.1951.

Francia. Cuando Francia se adhirió al Protocolo II, hizo una comunicación relativa al Protocolo I.

Ghana. Los Protocolos entraron en vigor el 07.12.1978.

Namibia. El Consejo de las Naciones Unidas para Namibia depositó, el 18.10.1983, un instrumento de adhesión a los Convenios de Ginebra y a sus Protocolos adicionales. Mediante un instrumento depositado el 22.08.1991, Namibia declara suceder a los Convenios de Ginebra, que le eran aplicables por la adhesión, el 31.03.1952, de Sudáfrica a dichos Convenios.

Palestina. Con fecha del 21.06.1989, el Departamento Federal Suizo de Asuntos Exteriores recibió una carta del observador permanente de Palestina ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra informando al Consejo Federal suizo de «que el Comité Ejecutivo de la Organización para la Liberación de Palestina, encargado de ejercer las funciones de Gobierno del Estado de Palestina, por decisión del Consejo Nacional de Palestina, decidió adherirse, el 04.05.1989, a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y a sus dos Protocolos adicionales». El 13.09.89, el Consejo Federal suizo comunicó a los Estados que no puede decidir la cuestión de saber si se trata de un instrumento de adhesión, «debido a la incertidumbre, en el seno de la comunidad internacional sobre la existencia, o no, de un Estado de Palestina».

Sri Lanka. Salvo el IV Convenio (adhesión el 23.02.1959), Sri Lanka sólo había firmado los Convenios I, II y III.

Suiza. Los Convenios entraron en vigor el 21.10.1950.

Trinidad y Tobago. Trinidad y Tobago se adhirió al I Convenio el 17.05.1963.

Yibuti. Yibuti hizo la declaración de sucesión al I Convenio el 26.01.1978.

7. TOTALES

Numero de Estados partes a los Convenios de Ginebra de 1949: 190

Numero de Estados partes al Protocolo adicional I: 160

Numero de Estados que han hecho la declaración del artículo 90: 61

Numero de Estados partes al Protocolo adicional II: 153

Numero de Estados miembros de las Naciones Unidas: 189

Estados miembros de la ONU o partes en el estatuto de la Corte Internacional de Justicia que no son partes en los Convenios de Ginebra de 1949: MARSHALL, NAURU.

8. LISTA CRONOLÓGICA DE LOS ESTADOS QUE HAN HECHO LA DECLARACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 90 DEL PROTOCOLO I

1 Suecia: 31.08.1979

2 Finlandia: 07.08.1980

- 3 Noruega: 14.12.1981
- 4 Suiza: 17.02.1982
- 5 Dinamarca: 17.06.1982
- 6 Austria: 13.08.1982
- 7 Italia: 27.02.1986
- 8 Bélgica: 27.03.1987
- 9 Islandia: 10.04.1987
- 10 Países Bajos: 26.06.1987
- 11 Nueva Zelanda: 08.02.1988
- 12 Malta: 17.04.1989
- 13 España: 21.04.1989
- 14 Liechtenstein: 10.08.1989
- 15 Argelia: 16.08.1989
- 16 Rusia (Fed. de): 29.09.1989
- 17 Belarús: 23.10.1989
- 18 Ucrania: 25.01.1990
- 19 Uruguay: 17.07.1990
- 20 Canadá: 20.11.1990
- 21 Alemania: 14.02.1991
- 22 Chile: 24.04.1991
- 23 Hungría: 23.09.1991
- 24 Qatar: 24.09.1991
- 25 Togo: 21.11.1991
- 26 Emiratos Arabes Unidos: 06.03.1992
- 27 Eslovenia: 26.03.1992
- 28 Croacia: 11.05.1992
- 29 Seychelles: 22.05.1992
- 30 Bolivia: 10.08.1992
- 31 Australia: 23.09.1992
- 32 Polonia: 02.10.1992
- 33 Bosnia—Herzegovina: 31.12.1992
- 34 Luxemburgo: 12.05.1993
- 35 Rwanda: 08.07.1993
- 36 Madagascar: 27.07.1993
- 37 Macedonia: 01.09.1993
- 38 Brasil: 23.11.1993
- 39 Guinea: 20.12.1993
- 40 Bulgaria: 09.05.1994
- 41 Portugal: 01.07.1994
- 42 Namibia: 21.07.1994

- 43 República Eslovaca: 13.03.1995
- 44 Cabo Verde: 16.03.1995
- 45 República Checa: 02.05.1995
- 46 Rumania: 31.05.1995
- 47 Mongolia: 06.12.1995
- 48 Colombia: 17.04.1996
- 49 Argentina: 11.10.1996
- 50 Tayikistán: 10.09.1997
- 51 Paraguay: 30.01.1998
- 52 Lao (Rep. dem. pop.): 30.01.1998
- 53 Grecia: 04.02.1998
- 54 Reino Unido: 17.05.1999
- 55 Irlanda: 19.05.1999
- 56 Panama: 26.10.1999
- 57 Costa Rica: 02.12.1999
- 58 Lituania: 13.07.2000
- 59 Trinidad y Tobago: 20.07.2001
- 60 Yugoslavia: 16.10.2001
- 61 Cook (Islas): 07.05.2002

**Firmas, ratificaciones y adhesiones en la Convención de 1997
sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción
y transferencia de las minas antipersonal y sobre su destrucción,
18 de septiembre de 1997**

Estado	Firma	Ratificación/ Adhesión
Albania	8.9.1998	29.02.2000
Alemania	3.12.1997	23.7.1998
Andorra	3.12.1997	29.6.1998
Angola	4.12.1997	—
Antigua y Barbuda	3.12.1997	3.5.1999
Argelia	3.12.1997	09.10.2001
Argentina	4.12.1997	14.9.1999
Australia	3.12.1997	14.1.1999
Austria	3.12.1997	29.6.1998
Bahamas	3.12.1997	31.7.1998
Bangladesh	7.5.1998	06.09.2000
Barbados	3.12.1997	26.1.1999
Bélgica	3.12.1997	4.9.1998
Belice	27.2.1998	23.4.1998
Benin	3.12.1997	25.9.1998
Bolivia	3.12.1997	9.6.1998
Bosnia-Herzegovina	3.12.1997	8.9.1998
Botsuana	3.12.1997	01.03.2000
Brasil	3.12.1997	30.4.1999
Brunei Darussalam	4.12.1997	—
Bulgaria	3.12.1997	4.9.1998
Burkina Faso	3.12.1997	16.9.1998
Burundi	3.12.1997	—

Cabo Verde	4.12.1997	14.05.2001
Camboya	3.12.1997	28.07.1999
Camerún	3.12.1997	—
Canadá	3.12.1997	3.12.1997
Chad	6.7.1998	6.5.1999
Chile	3.12.1997	10.09.2001
Chipre	4.12.1997	—
Colombia	3.12.1997	06.09.2000
Congo	—	04.05.2001
Congo (Rep. Dem.)	—	02.05.2002
Cook (Islas)	3.12.1997	—
Costa Rica	3.12.1997	17.3.1999
Côte d'Ivoire	3.12.1997	30.06.2000
Croacia	4.12.1997	20.5.1998
Dinamarca	4.12.1997	8.6.1998
Dominica	3.12.1997	26.3.1999
Ecuador	4.12.1997	29.4.1999
Eritrea	—	27.08.2001
El Salvador	4.12.1997	27.1.1999
Eslovenia	3.12.1997	27.10.1998
España	3.12.1997	19.1.1999
Etiopía	3.12.1997	—
Filipinas	3.12.1997	15.02.2000
Fiyi	3.12.1997	10.6.1998
Francia	3.12.1997	23.7.1998
Gabón	3.12.1997	8.9.2000
Gambia	4.12.1997	—
Ghana	4.12.1997	30.06.2000

Granada	3.12.1997	19.8.1998
Grecia	3.12.1997	—
Guatemala	3.12.1997	26.3.1999
Guinea	4.12.1997	8.10.1998
Guinea-Bissau	3.12.1997	22.05.2001
Guinea Ecuatorial	—	16.9.1998
Guyana	4.12.1997	—
Haití	3.12.1997	—
Honduras	3.12.1997	24.9.1998
Hungría	3.12.1997	6.4.1998
Indonesia	4.12.1997	—
Irlanda	3.12.1997	3.12.1997
Islandia	4.12.1997	5.5.1999
Italia	3.12.1997	23.4.1999
Jamaica	3.12.1997	17.7.1998
Japón	3.12.1997	30.9.1998
Jordania	11.8.1998	13.11.1998
Kiribati	—	07.09.2000
Kenia	5.12.1997	23.01.2001
Lesoto	4.12.1997	02.12.1998
Liberia	—	23.12.1999
Liechtenstein	3.12.1997	5.10.1999
Lituania	26.2.1999	—
Luxemburgo	4.12.1997	14.6.1999
Ex República yugoslavia de Macedonia	—	9.9.1998
Madagascar	4.12.1997	16.9.1999
Malasia	3.12.1997	22.4.1999
Malawi	4.12.1997	13.8.1998

Mali	3.12.1997	2.6.1998
Maldivas	1.10.1998	07.09.2000
Malta	4.12.1997	07.05.2001
Marshall (Islas)	4.12.1997	—
Mauritania	3.12.1997	21.07.2000
Mauritius	3.12.1997	3.12.1997
México	3.12.1997	9.6.1998
Moldavia	3.12.1997	8.9.2000
Mónaco	4.12.1997	17.11.1998
Mozambique	3.12.1997	25.8.1998
Namibia	3.12.1997	21.9.1998
Nauru	—	07.08.2000
Nicaragua	4.12.1997	30.11.1998
Níger	4.12.1997	23.3.1999
Nigeria	—	27.09.2001
Niue	3.12.1997	15.4.1998
Noruega	3.12.1997	9.7.1998
Nueva Zelanda	3.12.1997	27.1.1999
Países Bajos	3.12.1997	12.4.1999
Panamá	4.12.1997	7.10.1998
Paraguay	3.12.1997	13.11.1998
Perú	3.12.1997	17.6.1998
Polonia	4.12.1997	—
Portugal	3.12.1997	19.2.1999
Qatar	4.12.1997	13.10.1998
Reino Unido	3.12.1997	31.7.1998
República Checa	3.12.1997	26.10.1999
República Dominicana	3.12.1997	30.06.2000

República Eslovaca	3.12.1997	25.2.1999
Ruanda	3.12.1997	08.06.2000
Rumanía	3.12.1997	30.11.2000
Salomón (Islas)	4.12.1997	26.1.1999
Samoa	3.12.1997	23.7.1998
San Cristóbal y Nieves	3.12.1997	2.12.1998
San Marino	3.12.1997	18.3.1998
San Vicente y las Granadinas	3.12.1997	01.08.2001
Santa Lucía	3.12.1997	12.4.1999
Santa Sede	4.12.1997	17.2.1998
Santo Tomé y Príncipe	30.4.1998	—
Senegal	3.12.1997	24.9.1998
Seychelles	4.12.1997	02.06.2000
Sierra Leone	29.7.1998	25.04.2001
Suazilandia	4.12.1997	22.12.1998
Sudáfrica	3.12.1997	26.6.1998
Sudán	4.12.1997	
Suecia	4.12.1997	30.11.1998
Suiza	3.12.1997	24.3.1998
Surinam	4.12.1997	23.05.2002
Tailandia	3.12.1997	27.11.1998
Tanzania (Rep. Unida)	3.12.1997	13.11.2000
Tayikistán	—	12.10.1999
Togo	4.12.1997	09.03.2000
Trinidad y Tobago	4.12.1997	27.4.1998
Túnez	4.12.1997	9.7.1999
Turkmenistán	3.12.1997	19.1.1998
Ucrania	24.2.1999	—

Uganda	3.12.1997	25.2.1999
Uruguay	3.12.1997	07.06.2001
Vanuatu	4.12.1997	—
Venezuela	3.12.1997	14.4.1999
Yemen	4.12.1997	1.9.1998
Yibuti	3.12.1997	18.5.1998
Zambia	12.12.1997	23.02.2001
Zimbabue	3.12.1997	18.6.1998
Totales	133	124

**Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas de 1980
sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas
convencionales**

Estado	Fecha de adhesión	Prot. I (1980)	Prot. II (1980)	Prot. III (1980)	Prot. IV (1995)*	Prot. II enmendado (1996)**
Alemania	25.11.92	25.11.92	25.11.92	25.11.92	27.6.97	2.5.97
Argentina	2.10.95	2.10.95	2.10.95	2.10.95	21.10.98	21.10.98
Australia	29.9.83	29.9.83	29.9.83	29.9.83	22.8.97	22.8.97
Austria	14.3.83	14.3.83	14.3.83	14.3.83	27.7.98	27.7.98
Bangladesh	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000
Belarús	23.6.82	23.6.82	23.6.82	23.6.82	13.9.2000	
Bélgica	7.2.95	7.2.95	7.2.95	7.2.95	10.3.99	10.3.99
Benin	27.3.89	27.3.89	—	27.3.89		
Bolivia	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001
Bosnia— Herzegovina	1.9.93	1.9.93	1.9.93	1.9.93	10.10.2001	7.9.2000
Brasil	3.10.95	3.10.95	3.10.95	3.10.95	4.10.99	4.10.99
Bulgaria	15.10.82	15.10.82	15.10.82	15.10.82	3.12.98	3.12.98
Cabo Verde	16.9.97	16.9.97	16.9.97	16.9.97	16.9.97	16.9.97
Camboya	25.3.97	25.3.97	25.3.97	25.3.97	25.3.97	25.3.97
Canadá	24.6.94	24.6.94	24.6.94	24.6.94	5.1.98	5.1.98
China	7.4.82	7.4.82	7.4.82	7.4.82	4.11.98	4.11.98
Colombia	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000
Costa Rica	17.12.98	17.12.98	17.12.98	17.12.98	17.12.98	17.12.98
Croacia	2.12.93	2.12.93	2.12.93	2.12.93	25.04.2002	25.04.2002
Cuba	2.3.87	2.3.87	2.3.87	2.3.87		
Chipre	12.12.88	12.12.88	12.12.88	12.12.88		
Checa, República	22.2.93	22.2.93	22.2.93	22.2.93	10.8.98	10.8.98
Corea (Rep. de)	09.05.2001	09.05.2001	—	—	—	09.05.2001
Dinamarca	7.7.82	7.7.82	7.7.82	7.7.82	30.4.97	30.4.97
Ecuador	4.5.82	4.5.82	4.5.82	4.5.82	—	14.08.2000
El Salvador	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000
Eslovaquia	28.5.93	28.5.93	28.5.93	28.5.93	30.11.99	30.11.99
Eslovenia	6.7.92	6.7.92	6.7.92	6.7.92		
España	29.12.93	29.12.93	29.12.93	29.12.93	19.1.98	27.1.98
Estados Unidos	24.3.95	24.3.95	24.3.95			24.5.99

Estonia	20.04.2000	20.04.2000	—	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000
Filipinas	15.7.96	15.7.96	15.7.96	15.7.96	12.6.97	12.6.97
Finlandia	8.5.82	8.5.82	8.5.82	8.5.82	11.1.96	3.4.98
Francia	4.3.88	4.3.88	4.3.88	—	30.6.98	27.7.98
Ex Rep. Yugoslava de Macedonia	30.12.96	30.12.96	30.12.96	30.12.96		
Georgia	29.4.96	29.4.96	29.4.96	29.4.96		
Grecia	28.1.92	28.1.92	28.1.92	28.1.92	5.8.97	20.1.99
Guatemala	21.7.83	21.7.83	21.7.83	21.7.83	—	29.10.2001
Hungría	14.6.82	14.6.82	14.6.82	14.6.82	30.1.98	30.1.98
India	1.3.84	1.3.84	1.3.84	1.3.84	2.9.99	2.9.99
Irlanda	13.3.95	13.3.95	13.3.95	13.3.95	27.3.97	27.3.97
Israel	22.3.95	22.3.95	22.3.95	—	30.10.2000	30.10.2000
Italia	20.1.95	20.1.95	20.1.95	20.1.95	13.1.99	13.1.99
Japón	9.6.82	9.6.82	9.6.82	9.6.82	10.6.97	10.6.97
Jordania	19.10.95	19.10.95	—	19.10.95	—	6.9.2000
Lao, Rep. Dem. Popular de	3.1.83	3.1.83	3.1.83	3.1.83		
Lesoto	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000		
Letonia	4.1.93	4.1.93	4.1.93	4.1.93	11.3.98	
Liechtenstein	16.8.89	16.8.89	16.8.89	16.8.89	19.11.97	19.11.97
Lituania	3.6.98	3.6.98	—	3.6.98	3.6.98	3.6.98
Luxemburgo	23.5.96	23.5.96	23.5.96	23.5.96	5.8.99	5.8.99
Maldivas	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000
Mali	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001
Malta	26.6.95	26.6.95	26.6.95	26.6.95		
Marruecos	19.03.2002	—	19.03.2002	—	19.03.2002	19.03.2002
Mauricio	6.5.96	6.5.96	6.5.96	6.5.96		
México	11.2.82	11.2.82	11.2.82	11.2.82	10.3.98	
Moldavia	8.9.2000	8.9.2000	8.9.2000	8.9.2000	8.9.2000	16.07.2001
Mónaco	12.8.97	12.8.97				4.5.97
Mongolia	8.6.82	8.6.82	8.6.82	8.6.82	6.4.1999	—
Nauru	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001
Nicaragua	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	—	05.12.2000	05.12.2000
Nueva Zelanda	18.10.93	18.10.93	18.10.93	18.10.93	8.1.98	8.1.98
Níger	10.11.92	10.11.92	10.11.92	10.11.92		
Noruega	7.6.83	7.6.83	7.6.83	7.6.83	20.4.1998	20.4.1998

Países Bajos	18.6.87	18.6.87	18.6.87	18.6.87	25.3.1999	25.3.1999
Pakistán	1.4.85	1.4.85	1.4.85	1.4.85	05.12.2000	9.3.99
Panamá	26.3.97	26.3.97	26.3.97	26.3.97	26.3.97	03.11.1999
Perú	3.7.97	3.7.97		3.7.97	3.7.97	3.7.97
Polonia	2.6.83	2.6.83	2.6.83	2.6.83		
Portugal	4.4.97	4.4.97	4.4.97	4.4.97	12.11.2001	31.3.1999
Rumanía	26.7.95	26.7.95	26.7.95	26.7.95		
Rusia, Fed. de	10.6.82	10.6.82	10.6.82	10.6.82	09.09.99	—
Santa Sede	22.7.97	22.7.97	22.7.97	22.7.97	22.7.97	22.7.97
Senegal	29.11.99	—	—	29.11.99	—	29.11.99
Seychelles	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000
Sudáfrica	13.10.95	13.10.95	13.10.95	13.10.95	26.6.98	26.6.98
Suecia	7.7.82	7.7.82	7.7.82	7.7.82	15.1.97	16.7.97
Suiza	20.8.82	20.8.82	20.8.82	20.8.82	23.4.98	23.4.98
Tayikistán	12.10.99	12.10.99	12.10.99	12.10.99	12.10.99	12.10.99
Togo	4.12.95	4.12.95	4.12.95	4.12.95	—	—
Túnez	15.5.87	15.5.87	15.5.87	15.5.87	—	—
Uganda	14.11.95	14.11.95	14.11.95	14.11.95	—	—
Ucrania	23.6.82	23.6.82	23.6.82	23.6.82	—	15.12.99
Reino Unido	13.2.95	13.2.95	13.2.95	13.2.95	11.2.99	11.2.99
Uruguay	6.10.94	6.10.94	6.10.94	6.10.94	18.8.98	18.8.98
Uzbekistán	29.9.97	29.9.97	29.9.97	29.9.97	29.9.97	—
Yibuti	29.7.96	29.7.96	29.7.96	29.7.96	—	—
Yugoslavia	12.03.01	12.03.01	12.03.01	12.03.01	—	—
TOTAL	89	87	80	83	63	65
	estados	estados	estados	estados	estados	estados

* Un Estado es Parte en la Convención seis meses después del depósito del instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o sucesión.

** El Protocolo surtirá efectos seis meses después de que el vigésimo Estado notifique al Depositario su intención de estar obligado por ese Protocolo.

Esta lista se basa, en parte, en información recibida extraoficialmente por el CICR. Mantiene la lista oficial la base de datos de convenios de la ONU, accesible en «[Treaty Collection](#)».

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
Roma, 17 de julio de 1998

Entry into

force: 1 July 2002, in accordance with article 126.

Status: Signatories: 139, Parties: 76.

Text: Doc. A/CONF.183/9 of 17 July 1998; depositary notifications C.N.577.1998.TREATIES-8 of 10 November 1998 (1) and CN.604.1999.TREATIES-18 of 12 July 1999 [procès-verbaux of rectification of the original of the Statute (Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish authentic texts)]; C.N.1075.1999.TREATIES-28 of 30 November 1999 [procès-

(1) On 6 November 1998, the Secretary-General received from the Government of the United States of America the following communication dated 5 November 1998, relating to the proposed corrections to the Statute circulated on 25 September 1998:

«[...] The United States wishes to note a number of concerns and objections regarding the procedure proposed for the correction of the six authentic texts and certified true copies:

«First, the United States wishes to draw attention to the fact that, in addition to the corrections which the Secretary-General now proposes, other changes had already been made to the text which was actually adopted by the Conference, without any notice or procedure. The text before the Conference was contained in A/CONF.183/C.1/L.76 and Add. 1-13. The text which was issued as a final document, A/CONF.183/9, is not the same text. Apparently, it was this latter text which was presented for signature on July 18, even though it differed in a number of respects from the text that was adopted only hours before. At least three of these changes are arguably substantive, including the changes made to Article 12, paragraph 2(b), the change made to Article 93, paragraph 5, and the change made to Article 124. Of these three changes, the Secretary-General now proposes to «re-correct» only Article 124, so that it returns to the original text, but the other changes remain. The United States remains concerned, therefore, that the corrections process should have been based on the text that was actually adopted by the Conference.

verbal of rectification of the original text of the Statute (French and Spanish authentic texts)]; C.N.266.2000.TREATIES-8 of 8 May 2000 [procès-verbal of rectification of the original text of the Statute (French and Spanish authentic texts)]; C.N.17.2001.TREATIES-1 of 17 January 2001 [procès-verbal of rectification of the Statute (authentic French, Russian and Spanish texts)]; C.N.765.2001.TREATIES-18 of 20 September 2001 (Proposals for corrections to the original text of the Statute (Spanish authentic text)] and C.N.1439.2001.TREATIES-28 of 16 January 2002 (Procès-verbal).

Note: The Statute was adopted on 17 July 1998 by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court. In accordance with its article 125, the Statute was opened for signature by all States in Rome at the Headquarters of the Food and Agriculture Organization of the United Nations on 17 July 1998. Thereafter, it was opened for signature in Rome at the Ministry of Foreign Affairs of Italy until 17 October 1998. After that date, the Statute was opened for signature in New York, at United Nations Headquarters, where it will be until 31 December 2000.

« Second, the United States notes that the Secretary-General's communication suggests that it is «established depositary practice» that only signatory States or contracting States may object to a proposed correction. The United States does not seek to object to any of the proposed corrections, or to the additional corrections that were made earlier and without formal notice, although this should not be taken as an endorsement of the merits of any of the corrections proposed. The United States does note, however, that insofar as arguably substantive changes have been made to the original text without any notice or procedure, as noted above in relation to Articles 12 and 93, if any question of interpretation should subsequently arise it should be resolved consistent with A/CONF.183/C.1/L.76, the text that was actually adopted.

«More fundamentally, however, as a matter of general principle and for future reference, the United States objects to any correction procedure, immediately following a diplomatic conference, whereby the views of the vast majority of the Conference participants on the text which they have only just adopted would not be taken into account. The United States does not agree that the course followed by the Secretary-General in July represents «established depositary practice» for the type of circumstances presented here. To the extent that such a procedure has previously been established, it must necessarily rest on the assumption that the Conference itself had an adequate opportunity, in the first instance, to ensure the adoption of a technically correct text. Under the circumstances which have prevailed in some recent conferences, and which will likely recur, in which critical portions of the text are resolved at very late stages and there is no opportunity for the usual technical review by the Drafting Committee, the kind of corrections process which is contemplated here must be open to all.

« In accordance with Article 77, paragraph 1 (e) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, the United States requests that this note be communicated to all States which are entitled to become parties to the Convention.»

PARTICIPANTS

Participant	Signature	Ratification, Acceptance (A), Approval (AA), Accession (a)
Albania	18 Jul 1998	
Algeria	28 Dec 2000	
Andorra	18 Jul 1998	30 Apr 2001
Angola	7 Oct 1998	
Antigua and Barbuda	23 Oct 1998	18 Jun 2001
Argentina	8 Jan 1999	8 Feb 2001
Armenia	1 Oct 1999	
Australia	9 Dec 1998	1 Jul 2002
Austria	7 Oct 1998	28 Dec 2000
Bahamas	29 Dec 2000	
Bahrain	11 Dec 2000	
Bangladesh	16 Sep 1999	
Barbados	8 Sep 2000	
Belgium	10 Sep 1998	28 Jun 2000
Belize	5 Apr 2000	5 Apr 2000
Benin	24 Sep 1999	22 Jan 2002
Bolivia	17 Jul 1998	27 Jun 2002
Bosnia and Herzegovina	17 Jul 2000	11 Apr 2002
Botswana	8 Sep 2000	8 Sep 2000
Brazil	7 Feb 2000	20 Jun 2002
Bulgaria	11 Feb 1999	11 Apr 2002
Burkina Faso	30 Nov 1998	
Burundi	13 Jan 1999	
Cambodia	23 Oct 2000	11 Apr 2002

Cameroon	17 Jul 1998	
Canada	18 Dec 1998	7 Jul 2000
Cape Verde	28 Dec 2000	
Central African Republic	7 Dec 1999	3 Oct 2001
Chad	20 Oct 1999	
Chile	11 Sep 1998	
Colombia	10 Dec 1998	
Comoros	22 Sep 2000	
Congo	17 Jul 1998	
Costa Rica	7 Oct 1998	7 Jun 2001
Côte d'Ivoire	30 Nov 1998	
Croatia	12 Oct 1998	21 May 2001
Cyprus	15 Oct 1998	7 Mar 2002
Czech Republic	13 Apr 1999	
Democratic Republic of the Congo	8 Sep 2000	11 Apr 2002
Denmark (2)	25 Sep 1998	21 Jun 2001
Djibouti	7 Oct 1998	
Dominica		12 Feb 2001 a
Dominican Republic	8 Sep 2000	
Ecuador	7 Oct 1998	5 Feb 2002
Egypt	26 Dec 2000	
Eritrea	7 Oct 1998	
Estonia	27 Dec 1999	30 Jan 2002
Fiji	29 Nov 1999	29 Nov 1999
Finland	7 Oct 1998	29 Dec 2000
France	18 Jul 1998	9 Jun 2000

(2) With a territorial exclusion to the effect that «Until further notice, the Statute shall not apply to the Faroe Islands and Greenland».

Gabon	22 Dec 1998	20 Sep 2000
Gambia	4 Dec 1998	28 Jun 2002
Georgia	18 Jul 1998	
Germany	10 Dec 1998	11 Dec 2000
Ghana	18 Jul 1998	20 Dec 1999
Greece	18 Jul 1998	15 May 2002
Guinea	7 Sep 2000	
Guinea-Bissau	12 Sep 2000	
Guyana	28 Dec 2000	
Haiti	26 Feb 1999	
Honduras	7 Oct 1998	1 Jul 2002
Hungary	15 Jan 1999	30 Nov 2001
Iceland	26 Aug 1998	25 May 2000
Iran (Islamic Republic of)	31 Dec 2000	
Ireland	7 Oct 1998	11 Apr 2002
Israel	31 Dec 2000	
Italy	18 Jul 1998	26 Jul 1999
Jamaica	8 Sep 2000	
Jordan	7 Oct 1998	11 Apr 2002
Kenya	11 Aug 1999	
Kuwait	8 Sep 2000	
Kyrgyzstan	8 Dec 1998	
Latvia	22 Apr 1999	28 Jun 2002
Lesotho	30 Nov 1998	6 Sep 2000
Liberia	17 Jul 1998	
Liechtenstein	18 Jul 1998	2 Oct 2001
Lithuania	10 Dec 1998	
Luxembourg	13 Oct 1998	8 Sep 2000

Madagascar	18 Jul 1998	
Malawi	2 Mar 1999	
Mali	17 Jul 1998	16 Aug 2000
Malta	17 Jul 1998	
Marshall Islands	6 Sep 2000	7 Dec 2000
Mauritius	11 Nov 1998	5 Mar 2002
Mexico	7 Sep 2000	
Monaco	18 Jul 1998	
Mongolia	29 Dec 2000	11 Apr 2002
Morocco	8 Sep 2000	
Mozambique	28 Dec 2000	
Namibia	27 Oct 1998	25 Jun 2002
Nauru	13 Dec 2000	12 Nov 2001
Netherlands (3)	18 Jul 1998	17 Jul 2001 A
New Zealand (4)	7 Oct 1998	7 Sep 2000
Niger	17 Jul 1998	11 Apr 2002
Nigeria	1 Jun 2000	27 Sep 2001
Norway	28 Aug 1998	16 Feb 2000
Oman	20 Dec 2000	
Panama	18 Jul 1998	21 Mar 2002
Paraguay	7 Oct 1998	14 May 2001
Peru	7 Dec 2000	10 Nov 2001
Philippines	28 Dec 2000	

(3) For the Kingdom in Europe, the Netherlands Antilles and Aruba.

(4) With a declaration to the effect that «consistent with the constitutional status of Tokelau and taking into account its commitment to the development of self-government through an act of self-determination under the Charter of the United Nations, this ratification shall not extend to Tokelau unless and until a Declaration to this effect is lodged by the Government of New Zealand with the Depositary on the basis of appropriate consultation with that territory.».

Poland	9 Apr 1999	12 Nov 2001
Portugal	7 Oct 1998	5 Feb 2002
Republic of Korea	8 Mar 2000	
Republic of Moldova	8 Sep 2000	
Romania	7 Jul 1999	11 Apr 2002
Russian Federation	13 Sep 2000	
Saint Lucia	27 Aug 1999	
Samoa	17 Jul 1998	
San Marino	18 Jul 1998	13 May 1999
Sao Tome and Principe	28 Dec 2000	
Senegal	18 Jul 1998	2 Feb 1999
Seychelles	28 Dec 2000	
Sierra Leone	17 Oct 1998	15 Sep 2000
Slovakia	23 Dec 1998	11 Apr 2002
Slovenia	7 Oct 1998	31 Dec 2001
Solomon Islands	3 Dec 1998	
South Africa	17 Jul 1998	27 Nov 2000
Spain	18 Jul 1998	24 Oct 2000
Sudan	8 Sep 2000	
Sweden	7 Oct 1998	28 Jun 2001
Switzerland	18 Jul 1998	12 Oct 2001
Syrian Arab Republic	29 Nov 2000	
Tajikistan	30 Nov 1998	5 May 2000
Thailand	2 Oct 2000	
The Former Yugoslav Republic of Macedonia	7 Oct 1998	6 Mar 2002
Trinidad and Tobago	23 Mar 1999	6 Apr 1999
Uganda	17 Mar 1999	14 Jun 2002

Ukraine	20 Jan 2000	
United Arab Emirates	27 Nov 2000	
United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	30 Nov 1998	4 Oct 2001
United Republic of Tanzania	29 Dec 2000	
United States of America (5)	31 Dec 2000	
Uruguay	19 Dec 2000	28 Jun 2002
Uzbekistan	29 Dec 2000	
Venezuela	14 Oct 1998	7 Jun 2000
Yemen	28 Dec 2000	
Yugoslavia	19 Dec 2000	6 Sep 2001
Zambia	17 Jul 1998	
Zimbabwe	17 Jul 1998	

(5) In a communication received on 6 May 2002, the Government of the United States of America informed the Secretary-General of the following:

«This is to inform you, in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on July 17, 1998, that the United States does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000. The United States requests that its intention not to become a party, as expressed in this letter, be reflected in the depositary's status lists relating to this treaty.»

III. BIBLIOGRAFÍA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

JUSTICIA MILITAR

Antonio Millán Garrido (dir.),
Colección: «El derecho vigente en tiempo real».
http//cod.ariel.es. 1.ª edición. 2001-2002.
Códigos Ariel-Barcelona.
ISBN: 84-344-3024-X.
864 páginas

Dígase, ante todo, que la obra de que doy noticia crítica constituye, en este momento, un valioso instrumento de trabajo muy por encima del de los textos comprensivos de compendios legales de su género y asunto.

La brillante trayectoria del Prof. Dr. Millán en el ámbito jurídico, tanto de su docencia, en la que alcanzó Premio Extraordinario, como de su docencia en las Universidades de Sevilla (Derecho penal) y, ya catedrático, de Cádiz (Derecho privado) y de su profesionalidad, la propia, precisamente, del Cuerpo Jurídico Militar (desde su ingreso con el n.º 1 en 1975 hasta 1986 en que quedó excedente por incompatibilidad) e, incluso, de su condición de Magistrado, a cuyo Cuerpo también accedió, y además, por sus numerosas y sobresalientes publicaciones, fruto de una seria, por rigurosa, investigación científica en ambas vertientes de nuestro Derecho, avala sobradamente la excelente calidad de la recopilación legislativa castrense que ahora nos ofrece. Y es que, en efecto, ya en 1983, el Prof. Dr. Polaino Navarrete, Catedrático de Derecho Penal, se pronunciaba así: «... en plena juventud, el Dr. Millán Garrido se ha convertido en uno de los insignes especialistas de habla hispana en Derecho penal militar, acreditando sus vastos conocimientos, tanto en nuestro país como en el plano jurídico comparativo...»

Si pasamos a la presentación del libro, éste comienza con un **ÍNDICE SISTEMÁTICO** tan detallado que abarca 18 páginas, al que sigue un **PRÓLOGO** del propio Dr. Millán, que, en sus 62 páginas, nos brinda bastante más no sólo de cuanto habitualmente se entiende por tal sino también respecto de lo que puede dar a entender el subtítulo que, con evidente modestia, le asigna: «La reforma de la Justicia militar en el Derecho español», toda vez que entraña la exposición de una rigurosa evolución histórica de la Justicia Militar española que, en documentada síntesis, comprende, en una primera parte (de 11 págs.), desde el Fuero Juzgo hasta la enunciada «Reforma» propiamente dicha, y desde ésta, en una segunda, que se inicia con la «Comisión para el Estudio y Reforma de la justicia Militar» (designada por O. M. Defensa de 17-XI-1980, en cuya «subcomisión 1.ª», de Dcho. Penal, que tuve el honor de presidir, el entonces Capitán Auditor Millán Garrido fue ya un muy destacado Vocal), y continua con un minucioso análisis de: las tres Leyes básicas: Penal, Orgánica jurisdiccional, y Procesal (incluidos sus respectivos antecedentes, trámites Parlamentarios, principios rectores, estructura y contenido, posteriores reformas y disposiciones legales complementarias, no sin las oportunas incursiones, sobre todo, respecto del Penal, en el Derecho comparado); los regímenes disciplinarios militares (de los tres Ejércitos y de la Guardia Civil) y, finalmente, el régimen penitenciario militar, en un total, esta segunda parte, de 54 páginas.

El texto dedicado a las **DISPOSICIONES LEGALES** se distribuye, creo que acertadamente, en cinco apartados. (I. Derecho Penal Militar; II. Derecho Procesal Militar —con una exhaustiva inclusión de sus normas, tanto en su vertiente orgánica como en la procedimental—; III. Derecho Penitenciario Militar; IV. Derecho Disciplinario Militar —de las Fuerzas Armadas y de la G. Civil, con sus respectivas Leyes Orgánicas y también las numerosas Instrucciones para su aplicación— y V. Antecedentes penales y Notas desfavorables) y un ANEXO NORMATIVO (compreensivo tanto de las Ordenanzas de las F. Armadas y de las de los tres Ejércitos como de las Leyes del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas y del propio de la G. Civil).

La obra prosigue con una completísima reseña de **BIBLIOGRAFÍA**, que adopta, con idéntico acierto de sistemática, la misma que sigue en los cuatro primeros apartados, recién expuestos, sustituyendo el quinto por la relación bibliográfica que enuncia así: 5. OBRAS GENERALES, y que, a su vez, divide en 5.1. Históricas (y de valor histórico); 5.2. Manuales (y textos legales posteriores a 1985); 5.3. Publicaciones periódicas y repertorios jurisprudenciales; 5.4. Estudios bibliográficos, y, finalmente, 5.5. Trabajos de carácter no específico.

Un cuidado **ÍNDICE ANALÍTICO** exhaustivo, que comprende 55 páginas, bien que, como se advierte por el propio autor, abarca únicamente los textos legales que ofrece (a excepción de los que se insertan en el mencionado «Anexo normativo»), al que sigue un último **ÍNDICE ESQUEMÁTICO** de sólo 2 páginas, cierra el libro que presentamos.

Dado el contenido de mero compendio normativo propio del libro de que damos cuenta, bastaría la reseña descriptiva que antecede, para que el lector interesado pudiera percatarse suficientemente no sólo de la justicia que entraña cuanto afirmo acerca de la obra en los primeros renglones de esta presentación, sino también de la sistemática y del completísimo contenido institucional que el Prof. Dr. Millán nos ofrece. Sin embargo, el análisis crítico que creo debe atribuirse a las auténticas recensiones, implica que no deban limitarse a la sola y exclusiva «noticia» o «reseña» que, con indudable carácter general y básico, nos ofrece el DRAE (y menos aún si se pretende un sentido sólo descriptivo), ya que la procedencia, a su vez, de recensio-onis que el DRAE invoca, radica en la partícula re y cênsêo, que en Terencio Varro significa «sentencia» y, en Cicerón, «formar juicio» y «opinar» y la autoridad de Cejador y Frauca traduce como «estimar», «juzgar» y «pensar» y «dar su parecer», cuando es sabido que, además, rêcensêo es «juzgar» y «examinar» en Julio César y Tácito; razones que fuerzan al recensor, como juzgador imparcial, a formular, cuando menos, algunas observaciones, no sólo, si procede, para resaltar las virtudes sino, sobre todo, para poner de manifiesto, si viniere el caso, las precisas sugerencias, los extremos no compartidos o las eventuales declaraciones que completen el juicio merecido.

Pues bien; si entramos en el siempre más grato capítulo de las virtudes, deben contabilizarse en él, además de cuanto, en esta línea, he expuesto más arriba, en especial, sobre el «Índice sistemático», el «Prólogo» y el «Índice Analítico», inigualables hasta hoy, la gran utilidad que brinda al estudioso el excelente trabajo que el Prof. Dr. Millán ofrece en las notas a pie de página, empezando por las del «Prólogo», que ascienden a 277, lo que supone una rigurosa base documental, y siguiendo por las de los cinco apartados de las «Disposiciones legales» que contienen unas exhaustivas concordancias legales y jurisprudenciales, remitiéndose, en cada precepto o conjunto de ellos, tanto a las disposiciones legales incluidas en el libro como a otras foráneas de necesaria correlación, y a las Resoluciones de los Tribunales Constitucional y Supremo. También es difícil de igualar la ya mencionada relación bibliográfica, no sólo por su acertada sistematización—que mucho facilita la localización de la aportación literaria requerida—sino por su selección y número de los textos, al incluir hasta una serie de

trabajos inéditos que, sin duda, la hace, en efecto, tan singular. Otro aspecto a destacar es el de la acertada selección de las disposiciones legales que comprende el citado «Anexo normativo», lo que, también por su número, permitirá al lector interesado, prácticamente, en definitiva, estudiar y resolver cuestiones que excedan de las específicas de la JUSTICIA MILITAR sin salir del libro que «Códigos-Ariel», de esta Editorial, nos ofreció en Septiembre de 2001 de la mano del Prof. y jurista militar, Dr. Millán Garrido, cual incomparable instrumento al servicio de la ciencia.

Al pasar, ahora, a la otra vertiente recién aludida de que es susceptible toda recensión, cuando menos si la entendemos, como creo debemos entenderla, en el ámbito de ese particular lenguaje de inveterada práctica en la investigación científica y, en particular, en la de los juristas, conviene, ante todo, formular alguna premisa clarificadora en evitación de malos entendidos:

En efecto; como, en el caso de que sea preciso formular sugerencias, discrepancias y objeciones, éstas sólo pueden ser orientadas a colaborar con el autor al siempre posible y deseable progreso de la ciencia y nunca a la descalificación, al igual que debe acaecer, en su caso, respecto del doctorando, al juzgar su tesis, cualquier otra interpretación debe ser descartada, aunque debo confesar que, como puede leerse en un manuscrito recién descubierto de Luis Cernuda, «...no tengo a mano citas que den validez a mis argumentos».

No obstante, las escasas observaciones que en esta vertiente de la recensión crítica paso a exponer, en justa coherencia con los elogios que anteceden, no pasan de ser meras sugerencias, lo que resalta implícitamente la excelencia de la obra analizada, a saber:

a) Al exhaustivo abanico de disposiciones legales ordinarias que, de la Justicia Militar, comprende el texto, sería conveniente anteponerle sus pilares fundamentales, o sea, esa serie de preceptos que la Constitución dedica a las cuestiones de que aquellas se ocupan.

b) En la completísima BIBLIOGRAFÍA se advierte la falta de las específicas aportaciones de quienes participaron en la obra Comentarios al Código Penal Militar, coord. por R. Blecua Fraga y J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Civitas, Madrid, 1988 (de 2.153 páginas), tanto más cuanto que se reconoce —pág. 54— que tal obra «... con treinta y cinco colaboradores, casi todos miembros del Cuerpo Jurídico Militar, constituye, sin lugar a dudas, pese a su desigualdad interna, el trabajo de más envergadura acometido hasta el momento»; creo sinceramente que el interés por la difusión bibliográfica de algunas de tales colaboraciones debe primar justamente sobre cualesquiera otra consideración, resultando por ello insuficiente que el nombre de todos los autores figure en la nota 137 de dicha pág. 54.

c) En lo relativo a las Notas de pié de página de los textos legales, verdaderamente ejemplares en su género, quiero referirme a aquellas cuya finalidad es, precisamente, la correlación o concordancia respecto de otras disposiciones legales, para descubrir, por ejemplo, que, en la pág. 112, la Nota que cubre el TITULO II. DELITOS CONTRA LAS LEYES Y USOS DE LA GUERRA, del Código Penal Militar, y que afirma: «En Derecho humanitario bélico son fundamentales...», relacionando acertadamente un buen elenco de ellas, podría también y por idéntica razón remitirse a:

— La Convención de 10 de Abril de 1972 «sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción», ratificada por España en Instrumento de 1 de Junio de 1979 (B.O.E. n.º 165, de 11-VII), toda vez que, además, debe puntualizarse que, respecto de la prohibición de su empleo en los conflictos armados, tanto su Preámbulo (pfs. 9.º y 10) como, sobre todo, su art. VIII, al expresar que: «Ninguna disposición de la presente Convención podrá interpretarse de forma que en modo alguno limite las obligaciones contraídas por cualquier Estado en virtud del Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases... y de medios bacteriológicos, firmado en Ginebra el 17 de Junio de 1925, o les reste fuerza...», no dejan lugar a la menor duda, cuando es bien sabido que éste Protocolo ginebrino —que, dada su vigencia, constantemente recordada, tampoco debe ser omitido— fue ratificado por España el 22-VIII-1929.

— Los cuatro Protocolos Anexos a la Convención de Ginebra de 10 de Octubre de 1980 (ésta última sí referida en la Nota), sobre todo, el II acerca de las llamadas «minas antipersonas» —cuestión, por desgracia, también, como la anterior, actual y gravísima—, respecto del que es precisa la remisión a la Convención firmada en XII-1997 en Ottawa («sobre prohibición total del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas contra personas y sobre su destrucción») por 125 Estados, que España ratificó, dictando, además, la Ley 17-IX-98 para destruirlas en tres años (las 800.000 almacenadas).

— Los preceptos de los Instrumentos internacionales que se estiman aplicables al empleo de las llamadas armas nucleares en los conflictos armados, según la doctrina más autorizada y, en todo caso, el Dictamen consultivo N.º 96/23, DE 8-VII-1996, pronunciado por el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya, requerido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 4/75K de 15-XII-94, en estos términos: ¿Autoriza el Derecho Internacional, en alguna circunstancia, la amenaza o el empleo de las armas nucleares?»

— La «Convención que prohíbe utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros hostiles», de 10-XII-1976, ratificada por España el 4-VII-1978, toda vez que guarda una directa relación con las criminales conductas tipificadas en dicho Capítulo II, de cuya Nota se trata.

Decía al iniciar estos renglones que la nueva aportación del Prof. Dr. Millán supera, indiscutiblemente, todas las anteriores que la literatura jurídica española había conocido en su género y asunto, lo que quien quiera puede comprobar repasando, en su contexto histórico, los más destacados textos al respecto, de los que podrían citarse, s.e.u o., los siguientes:

- 1732. Francisco Muñoz (ed.), Leyes Penales Militares.
- 1884. Núñez de Prado, J. (ed.), Código Penal Militar.
- 1890. Méndez, R. y Girauta, M. (ed.), Código de Justicia Militar de 27 de Septiembre de 1890.
- 1891. Pedro Núñez (ed.), Código Penal Militar y Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra.
- 1891. Benito e Infante, S. (ed.), Código de Justicia Militar.
- 1925. Trápaga, A. y Blanco, G., Cartera de Bolsillo para la Administración de Justicia en el Ejército.
- 1927. Pou Ribas, N., Código de Justicia.
- 1940. Alarcón Roldán, F. (ed.) Código de Justicia Militar vigente.
- 1942. Medina y Marañón (ed.), Leyes Penales de España (F. Castejón).
- 1942. Dávila Huguet, J.M.^a, Legislación Penal de los Ejércitos de España.
- 1946. Dávila, J. M.^a y Garicano, T., Legislación Penal Militar.
- 1947. Pita Blanco, E., Justicia Militar.
- 1963. Algora Marco y Hernández Orozco, Código de Justicia Militar.
- 1972. Martín Bravo y Puig Durán, Código de Justicia Militar y Leyes Penales de la Marina Mercante y Procesal de la Navegación Aérea.
- 1974. Diaz Llanos, Leyes Penales Militares (10 Edición).
- 1980. Ed. Lamruja, Código de Justicia Militar, actualizado con la Ley Orgánica 9/1980, 6 Nov.,
notas, concordancias...
- 1981. Biblioteca de la Guardia civil, Código de Justicia Militar.
- 1986. Beltrán, A. y Padilla, J., «I. DERECHO MILITAR», en Legislación Penal Especial, comentarios, concordancias y Jurisprudencia. (págs. 7 a 166), (ed. Colex).
- 1989. Pedro Hernández del Olmo, Código Penal Militar (Ed. Aranzadi).

1990. Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Justicia Militar.
1992. Lamarca, C., Alcalá, R., Fernández, J.A. y Rueda, L., Código Penal Militar y Legislación complementaria (ed. Trivium).
1994. Suarez Pertierra, Legislación sobre Defensa Militar (Ed. Tecnos).
1996. Ed. Cívitas, Justicia Militar.
1999. Medina, Pacheco y Torres, Código Militar (Ed. Aranzadi).

Todo invita a pensar, en fin, que el éxito editorial de Ariel se halla plenamente garantizado por cuanto afecta a este importante medio de trabajo que la ciencia jurídica adeuda al Prof. Dr. y Auditor Millán Garrido, máxime cuando es bien cierto que la obra viene llamada a trascender el ámbito de la Jurisdicción Militar española, al que pudiera parecer orientada; aún más, ha de brindar, a quienes precisen de ella, la segura oportunidad de servir a los valores sustanciales de la Justicia, fin último de todo esfuerzo intelectual en el mundo del Derecho.

Eduardo Montull Lavilla

CONTRATACIÓN MILITAR. ELEMENTOS PROCEDIMENTALES

Enrique Torres Viqueira
*Isdefe, Gerencia de Cooperación Industrial,
Madrid, diciembre de 2001
638 páginas.*

Este excelente manual sobre la actividad contractual de la Administración responde, en primer lugar, a la preocupación sentida por el ISDEFE-Gerencia de Cooperación Industrial en orden a incorporar a su serie de monografías (centradas en el estudio de la Ingeniería de Sistemas) un texto de neto contenido jurídico que, como afirma en el Prólogo Fernando Díez Moreno, *«está concebido como un instrumento que posibilite un acercamiento elemental al procedimiento de contratación de los entes públicos, particularmente del Ministerio de Defensa, y en especial, al área administrativa»*.

En segundo y principal término, la obra que comentamos expresa y culmina la experiencia y dedicación de su autor el General del Cuerpo Militar de Intervención Enrique Torres Viqueira, conocido especialista en la materia, que condensa en éste libro su vasta experiencia como profesional y como docente. Así, la dilatada dedicación del autor a la enseñanza como Profesor de la Escuela Naval Militar, Director de la Escuela Militar de Intervención y Profesor de la Escuela de Guerra Naval es inescindible de su actuación como Interventor, primero de la Armada y después del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas Armadas, en el desempeño de sus funciones profesionales tan vinculadas a la Administración Económica Militar y, en definitiva, a la contratación administrativa.

Recuerdo muy especialmente los frecuentes Seminarios y Cursos sobre Técnicas de Gasto y Contratación Administrativa que se impartieron durante su dirección en la Escuela Militar de Intervención.

La publicación objeto de esta recensión está, además, editada de forma muy atractiva e incluso inusual en los textos jurídicos, al incorporar gráficos en color y una tipografía de gran calidad.

En esta materia no podemos dejar de recordar la obra del General Auditor Juan Miranda González, pionero de la contratación administrativa militar, añorado profesor de esta disciplina en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos y autor de un libro clásico de contratación militar.

El fin didáctico que preside la obra, dirigida fundamentalmente a quienes intervienen en los procedimientos de contratación del Ministerio de Defensa, no está de ninguna manera reñido con la relevante aportación del autor a esta parcela del Derecho Administrativo, huérfana demasiadas veces de publicaciones que superen una ordenada reproducción normativa o jurisprudencial, sin alcanzar esa perspectiva docente que resulta indispensable para la ilustración de numerosos profesionales que, sin poseer la formación jurídica indispensable, participan de forma decisiva en el procedimiento de contratación de los Entes Públicos, esto es, en palabras del autor: *«el itinerario secuencial de actos que permiten, no solo la formación de una voluntad negocial de las Administraciones Públicas, sino la creación del espacio adecuado para la celebración de tal negocio y su plena ejecución»*.

Hay que reconocer la dificultad que entraña la exposición sistemática de una materia como la que se aborda en éste libro, por la complejidad inherente a una actividad administrativa presidida por unos principios generales que se resisten en muchos supuestos a su correcta aplicación práctica. Y, particularmente en este aspecto, destacan las cualidades didácticas del autor y su experiencia profesoral.

La obra se divide en una parte general *«donde se analiza la actividad procedimental establecida en el derecho común de la contratación pública»*, partiendo de la idea del contrato administrativo como técnica de gasto. Este original punto de partida inicial supone el estudio del Gasto Público como relación jurídica, como función financiera y como necesidad pública. Como se afirma en el Prólogo, esta aportación conlleva el reconocimiento en la actividad contractual de la Administración de un *«triple condicionamiento procedimental referido a la acción sustantiva (el contrato), la financiera (el gasto) y la registral (la contabilidad)»*.

Y, justamente, después de analizar el gasto público, el libro expone en capítulos sucesivos la teoría del contrato, el concepto del contrato de la

Administración Pública y sus requisitos, así como el régimen de la competencia.

Dentro de la parte general de la obra revisten especial importancia los cinco capítulos dedicados al Procedimiento de Contratación, comprensivos del análisis de todo el orden secuencial que debe seguirse por las Administraciones Públicas en sus fases interna y externa hasta la fase bilateral o de ejecución.

Cierran esta parte general los capítulos donde se examina el Procedimiento de Gasto, cuyo contenido se subdivide en los aspectos de técnicas de gasto y el procedimiento de registro o contable, así como el régimen de la conexión de procedimientos integrado por útiles esquemas que se refieren a los procedimientos coincidentes, clases de tramitación y reconocimiento de la obligación.

No es menos interesante la llamada Parte Especial, donde se trata *«La especialidad de la contratación militar»*, que da nombre a la obra. Aquí se multiplica la utilidad de esta publicación, que recoge de modo sistemático las peculiaridades existentes en el ámbito de la contratación del Ministerio de Defensa.

Se inicia esta segunda parte del libro con la presentación de los órganos de contratación en el Ministerio de Defensa, apoyados en precisos organigramas dotados de gran valor descriptivo que, naturalmente comprenden el órgano central y los Ejércitos de Tierra, Armada y Ejército del Aire con sus respectivos Anexos. De la misma manera se exponen la composición, funciones, competencia y procedimiento de las Juntas de Contratación, así como las competencias de gasto.

Merecen capítulos específicos las cláusulas especiales, analizando el autor los problemas de su homologación, normalización, catalogación, seguridad y protección del Ministerio de Defensa y aseguramiento de la calidad. Hay que recordar en materia de *«La protección de la información clasificada en los contratos del Ministerio de Defensa»*, la excelente Ponencia del recordado General y Magistrado Javier Sánchez del Río Sierra en las Segundas Jornadas de los Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas.

El Procedimiento de contratación agrupa, dentro de la contratación militar, los capítulos que tratan los aspectos adjetivos de mayor interés práctico de la publicación. Y así se describen el expediente de contratación, con exposición detallada de su fase preparatoria, fase de licitación (subdividida en adjudicación, fijación del precio y peculiaridades de la contratación de extranjero) y fase de ejecución, a su vez comprensiva de sendos capítulos dedicados a las inspecciones, la recepción y la revisión del precio.

La obra finaliza con la publicación de una bibliografía, elemental pero muy expresiva, de las publicaciones sobre la materia, fiel al propósito del autor de ofrecer un encuadre pedagógico «*dirigido a todos quienes necesitan de un elemento auxiliar en su actividad de operadores negociales de la contratación pública*», como se cuida de precisar el autor en su presentación del libro.

Ahora bien, la obra que comentamos rebasa ampliamente el modesto propósito proclamado por el autor cuando manifiesta que sólo abarca los fundamentos o primeros principios de la actividad procedimental de la contratación pública, con las especialidades del área militar, pues el mayor valor de éste libro es, justamente, la excelente sistemática unida a su acusado valor práctico que se puede concretar, también en palabras del General Torres Viquiera, en el doble objeto de la publicación, plenamente conseguido: «*una auténtica DIDÁCTICA del procedimiento de contratación pública*» y una detallada referencia a «*las matizaciones, particularidades, individualizaciones y especialidades*» que la contratación militar aporta al derecho general de la contratación pública.

Solo resta felicitar al autor por este nuevo libro que bien pronto se convertirá en una obra de obligada referencia en una materia tan compleja y que, por ello, será sin duda un instrumento imprescindible de consulta para quienes se inician o desarrollan su actividad profesional en ese verdadero «*lecho de Procasto*» que es hoy la contratación de los entes públicos.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

CÓDIGOS DE JUSTICIA MILITAR EN MÉXICO 1882-2000

J. A. MONTOYA AGUADO y B. MONTOYA AGUADO
Mc Graw-Hill, México DF, 2000 (1.157 páginas)

Una muestra significativa del interés que despierta el Derecho militar en México es este volumen que me hace llegar el eminente jurista mexicano R. de J. Bermúdez Flores y que consiste en una cuidada recopilación de los textos reguladores de la Justicia militar mexicana desde 1882 hasta 2000, en cuyo mes de julio se cerró la impresión de la obra.

Aunque, según sus autores, los hermanos J. Alberto y Benjamín Montoya, el trabajo acometido tiene también por objeto «despertar la inquietud en los abogados del Servicio de Justicia Militar para que de igual forma aporten un granito de arena y colaboren con sus obras e investigaciones en esta ciencia jurídica», no cabe duda de que la finalidad primaria de la compilación es ofrecer, en solo volumen, todos los textos normativos que han regido la Justicia militar en México desde 1882 hasta 2000, algo que, por lo que conozco, no se había llevado a cabo por ningún país.

La utilidad de tal compilación resulta incuestionable, en tanto nos permite disponer de todo el indicado material histórico-legislativo en un único texto, sirviendo, desde luego, para que, como pretenden sus autores, «las futuras generaciones de abogados militares conozcan los antecedentes históricos, evolución y desarrollo de la procuración y administración de la justicia militar, la organización y competencia de los tribunales militares, el Derecho procesal penal militar y el Derecho sustantivo penal militar, que constituye la esencia del orden jurídico normativo que resguarda la disciplina, sin la cual sería prácticamente imposible la existencia de las fuerzas armadas de cualquier nación».

En México, la administración de justicia en los ejércitos correspondió, en principio, a los Auditores de Guerra, que fueron suprimidos en 1823, atribuyéndose, con posterioridad, tal función, en primera instancia, a los Comandantes Generales y a los Asesores Militares, nombrados éstos por el Gobierno Federal. La segunda y tercera instancias se sustanciaban en el Tribunal Supremo de Guerra y Marina, que, desde 1827, quedó integrado por dos Salas, con siete generales del Ejército, igual número de letrados, un fiscal militar, dos secretarías y un escribano.

Años después, en 1838, nos relatan los autores en la breve introducción que antecede a los textos compilados, fueron otorgadas funciones jurisdiccionales para la milicia activa al Jefe de la Plana Mayor del Ejército mexicano, si bien compartidas con un Asesor nombrado por la Suprema Corte de Justicia Militar.

De todas formas, como aconteció en la mayoría de países durante el siglo XIX, México no llegó a disponer, en esta época, de una legislación judicial militar unitaria. La pluralidad del fuero militar, reducido en 1855, la existencia de fueros particulares (como los de Artillería o Ingenieros), el mantenimiento de privilegios y una dispersa normativa contenida en multitud de ordenanzas, reales órdenes y leyes surgidas tras la independencia reclamaron una reforma integral de la Justicia militar, que, en alguna medida, llegaría con la Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana de 1882, cuyo tomo III, tratado sexto, contenía un «Código de Justicia Militar para el Ejército de los Estados Unidos Mexicanos».

Con este Código se inicia la compilación de J. A. Montoya y B. Montoya, en la que se incluyen, como queda expuesto, todos los textos integrantes de la Justicia militar mexicana hasta nuestros días, sus reformas, adiciones y derogaciones. Los compiladores demuestran, en su labor, un loable rigor documental, incorporando siempre las versiones originales publicadas en el *Diario Oficial*, en las que han respetado incluso la ortografía original, con objeto de conservar la autenticidad de los documentos.

A título meramente informativo, indicar que los textos normativos compilados son los Códigos de Justicia Militar de 1883, 1892 y 1894, la Ley de Organización y Competencia de los Tribunales Militares, la Ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra, la Ley Penal Militar y la Ley Penal para la Armada de la República Mexicana, todas ellas de 1897, la Ley de Organización y Competencia de los Tribunales Militares, la Ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra y la Ley Penal Militar, las tres de 1898, la Ley de Organización y Competencia de los Tribunales Militares de 1901, la Ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra y la Ley Penal Militar, ambas de 1902, la Ley Orgánica del Ministerio

Público y Cuerpo de Defensores Militares, la Ley Orgánica de los Tribunales Militares y la Ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra, todas de 1929, y, para concluir, el Código de Justicia Militar de 1933, que es el vigente desde el 1 de enero de 1934 y en el que se han operado reformas, de diverso alcance, en 1937, 1944, 1993, 1994 y 1999.

En este punto, aunque no se hace referencia expresa, la obra incluye la —trascendental— alteración normativa llevada a cabo por el artículo 2.º del Decreto de 18 de mayo de 1999, de conformidad con la previa reforma constitucional de 8 de marzo. Conforme a lo dispuesto en dicho precepto, se modifican los artículos 78, 83.I, 453.2, 454 y 515.III, V y VII y 515.2 y 4, así como la denominación del capítulo III del título segundo del libro tercero, adicionándose los artículos 801 *bis* y 801 *ter*, todos ellos del Código de Justicia Militar.

Se trata, pues, de una obra histórico-legislativa minuciosa y cuidada, tanto en el fondo como en la forma. Respecto a ésta, ha de destacarse la pulcra composición tipográfica, el atractivo diseño y la lujosa encuadernación en tapa dura, que conforman un inobjetable producto editorial por el que cabe felicitar a Mc Graw-Hill. Los autores, hermanos Montoya Aguado, han logrado, como queda expuesto, una compilación seria y rigurosa que, a buen seguro, resultará de suma utilidad para el conocimiento y la investigación en el ámbito del Derecho judicial militar mexicano.

Antonio Millán Garrido
Universidad de Cádiz (España)

DERECHO MILITAR MEXICANO

A. Carlos Espinosa

Edit. Porrúa, México DF, 2000

(382 páginas)

En más de una ocasión he destacado el renovado interés por el derecho militar que, desde el último decenio del siglo pasado, puede advertirse en el panorama jurídico mexicano. Fruto de ese interés han sido las numerosas tesis de licenciatura defendidas en el orden universitario y varios trabajos impresos, entre los que cabe destacar la *Introducción al Derecho militar mexicano*, de J. M. Villalpando César (M. Á. Porrúa, México DF, 1991; 2.^a ed.: 2002), el *Compendio de Derecho militar mexicano*, de R. de J. Bermúdez Flores (Porrúa México DF, 1991; 2.^a ed.: 1998) o, más recientemente, la monumental compilación *Códigos de Justicia Militar en México 1882-2000*, de los hermanos J. A. y B. Montoya Aguado (Mc Graw-Hill, México DF, 2000). Y, por supuesto, este *Derecho militar mexicano* del licenciado y profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México Alejandro Carlos Espinosa, cuya primera edición prologada por el eminente jurista Dr. Máximo Carvajal Contrera, es de 1998 (Porrúa, 331 páginas).

Debe, ante todo, destacarse que esta obra es un *libro de texto*, esto es, un trabajo que ofrece, ordenada y sistemáticamente, el contenido sustancial de una asignatura, en este caso la optativa «Derecho militar», que se imparte en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Y creo que ha de comenzarse con tal advertencia por cuanto dicha condición de libro de texto o manual impone al autor —y a su obra— un método y unos límites que han de ser tenidos en cuenta en la catalogación, en el uso y, sobre todo, en la valoración del trabajo publicado.

La elaboración de un manual constituye siempre una tarea ardua y compleja, en cuanto presupone en su autor un conocimiento general —pero también necesariamente profundo— de la materia tratada, que permita, en inevitable labor de síntesis, una exposición sistemática, sucinta y ponderada de todas y cada una de las instituciones que integran la disciplina objeto de análisis. Pero las dificultades resultan mayores cuando, como es el caso que nos ocupa, el manual o libro de texto viene referido a una disciplina minoritaria, marginal y, salvo las apuntadas excepciones, carente de la atención doctrinal imprescindible. Porque, si bien, como se ha advertido, debe reconocerse que, en los últimos años, se han realizado algunos meritorios esfuerzos personales en este ámbito específico, es lo cierto que el Derecho militar continúa siendo, en la mayoría de los países, una materia jurídica poco tratada y, en general, mal conocida. Este todavía escaso tratamiento doctrinal de la mayoría de las instituciones jurídico-castrenses, el mínimo acervo jurisprudencial en relación a muchas de ellas y el referido deficiente conocimiento general de la disciplina, como consecuencia de su ancestral abandono y marginación, constituyen serios condicionamientos negativos en la tarea —como decimos, siempre dificultosa y compleja— de elaborar un manual de Derecho militar.

Pues bien, el profesor Carlos Espinosa ha sabido conformar una obra en la que, con impecable metodología, rigor conceptual y correcta sistemática, se analizan, siguiendo el programa facultativo, las principales instituciones del régimen jurídico de las fuerzas armadas mexicanas.

En este sentido, la obra se inserta (aunque aquí ello sea también consecuencia de su propia condición de libro de texto) en la tendencia de contemplar, de modo unitario, la realidad interdisciplinaria del Derecho militar, que excede de lo penal y lo orgánico-procesal. El Derecho penal militar y, en definitiva, el «fuero de guerra», constituyen una importante parcela, pero no la única, del Derecho militar, que, como advierte Bermúdez Flores, es «todo un sistema normativo que abarca infinidad de cuestiones y que no se agota con las punitivas». Asimismo, el manual de Carlos Espinosa comporta un replanteamiento —sobre distintas bases metodológicas— de las cuestiones fundamentales del Derecho militar que, sin hacer dejación de las aportaciones de la doctrina tradicional, permita afrontar y dar respuesta a las nuevas necesidades derivadas de la actual conformación de las fuerzas armadas mexicanas.

El libro, tras los prólogos de M. Carvajal Contreras (a la primera edición) y de M. G. Fromow García (a esta segunda) y una breve nota introductoria del autor, se divide en doce capítulos, el primero de los cuales aborda el concepto del Derecho militar y su pretendida autonomía, que

vincula a la naturaleza de las fuerzas armadas, lo mismo que la propia existencia y constitucionalidad de los tribunales militares, para analizar, a continuación, las relaciones de la disciplina con otras ramas del Derecho (constitucional, penal, civil...) y la sujeción de ella a la doctrina de los Derechos Humanos, que no puede encontrar en las fuerzas armadas sino un ámbito más de directa aplicación y obligada observancia. Siguen el examen del «fuero de guerra», que parte necesariamente del artículo 13 de la Constitución y que comporta el estudio tanto del alcance del fuero como de los principios básicos de la Justicia Militar, con referencia específica a los procesos sumario y sumarísimo. No es afortunada, a mi modo de ver, la inclusión en este primer capítulo de los beneficios de la Seguridad Social.

En el capítulo segundo aborda el autor la función social de las fuerzas armadas, partiendo del marco constitucional (donde se ocupa de los particularismos previstos para tiempo de guerra), para centrarse en su participación en proyectos y obras de interés social (entre las que incluye la lucha contra el narcotráfico), así como su papel en la política de Seguridad nacional y, más en concreto, en los delitos contra la seguridad interior y exterior del país.

El capítulo tercero está dedicado a una exposición de síntesis de la estructura orgánica, objetivos y funciones de las fuerzas armadas, comandadas por el Presidente de la República e integradas por el Ejército, la Fuerza Aérea, la Armada y la Guardia Nacional. El mismo carácter marcadamente expositivo presente el capítulo cuarto, dedicado a los Cuerpos militares Aerotropas, Cuerpo de Policía Militar y Cuerpo de Música Militar. Debe hacerse notar, en este punto, cómo ha sido suprimida la referencia a los Cuerpos de Defensa Rural, incluida en la primera edición (pp. 95-99), que, sin embargo, se mantiene en los objetivos del capítulo y en su sumario. Por último, en la misma línea descriptiva, el capítulo quinto contempla la vertiente estrictamente administrativa de las fuerzas armadas y, en él, el profesor Carlos Espinosa analiza el poder ejecutivo federal como marco de dependencia y actuación de las fuerzas armadas, la Secretaría de la Defensa Nacional y la Secretaría de Marina (organización, estructura, funciones...) y la Administración pública paraestatal (de modo concreto, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas), para concluir con una precisa referencia a la institucionalidad de los ejércitos y el rol político que les corresponde desempeñar en la estructura del Estado.

Necesario e interesante, en especial desde una perspectiva pedagógica, es el capítulo sexto, dedicado a los principios y lineamientos del Derecho militar. Entre los primeros, se destacan la disciplina, la subordinación y la jerarquía, que dan paso a las conductas militares exigibles, examinadas

desde la doble perspectiva sancionadora (penal o disciplinaria) y premial (recompensas), y a la guerra, con indicación de los criterios que, al respecto, informan la política militar mexicana.

El capítulo séptimo trata del ámbito material subjetivo de las fuerzas armadas, lo que obliga a un breve examen del servicio militar voluntario y del denominado servicio militar nacional (obligatorio), así como de la «población militar», en sus distintas situaciones administrativas (actividad, reserva, retiro). Sirve tal examen de base para el estudio de la condición jurídica del militar, objeto del capítulo octavo. En él, el autor se ocupa, sucesivamente, de los particularismos restrictivos del miembro de las fuerzas armadas («constreñimientos»), de sus derechos como persona (derechos humanos) y de las garantías constitucionales que le asisten, así como del fuero militar, su concepto, naturaleza, alcance y contenido.

En el capítulo noveno, se aborda la competencia de la jurisdicción militar, la integración y funcionamiento de los Consejos de Guerra, tanto ordinarios como extraordinarios, las exigencias y funciones de los jueces militares y la estructura, composición y competencia del Tribunal Superior de Justicia Militar, para concluirse con la afirmación de la procedencia del juicio de amparo cuando resulten vulneradas las garantías individuales que al militar, como a todo ciudadano, confiere la constitución.

Los tres últimos capítulos tienen carácter complementario y, si se quiere, hasta residual. Así, en el capítulo décimo vuelve a tratarse, aunque con consideraciones de índole diversa, la Secretaría de la Defensa Nacional, la Secretaría de Marina y la Guardia Nacional, instituto éste asimilado a las fuerzas Armadas por la Constitución General de la República, aun cuando sus funciones sean distintas. El capítulo undécimo se ocupa de la enseñanza en las fuerzas armadas, dedicando el autor particular atención a la Universidad del Ejército y Fuerza Aérea y a la Educación Naval, que goza de consideración autónoma en el Sistema de Educación Militar. En el capítulo duodécimo y último se estudia la interconexión ejército mexicano-seguridad pública, descartándose que, como tal, la función de policía pueda incluirse entre los cometidos propios de las fuerzas armadas, sin perjuicio de la participación de éstas en el Sistema Nacional de Seguridad Pública. Sigue el análisis de la situación administrativa y laboral del militar que realiza eventualmente y a título particular, funciones de policía. Y concluye el capítulo con un epígrafe, sugestivo y sugerente, en el que el autor sostiene cómo, pese a lo expuesto, las fuerzas armadas mexicanas, en concreto su ejército, puede participar en tareas de seguridad pública cuando sea instado para ello. No hay, en tal caso, invasión competencial como tampoco hay, según el profesor Carlos Espinosa, en la militarización

de la policía, supuesto previsto en la ley para situaciones en las que resulta imprescindible adoptar medidas especiales en la lucha contra la criminalidad.

Esta segunda edición incorpora, tras su capitulado, una addenda referida a la reforma de la Constitución de 8 de marzo de 1999, que afectó a los artículos 16, 19, 22 y 123, posibilitando el Decreto de 18 de mayo del mismo año, por el que se modifican diversas disposiciones en materia penal. Entre ellas, conforme a lo previsto en su artículo 2.º, están los artículos 78, 83.I, 453.2, 454, 515.III, V y VII y 515.2 y 4, así como la denominación del capítulo III del título segundo del libro tercero, adicionándose los artículos 801 *bis* y 801 *ter*, todos ellos del Código de Justicia Militar.

Con una relación legislativo-bibliográfica concluye una obra que, como decíamos al comienzo, es rigurosamente coherente con su condición de libro de texto y con las pretensiones de su autor. Entre los valores de este trabajo están, sin duda, su seriedad, su claridad y su sencillez, junto a un planteamiento pedagógico certero. Baste, en este punto, destacar la estricta determinación de objetivos que procede a todo capítulo y los *reactivos* que lo cierran o los cuadros estadísticos, macros, ilustraciones y otros apoyos gráficos con los que sin duda, se alcanza el objetivo docente del trabajo.

Pero si esta obra es, ante todo, un manual de Derecho militar que, como tal, constituye un instrumento pedagógico de primer orden, viniendo a cubrir su espacio en los ámbitos docentes, comporta, asimismo, una aportación valiosa y efectiva que resultará de utilidad en otros sectores de las fuerzas armadas, e, incluso, para juristas de ámbitos profesionales diversos. Resulta, pues, cumplida, con suficiencia, la pretensión del autor de que su trabajo constituyese «un marco de referencia para el inicio en la profundización de sus múltiples temas y vertientes de quien se aventure a navegar por la inmensidad de conceptos, doctrina, normatividad y cuestiones de facto que animan y determinan el universo de conocimientos que constituye el Derecho militar mexicano».

Cabe, en definitiva, felicitar al profesor Alejandro Carlos Espinosa por esta segunda edición, corregida y aumentada, de su *Derecho Militar Mexicano*, que, desde su primera publicación en 1998, constituye referencia obligada en la literatura militar mexicana, aparte de, como queda expuesto, un valioso instrumento pedagógico para cuantos tratan de iniciarse — e, incluso, profundizar— en el estudio de este específico sector del Ordenamiento.

Antonio Millán Garrido
Universidad de Cádiz (España)

2. NOTICIA DE LIBROS

NOTICIA DE LIBROS

Juan Carlos González Barral

AAVV, *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Cruz Roja Española, Tirant Monografías, 2002, 671 págs. El éxito del libro, hoy agotado, Curso de Derecho Internacional Humanitario, editado también por Cruz Roja Española en 1999, con ocasión del quincuagésimo aniversario de los Convenios de Ginebra, ha impulsado a sus autores, a abordar la tarea de su perfeccionamiento y actualización. Como resultado de dicha revisión ha salido a la luz este Derecho Internacional Humanitario mucho más completo que el anterior, aunque conservando lo esencial de su contenido y de su impulso inspirador. Precisamente desde 1999 en que tuvo lugar la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y el Informe del Secretario General de la ONU sobre La protección de los civiles en los conflictos armados, el interés y la repercusión del Derecho Internacional Humanitario no ha hecho más que acrecentarse. Conscientes del interés y de la creciente demanda de conocimiento del DIH, el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja ha venido incrementando en los últimos años la frecuencia y la cantidad de sus cursos, en los cuales resulta esencial contar con un manual de calidad como el que es objeto del presente comentario. Hay que señalar también que el presente libro se inscribe en el marco de una estrategia de colaboración entre el CDIH de la Cruz Roja y la Editorial Tirant lo Banch, que ya cuenta con libros como los de Urbina o Hernández Pradas y que puede colaborar a la mejor difusión del DIH en el ámbito universitario. En cuanto a los autores hay que destacar la labor inspiradora y coordinadora llevada a cabo por el Director del CDIH, D. José Luis Rodríguez Villasante, así como por su Director Técnico, catedrático de Derecho Internacional, D. Manuel Pérez González. Junto a miembros del Cuerpo Jurídico

dico Militar como Pignatelli, García Labajo, Suárez Leoz, Ruiz de los Paños y González Barral hay que destacar la participación de profesores universitarios expertos en DIH como Cáceres o Hernández Pradas, de médicos como Otero o el colombiano De Currea, de militares como Doménech, Guisández o Jar y, en fin, de un elenco de profesores del CDIH como Antón, Babé, López o Alonso. Por tanto, esta riqueza de perspectivas, y en especial la dimensión práctica y operativa, harán que este libro sea objeto de atención no solo por parte de juristas teóricos, sino también por parte de quienes, al participar en un conflicto armado, se vean en el deber de aplicar las normas que en el se explican.

AAVV, Operaciones de Paz, Madrid, Ministerio de Defensa, 2002, 218. Tras el notable éxito del Manual de operaciones de paz, publicado en 1995 con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas, la Dirección General de Política de Defensa ha coordinado la redacción de un nuevo volumen adaptado, en la cual han participado personal militar experto del EMAD, los Cuarteles Generales de los Ejércitos y colaboradores militares en organismos internacionales. El resultado ha sido un manual, editado de forma atractiva, orientado más bien hacia el personal de las Fuerzas Armadas que participe en operaciones de paz, al que sin duda le será de mucha utilidad. Estructurado en siete capítulos, el libro aborda las cuestiones más generales, como el concepto, evolución histórica, marco legal, financiación y procedimientos para su establecimiento, pero tampoco olvida las consideraciones operativas que se van desgranando con la evaluación de la experiencia adquirida en la participación española en las operaciones de paz desde el año 1989. El libro se cierra con una pregunta acerca del futuro de las operaciones de paz que concluye con la afirmación de que las operaciones de paz han sido, son y seguirán siendo una excelente herramienta para «prevenir y limitar» los conflictos y buscar salidas pacíficas a los mismos.

AAVV, *Revisión Estratégica de la Defensa. I Seminario Internacional (22-24 de octubre de 2001) y II Seminario (17 de enero de 2002)*, Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General de Política de Defensa, 2002, 245 págs y 133 págs. La Directiva de Defensa Nacional 1/2000, exigía la elaboración de una Revisión estratégica que integrara la Defensa Nacional en el marco de la seguridad compartida con nuestros aliados y que determinara las capacidades militares necesarias para responder a las exigencias derivadas de ello. Dada su trascendencia, esta tarea requiere ser elaborada con el máximo consenso posible entre las diferentes fuerzas políti-

cas y sociales y, como consecuencia de esa exigencia, la Secretaría General de Política de Defensa organizó sendos seminarios a finales de 2001 y principios de 2002. Los libros que comentamos, recogen las actas de los coloquios celebrados en el CESEDEN en aquellas fechas. A fin de situar el debate, en el primer seminario se abordó un estudio comparado de distintas revisiones estratégicas llevadas a cabo por países tales como Gran Bretaña, Bélgica, Estados Unidos y Noruega, planteándose la posibilidad de una revisión estratégica europea. El punto de arranque de cualquier revisión estratégica, debe partir de una precisa determinación de las misiones de las Fuerzas Armadas, en desarrollo de lo previsto en el artículo 8 de la Constitución. De acuerdo con los trabajos provisionales, las misiones de las Fuerzas armadas se clasifican en torno a tres criterios básicos: Contribuciones a la paz y estabilidad internacionales, contribuciones a la seguridad de los ciudadanos y prevención de cualquier tipo de agresión. Así, junto a las misiones tradicionales, la participación de las Fuerzas Armadas en misiones humanitarias o de gestión de crisis (misiones Petersberg), la colaboración con las Fuerzas de seguridad en tareas como la lucha contra el terrorismo, el narcotráfico o la criminalidad organizada, o el papel central de la inteligencia para prevenir la agresión, parecen quedar establecidas. La trascendencia de estos debates y discusiones aconsejan que el jurista deba estar informado y, al mismo tiempo, participar en estos coloquios en los que no es posible ignorar la dimensión jurídica que, inevitablemente, deberá ser tenida en cuenta cuando la Revisión estratégica pase a concretarse en un documento oficial.

CALDERÓN MADRIGAL, Salvador, *Cuestiones sobre el honor. El honor militar y su reflejo en los textos histórico/jurídicos de Roma, edad media y antiguo régimen españoles*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2002, 294 págs. En tiempos de vertiginoso cambio y transformación de las disciplinas jurídicas, continuamente trastocadas por la incesante producción de normas y renovación de jurisprudencia, resulta tranquilizador volver a la calma e intemporalidad de los estudios de historia del Derecho. Descubrir la raíz de nuestras instituciones, preguntarse por su razón de ser, es una noble tarea que contribuye a estabilizarlas. El honor, sigue siendo un concepto utilizado en nuestras Fuerzas Armadas y que conserva una cierta virtualidad. Por esta razón el estudio de Calderón, miembro del Cuerpo Jurídico Militar, resulta de interés para tratar de fijar las raíces históricas de un concepto tan huidizo. Desde la antigüedad clásica, y en especial a través de los textos jurídicos del Derecho Romano, el Fuero Juzgo, las Partidas o la Novísima Recopilación, el autor va desgranando un concepto de

honor militar que, en muchos casos se expresa en una serie de privilegios concedidos a la oficialidad, en razón de su nobleza. El estudio realizado es serio y bien documentado en la línea de los excelentes ensayos que el Ministerio de Defensa viene publicando en su prestigiosa colección Defensa. No obstante, el lector del presente libro se queda un tanto frustrado al ver detenido el estudio a principios del siglo XIX. Se echa de menos en este sentido una mayor dosis de hermenéutica, de ensayo por vincular el significado histórico del concepto de honor con el que se ha expresado en textos jurídicos contemporáneos. La desaparición de la aristocracia, la sociedad de masas, la emancipación de la mujer o el proceso de secularización, han supuesto una radical transformación en la concepción del honor. Autores como Janowitz o Moskos comenzaron a hacer ver que el moderno militar profesional, se va centrando cada vez más en modelos de profesión que dan más importancia a las ventajas económicas que a viejos conceptos como el del honor que, sin embargo, siguen conservando un romántico atractivo. Por esto, el estudio histórico de Calderón contiene en el fondo una llamada a la caballeridad y a la dignidad vinculada al «noble» ejercicio de las armas.

CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, Alfonso de, GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, *Las Órdenes y condecoraciones civiles del Reino de España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, 2001, 416 págs. Como señala el General Sabino Fernández Campo en el Prólogo de este libro, sus autores han realizado un completo y perfecto trabajo que merece todos los elogios, pues refunde en un solo texto cuanto debe conocerse o consultarse sobre esta materia, desde el origen histórico de las Reales Órdenes y condecoraciones civiles españolas, hasta su regulación jurídica, sin dejar de establecer las aclaraciones necesarias para su uso. Pero quizás más que el sorprendente y documentado detallismo con el que se describen las diferentes condecoraciones civiles, tanto las vigentes como las extinguidas, se enumeran las ventajas y privilegios que llevan anejos e incluso se dedica un extenso capítulo al arte y la manera de lucir las condecoraciones, el aspecto más interesante del libro consista en su contribución al desarrollo del concepto del Derecho Premial. Ligado a los avatares de la Institución monárquica en nuestra historia contemporánea, el Derecho Premial, constituido en gran parte por la normativa nobiliaria histórica, las disposiciones sobre tratamientos, precedencias y cortesías, nunca pudo integrarse de otra forma que no fuera una amalgama de normas dispersas de carácter arcaizante. El propósito de este libro parece ser el de contribuir a la digni-

dad y a la clarificación de un ámbito del Derecho que puede ser reivindicado con total dignidad en el contexto de la restauración de la Monarquía española en 1975. La chabacanería y carencia de estética y ceremonial en la mayoría de los actos públicos, contribuye a aquello que Senet caracterizó como el declive del hombre público, la deserción del individuo hacia ámbitos privados dominados por el confort y la ausencia de formalismo. Los autores del libro expresan su voluntad de recuperar una tradición histórica de galardones prestigiosos, integrándola en una moderna Monarquía constitucional, en lugar de proceder a una «eclosión de condecoraciones de bagatela con denominaciones hilarantes». Por otra parte, el estudio realizado representa también un modelo para la introducción del Derecho Premial en el campo de lo militar. Tal vez, García_Mercadal, miembro del Cuerpo Jurídico Militar, y que ya ha realizado algunos estudios al respecto, pueda contribuir a llenar esta laguna.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco y ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Derecho de Petición. Comentarios a la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre*, Madrid, Civitas, 2002, 1279 págs. Parecería muy difícil la relación entre los atentados del 11 de septiembre y el derecho de petición, pero los autores del libro lo abren con una referencia al dramático llamamiento del Pentágono a la población norteamericana pidiendo «sugerencias» para combatir el terrorismo y, en particular, para descubrir a los presuntos autores del envío de cartas con esporas de ántrax. Es una muestra de la situación de menesterosidad del Estado que pide ideas al pueblo para mejor gobernar. No es otro el fundamento del derecho de petición que, lejos de presentarse como un residuo arcaico y paternalista de la época del despotismo ilustrado, revela una honda raigambre democrática. Veintitrés años han pasado para que el derecho de petición, reconocido en el artículo 29 de la Constitución Española, haya sido desarrollado por la Ley Orgánica 4/2001. Quizá una de las razones de esta tardanza haya sido el hecho de que la antigua ley de 1960, se trataba de una buena ley, según apreciación casi unánime de los administrativistas, pero, en cualquier caso, se imponía esta adaptación al marco constitucional español. González Navarro, Magistrado del Tribunal Supremo y catedrático de Derecho administrativo, y Alenza García, profesor titular de la citada asignatura, han realizado una voluminosa obra, como suelen ser casi todas las de comentarios, pero en este caso hay que subrayar el carácter ingente de la labor comentadora si la comparamos con la relativa brevedad del texto comentado. Los autores, que se manifiestan moderadamente críticos ante el texto legal, dan cuenta de sus principales novedades como son la ampliación del ámbito

subjetivo de los titulares del derecho, la mayor precisión de los deberes de los destinatarios de las peticiones, el antiformalismo y la apertura a las nuevas tecnologías como Internet o el régimen de protección jurisdiccional del derecho de petición. De especial interés pueden resultarnos los comentarios relativos al ejercicio del derecho de petición por los miembros de las Fuerzas Armadas, de los Institutos Armados y de los Cuerpos sometidos a disciplina militar. Alenza se inscribe en esa creciente tendencia doctrinal que pone en cuestión el fundamento de las restricciones a los derechos de los militares. Cuando esa revisión del sistema de derechos y deberes civiles y políticos del militar se lleve a cabo, deberá mejorarse también, según Alenza, la regulación del derecho de petición que resulta, hoy por hoy, un tanto confusa y variopinta en el ordenamiento militar.

GURUSWAMY, Lakshman D. y GRILLOT, Suzette R., (Eds), *Arms control and the environment*, New York, 2001, 274 págs. Las relaciones entre el uso de las armas y el medio ambiente, vienen ocupando en los últimos años a numerosos estudiosos. La sensibilidad hacia las cuestiones medioambientales no hace más que acrecentarse y se ha llegado a comprender que la protección del medio ambiente es un requisito para la supervivencia de un país o a nivel global. En este sentido se ha llegado a formular por los teóricos de las relaciones internacionales un concepto de seguridad multidimensional, en el cual la dimensión puramente militar debe coordinarse con otras dimensiones de tipo social o económico como puede ser la protección del medio ambiente. Tradicionalmente los estudios sobre el tema se han centrado en dos aspectos. Uno de ellos consiste en considerar las causas medioambientales de las guerras, pues efectivamente la presión de las poblaciones en situaciones de degradación medioambiental, de escasez de determinados bienes, como el agua, fundamentales para la subsistencia, han llevado al conflicto armado en numerosas ocasiones. Por otra parte, se ha señalado en numerosas ocasiones, y en particular con ocasión de la Guerra del Golfo, los efectos devastadores y contaminantes que un conflicto armado puede llegar a tener sobre el medio terrestre, marítimo o atmosférico. Asimismo, la devastación de cosechas, la voluntaria contaminación de las aguas, son utilizadas en muchas ocasiones como medios de guerra. A pesar de ser conscientes de esas vinculaciones entre el medio ambiente y utilización de las armas, el presente libro, que recoge las conclusiones de un coloquio desarrollado en la universidad de Tulsa a finales de 1999, introduce un enfoque novedoso de la cuestión. La mayoría de los trabajos se centran en la cuestión de evaluar los costes económicos y medioambientales derivados de la ejecución de

los Tratados internacionales sobre desarme y control de armamentos, fundamentalmente en el ámbito de las armas nucleares, químicas y biológicas. A título de ejemplo puede citarse la polución ocasionada por los más de 140 submarinos nucleares soviéticos, retirados en los cementerios navales situados en los puertos de Murmansk o Vladivostok.

MOIR, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 306 págs. Como se ha reconocido unánimemente, y de forma especial por el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, la mayoría de los conflictos armados que han venido desarrollándose tras la Segunda Guerra Mundial, han tenido un carácter interno, han perdido su carácter interestatal. Por tanto, resulta de sumo interés el determinar qué regulación legal es aplicable a estos conflictos, en un contexto en el que los individuos van adquiriendo, de forma cada vez más inequívoca el carácter de sujetos de Derecho Internacional. Desde la guerra civil norteamericana entre 1861 y 1865, en la cual los dos bandos comprobaron la necesidad de aplicarse entre sí el respeto a las leyes de la guerra dando origen al famoso Código Lieber, la aplicación de las leyes de la guerra en conflictos armados internos no hizo más que disminuir. Normalmente los Estados surgidos en el proceso de descolonización, no estaban dispuestos a conceder demasiada protección a sus propios rebeldes, de ahí las débiles garantías otorgadas por el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, acerca de los conflictos armados de carácter no internacional. El tema ha vuelto a ser candente con motivo de los conflictos de Rwanda, en la exYugoeslavia o en Chechenia. Es lógico, en consecuencia, el interés que la cuestión viene despertando entre los expertos en Derecho Internacional. Es preciso recordar aquí el excelente libro que sobre este aspecto publicó la profesora Mangas hace algunos años. Lindsay Moir, profesor de Derecho Internacional en la Hull Law School, presenta en su libro una buena introducción al tema, estudiando el alcance del Artículo 3, común a los Convenios de Ginebra, y de las disposiciones contenidas en el Protocolo Adicional II. De especial interés resultan las actualizaciones del libro acerca del papel de las Naciones Unidas en las operaciones de mantenimiento de la paz o el comentario a la jurisprudencia establecida por la Cámara de Apelaciones del Tribunal para la Antigua Yugoslavia a propósito del caso Tadic.

PERAL FERNÁNDEZ, Luis, *Exodos masivos supervivencia y mantenimiento de la paz*, Madrid, Trotta, 2001, 413 págs. La proliferación de conflictos en las últimas décadas se ha traducido normalmente en éxodos

masivos de población que exigen nuevas respuestas y nuevos métodos de protección de los refugiados. El llamado Derecho Internacional de los refugiados se ha ido consolidando desde la creación del ACNUR y la Convención sobre el estatuto del refugiado hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 y completada mediante su Protocolo de Nueva York de 1967. Pero la Convención sobre los refugiados, surgida como una respuesta coyuntural a un problema eminentemente europeo en el contexto de la posguerra, no contemplaba el caso de éxodos masivos que son los que se han venido produciendo sobre todo en Africa. El autor de este libro, profesor de Derecho Internacional en la Universidad Carlos III, intenta contribuir a una reformulación del problema de los refugiados vinculado al Derecho Internacional de los derechos humanos. La protección de la población refugiada se ha de fundamentar en el hecho de un abandono forzoso del Estado de residencia habitual por una violación masiva y grave de los derechos humanos. Quienes así huyan tienen derecho a no ser rechazados (principio del no *refoulement*), ahora bien la carga de la acogida debe ser soportada subsidiariamente por la comunidad internacional. Así, por tanto, la acogida en casos de afluencia masiva para garantizar una supervivencia digna, solo puede concebirse como una costumbre universal que viene asegurada en última instancia por la comunidad internacional cuando el Estado de acogida no puede o no quiere prestarla. El papel de las Naciones Unidas, y en especial de ACNUR, es esencial para concretar y definir los principios sobre los que se ha de basar la asistencia internacional.

SOROETA LICERAS, Juan, *El conflicto del Sahara Occidental, reflejo de las contradicciones y carencias del Derecho Internacional*, Bilbao (Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco), 2001, 370 págs. Las conflictivas relaciones entre España y Marruecos han adquirido una nueva dimensión con motivo del reciente contencioso sobre las Islas Perejil. La mayoría de los observadores ha hecho notar que ese conflicto fue provocado por Marruecos a fin de presionar a España hacia un cambio de postura en relación con su postura sobre el Sahara Occidental. Se trata de un problema en el que, en numerosas ocasiones, la perspectiva política ha acabado por ocultar o deformar la indiscutible dimensión jurídica del conflicto. Por esto, un libro como el que ahora comentamos resulta enormemente oportuno y útil para ayudar a fundamentar la posición española sobre la cuestión. Pero, por otra parte, el libro de Soroeta, saca a la luz todas las contradicciones del Derecho Internacional contemporáneo acerca del ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos. Entre los aspectos que se abordan, está ante todo el de la naturaleza jurídica del

derecho a la libre determinación de los pueblos en el contexto de la descolonización, que se define como perteneciente al ius cogens y defendible erga omnes. En segundo lugar se estudian las relaciones entre el aspecto político y jurídico en la elaboración del censo. Un tercer aspecto interesante es el del debate acerca de la legitimidad del uso de la fuerza por parte de los pueblos sometidos a dominación colonial, y en concreto por parte del pueblo saharauí, así como el de la prohibición del uso de la fuerza contra los pueblos sometidos a dominación colonial. Aunque los cambios de posición de Estados Unidos y Francia, apuntan a un intento de solución política del conflicto favorable a una integración del Sahara occidental en Marruecos como una región autónoma, el autor defiende una solución jurídica, conforme con todas las Resoluciones de las Naciones Unidas adoptadas hasta la fecha. Es ese fundamento jurídico el que habría de permitir finalmente la celebración de un referéndum justo y libre cuyo resultado habría de ser respetado por toda la comunidad internacional.

TORRES VIQUEIRA, Enrique, *Contratación Militar. Elementos procedimentales*, Madrid, Isdefe, 2001, 638 págs. El autor, General de Brigada del Cuerpo Militar de Intervención, antiguo director de la Escuela Militar de Intervención, con una gran experiencia docente como profesor en el campo de la contratación militar, ha ejercido también como interventor en numerosos centros militares encargados de la contratación. Su experiencia práctica y docente, le avala por tanto como uno de los mejores especialistas sobre un tema que requería de un libro actualizado como el que ahora comentamos. Independientemente de que la contratación militar tenga sus principios y fundamento en la contratación de las administraciones públicas en general, posee también muchas especificidades que son ignoradas no solo por la mayoría de los administrativistas, sino también por el personal militar encargado de la contratación. Por esta razón el libro de Torres Viqueira puede ser objeto de interés para teóricos y prácticos de la contratación administrativa. Escrito con un indudable sentido práctico y pedagógico, servirá, sin duda, de manual para los alumnos de los Cuerpos de Intervención, Jurídico o Intendencia, y para los que trabajan en los órganos de contratación de los tres ejércitos. En el libro, aunque estructurado en 29 capítulos, pueden distinguirse dos partes fundamentales. Una parte general en la que se analizan los principios generales de la contratación administrativa de acuerdo con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y una parte especial en la que se abordan las particularidades de la contratación militar, tanto en el nivel orgánico, señalando qué autoridades son competentes para contratar en el ámbito del Ministerio de Defen-

sa, como en el procedimental desde la fase preparatoria del expediente hasta la fase de ejecución. De especial interés resulta el tratamiento de las cláusulas especiales: Homologación, Normalización, Catalogación, Seguridad y Aseguramiento de la calidad, así como el capítulo dedicado a la contratación en el extranjero. Quizás la única objeción que se podría realizar a este espléndido libro es que su referencia a disposiciones legales, reglamentos y órdenes resulta muy escasa, por lo que al especialista, interesado en el tema, le resulta muy difícil determinar el grado de actualización de las disposiciones en las que el autor fundamenta su exposición.

4. NOTICIA DE REVISTAS

NOTICIA DE REVISTAS

José Leandro Martínez-Cardos Ruiz

SUMARIO

A) CUESTIONES ADMINISTRATIVAS; B) CUESTIONES DE DERECHO PENAL; C) CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL; D) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO DE LA GUERRA.

A) CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

En el número 38 de *Actualidad Administrativa*, José María Rojí Buqueras inserta un trabajo sobre «Las uniones temporales de empresas como licitadores en la contratación administrativa». En el número 39 de la misma revista, Jesús María Chamorro González publica un artículo «Terminación convencional y silencio administrativo».

En los *Cuadernos de Derecho Público*, número 11, José María Boquera Oliver publica un artículo titulado «Los contratos de la Administración en la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa».

«El futuro de los regímenes de no proliferación de armas de destrucción masiva», de Conrado Igea, se incluye en el número 2687 del *Informacion Comercial Española*.

B) CUESTIONES DE DERECHO PENAL

En la revista *Actualidad Penal*, en el número 27, Jesús Urraza Abad inserta un trabajo titulado «Delitos relativos a la ordenación del territorio:

principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales». En el número 40, se publica un artículo de Fernando Navarro Cardoso sobre «La autoría en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo».

C) CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL

La *Revista de Derecho Procesal de 2001*, en un único número extraordinario, está dedicado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, dando una visión conjunta y completa de la nueva ley rituaría en los distintos artículos.

D) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO

En *Actualidad penal*, número 11, de 11 a 17 de marzo de 2002, se incluye un artículo de Barberá Fraguas sobre «*Derecho penal internacional: el genocidio y otros crímenes internacionales. Autoría y participación: La responsabilidad del superior jerárquico, autoría inmediata*»

El número 95 del *American Journal of International Law* (enero de 2001), incluye diversos artículos publicados con ocasión del simposium celebrado sobre «Reconstrucción después de un conflicto civil». Payam Akhavan publica un artículo titulado «*Beyond impunity: Can International Criminal Justice prevent future atrocities*»; el de Lorna Mac Gregor tiene como rúbrica «*Individual Accountability in South Africa: Cultural optimum or potical facade?*». Los otros son los de Hansjörg Strohmeyer («*Collapse and reconstruction of a judicial system? The United Nations Mission in Kosovo and East Timor*»; el de Jennifer Widner, «*Courts and democracy in postconflict transitions: a social scientist's perspective on the African Case*»; el de Michael J. Matheson, «*United Nations Governance of postconflict societies*»; el de Samuel H. Barnes, «*The Contribution of Democracy to Rebuilding postconflict societies*» y el de Allan Gerson, «*Peace building: The private sector's role*».

En fascículo 4 del mismo número 95 del *American Journal of International Law* (octubre de 2001) recoge cuatro sucintas notas de interés firmadas por Reisman («*In defense of world public order*», «*The use of force against terrorism an international law*», «*Terrorismo and the right of self-defense*» y «*hegemonic international law*».

IV. INFORMACIÓN

**ACTO DE PRESENTACION DEL NÚMERO 77 DE LA REVISTA
ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR «IN MEMORIAM»
J.F. DE QUEROL Y LOMBARDEO**

El día 10 de junio de 2002, dentro de las actividades de la Cátedra «Jorge Juan», de la Universidad de La Coruña y Zona Marítima del Cantábrico, se celebró en el Aula Magna del Centro de Herrerías de Ferrol el acto de presentación del número 77 de la Revista Española de Derecho Militar (REDEM), Extraordinario «In Memoriam» de José Francisco de Querol y Lombardero, General Consejero Togado del Cuerpo Jurídico Militar y Magistrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, fallecido en atentado terrorista el día 30 de octubre de 2000.

El acto de presentación, promovido por el Consejo Editorial y el Consejo de Redacción de la REDEM, encontró una cálida acogida en la Cátedra «Jorge Juan» y en las instituciones ferrolanas, constituyendo un sentido homenaje al querido compañero fallecido y un recuerdo emotivo para su viuda Josefina Orozco, hijos, hermanos y familia.

Ocuparon la presidencia del acto, al que asistió gran cantidad de público que llenó el Aula Magna, el Delegado del Gobierno en la Comunidad de Galicia, el Almirante Jefe de la Zona Marítima del Cantábrico, el Vicerrector de la Universidad de La Coruña, el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Ferrol, el Presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y el Director de la Revista Española de Derecho Militar.

Acompañaron también a la Viuda de Querol, hijos y hermanos, los Magistrados de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, el Magistrado Juez Decano de Ferrol, el Decano del Colegio de Abogados, el General Asesor Jurídico de la Armada, el Vicealmirante Jefe del Arsenal de Ferrol, el Contralmirante Jefe de Estado Mayor de la Zona Marítima y numerosos

compañeros del fallecido General y Magistrado en el ámbito del Cuerpo Jurídico Militar, de la Armada y de la Abogacía.

Se inició el acto con la intervención del Director de la Cátedra «Jorge Juan», Capitán de Navío Alberto Lens Tuero quien, en unas sentidas palabras, destacó el significado de la presentación y la figura del homenajeado.

Le siguió en el uso de la palabra el General Consejero Togado José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, quien destacó el acuerdo del Consejo Editorial y del Consejo de Redacción de la REDEM para dedicar un número extraordinario de la Revista «In Memoriam» de J.F. de Querol. Glosó en sus palabras la trayectoria del compañero asesinado, sus virtudes humanas y profesionales, su vinculación con Ferrol y la Armada, su obra escrita y magisterio como jurista, añadiendo algunas reflexiones sobre el fenómeno terrorista y los Derechos Humanos. Agradeció muy sinceramente la participación de los numerosos autores que escriben en el número «In Memoriam», que ofreció a la viuda y familiares *«no solo como un testimonio de solidaridad con las víctimas del terrorismo»*, sino con la intención de que *«el recuerdo del justo permanezca»*.

A continuación se leyó un sentido telegrama de adhesión al acto del Almirante General Francisco Torrente Sánchez, Jefe del Estado Mayor de la Armada.

Intervino seguidamente el General Consejero Togado Manuel Ortiz Calderón que destacó la figura del General Querol como Auditor de la Armada, recordando los años de ejercicio profesional en la Auditoría de la Zona Marítima del Cantábrico, su magisterio y cualidades humanas, su dimensión como jurista completo y su entrañable sentido del compañerismo. Puso de relieve el gran prestigio del homenajeado en el desempeño del importante cargo de Auditor y, más tarde en Madrid, ya General, en el desarrollo de la función consultiva como Asesor Jurídico del Cuartel General de la Armada.

El Presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, José María Ruiz-Jarabo y Ferrán, que ostentaba la representación del Presidente del Tribunal Supremo, tomó la palabra para glosar la memoria del Magistrado Querol y Lombardero, recordándolo como un buen juez, ponderado, conciliador, competente y bueno, inagotable conversador, buen escritor y entrañable amigo. Pronunció en su parlamento cariñosas palabras de consuelo para su viuda y familia, así como una enérgica declaración de condena para quienes no saben defender sus ideas con las palabras, sino con bombas o tiros en la nuca, añadiendo de forma firme y emotiva que nunca conseguirán amedrentar a quienes administran Justicia.

Cerró el turno de intervenciones el Letrado del Colegio de Ferrol Jaime Dapena Fernández, vinculado al magisterio de J.F. de Querol por sus

estudios de Derecho y en el ejercicio de la abogacía. La personalidad del homenajeado fue ahora recordada en su condición de abogado, profesión que desempeñó durante más de veinticinco años, haciendo el orador especial memoria del sentido ético-jurídico que presidió siempre su actividad profesional. El fallecido General, Magistrado y Abogado amaba el ejercicio de la abogacía, a la que sirvió como vocación atendiendo con bondad, paciencia y comprensión a todos los que llamaron a su despacho, muchas veces de forma desinteresada.

Antes de finalizar el acto se hizo entrega de sendos ejemplares del número 77 de la REDEM a la viuda e hijos del General Querol y Lombardero.

Por último, el Almirante Francisco Rapallo Comendador, Jefe de la Zona Marítima del Cantábrico clausuró el acto de presentación con unas sentidas palabras de recuerdo, glosando la figura del homenajeado y su vinculación con la Armada.

INFORMACIÓN: ENTREGA DE DIPLOMAS DE ESPECIALIDADES DEL CUERPO JURÍDICO MILITAR

El 28 de junio de 2002, presidido por el Ilmo Sr Subsecretario de Defensa D. Victor Torre de Silva y López de Letona, tuvo lugar la clausura del curso académico 2001-2002 del Grupo de Escuelas de la Defensa. En el marco de esta clausura se realizó la entrega de los correspondientes diplomas a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que superaron con éxito los Cursos de Perfeccionamiento en Derecho Penal Militar, Derecho Administrativo Militar y Derecho Internacional Militar, convocados por Resolución 453/00782/00 de 12 de enero de 2000.

El hecho reviste una especial significación para el Cuerpo Jurídico Militar puesto que con este acto solemne de entrega de los diplomas se vuelve a retomar una tradición que se había interrumpido en el año 1985, coincidiendo precisamente con la creación de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos por Real Decreto 1191/1986 de 13 de junio.

Los cursos de especialización de los antiguos Cuerpos Jurídicos, Militar, de la Armada y del Aire, fueron establecidos de forma casi simultánea a la reorganización de estos Cuerpos con posterioridad a la Guerra civil. El Decreto de 15 de marzo de 1940 que creó el Cuerpo Jurídico del Aire, fue seguido, pocos meses más tarde, del Decreto de 2 de noviembre de 1940 que estableció el Diploma de Derecho Internacional, Aéreo e Industrial para los miembros del Cuerpo Jurídico del Aire. Este diploma cuya aplicación fue desarrollada por Orden de 14 de enero de 1941 (BOA n.º 8) exigía la superación de dos cursos de cinco meses de duración cada uno, al aprobar las asignaturas indispensables para poder obtener el título de Doctor en Derecho, y la presentación de un trabajo científico sobre algún tema de importancia referido a alguna de las materias cursadas.

El Decreto de 1 de febrero de 1946 que aprobó el Reglamento Orgánico del Cuerpo Jurídico Militar, derogando el de 5 de junio de 1920, estableció en su propio texto (artículos 35 a 37) los diplomas de «Derecho Internacional», «Derecho Administrativo Militar», «Derecho Penal» y «Derecho Procesal Militar». La regulación concreta de estos diplomas se remitía a los cursos y pruebas que se fijaran por la Academia Especial del Cuerpo, reconociendo en todo caso que la posesión legal del grado de Doctor en Derecho permitiría la obtención del diploma con el mínimo de los requisitos exigidos en cada caso. En cualquier caso, en dicho Decreto de 1946 se aprobaba el tradicional distintivo de diplomado consistente en una carlanga en bordado dorado.

El Reglamento Orgánico del Cuerpo Jurídico de la Armada, aprobado por Real Decreto de 26 de noviembre de 1920, no incluía ninguna referencia expresa a los diplomas. No obstante, los miembros del Cuerpo Jurídico de la Armada podían cursar los estudios específicos de diplomado previstos para el Cuerpo Jurídico Militar y Cuerpo Jurídico del Aire. A estos efectos, las Ordenes de 20 de febrero de 1965 y 22 de noviembre de 1965 del Ministerio de Marina, facultaban al personal del Cuerpo Jurídico de la Armada, que hubiera superado los correspondientes cursos, a utilizar los distintivos de diplomado en las Escuelas de Estudios Jurídicos del Ejército de Tierra y del Ejército del Aire.

Durante más de cuarenta años, de forma constante e ininterrumpida, se vinieron desarrollando en las respectivas Escuelas de Estudios Jurídicos de los Ejércitos, los correspondientes cursos de diploma para los miembros de los Cuerpos Jurídicos. Este proceso de formación sufrió una brusca paralización, como ya hemos señalado, en el año 1986 con la creación de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Aunque el artículo 2.1.b del Real Decreto 1191/1986 que la creó, unificando las funciones de las anteriores escuelas, señalaba entre una de sus funciones la de «impartir los cursos de perfeccionamiento y especialización» para el personal de los Cuerpos Jurídicos, lo cierto es que a partir de la citada fecha y a pesar de los numerosos intentos por reinstaurarlos, no se convocó ningún curso de diploma.

Bajo el impulso de la publicación de la Ley 17/1999 de 18 de mayo que pretende garantizar «una oferta de especialización continuada» y buscar la mayor compatibilidad con las disposiciones legales que regulan el sistema educativo general, fue posible la convocatoria de estos cursos de perfeccionamiento que, por su estructura y contenido, equivalen a los antiguos cursos de especialización, como lo demuestra el hecho de llevar aparejado el reconocimiento del uso sobre el uniforme de la tradicional car-

larga usada por los antiguos auditores y vinculada a la especialización conforme a lo previsto en la Instrucción del Subsecretario de Defensa 400/21115/89.

La estructura del curso prevista por la Resolución 453/00782/00, consiste en una fase de correspondencia consistente en la preparación de un temario de 40 temas de la especialidad, una fase de presente de dos semanas en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, y una fase de elaboración de tesinas durante un periodo de un año. En total el curso, desarrollado del 15 de abril del 2000 al 15 de octubre de 2001, tiene una carga lectiva equivalente a 32 créditos. Una de las novedades de la Resolución, en relación con sus precedentes, consiste en la posibilidad de convalidación de estos cursos no solamente por la redacción de una tesis doctoral que verse o incida sobre un tema de Derecho militar, sino también por la publicación de cuatro monografías sobre una misma rama de Derecho militar que fueran estimadas de suficiente calidad por el Tribunal designado al efecto.

De acuerdo con las anteriores bases, por Resolución del Director General de Reclutamiento y Enseñanza Militar de 29 de diciembre de 2000 (BOD n.º 5 de 2001), se concedió la convalidación del curso, a propuesta de los respectivos Tribunales, a los siguientes oficiales:

Derecho Penal Militar:

Teniente Coronel Auditor D. Ricardo Fortún Esquifino
Teniente Coronel Auditor D. Juan Manuel García Labajo
Teniente Coronel Auditor D. Rafael Eduardo Matamoros Martínez
Teniente Coronel Auditor D. José Alberto Fernández Rodera
Comandante Auditor D. Ricardo Izquierdo Grima
Comandante Auditor D. Enrique Rovira del Canto
Comandante Auditor D. Alfonso Barrada Ferreiros
Comandante Auditor D. Carlos Pérez del Valle
Capitán Auditor D. Luis Rueda García.

Derecho Administrativo Militar:

Coronel Auditor D. José Luis Fernández Fernández
Teniente Coronel Auditor D. Luis Fernández Estrada
Teniente Coronel Auditor D. Emilio Fernández-Piñeyro Hernández
Comandante Auditor D. Fernando García-Mercadal García-Loyorri
Comandante Auditor D. Juan Antonio Pozo Vilches
Capitán Auditor D. José Bautista Samaniego
Capitán Auditor D. Pedro Escribano Testaut
Capitán Auditor D. Joaquín María Peñarrubia Iza

Derecho Internacional Militar:

Coronel Auditor D. Fernando Pignatelli Meca

Teniente Coronel Auditor D. Manuel Hernández Tejero García

Capitán Auditor D. Alberto Ruiz de los Paños

Capitán Auditor D. Juan Carlos González Barral

Capitán Auditor D. José Miguel Alía Plana.

En cuanto a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que superaron las tres fases del curso, con los respectivos títulos de sus tesinas, fueron los siguientes:

Derecho Penal Militar:

Teniente Coronel Auditor D. Carlos Melón Muñoz, «La utilización de medios y métodos de combate ilícitos y el ataque indiscriminado o excesivo en el Derecho Penal español»

Teniente Coronel Auditor D. Antonio Lozano Ramírez, «Las garantías del imputado».

Teniente Coronel Auditor D. Luis Alberto Balbontín Pérez, «la valoración probatoria en el proceso contencioso disciplinario militar preferente y sumario»

Teniente Coronel Auditor D. Marcelo Ortega Gutiérrez Maturana, «problemas de aplicación del principio de legalidad en el Derecho Disciplinario Militar»

Derecho Administrativo Militar:

Teniente Coronel Auditor D. Antonio Gili Pascual, «Las relaciones entre las autoridades militares y civiles»

Teniente Coronel Auditor D. José María Ortiz Hernández, «Las situaciones administrativas del personal militar en la nueva ley de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas»

Comandante Auditor D. Pedro Jesús Altaba Cosin, «Las incompatibilidades del personal militar»

Comandante Auditor, D. Carlos Granados Moya, «La problemática de la contratación temporal en la Administración Militar».

Comandante Auditor D. Francisco Díaz Corvera, «La profesionalización en las Fuerzas Armadas».

Derecho Internacional Militar:

Comandante Auditor D. León García-Comendador, «La necesidad de una agresión armada genuina como condicionante de la legítima defensa».

Comandante Auditor D: Francisco Pascual Sarriá, «Problemática de la responsabilidad penal del individuo por su participación en crímenes contra el Derecho Internacional: Especial referencia a las Resoluciones de los Tribunales «ad hoc»».

Todos estos trabajos quedan a disposición de cuantos lectores quieran consultarlos en la biblioteca de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.

Con carácter previo al acto solemne de entrega de los diplomas al personal del Cuerpo Jurídico Militar relacionado anteriormente, que se desarrolló en el patio de armas del Grupo de Escuelas de la Defensa, tuvo lugar en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos un acto académico con una conferencia de clausura a cargo del General Consejero Togado D. Antonio Mozo Seoane, Asesor Jurídico General del Ministerio de Defensa. El acto académico se cerró con una emotiva despedida del General Mozo, próximo a dejar su cargo por pase a la situación de reserva.

Coronel Auditor D. Carlos Eymar Alonso