

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

90

JULIO  
DICIEMBRE  
2007

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

---

Ministerio de Defensa



# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

## DIRECTOR:

Antonio Mozo Seoane  
General Consejero Togado

## CONSEJO EDITORIAL:

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

## CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

## SECRETARIO:

Rafael Matamoros Martínez  
Coronel Auditor

## SECRETARIOS ADJUNTOS:

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

## REDACCIÓN:

Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de los Ingenieros, 6 Madrid-28047.  
Teléfs.: 91 364 73 93  
Fax: 91 364 73 99

## SUSCRIPCIONES:

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

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





**REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO MILITAR**

**90** *JULIO  
DICIEMBRE  
2007*

MADRID

**CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES**  
**<http://www.060.es>**

Edita:



NIPO: 076-07-273-7 (edición en papel)  
ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de cierre: diciembre 2007

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

NIPO: 076-07-272-1 (edición en línea)



# ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 90 JULIO-DICIEMBRE 2007

## DOCTRINA

- Resumen de contenidos. Table of contents ..... 9

## ESTUDIOS

- Luis A. Gálvez Muñoz, «El ejercicio del derecho de sufragio por los militares españoles en el extranjero. Examen crítico del procedimiento especial de votación previsto en la Orden 116/1999» ..... 17
- Antonio Millán Garrido, «Las nuevas infracciones contra los deberes del mando de aeronave militar (Comentario a la reforma penal y disciplinaria introducida por la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio)» ..... 55
- Gonzalo Jar Couselo, «Los ejércitos como actores en las emergencias humanitarias» ..... 81
- Ana María Sánchez Díaz, «La responsabilidad internacional por daños al medio ambiente en caso de conflicto armado» ..... 117

## NOTAS. COMENTARIOS

- Yolanda Gamarra, «El estatus de las misiones de paz en el territorio del Estado de acogida desde la práctica de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad en Afganistán» ..... 191
- Manuela Gea Fernández, «El régimen jurídico de la seguridad marítima» ..... 211

## TEXTOS

### LEGISLACIÓN

- Por María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera ..... 249

### JURISPRUDENCIA

- «Constitucional». Por Luis Bernardo Álvarez Roldán ..... 253
- «Contencioso-administrativa». Por Eva Bru Peral ..... 265

## DOCUMENTACIÓN

- Doctrina legal del Consejo de Estado. Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz ..... 283
- Estados Parte en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario. Por el Centro de Estudios de DIH de la Cruz Roja 291

## BIBLIOGRAFÍA

### RECENSIÓN DE LIBROS

- Antonio Mozo Seoane. «Estudios Jurídicos de Derecho Urbanístico y Medioambiental. Libro homenaje al Profesor Joaquín María Peñarrubia Iza». AA.VV., Moreno Rebato, Mar (coord.). Montecorvo, Madrid, 2007 ..... 307
- Carlos Eymar Alonso. «Derecho Internacional Humanitario». AA.VV., José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.). 2.<sup>a</sup> ed., Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch. Valencia, 2007 ... 313
- Carlos Eymar Alonso. «Víctimas del terrorismo. Nueva justicia, sanción y ética». Antonio Beristain Ipiña. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007 ..... 319

### NOTICIA DE LIBROS

- Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández ..... 327

### RECENSIÓN DE REVISTAS

- Por Antonio Millán Garrido ..... 331

### NOTICIA DE REVISTAS

- Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz ..... 337

## INFORMACIÓN

- Resumen y conclusiones del XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Defensa Social ..... 341

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

# **DOCTRINA**



## **RESUMEN DE CONTENIDOS. TABLE OF CONTENTS**

### **LUIS A. GÁLVEZ MUÑOZ, «El ejercicio del derecho de sufragio por los militares españoles en el extranjero. Examen crítico del procedimiento especial de votación previsto en la Orden 116/1999»**

El objeto de este trabajo es examinar críticamente la regulación del procedimiento especial de votación del personal de las Fuerzas Armadas destacado en el exterior. Se trata de situar el procedimiento en su contexto histórico y normativo, de analizar y evaluar tanto las especialidades que presenta respecto del procedimiento ordinario de votación a distancia, como el ámbito exacto en el que se aplica y los trámites que lo integran y, finalmente, de trazar una serie de propuestas en orden a su mejor y más coherente funcionamiento.

### **LUIS A. GALVEZ MUÑOZ, The exercise of the right to vote by Spanish military personnel abroad. Critical exam of the special proceeding of voting under Order 116/1999**

The aim of this study is a critical examination of the regulation of the special proceeding of voting for Armed Forces personnel abroad. It tries to situate the proceeding under its historical and normative context, to analyse and evaluate both its specialities in relation to the ordinary proceeding of voting distantly, and the exact limit in which is applied and the procedural steps which integrate it and, finally, to design proposals in order to its better and more coherent functioning.

**ANTONIO MILLÁN GARRIDO, «Las nuevas infracciones contra los deberes del mando de aeronave militar (Comentarios a la reforma penal y disciplinaria introducida por la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio)»**

La reforma de la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio, en el Código Penal Militar y en la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas ha tenido por objeto la previsión expresa de determinados incumplimientos, por parte del comandante de aeronave militar, de las normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo. En este trabajo, tras un minucioso análisis de la tramitación parlamentaria, en la que resultó debatida la propia existencia de la jurisdicción militar, se estudian las diversas cuestiones que, en sus distintos elementos típicos, plantean las nuevas infracciones –penal y disciplinaria– introducidas, con especial atención a sus sanciones específicas, la inhabilitación definitiva para el mando de aeronaves militares (en el orden penal) y la pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica (en el ámbito disciplinario), medidas con las que, en definitiva, se impide que los autores de vuelos sin observancia de las normas básicas de seguridad establecidas puedan volver a pilotar una aeronave en las fuerzas armadas. Se trata de la respuesta, penal y disciplinaria, adecuada a unos hechos que, al margen de su gravedad y posible trascendencia, son incompatibles con la función encomendada al mando militar.

**ANTONIO MILLÁN GARRIDO «New offences against the duties of military aircraft command (Commentaries to penal and disciplinary reform introduced by the Organic Law 7/2007, of July 2).»**

The reform of the Military Penal Code and of the Disciplinary Law of the Armed Forces operated by Organic Law 7/2007, 2 July, has had the objective of introducing express provisions of certain breaches, committed by the aircraft command, of the rules, orders or instructions related to air navigation and flight plan. In this work, after a meticulous analysis of the parliamentary proceeding in which was debated the existence of the military jurisdiction itself, it analyzes various questions that, in its different elements of type offences, arise from the new offences –criminal and disciplinary– introduced, paying special attention to its specific sanctions, the definitive incapacitation for military aircraft command (in the penal order) and the definitive loss of aeronautical aptitude (in the disciplinary area),

measures with the result that, at the end, it is prevented that persons responsible of flying without observing the basic rules of safety set out, could turn to pilot an aircraft in the Armed Forces. It is the appropriate answer, criminal and disciplinary, to facts that, regardless its seriousness and possible significances, are incompatible with the function given to military command.

### **GONZALO JAR COUSELO, «Los ejércitos como actores en las emergencias humanitarias»**

En las postrimerías del siglo XX se pone de manifiesto que el respeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del derecho Internacional Humanitario pueden llegar a guardar una estrecha relación con las operaciones militares de mantenimiento de la paz, con lo que se plantea, incluso, el posible uso de la fuerza para hacer llegar ayuda en situaciones de emergencia humanitaria. En ese sentido, la participación de contingentes militares en operaciones de ese tipo, en muchas ocasiones colaborando de manera estrecha con toda clase de organizaciones civiles, plantea una serie de cuestiones, tanto de orden político como en el plano meramente profesional, que obligan a repensar el empleo tradicional que se había venido haciendo de los ejércitos hasta ese momento y que obligan a éstos a tener que asumir nuevas misiones y, en consecuencia, a tener que modificar sus estructuras organizativas y sus procedimientos de actuación.

### **GONZALO JAR COUSELO, «The armies like actors in the humanitarian emergencies»**

In the twilights of the 20th century it is revealed that the respect of the International Law of Human rights and of the Humanitarian international law may bear a close relation with the peace keeping military operations, fact that arise the possibility of using force, even, to make aid reachable in situations of humanitarian emergency. In this sense, the participation of military contingents in this type of operations, collaborating real close with all kinds of civil organizations in many cases, raises various questions, both under a political perspective and under a merely professional plane, which force to rethink the traditional use that has been made of the armies up to this moment and to assume new missions and, in consequence, to modify their organizational structures and their action procedures.

## **ANA MARÍA SÁNCHEZ DÍAZ, «La responsabilidad internacional por daños al medio ambiente en caso de conflicto armado»**

En el último siglo las consecuencias medioambientales de los conflictos armados han ido creciendo de modo paralelo a la preocupación global por el Medio Ambiente. El presente trabajo es una aproximación a la protección que el Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario, más tarde, otorgan al Medio Ambiente en caso de conflicto armado y a la naturaleza de la responsabilidad que, en caso de violación de los mismos, se deriva para Estados e individuos, con los procedimientos y medios articulados para su exigencia.

## **ANA MARIA SANCHEZ DÍAZ, «The international responsibility for environmental damages in case of armed conflict»**

In the last century the environmental consequences of armed conflicts have been growing in parallel with the Environment global concern. The present work is an approximation to the protection granted, by International Law and Humanitarian International Law, later, to the Environment in case of armed conflict and to the nature of the responsibility that, in case of breach, derives to States and individuals, with the procedures and means articulated for demanding it.

## **NOTAS. COMENTARIOS**

### **YOLANDA GAMARRA, «El estatus de las misiones de paz en el territorio del Estado de acogida desde la práctica de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad en Afganistán»**

Ante el elevado número de operaciones de paz abiertas en las últimas décadas y rica casuística resulta oportuno por necesario analizar el estatus jurídico tanto de la misión (preventiva o protectora) como de los efectivos que la integran en el Estado de acogida. Se trata de estudiar cómo la praxis de la Organización de Naciones Unidas, en particular por medio del, en terminología inglesa, *Status of Forces Agreement* (SOFA) modelo, influye en el derecho aplicable en operaciones de paz, con especial referencia al caso de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad en Afganistán.

Palabras clave: Soberanía, Privilegios e Inmunidades, Misiones internacionales, Peacekeepers, Derecho penal internacional

**YOLANDA GAMARRA, «The Status of Peace-Keeping/Peace-Enforcement Missions in the Host Country. A Perspective from the International Security Assistance Force in Afghanistan»**

With the large number of peace operations that have been mounted in recent decades, and the wealth of case studies thereof, it is necessarily a good time to analyse the legal status of the mission (preventive or protective) as well as the components contained therein in the receptor State. This involves studying the influence that the practices of the United Nations, particularly through its Status of Forces Agreement (SOFA) model, has on the law applicable in peace operations, with particular reference to the case of the International Security Assistance Force in Afghanistan.

KeyWords: Sovereignty, Privileges and Immunities, International Missions, Peacekeepers, International Criminal Law

**MANUELA GEA FERNÁNDEZ, «El régimen jurídico de la seguridad marítima»**

La Seguridad Marítima como actividad de prevención de riesgos y lucha contra actos ilícitos en el entorno marítimo, requiere de la acción coordinada de las distintas agencias estatales con competencia en este ámbito y la cooperación de la comunidad internacional, para lo que se hace preciso la existencia de un adecuado marco normativo.

La Armada, entre cuyas funciones se encuentra la vigilancia y protección de los intereses marítimos nacionales, ha adaptado su estructura mediante la creación de la Fuerza de Acción de Marítima, a fin de desarrollar competencias de Seguridad y Policía Marítima como contribución a la Acción del Estado en la Mar

**MANUELA GEA FERNÁNDEZ, «Maritime Security: The legal framework»**

Maritime Security is understood as the action of risk prevention and the fight against illegal acts in the maritime environment. It requires the coordination of the different public agencies with competence in this matter and the cooperation of the international community; consistently, an appropriate legal framework on this matter is necessary.

Among the main tasks of The Armada (SP Navy) are the security and the protection of the national shipping interests. In order to develop competences in Shipping Security and Police as a contribution to the Action of the state on the sea, the Armada has updated its structure with the creation of a new branch called «Fuerza de Acción Marítima».

# **ESTUDIOS**



## EL RÉGIMEN DE VOTACIÓN DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL EXTERIOR\*

Luis A. Gálvez Muñoz

*Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia*

### I) INTRODUCCIÓN

El Derecho Constitucional es el Derecho que regula los elementos básicos del poder y la libertad en la sociedad estatal. Sienta, por ello, las bases de la organización y funcionamiento del Estado y configura los derechos fundamentales de los ciudadanos y sus garantías. Es él quien se ocupa, por tanto, de definir el sistema jurídico-político de una sociedad que tiene a la libertad como fin. Dicho en pocas palabras, el Derecho Constitucional es el *Derecho fundamental del llamado «Estado de Derecho»*<sup>1</sup>.

---

\* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación sobre «Revisión y mejora del Derecho Electoral» (Código SEJ 2005-09295/JURI) subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y por los Fondos FEDER de la Unión Europea. Supone la revisión y actualización –a 15 de marzo de 2008– de un trabajo anterior publicado en la *Revista de Derecho Político*, núm. 70, 2007, cuyos responsables han autorizado amablemente su publicación en el presente número de la *Revista Española de Derecho Militar*, dado el interés específico que, a juicio del Consejo de Redacción, presenta dicho trabajo.

<sup>1</sup> Sobre el concepto de Derecho Constitucional vid. Ángel GARRORENA MORALES, «Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1997, págs. 37-64 (también en *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*,

Si esto es así, es evidente que el Derecho Constitucional tiene mucho que decir en relación con las Fuerzas Armadas, dada la importancia que las mismas tienen para el Estado. En ellas, junto con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, reside el monopolio de la fuerza legítima que corresponde al Estado, teniendo como función primordial la defensa de éste frente a los enemigos exteriores e incluso, en ciertos casos, frente a los enemigos del interior<sup>2</sup>.

Son, por ello, muchos los preceptos que la Constitución española, en cuanto norma por excelencia del Derecho Constitucional español, dedica a esta materia. El caso más conocido, por importante y polémico, es el artículo 8, consagrado a determinar el papel de las Fuerzas Armadas en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho y sentar la reserva de ley orgánica en la organización militar, pero hay muchos más. Así, tenemos el artículo 15, que declara abolida la pena de muerte «salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra»; el 22.5, que prohíbe las asociaciones «de carácter paramilitar», además de las secretas; el 25.3, que prohíbe a la Administración civil, no a la militar, imponer «sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad»; el 26, que prohíbe la existencia de «Tribunales de Honor en el ámbi-

---

Universidad de Murcia, Murcia, 1997, págs. 337-366). Vid. también, entre otros, Mariano GARCÍA CANALES, «Notas sobre el método y los límites de la interpretación en Derecho Constitucional», en *Estudios de...*, op. cit., págs. 287-314; Francisco RUBIO LLORENTE «Derecho Constitucional», en Alfredo MONTROYA MELGAR (director), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995; Eliseo AJA FERNÁNDEZ: «Derecho Constitucional», en José J. FERREIRO, Juan MIQUEL y Pablo SALVADOR (eds.), *La enseñanza del Derecho en España*, Tecnos, Madrid, 1987; y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

<sup>2</sup> En lógica correspondencia la doctrina ha estudiado esta materia. Limitándonos a las obras más generales cabe citar Roberto L. BLANCO VALDÉS, *La ordenación constitucional de la defensa*, Madrid, Tecnos, 1988; Miguel DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN y otros., *Constitución, policía Fuerzas Armadas*, Madrid, Marcial Pons, 1997; Joaquín BLANCO ANDE, *Defensa nacional y Fuerzas Armadas*, Madrid, Dykinson, 1987; Lorenzo COTINO HUESO, *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo: balance de un cuarto de siglo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 70, 2004, págs. 189-232; Fernando LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987; Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ (ed.), *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, dirección de Fernando López Ramón y coordinación de Javier Fernández López, Madrid, Trotta, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales «Lucas Mallada» y Academia General Militar, 1995; y Javier ALVARADO PLANAS y Regina M.ª PÉREZ MARCOS (coordinadores), *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (siglos XII-XX)*, ponencias del Curso de verano, Ávila, 10-16 julio 1995, Madrid, Polifemo, 1996.

to de la Administración civil», y no de la militar; el 28.1, que permite al legislador «limitar o exceptuar» el ejercicio de la libertad sindical a las Fuerzas o Institutos armados y a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar»; el 29, que establece que los miembros de estas mismas instituciones solo podrán ejercer el derecho de petición «individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su disposición específica»; el 30, que sienta el derecho-deber de los españoles «de defender a España» y ordena a la ley fijar «las obligaciones militares de los españoles» y regular la objeción de conciencia y las demás causas de exención del servicio militar obligatorio; el 62, que en sus apartados f) y h) atribuye al Rey «conferir los empleos civiles y militares» y «ejercer el mando supremo de las Fuerzas Armadas»; el 65.2, que atribuye al Rey la facultad de nombrar y relevar libremente «a los miembros civiles y militares de su Casa»; el 70.1, que, en su apartado f) declara inelegibles a «los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo»; el 94.1.b), que requiere la previa autorización de las Cortes en la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de «tratados o convenios de carácter militar»; el 97, que atribuye al Gobierno la dirección de «la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado»; el 117.5, que ordena al legislador regular «el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio»; y el 149.1.4.º, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre «defensa y Fuerzas Armadas»<sup>3</sup>.

A la vista de este impresionante elenco normativo, y haciendo uso de una perspectiva analítico-sistemática, se puede decir que la relación entre el Derecho Constitucional y las Fuerzas Armadas se despliega en cinco grandes zonas materiales: la función de las Fuerzas Armadas en nuestro Estado, la participación y colaboración de los ciudadanos en las mismas, las limitaciones que el ordenamiento establece en el disfrute y ejercicio de los derechos fundamentales por parte de sus miembros, el mando y organización básica de esta institución y las peculiaridades que la misma presenta en la estructura y funcionamiento del Estado<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Además de estos artículos, cabría citar el artículo 63, que atribuye al Rey la facultad, previa autorización de las Cortes Generales, de «declarar la guerra y hacer la paz», así como los artículos 55.1 y 116, en donde se trata de la declaración y efectos de los estados de alarma, excepción y sitio, situaciones todas ellas en que las Fuerzas Armadas pueden tener un relevante papel.

<sup>4</sup> Todos estos temas han sido tratados por la doctrina, con mayor o menor detenimiento, y con gran tino, por cierto, en la mayoría de las ocasiones. La materia que más ha merecido la atención de los especialistas ha sido, desde luego, la de las restricciones que el ordenamiento jurídico impone al personal de las Fuerzas Armadas en relación con el ejer-

No es, sin embargo, de ninguno de estos temas de lo que queremos ocuparnos a continuación. Preferimos centrar nuestra atención en una zona menos visible y llamativa de la relación entre las Fuerzas Armadas y el Derecho Constitucional, por no estar expresamente trazada en la Constitución, pero que presenta un gran interés jurídico-político. Nos referimos a las limitaciones materiales que de forma indirecta sufren los miembros de las Fuerzas Armadas en relación con el ejercicio de sus derechos fundamentales; son restricciones que derivan de su condición militar, pero que no tienen anclaje en la Constitución, es decir, que no están previstas expresa o tácitamente en la Constitución, ni son queridas por ella, sino, más bien, todo lo contrario: su remoción por el legislador es una exigencia constitucional (artículo 9.2 CE).

Estas limitaciones afectan a casi todos los derechos fundamentales, como es el caso, por ejemplo, del derecho de sufragio, la libertad religiosa, la tutela judicial efectiva, el libre desarrollo de la personalidad, la protección de la familia o la promoción profesional. No obstante, no es nuestra intención, por evidentes motivos de oportunidad y espacio, estudiar ahora en su conjunto esta compleja problemática y examinar el estado de cada uno de los derechos fundamentales, sino centrarme en uno de ellos y, más en concreto, en alguna de sus manifestaciones más significativas y relevantes.

De acuerdo con estas intenciones, hemos escogido como tema de estudio el ejercicio del derecho de sufragio por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, lo que se traduce, básicamente, dado el estado de la legislación, en el examen del procedimiento especial de votación previsto en la actualidad para los miembros de este colectivo destacados en el exterior. Nos hemos inclinado por este tema porque nos parece que es paradigmático y tiene una enorme relevancia, en cuanto que el ejer-

---

cicio de sus derechos fundamentales. En este sentido vid., entre otros, Luis PRIETO y Carlos BRUQUETAS (ed.), *Libertades públicas y fuerzas armadas, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4-24 febrero, 1984*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1985; Luis PRIETO (ed.), *Libertades públicas y fuerzas armadas*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1986; Lorenzo COTINO HUESO, *La singularidad militar y el principio de igualdad. Las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas del siglo XXI*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; Juan José HERBÓN COSTAS, «Libertad ideológica y religiosa en las Fuerzas Armadas», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 82, 2003, págs. 235-262; y Fabio PASCUA MATEO, «Reflexiones en torno al derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil», en *Revista de Administración Pública*, n.º 160, 2003, págs. 361-398.

cicio del sufragio contribuye decisivamente a la plena realización ciudadana de los militares, además de estar sin tratar por parte de la doctrina<sup>5</sup>.

Abordaremos su estudio de acuerdo con el siguiente esquema: en primer lugar, se procede a situar al procedimiento en su contexto histórico y normativo; a continuación, se determinan las especialidades que presenta respecto del común u ordinario; en tercer término, se pasa a delimitar el ámbito de aplicación del procedimiento; seguidamente nos ocupamos de analizar los diversos trámites que componen el mismo; y, por último, nos detenemos en unas propuestas concretas de modificación normativa de cara a su mejor y más coherente funcionamiento.

Antes de ello, queremos poner de manifiesto que nuestro interés por esta materia viene dado por la constatación del desequilibrio que existe en la relación entre la sociedad y las Fuerzas Armadas. Creemos que a las Fuerzas Armadas y a sus integrantes se les ha exigido en el pasado y se les exige en la actualidad esfuerzos y sacrificios de todo tipo, pero que se les ha dado y se les da muy poco a cambio<sup>6</sup>. No es éste el lugar, desde luego, de hacer la *lista de quejas y reclamaciones* de los militares, pero sí de poner de manifiesto el problema y hacer algo al respecto. Parafraseando al célebre Presidente norteamericano, John F. Kennedy, podríamos decir que ha llegado el momento de poner de relieve no sólo lo que las Fuerzas Armadas pueden hacer por la sociedad, sino también lo que la sociedad puede hacer por las Fuerzas Armadas.

---

<sup>5</sup> Hay otros temas que se insertan en esta temática y que tienen también un indudable interés, pero que han merecido mayor atención por parte de la doctrina. El caso paradigmático es el de la libertad religiosa. En relación con el mismo vid., por ejemplo, José María CONTRERAS MAZARIO, *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989; Juan José HERBÓN COSTAS, «Libertad ideológica...», op. cit.; M.<sup>a</sup> Reyes LEÓN BENÍTEZ, «Multiculturalidad y asistencia religiosa a las fuerzas armadas españolas», en *Revista General de Derecho*, n.º 2, 2004, págs. 1 y ss.; José Luis MARTÍN DELPÓN, «Libertad religiosa y Fuerzas Armadas», en *Revista Española de Derecho Canónico*, n.º 159, 2005, págs. 587-622; y María MORENO ANTÓN, *El principio de igualdad en la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas*, Salamanca, Salamanca, Universidad Pontificia, 1989.

<sup>6</sup> Donde más ha hecho el Estado por las Fuerzas Armadas y su personal ha sido sin duda, hasta el momento, en materia de libertad religiosa. Ello tiene su origen en el secular régimen confesional español. La norma clave en la actualidad es, como es sabido, el Acuerdo entre España y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 sobre fuerzas armadas y servicio militar de clérigos y religiosos, que es uno de los cuatro Acuerdos firmados en esa fecha.

## II) REGULACIÓN

### A) MARCO NORMATIVO

El procedimiento de votación del personal perteneciente a unidades militares destacadas fuera del territorio nacional es uno de los diversos procedimientos de emisión del voto previstos en nuestro ordenamiento jurídico; más en concreto, es uno de los seis procedimientos especiales de voto a distancia actualmente regulados en el Derecho español. Conviene aclarar lo que decimos de forma más detenida, a fin de poder valorar de forma correcta el alcance y significado de este procedimiento.

Desde este punto de vista más explicativo hay que señalar, en primer lugar, que en nuestro Derecho existen dos modalidades básicas de votación: el voto directo o emitido por el elector de forma personal en la urna y el voto a distancia, previsto para todos aquellos ciudadanos a los que les es imposible o muy difícil acercarse a las urnas; en segundo lugar, que dentro de cada una de estas modalidades de votación existe un procedimiento general u ordinario de emisión del voto y varios especiales destinados a determinados colectivos de electores; y, en tercer lugar, que en el caso del voto a distancia esos procedimientos especiales son seis<sup>7</sup>: el de los ciudadanos que acrediten sufrir enfermedad o incapacidad que les impida formular personalmente su solicitud de voto por correo el de los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el exterior; el de los electores residentes-ausentes en relación con las elecciones generales, autonómicas y europeas; el de este mismo colectivo pero respecto de las elecciones locales; el del personal embarcado en los buques de la Armada, de la Marina Mercante española o de la flota pesquera de altura que durante el período electoral toquen puerto en España; y, finalmente el del personal embarcado en buques de la Armada o perteneciente a unidades militares terrestres o aéreas que se encuentre destacado en el exterior<sup>8</sup>.

El poder público, por tanto, consciente de las diferentes situaciones en que pueden encontrarse los ciudadanos a la hora de acercarse a las urnas, ha estimado conveniente permitir tanto el voto directo como el voto a dis-

---

<sup>7</sup> En el terreno del voto directo los procedimientos especiales son tres: el procedimiento de los analfabetos e impedidos para realizar por sí mismos las operaciones electorales de confección y entrega del voto al Presidente, el de las personas ciegas o con discapacidad visual que conozcan el lenguaje braille y el de los interventores y miembros de las Mesas Electorales.

<sup>8</sup> En relación con el voto a distancia en general vid. Luis GÁLVEZ MUÑOZ, «El voto por correo: ¿una nueva reforma?», en *Revista de Derecho Político*, núm. 52, 2001, págs. 249-308.

tancia, así como admitir también que tanto en un caso como en el otro existan especialidades o singularidades en la tramitación del voto de determinados colectivos. El objetivo que se persigue con ello es, evidentemente, facilitar el ejercicio del derecho de sufragio, lo que entra de lleno en el terreno de la labor promocional de la participación política que deben llevar a cabo los poderes públicos *ex artículo 9.2 CE*<sup>9</sup>.

Todos estos procedimientos están previstos y regulados en distintas normas, de muy diferente rango. En primer lugar, y como es natural, en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante LOREG), pero también en muchas otras disposiciones complementarias: el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales; el Real Decreto 557/1993, de 16 de abril, sobre actuación notarial en el procedimiento de emisión del voto por correo; el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio; el Real Decreto 1621/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de votación para los ciudadanos españoles que se encuentren temporalmente en el extranjero; la Orden del Ministerio de Defensa 116/1999, de 30 de abril, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal de las Fuerzas Armadas embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional; la Orden que el Ministerio de Fomento dicta en cada proceso electoral para regular la colaboración del Servicio de Correos en el mismo, pues siempre contienen referencias al voto por correo<sup>10</sup>; y, por último, las diversas Instrucciones aprobadas hasta la fecha por la Junta Electoral Central<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Sobre este principio de facilitación del sufragio vid. Luis GÁLVEZ MUÑOZ, «El voto...», op. cit., págs. 257 y ss.

<sup>10</sup> La última orden que ha dictado el Ministerio de Fomento en esta materia es la 870/2007, de 4 de abril, por la que se dictan normas sobre la colaboración del servicio de correos en las elecciones autonómicas, locales y a las Asambleas de Ceuta y Melilla y otros procesos electorales (BOE 82/2007, de 5 de abril).

<sup>11</sup> Vid. la Instrucción de la Junta Electoral Central de 26 de abril de 1993 sobre la comprobación por la Junta Electoral competente de la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 72-c LOREG; la de 26 de abril de 1993 sobre emisión del certificado médico oficial y gratuito a que se refiere el artículo 72-c LOREG; o la de 20 de abril de 1998 sobre requisitos del voto de los electores inscritos en el Censo Especial de Residentes Ausentes.

<sup>12</sup> Orden del Ministerio de Defensa 116/1999, de 30 de abril, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal de las Fuerzas Armadas embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional (BOE núm. 106/1999, de 4 de mayo, pág. 16273).

## B) REGULACIÓN ACTUAL Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El procedimiento especial de votación del personal de las Fuerzas Armadas en el exterior, que es el único que nos interesa ahora por ser precisamente el objeto de este trabajo, se encuentra regulado en la Orden Ministerial 116/1999, de 30 de abril<sup>12</sup>, la cual ha sido dictada por el Ministro de Defensa en ejercicio de la habilitación normativa concedida de forma expresa para ello por la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electores. El texto de esta Disposición habilitadora dice así:

«Por el Ministerio de Defensa se podrán dictar las normas que resulten necesarias para la adaptación de lo previsto en el artículo 9 del presente Real Decreto al personal embarcado en buques de la Armada, cuando se encuentren en situaciones excepcionales, vinculadas con la Defensa Nacional, que así lo aconsejen. En dichas normas podrán incluirse, asimismo, las previsiones oportunas para asegurar el ejercicio del derecho al sufragio, mediante el voto por correo, del personal perteneciente a unidades militares terrestres o aéreas que se encuentre destacado fuera del territorio nacional, en las precitadas situaciones excepcionales, y que participe o coopere con las Fuerzas de los países aliados y de Organizaciones internacionales en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional».

Esta Disposición Adicional habilitadora del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, se sustenta, a su vez, en dos disposiciones concretas de la LOREG que es conveniente mencionar. En primer lugar se apoya, desde octubre de 2007 (reforma de la LOREG por la Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre), en el artículo 74 de la LOREG, el cual ordena al Gobierno regular las especialidades para el voto por correo «del personal de las fuerzas armadas españolas» que este cumpliendo en misiones en el exterior. Y, en segundo término, se ampara también, como es común a todas las normas reglamentarias estatales de carácter electoral, en la Disposición Adicional Segunda de la LOREG, que faculta genéricamente al Gobierno «para dictar cuantas disposiciones sean precisas para el cumplimiento y ejecución de la presente Ley».

La Orden Ministerial 116/1999, de 30 de abril, es, como ya hemos dicho, la norma que regula en la actualidad el procedimiento de votación a distancia de los militares que se encuentren fuera del país, pero no es la única norma que lo ha hecho hasta el momento. Con anterioridad se

ocupó de este procedimiento, y en términos prácticamente idénticos, la Orden Ministerial 53/1993, de 11 de mayo<sup>14</sup>, dictada en desarrollo de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 421/1991, de 5 de abril, ya derogado, por el que se dictaban normas reguladoras de los procesos electorales<sup>15</sup>.

Los antecedentes normativos de este procedimiento de votación no acaban aquí, pues todavía cabe citar una Orden ministerial de 28 de septiembre de 1990, la cual contenía una regulación procedimental muy parecida a la actual. Su alcance era, sin embargo, mucho más limitado, puesto que, entre otras cosas, solo mencionaba al personal embarcado en buques de la Armada que participara en misiones de paz y no al perteneciente a unidades terrestres o aéreas o al embarcado en otro tipo de situaciones excepcionales<sup>16</sup>.

Mas allá de 1990 no hay antecedentes en nuestro ordenamiento electoral del procedimiento que estudiamos, lo cual no debe interpretarse como dejación de funciones por parte del legislador. Hay que tener presente, por un lado, la existencia desde 1977 del procedimiento especial de votación a distancia para el personal embarcado que durante el período electoral «toque puertos, previamente conocidos, en el territorio nacional», en el que se incluye al personal a bordo de buques de la Armada; y, por otro lado, y sobre todo, la reducida actividad que nuestras Fuerzas Armadas han desarrollado fuera de las fronteras nacionales hasta hace muy poco tiempo. Se puede decir que hasta la implicación, a finales de la década de los 80 del pasado siglo, de nuestras Fuerzas Armadas en operaciones internacionales de mantenimiento de la paz, no se había evidenciado la necesidad de regular un procedimiento de votación específico para los militares españoles operantes en el exterior.

---

<sup>14</sup> Orden del Ministerio de Defensa 53/1993, de 11 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los próximos procesos electorales del personal destinado en misiones de paz internacionales (BOE núm. 115/1993, de 14 de mayo).

<sup>15</sup> Los términos de esta Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 421/1991, de 5 de abril, son idénticos a los de la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril. No obstante, esto fue así únicamente a partir de la modificación efectuada en esa norma por el Real Decreto 563/1993, de 16 de abril. La redacción original de la Disposición Adicional Segunda solo hablaba del «personal embarcado en buques de la Armada, cuando se encuentre en situaciones excepcionales, vinculadas con la Defensa Nacional».

<sup>16</sup> Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaria del Gobierno de 28 de septiembre de 1990 por la que se regula el ejercicio del derecho de voto por el personal embarcado en buques de la Armada, destinado en misiones de paz internacionales (BOE núm. 234/1990, de 29 de septiembre, pág. 28346).

### III) LAS ESPECIALIDADES QUE PRESENTA

#### A) LA VINCULACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO DEL PERSONAL EMBARCADO

Tras determinar la norma que regula el procedimiento especial de votación de los militares en el exterior y conocer sus apoyos normativos y sus antecedentes históricos, lo que procede ahora es realizar el estudio de su contenido. Y lo primero que hay que hacer en este terreno, por tratarse de un procedimiento especial, es, lógicamente, examinar las especialidades o singularidades que presenta respecto del procedimiento general u ordinario.

Así hay que hacerlo con todos los procedimientos especiales, aunque en este caso hay que advertir que la tarea alcanza mayor grado de complejidad. La razón estriba en que el procedimiento de los militares en el exterior se presenta formalmente como una variación del procedimiento especial del personal embarcado. La Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electores, que como sabemos es el título habilitante de la Orden Ministerial que regula este procedimiento, lo deja muy claro al hablar expresamente de que el mismo supone «la adaptación de lo previsto en el artículo 9 del presente Real Decreto» a las circunstancias de los militares en situaciones excepcionales, siendo el artículo 9 que se cita el que se ocupa de regular el procedimiento especial del personal embarcado.

Con el procedimiento especial de los militares en el exterior se ha tratado, pues, de adaptar el procedimiento especial del personal embarcado a las peculiaridades que pueda presentar el ejercicio del derecho de voto por parte de los militares que se hallen fuera del territorio nacional cumpliendo determinadas misiones. Dichas peculiaridades vienen determinadas, básicamente, por la no previsión, en el momento de la convocatoria de las elecciones, de contacto directo con el territorio nacional durante el período electoral<sup>17</sup>.

Nos encontramos así, desde la óptica del legislador, ante una variante del procedimiento especial del personal embarcado o, dicho de forma más expresiva, ante una especie de *procedimiento especial del procedimiento especial del personal embarcado*. Y aunque luego las cosas no resulten en la realidad normativa exactamente así, como tendremos ocasión de com-

---

<sup>17</sup> En el procedimiento especial de voto a distancia del personal embarcado se exige, como requisito para su aplicación, que durante el período electoral dicho personal «toque puertos, previamente conocidos en el territorio nacional» (punto 1 del artículo 9 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electores).

probar enseguida, hay que reconocer, cuando menos, que se trata de dos procedimientos estrechamente relacionados.

## B) LAS ESPECIALIDADES EN PARTICULAR

Advertida la peculiar posición o naturaleza que tiene el procedimiento de los militares en el exterior –aunque, como acabamos de apuntar, más en las intenciones que en la realidad–, hay que determinar ya, sin más demora, cuáles son las especialidades que presenta, y ello tanto frente al procedimiento ordinario como frente al procedimiento especial del personal embarcado. Tomaremos como hilo conductor las singularidades que resultan de la comparación entre el procedimiento que estudiamos y el procedimiento ordinario, dejando constancia a cada paso de las diferencias que se observen también con el procedimiento del personal embarcado.

De acuerdo con este plan expositivo hay que decir que son seis las especialidades que el procedimiento de los militares en situaciones excepcionales presenta en relación con el procedimiento ordinario. Se trata de las siguientes:

a) La consideración de los servicios de radiotelegrafía de los buques de la Armada y de las unidades militares terrestres y aéreas como «dependencias delegadas del Servicio de Correos», a los efectos de presentación y remisión de la solicitud de la certificación censal y demás documentos electorales precisos para votar a distancia<sup>18</sup>. Así sucede también en el procedimiento del personal embarcado, aunque limitado en este caso, lógicamente, a los servicios de radiotelegrafía de los buques.

b) Igualmente, la consideración de los Comandantes de buque o Jefes de Unidad, o el Oficial en el que éstos expresamente deleguen, así como de los Comandantes de los aviones-estafeta y del Director General de Personal del Ministerio de Defensa, como «funcionarios encargados de la recepción de la solicitud» que hagan los militares en orden a la obtención del certificado censal y demás documentación electoral<sup>19</sup>. En el procedimiento del personal embarcado los sujetos habilitados son sólo los Comandantes y

---

<sup>18</sup> Esta habilitación legal la realiza el artículo 6 de la Orden del Ministerio de Defensa 116/1999, de 30 de abril, cuyo texto dice así: «A los efectos previstos en los párrafos a) y b) del art. 72 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, los servicios de radiotelegrafía de los buques o de las Unidades tendrán la consideración de dependencias delegadas del Servicio de Correos, y los Comandantes de buque o Jefes de Unidad o el Oficial en el que expresamente deleguen, así como el Comandante del avión-estafeta y el Director general de Personal del Ministerio de Defensa, la de funcionarios encargados de la recepción de la solicitud».

<sup>19</sup> Vid. el texto del artículo 7 de la Orden 116/1999, de 30 de abril, transcrito en la nota anterior.

Capitanes de los buques, o el oficial en el que éstos expresamente deleguen, sin hacerse referencia alguna a sujetos externos a la unidad.

Los tres tipos de sujetos habilitados en este procedimiento como «funcionarios encargados de la recepción de la solicitud» tienen, sin embargo, papeles distintos: los Comandantes de buque o Jefes de Unidad, o el Oficial en el que expresamente deleguen, son quienes reciben materialmente las solicitudes; los Comandantes de los aviones-estafeta son los que deben recoger, en su caso<sup>20</sup>, las solicitudes presentadas ante los anteriores y encargarse de su traslado a España; y el Director General de Personal del Ministerio de Defensa es la persona a la que los Comandantes de buque o Jefes de Unidad deben remitir las solicitudes, bien por radiotelegrafía, bien por medio de un avión-estafeta, para su posterior envío a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral (en adelante, OCE).

c) El establecimiento de un intermediario entre los Comandantes de buque o Jefes de Unidad, que son quienes reciben las solicitudes de voto a distancia, y las correspondientes Delegaciones Provinciales de la OCE, que son las que las tramitan. Este intermediario, que no existe en el procedimiento del personal embarcado, es el Director General de Personal del Ministerio de Defensa. Es él quien recibe las solicitudes presentadas ante los distintos Comandantes de buque y Jefes de Unidad y las trasmite a las Delegaciones Provinciales de la OCE; y es él también quien recibe de estas Delegaciones las contestaciones conteniendo la documentación precisa para votar y las remite a los respectivos Comandantes de buque y Jefes de Unidad para su posterior traslado a los electores<sup>21</sup>.

d) El establecimiento, también de forma novedosa respecto al procedimiento del personal embarcado, de intermediarios entre el elector que ha ejercido su voto y el Servicio de Correos que ha de entregarlo en la Mesa Electoral de destino. Los intermediarios son tres: el Comandante del buque o Jefe de Unidad, a quien el elector entrega el sobre electoral para su custodia; el Comandante del avión-estafeta, que es quien traslada bajo su responsabilidad los sobres a España; y el Director General de Personal del Ministerio de Defensa, que es el que se encarga de hacer llegar los votos que se reciban de las unidades militares al organismo autónomo de Correos<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> La referencia al Comandante del avión-estafeta como «funcionario encargado de la recepción de la solicitud» solo tiene sentido si se admite la posibilidad, no mencionada expresamente en la Orden 116/1999, de 30 de abril, de que los Comandantes de buque o Jefes de Unidad, o el Oficial en el que expresamente deleguen, puedan remitir las solicitudes no solo por radiotelegrafía, sino también por medio de los aviones-estafeta.

<sup>21</sup> Vid. los artículos 3 y 4 de la Orden 116/1999, de 30 de abril.

<sup>22</sup> Vid. el artículo 5 de la Orden 116/1999, de 30 de abril.

e) El empleo, además del correo postal, de otros medios de comunicación y transporte en orden a hacer posible el voto a distancia de los militares en el exterior. Así, el Comandante del buque o Jefe de Unidad en donde se hallen los electores puede enviar las solicitudes de certificación censal y demás documentación electoral por «radiotelegrafía» o por medio del «avión-estafeta»<sup>23</sup>; el Director General de Personal del Ministerio de Defensa debe hacer llegar la documentación electoral al elector «por el medio más urgente posible», sin indicarse cuál; el Comandante del buque o Jefe de Unidad ha de entregar los votos emitidos al Comandante del «avión-estafeta» para su traslado a la península; y el Director General de Personal del Ministerio de Defensa «hará llegar», sin especificarse cómo, los votos recibidos al Servicio de Correos<sup>24</sup>.

Este es un elemento parcialmente común con el procedimiento especial del personal embarcado. No obstante, en este último procedimiento el empleo de medios alternativos al correo es mucho más limitado, ya que sólo está previsto el uso de la radiotelegrafía para cursar las solicitudes<sup>25</sup>. Con todo, los proyectos de reforma del mismo apuntan a una aproximación en este punto entre ambos procedimientos<sup>26</sup>.

f) La eliminación de toda referencia a la determinación del lugar al que la Delegación Provincial de la OCE ha de remitir al elector la documentación electoral. En el procedimiento ordinario<sup>27</sup> y en el del personal embarcado se establecían reglas concretas en esta materia<sup>28</sup>, pero ahora no

---

<sup>23</sup> Esto no lo dice expresamente el artículo 3 de la Orden 116/1999, de 30 de abril, dedicado al envío de las solicitudes de los electores, pero se deduce de una lectura conjunta de este artículo y del artículo 7.

<sup>24</sup> Vid. los artículos 4 y 5 de la Orden 116/1999, de 30 de abril.

<sup>25</sup> Vid. el artículo 9.2 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electores. La Junta Electoral Central ha decidido, no obstante, la remisión de la solicitud por correo electrónico o fax, en caso de no poderse hacer por radiotelegrafía (Acuerdo de 12 de abril de 2007)

<sup>26</sup> Vid. el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Serie I, núm. 439, de 30 de mayo de 2003, en el que se contiene una interesante referencia a un proyecto de modificación del artículo 9 (procedimiento especial del personal embarcado) del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electores.

<sup>27</sup> En el procedimiento ordinario de voto a distancia el artículo 73.2 de la LOREG reconoce el derecho de los electores a designar el domicilio al que la Delegación Provincial de la OCE tiene que remitirle la documentación electoral, estableciendo, además, como regla subsidiaria, que si no señala ninguno, se le enviará al domicilio que figure en el censo.

<sup>28</sup> En el procedimiento especial del personal embarcado el elector tiene dos posibilidades a la hora de designar el lugar de remisión de la documentación electoral: bien el puerto o puertos en que esté prevista la arribada del buque de embarque, bien, en caso de ser posible la entrega por medio de otro buque, la sede del armador o consignatario o el puerto en que se halle dicho buque (párrafos segundo y tercero del artículo 9 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril).

se indica nada, por considerarse, seguramente, que el lugar natural de recepción de dicha documentación es el buque o unidad militar terrestre o aérea en la que el solicitante se halle destinado.

#### IV) ÁMBITO DE APLICACIÓN

##### A) LA DIFICULTAD DE SU DELIMITACIÓN

Conocidas las especialidades que presenta el procedimiento de los militares destacados en el exterior, lo que procede, a continuación, es delimitar o concretar su ámbito de aplicación. Es esta una tarea presenta cierto grado de complejidad, aunque no tanta como en el procedimiento del personal embarcado, con el que, como acabamos de ver, el procedimiento que estamos estudiando está tan relacionado. En cualquier caso, reviste más complejidad de la deseable.

En este cometido parece oportuno tomar como punto de partida los dos artículos que la Orden 116/1999, de 30 de abril, dedica a esta cuestión. Se trata, en primer lugar, del artículo 2, que establece que «el procedimiento será de aplicación a todo el personal que se encuentre en la situación descrita en el punto primero desde la fecha de convocatoria de las elecciones hasta su celebración»; y, en segundo término, del artículo 1, en el que se describe dicha situación y cuyo texto dice así:

«Para el ejercicio del derecho de voto por correo del personal embarcado en buques de la Armada o que, perteneciendo a unidades militares terrestres o aéreas, se encuentre destacado fuera del territorio nacional, en situaciones excepcionales, vinculadas con la defensa nacional y que participe o coopere, con las Fuerzas de los países aliados y de organizaciones internacionales, en misiones de asistencia humanitaria o mantenimiento de la paz internacional, se seguirá el procedimiento establecido en los puntos siguientes de la presente Orden»<sup>29</sup>.

La lectura de estos artículos deja cierta sensación de inconcreción en relación con el ámbito de aplicación del procedimiento. Así, por ejemplo,

---

<sup>29</sup> El texto de este artículo 1 es idéntico, partícula a partícula, al del artículo 1 de la Orden 53/1993, de 12 de abril, que regulaba anteriormente este procedimiento. La novedad se encuentra en el artículo 2, pues la normativa anterior no contenía referencia alguna a lo recogido en el mismo.

no se sabe muy bien qué condiciones de las citadas en el artículo 1 (estar destacado fuera del territorio nacional, hallarse en situaciones excepcionales, participar o cooperar en misiones internacionales) se aplican al personal embarcado en buques de la Armada y cuáles al perteneciente a unidades militares marítimas y aéreas, o si todas las condiciones citadas son aplicables a unos y otros sujetos.

Para despejar las dudas planteadas se hace preciso acudir a los criterios generales de la interpretación jurídica y, en función de ellos, a materiales concretos como el texto de la habilitaciones normativas en que se apoya la Orden Ministerial que regula este procedimiento (artículo 74 y Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril), la Exposición de Motivos de ésta<sup>30</sup>, las normas que en el pasado se han ocupado de disciplinar el procedimiento (Orden 53/1993, de 14 de mayo, y Orden de 28 de septiembre de 1990)<sup>31</sup>, los artículos 72 y 73 de la LOREG que regulan el procedimiento ordinario de votación a distancia y el artículo 9 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, dedicado al procedimiento del personal embarcado. No es un auxilio seguro, pero puede ayudar bastante a clarificar la situación.

## B) REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

De acuerdo con ello, es posible descubrir tres requisitos de distinta naturaleza en los artículos 1 y 2 de la Orden Ministerial. Son los requisitos cuya concurrencia permite proceder a la aplicación del procedimiento que estudiamos. Vamos a enumerarlos.

---

<sup>30</sup> La Exposición de Motivos de la Orden 116/1999, de 30 de abril, reguladora de este procedimiento es muy reducida, pues se limita a señalar en un único párrafo la conveniencia de su establecimiento. No obstante, el párrafo en cuestión es muy significativo, al expresar muy claramente la finalidad principal del procedimiento: «La situación excepcional en la que se encuentra el personal de las Fuerzas Armadas, destacado fuera del territorio nacional, participando o cooperando en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional, aconseja dictar normas especiales para garantizar el ejercicio del derecho de sufragio por las dotaciones correspondientes.

<sup>31</sup> De la Orden 53/1993, de 14 de mayo, ya derogada, hay que destacar su Exposición de Motivos: «La situación excepcional en la que se encuentran buques de la Armada que participan en misiones de paz internacionales y personal perteneciente a Unidades Militares Terrestres o Aéreas, que se encuentre destacado fuera del territorio nacional, en las precitadas situaciones excepcionales, y que participe o coopere con las Fuerzas de los países aliados y de Organizaciones Internacionales en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional, aconseja dictar normas especiales para garantizar el ejercicio del derecho de sufragio por las dotaciones correspondientes».

a) En primer lugar, un requisito de carácter local o espacial. El procedimiento en cuestión se aplica a todas aquellas personas que se encuentren embarcadas en buques de la Armada o que pertenezcan a unidades militares terrestres o aéreas destacadas fuera del territorio nacional.

La redacción del artículo 1 de la Orden 116/1999, de 30 de abril, no permite saber con claridad si la alusión a encontrarse destacado fuera del territorio nacional se aplica tanto buques de la Armada como a las unidades militares terrestres o aéreas, o únicamente a éstas<sup>32</sup>, pero la lectura de la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, aclara en buena parte las dudas, inclinándonos por la solución menos restrictiva, al aludir diferenciadamente a los dos tipos de destacamentos y mencionar la exigencia de encontrarse fuera del territorio nacional únicamente para las unidades de tierra y aire. Lo relevante, por tanto, en un caso sería estar embarcado y en el otro estar en una unidad que se halla fuera del territorio nacional.

No obstante, si reflexionamos un poco y pasamos de una visión formal o gramatical del procedimiento a otra material, llegaremos rápidamente a la conclusión de que esta discusión carece de toda relevancia práctica, pues el estar embarcado ya lleva implícito estar destacado fuera del territorio nacional, en el sentido original de tierra firme bajo jurisdicción española. Y aunque fuera procedente dar una definición más técnica y amplia de «territorio nacional»<sup>33</sup>, hay decir que, incluso en este caso, sería extremadamente raro, por no decir imposible, que la tripulación de un buque de la Armada permaneciera en las aguas jurisdiccionales españolas durante todo el período electoral, sin tocar tierra y sin estar previsto tampoco salir de tales aguas jurisdiccionales para desarrollar labores vinculadas a la defensa nacional o de participación en misiones internacionales de paz o asistencia humanitaria.

Adviértase, por último, para despejar cualquier posible duda, que de quien se predica estar destacado fuera del territorio español es, a la vez, tanto de las unidades militares terrestres o aéreas como de sus integrantes. Esto excluye, como es lógico, la posibilidad de utilizar el procedimiento de forma individualiza por un militar español concreto que se encontrara en misión oficial en el extranjero, permaneciendo su unidad en España, o

---

<sup>32</sup> Recordemos que en este artículo 1 de la Orden 116/1999, de 30 de abril, se habla «del personal embarcado en buques de la Armada o que, perteneciendo a unidades militares terrestres o aéreas, se encuentre destacado fuera del territorio nacional, en situaciones excepcionales...»

<sup>33</sup> De acuerdo con el Derecho Internacional, el territorio de los Estados está constituido, como es sabido, por la tierra firme y las aguas lacustres y fluviales, el mar territorial –que está compuesto por la franja de agua marina próxima a la costa (actualmente 12 millas)–, el espacio aéreo que sobrevuela los espacios anteriores y el subsuelo bajo los mismo espacios.

al contrario, estando este militar en España y su unidad en el exterior. Lo importante es estar en el exterior y en una unidad militar en el exterior. El requisito local o espacial opera, pues, doblemente.

b) A este requisito debe añadirse, en segundo término, otro de naturaleza funcional. Es preciso que las personas citadas –las que se encuentran embarcadas en buques de la Armada o las que pertenezcan a unidades militares terrestres o aéreas destacadas fuera del territorio nacional– se hallen, además, en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional o con la participación o cooperación, con las Fuerzas de los países aliados o de organizaciones internacionales, en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional.

No está nada claro, dada la farragosa redacción del artículo 1 de la Orden Ministerial 116/1999, de 30 de abril, si este requisito debe aplicarse únicamente al personal perteneciente a unidades militares terrestres o aéreas o también al que se halla embarcado en buques de la Armada. La interpretación literal o gramatical del artículo 1 parece inclinarse por lo primero, pero la Exposición de Motivos de dicha norma, los antecedentes históricos, el examen del procedimiento ordinario y el del personal embarcado, así como la habilitación normativa en que se apoya la Orden Ministerial (Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril), conducen a la solución contraria, que es, precisamente, la que hemos adoptado aquí.

No obstante, lo más criticable no es esta indefinición, sino la existencia misma de este requisito. Son varios los argumentos en su contra. En primer lugar, ¿qué añade esta exigencia a los requisitos espacial y temporal? ¿Qué otra cosa sino actividades relativas a la defensa nacional o a la participación o cooperación, con las Fuerzas de los países aliados o de organizaciones internacionales, en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional, va a realizar, por ejemplo, una unidad militar terrestre desplazada a otro país durante varias semanas?<sup>34</sup>.

Los supuestos de unidades militares en el exterior –marítimas, terrestres o aéreas– sin hallarse en las situaciones excepcionales descritas son, ciertamente, de muy difícil hallazgo. En nuestra opinión, siempre sería posible encontrar una conexión, más o menos remota, con la defensa nacional o con la cooperación aliada o internacional en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la intervención de fuerzas españolas en un país en guerra para evacuar a ciudada-

---

<sup>34</sup> Sobre las misiones de las Fuerzas Armadas y el tipo de operaciones que pueden llevar a cabo vid., además, del artículo 8 de la CE, los artículos 15 y 16 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

nos españoles; si analizamos los antecedentes habidos siempre encontramos que esta intervención humanitaria se produce en un contexto de cooperación con los países aliados, la ONU u otras organizaciones internacionales<sup>35</sup>.

Y si esto es así, ¿para qué sirve exigir, como requisito extra, que el personal embarcado en buques de la Armada durante el período electoral o perteneciente a unidades militares terrestres o aéreas destacadas fuera del territorio nacional durante este mismo período, se encuentre, además, «en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional o con la participación o cooperación, con las Fuerzas de los países aliados o de organizaciones internacionales, en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional»?

Este argumento nos parece muy relevante, pero no definitivo. Es necesario completar la crítica con un segundo argumento. Se trata de poner de manifiesto que aunque la realidad no fuera tal y como la acabamos de exponer, el requisito en cuestión sería, de todas formas, rechazable, a nuestro juicio, por enteramente gratuito, es decir, por no perseguir ninguna finalidad constitucionalmente legítima o, dicho de otro modo, que sea razonable desde el punto de vista constitucional. Por mucho que examinamos dicho requisito esta finalidad no aparece por ninguna parte.

Así pues, en el caso de que se aceptara que el personal embarcado en buques de la Armada o perteneciente a unidades militares terrestres o aéreas destacadas fuera del territorio nacional pudiera, en algunos casos, desarrollar labores no vinculadas con la defensa nacional ni con la participación o cooperación, con las Fuerzas de los países aliados o de organizaciones internacionales, en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional, no encontramos razón alguna para que el legislador desee dejar a estos electores fuera del procedimiento especial que estudiamos<sup>36</sup>.

Piénsese: ¿qué sentido tendría excluir a los militares en estos casos de las posibilidades de ejercicio del sufragio que otorga este procedimiento especial de votación a distancia?; ¿qué beneficio se obtiene con la restricción del ámbito de aplicación del procedimiento que implica la existencia de este requisito? Parece, a nuestro entender, que ninguno, por lo que hay

---

<sup>35</sup> Más problemas de conexión puede haber en otros supuestos, como, por ejemplo, el del buque-escuela «Juan Sebastián El Cano».

<sup>36</sup> Para lo único que podría servir este requisito es para diferenciar el ámbito de aplicación de este procedimiento respecto del que tienen el procedimiento del personal embarcado en general regulado en el artículo 9 del Real Decreto 605/1999. No obstante, como veremos luego, hay otras formas más eficaces de diferenciar ambos procedimientos y en cualquier caso, esto solo serviría para justificar el requisito respecto del personal embarcado en buques de la Armada y no para el personal de las unidades terrestre o aéreas.

que concluir que el requisito en cuestión resulta innecesario y digno de ser suprimido de la regulación.

Y un argumento más de última hora, pues hace referencia a la reciente incorporación del artículo 74 de la LOREG de la habilitación al gobierno para regular el procedimiento que estamos estudiando (Ley Organica 9/2007, de 8 de octubre, de modificación de la LOREG). Se trata de la inexistencia en este precepto del requisito cuestionado, pues solo se habla de que el personal de las fuerzas armadas españolas esté «cumpliendo misiones en el exterior».

c) La determinación del marco de aplicación se completa con un tercer requisito, ahora de carácter temporal. Para que el procedimiento pueda aplicarse es necesario que los requisitos anteriores –el espacial y el funcional– se mantengan durante determinado período de tiempo: el que va «desde la fecha de convocatoria de las elecciones hasta su celebración». Dicho de otra forma, es preciso que el personal que reúna las circunstancias de estar embarcado en un buque de la Armada o de pertenecer a una unidad militar terrestre o aérea destinada fuera del territorio nacional, y, en cualquier caso, la de hallarse en una situación excepcional vinculada con la defensa nacional o con la participación o cooperación en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional, permanezca en dichas circunstancias durante el período electoral.

Este requisito debe interpretarse con flexibilidad. Así, no se puede exigir, para aplicar el procedimiento, que las personas que se hallen en la situación espacial y funcional descrita deban permanecer efectivamente en dicha situación durante todo el período electoral, sino que basta con que estén en ella, o con que sea previsible que estén en ella, durante el día de la votación y durante la parte del período electoral en que es legal y fácticamente posible tramitar el voto a distancia de forma ordinaria. En este sentido hay que tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el procedimiento ordinario de voto a distancia, el plazo máximo para hacer la solicitud en orden a la obtención de documentación electoral acaba el décimo día anterior al de la votación y que, en cualquier caso, el procedimiento consta de numerosos trámites que llevan su tiempo<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Así, el elector debe acudir a una oficina de Correos a cursar la solicitud de certificación de la inscripción en el censo electoral; el Servicio de Correos debe entregar esta solicitud a la correspondiente Delegación Provincial de la OCE; ésta debe examinar la procedencia de la solicitud, comprobar que el solicitante está efectivamente inscrito en el censo electoral, anotar en el censo que va a votar por correo, extender el certificado censal correspondiente, preparar el resto de la documentación electoral precisa para votar por correo y enviársela al elector; el Servicio de Correos debe entregar personalmente al elector dicha documentación; tras ello el elector debe emitir su voto y remitirlo por correo certificado desde una oficina de Correos.

En definitiva, no creemos que fuera procedente excluir de la aplicación del procedimiento especial a un elector por el solo hecho de que se encuentre en España durante parte del período electoral. Lo importante es que no esté aquí durante el período en que puede votar de forma ordinaria, bien personalmente, bien a distancia.

### C) ALGUNAS PRECISIONES ADICIONALES DE INTERÉS

Tras indicar los requisitos que, a nuestro juicio, establece la Orden Ministerial 116/1999, de 30 de abril, para poder proceder a la aplicación del procedimiento de votación a distancia en ella regulado, y precisar, al propio tiempo, y en la medida de lo posible, el alcance de cada uno de ellos, nos gustaría, a continuación, realizar varios comentarios adicionales. No nos tendremos, sin embargo, mucho en ellos, pues la pretensión que nos guía únicamente es la de remachar el cuadro general ya expuesto.

a) El primero de los comentarios a realizar hace referencia a la inexistencia de ningún requisito de carácter subjetivo en el elenco de exigencias determinantes de la aplicación del procedimiento en cuestión. Hemos aludido a un requisito espacial o local (personas que se encuentren embarcadas en buques de la Armada o que pertenezcan a unidades militares terrestres o aéreas destacadas fuera del territorio nacional), a otro de carácter funcional (hallarse en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional o con la participación o cooperación, con las Fuerzas de los países aliados o de organizaciones internacionales, en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional) y a un tercero de naturaleza temporal (permanecer en dichas circunstancias durante el período electoral), pero no hemos mencionado ninguno subjetivo, es decir, ninguno que aluda a la propia condición de la persona que lo utiliza o que es destinataria del mismo.

Y esto ha sucedido no porque no hayamos pensado en esta posibilidad, sino por el hecho, más directo y científico, de haberla descartado motivadamente. Dicho de forma más clara y más concreta: nos hemos planteado la posibilidad de exigir la condición de militar o de miembro de las Fuerzas Armadas al elector que pretenda hacer uso de este procedimiento, pero no hemos encontrado ningún argumento de peso para hacerlo.

El argumento fundamental se encuentra en el primer nivel de la interpretación jurídica: ni el artículo 1 de la Orden Ministerial 116/1999, de 30 de abril, reguladora de este procedimiento, ni la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, que recoge la habilita-

ción normativa para su regulación, exigen de forma expresa esta condición. En estas normas se alude al «personal embarcado en buques de la Armada» y al «perteneciente a unidades militares terrestres y aéreas que se encuentren destacados fuera del territorio nacional», y no, en términos más restrictivos, a los militares o miembros de las Fuerzas Armadas embarcados o encuadrados en unidades terrestres o aéreas destacadas fuera del territorio nacional<sup>38</sup>.

Es indudable, a nuestro entender, que se puede estar *embarcado* en un buque de la Armada y no tener la condición de militar. Este sería el caso, por ejemplo, de un grupo de médicos civiles (médicos, ingenieros, traductores...) que viaje con los militares para colaborar en el desarrollo de labores de asistencia humanitaria en determinado país. Más problemas plantea la exigencia de *pertenecer*, sin ser militar, a una unidad militar terrestre o área destacada fuera del territorio nacional, pero el supuesto no es impensable, como podría perfectamente suceder con el personal de informática, de cocina o de mecánica de una unidad.

En cualquier caso, somos partidarios de hacer una interpretación amplia y flexible tanto de la fórmula «personal embarcado en buques de la Armada» como de la relativa a la exigencia de «perteneciente a unidades militares terrestres o aéreas». No se trata ya de que ninguna norma exija de forma expresa la condición de militar o de miembro de las Fuerzas Armadas en el destinatario del procedimiento, es que tampoco la finalidad de la norma induce a pensar que se encuentre exigida de forma implícita o que sea razonable exigirla.

No hay razones de peso, por tanto, para excluir del procedimiento a aquellas personas que, sin tener la categoría o condición de militar, se hallan embarcadas en buques de la Armada Española o pertenezcan —entendido este término en sentido amplio—, a unidades militares desplazadas fuera del territorio nacional y reúnan, además, los demás requisitos funcional y temporal ya señalados anteriormente. Más bien ocurre lo contrario: sería lamentable y lesivo para el derecho de sufragio que se impidiera utilizar este procedimiento a una persona, no militar, que se encontrara, por ejemplo, a bordo de un buque de la Armada, mientras se permite votar de esta forma a sus compañeros de travesía militares.

Lo dicho no debe impedir, de ninguna manera, el reconocimiento, por nuestra parte, de que la condición de militar es una característica habitual y

---

<sup>38</sup> En el seno de las Fuerzas Armadas se distinguen, como es sabido, los tres ejércitos tradicionales: Ejército de Tierra, Armada y Ejército del Aire (artículo 8 de la Constitución).

muy frecuente entre los destinatarios de este procedimiento<sup>39</sup>. Su presencia es tan frecuente que, de hecho, en más de una ocasión, hemos hablado en este trabajo del «procedimiento de los *militares* desplazados fuera del territorio nacional en situaciones excepcionales» y así se titula, incluso, el trabajo en que estamos abordando su estudio<sup>40</sup>. Lo hemos hecho, sin embargo, únicamente por comodidad del lenguaje, y no porque consideremos que se trate de una cualidad esencial que han de reunir los destinatarios del procedimiento.

b) El segundo comentario que queremos hacer es mucho más breve. Supone insistir, simplemente, en la defectuosa redacción del artículo 1 de la Orden Ministerial 116/1999, de 30 de abril. Este artículo lo compone un único párrafo, y nada extenso, pero en el mismo es posible encontrar numerosas deficiencias: comas desconcertantes, ilación confusa de frases, excesiva condensación expresiva en unos casos, descripciones innecesarias en otros e, incluso, traslocación de palabras<sup>41</sup>.

Así, por ejemplo, en vez de hablar «del personal embarcado en buques de la Armada o que, perteneciendo a unidades militares terrestres o aéreas, se encuentre destacado fuera del territorio nacional, en situaciones excepcionales...», hubiera sido mejor hablar «del personal embarcado en buques de la Armada o perteneciente a unidades militares terrestres o aéreas destacadas fuera del territorio nacional, que se encuentre en situaciones excepcionales...» Con la fórmula legal no se sabe muy bien si encontrarse fuera del territorio nacional o estar en situaciones excepcionales es predicable sólo para el personal terrestre y aéreo o también para el personal embarcado.

c) En tercer lugar, queremos poner de relieve la falta de correspondencia entre el artículo 1 de la Orden Ministerial 116/1999, de 30 de abril, que regula este procedimiento, y la habilitación normativa contenida en la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales. Con independencia

---

<sup>39</sup> El número de miembros de las Fuerzas Armadas que pueden ser usuarios de este procedimiento en unas elecciones es imposible de cuantificar con exactitud, pues las misiones en el exterior son variables. No obstante, se puede situar, *grosso modo*, en torno a los 2.700. Téngase en cuenta, por otra parte, que en el momento actual la cifra máxima fijada por el Gobierno de tropas militares en el exterior es de 3.000 efectivos (vid. Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2008, que prorroga el Acuerdo de 29 de diciembre de 2006 ).

<sup>40</sup> En el título de la norma reguladora de este procedimiento no se alude, en cambio, a la condición de miembro de las Fuerzas Armadas: Orden 116/1999, de 30 de abril, del Ministerio de Defensa, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional».

<sup>41</sup> Nos referimos, en concreto, al empleo de la fórmula «ejercicio del derecho de voto por correo», en vez de «ejercicio por correo del derecho de voto».

de cuál sea la interpretación que se realice del artículo 1 citado, el resultado al que se llega es el mismo: el defectuoso uso de la habilitación<sup>42</sup>.

Obsérvese que mientras la Disposición Transitoria Tercera habilitadora contenida en el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, habla, por un lado, del «personal embarcado en buques de la Armada, cuando se encuentre, en situaciones excepcionales, vinculadas con la Defensa Nacional, que así lo aconsejen» y, por otro lado, «del personal perteneciente a unidades militares terrestres o aéreas que se encuentre destacado fuera del territorio nacional, en las precitadas situaciones excepcionales, y que participe o coopere, con las Fuerzas de los países aliados y de Organizaciones internacionales, en misiones de asistencia humanitaria o mantenimiento de la paz internacional», el artículo 1 de la Orden Ministerial reguladora alude conjuntamente a ambos tipos de sujetos hablando «del personal embarcado en buques de la Armada o que, perteneciendo a unidades militares terrestres o aéreas, se encuentre destacado fuera del territorio nacional, en situaciones excepcionales, vinculadas con la defensa nacional y que participe o coopere, con las Fuerzas de los países aliados y de organizaciones internacionales, en misiones de asistencia humanitaria o mantenimiento de la paz internacional».

Y si esto es así sólo hay dos conclusiones posibles: o la Orden Ministerial reguladora del procedimiento estudiado incurre en un *exceso de habilitación*, en el caso de que consideremos aplicable al personal embarcado la referencia a la participación o cooperación en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional; o, por el contrario, incurre en *déficit habilitador*, si consideramos que esta referencia no es exigible al personal embarcado en buques de la Armada y que sólo cabe aplicarla al personal terrestre o aéreo. En cualquier caso, hay que hablar de mal uso de la habilitación normativa y, por ello, de mala técnica legislativa<sup>43</sup>, aunque la reforma de la LOREG de octubre de 2007, que introduce en la Ley una habilitación Reglamentaria en

---

<sup>42</sup> En la anterior regulación de este procedimiento pasaba lo mismo, pues tanto la norma habilitadora (Real Decreto 421/1991, de 5 de abril, según modificación operada por Real Decreto 563/1993, de 16 de abril) como la reguladora (Orden 53/1993, de 12 de abril) tenían el mismo tenor que las actualmente vigentes. Además, hay que tener presente que en 1993 se salvó un problema de habilitación aún mayor, ya que en la redacción original del Real Decreto 421/1991, de 5 de abril, no se hacía referencia alguna al personal perteneciente a unidades militares terrestres y aéreas, sino únicamente al personal embarcado en buques de la Armada.

<sup>43</sup> En relación con la titularidad de la potestad reglamentaria y la jerarquía de los reglamentos vid. los artículos 2, 4, 5 y 23 de la ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. En el ámbito doctrinal vid. José María BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Universidad Complutense y Civitas, Madrid, 1991; y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2.ª edición, Tecnos, Madrid, 1981.

relación «el personal de las Fuerzas Armadas españolas... que esté cumpliendo misiones en el exterior», el problema ha perdido trascendencia.

d) Por último, es preciso aludir a uno de los puntos más relevantes de las relaciones entre el procedimiento de votación a distancia de los militares en el exterior y el del personal embarcado, regulado por el artículo 9 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales. Nos referimos, en concreto, a la delimitación del ámbito de aplicación respectivo.

Los dos procedimientos de votación a distancia incluyen dentro de su ámbito de aplicación, como sabemos, al personal embarcado en buques de la Armada<sup>44</sup>, por lo que puede plantearse la duda de cuándo aplicar uno y cuándo el otro. La pregunta a responder es ¿qué criterio utilizar para separar los respectivos ámbitos en relación a este personal?

La clave no está, a nuestro juicio, en lo más llamativo de la Orden Ministerial 116/1999, de 30 de abril, es decir, en la concurrencia o no de las situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional o con la participación o cooperación en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional, sino en un dato fáctico contenido en el artículo 9.1 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales: la previsión o no de que durante el período electoral el buque toque puertos previamente conocidos en territorio nacional. Si es previsible la arribada del buque en un puerto español debería aplicarse el procedimiento del personal embarcado, y, en caso contrario, el procedimiento de los militares en situaciones excepcionales<sup>45</sup>.

La interpretación sistemática de las normas conduce a esta delimitación, aunque no sólo ella. También conducen al mismo lugar los antecedentes históricos. Recordemos el texto del artículo 1 de la Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno de 28 de septiembre de 1990, ya derogada, por la que se regulaba el ejercicio del derecho de voto por el personal embarcado en buques de la Armada, destinado en misiones de paz internacionales:

---

<sup>44</sup> El procedimiento de los militares en el exterior afecta al personal embarcado en buques de la Armada y al personal de unidades militares terrestres o aéreas destacadas fuera del territorio nacional, mientras que el procedimiento del personal embarcado afecta, igualmente, al personal embarcado en buques de la Armada, y también al personal embarcado en buques de la Flota Pesquera y de la Marina Mercante.

<sup>45</sup> Naturalmente, debe entenderse que la arribada del buque a puerto español debe producirse en una fase del período electoral en que sea legal y fácticamente posible ejercer a distancia el voto con arreglo a este procedimiento.

«Para el ejercicio del derecho de voto por correo del personal embarcado en buques de la Armada, que participe en misiones de paz internacionales, y que durante el período electoral no toque puertos del territorio español, se seguirá el procedimiento establecido en los puntos siguientes de la presente Orden»<sup>46</sup>.

## V) TRAMITACIÓN

### A) ACTOS INICIALES

El siguiente paso en el estudio del procedimiento de votación a distancia del personal de las Fuerzas Armadas en el exterior nos lleva a abordar su tramitación, esto es, a conocer los distintos pasos que integran su desarrollo. Vamos a tratar de ser breves, sin pretender llevar a cabo un estudio detenido, punto por punto, de cada una de las fases del procedimiento, sino únicamente deteniéndonos en la implementación de las especialidades que ofrece respecto al procedimiento ordinario y al especial del personal embarcado.

Comenzaremos con los actos iniciales del procedimiento. A este respecto lo primero que hay que decir es que, ante la inexistencia de ninguna norma específica, hay que entender que el procedimiento de los militares en el exterior comienza igual que el del personal embarcado, esto es, con la manifestación de voluntad que el elector hace al Comandante del buque o Jefe de Unidad, o al Oficial en el que expresamente deleguen los anteriores, de que desea ejercer su sufragio a distancia y, en consecuencia, que se curse a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral (en adelante OCE) la solicitud de envío de la documentación electoral precisa para votar<sup>47</sup>.

No está prevista expresamente en ninguna norma la realización de una actividad previa de información por parte de la Administración sobre los destinatarios de este procedimiento especial de votación, aunque sería sumamente conveniente que así se hiciera. El Ministerio de Defensa debería contactar a tal efecto, nada más convocadas las elecciones, con los Comandantes de buque y Jefes de unidad concernidos y éstos informar a sus subordinados de la existencia de este procedimiento especial de vota-

---

<sup>46</sup> Esta Orden Ministerial no aludía a que los puertos tocados del territorio nacional fueran previamente conocidos, pero sólo tiene sentido que así fuera.

<sup>47</sup> Al igual que dijimos en el procedimiento ordinario sería conveniente que esta declaración de voluntad se hiciera por escrito, a los efectos de hacer frente a los posibles problemas que eventualmente pudieran surgir.

ción y de la posibilidad de utilizarlo poniéndose en contacto con ellos o con los oficiales que expresamente designen<sup>48</sup>.

Y así es, además, como se suele hacer en la práctica en cada convocatoria electoral. Desde el Ministerio de Defensa, en Madrid, se emiten las instrucciones pertinentes a los responsables de los buques y unidades terrestres y aéreas. Y éstos toman conocimiento de sus obligaciones, organizan los medios personales y materiales que necesiten e informan a sus subordinados de los trámites del procedimiento<sup>49</sup>.

En cualquier caso, con independencia de que esta labor de información administrativa tenga lugar o no, lo que interesa destacar es que el procedimiento lo pone en marcha el elector de forma individual con la expresión de su deseo de votar de este modo. El personal embarcado o destacado en una unidad terrestre o aérea no tiene, pues, que esperar a que la superioridad «abra» de forma oficial el procedimiento, sino que una vez convocadas las elecciones puede dirigirse en tal sentido a su Comandante o Jefe.

Hecho esto por parte del elector, el Comandante del buque o Jefe de la unidad tiene que dar curso a la correspondiente solicitud. Lo debe hacer, lógicamente, previa comprobación, con arreglo al procedimiento ordinario, de la identidad del solicitante en el caso de no constarle ésta de forma indubitada<sup>50</sup>.

La remisión debe hacerse de la misma forma que en el procedimiento del personal embarcado, es decir, por radiotelegrafía (o por fax o correo electrónico, en defecto de la radiotelegrafía, según Acuerdo de la Junta Electoral Central de 12 de abril de 2007) y no por correo, como ocurre, en cambio, en el procedimiento ordinario. Esto es lo que se deduce de la regulación contenida en la Orden Ministerial 116/1999, de 30 de abril, que considera a los servicios de radiotelegrafía de los buques y unidades terrestres y aéreas como «dependencias delegadas del Servicio de Correos». No obstante, también hay que admitir la posibilidad de hacer uso de los aviones-estafeta, en la medida en que la Orden Ministerial menciona a

---

<sup>48</sup> La previsión contenida en el artículo 3 de la Orden Ministerial de que «el Comandante del buque o el Jefe de Unidad remitirá la relación de personal que desea ejercer su derecho de sufragio al Director general de Personal del Ministerio de Defensa» no nos parece suficiente para imponer a los responsables de los buques y unidades terrestres y aéreas la obligación de información previa hacia sus subordinados.

<sup>49</sup> También tienen un papel fundamental de estímulo los medios de comunicación, los diputados y senadores con sus preguntas al Gobierno sobre este procedimiento y el propio personal militar.

<sup>50</sup> El artículo 72-b de la LOREG exige que la solicitud se formule personalmente y que el funcionario de Correos encargado de recibirla exija al interesado la exhibición de su Documento Nacional de Identidad. También exige que compruebe la coincidencia de la firma, pero si no hay solicitud escrita por parte del personal militar, este requisito no se puede cumplir.

los Comandantes de estos aparatos, sin mucho sentido a nuestro parecer, como «funcionarios encargados de la recepción de la solicitud»<sup>51</sup>.

La novedad más relevante con el procedimiento del personal embarcado estriba, sin embargo, en el órgano de remisión, pues mientras que en este procedimiento (el del personal embarcado), al igual que en el del procedimiento ordinario, la solicitud debe enviarse a la Delegación Provincial de la OCE que en cada caso corresponda, en el procedimiento que ahora estudiamos la remisión debe hacerse a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, que es quien debe contactar luego con las diferentes Delegaciones Provinciales de la OCE<sup>52</sup>. No hay, por tanto, contacto directo entre los buques y unidades militares y las Delegaciones Provinciales de la OCE.

En la Orden Ministerial 116/1999, de 30 de abril, no se indica el medio de comunicación o transporte que debe utilizar la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa para hacer llegar las solicitudes a las Delegaciones Provinciales de la OCE, pero se supone que debe ser el más rápido posible, por ejemplo, el fax. No tendría mucho sentido utilizar la radiotelegrafía por el simple hecho de que así es como se envían las solicitudes a las Delegaciones Provinciales en el procedimiento del personal embarcado, ni tampoco que se hiciera por correo, por ser este el medio de comunicación propio del procedimiento ordinario.

Lo que no está nada claro, sin embargo, es si la solicitud del elector se tiene que confeccionar en el buque o unidad en que halla el elector, con la información que éste suministra (nombre y apellidos, municipio de residencia, etc.), o en la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, por medio de la consulta de sus archivos. El artículo en cuestión, que es el tercero de la Orden 116/1999, de 16 de abril, dice así:

«El Comandante del buque o el Jefe de Unidad remitirá la relación de personal que desea ejercer su derecho de sufragio al Director general de Personal del Ministerio de Defensa, quien tramitará las solicitudes del certificado de inscripción en el censo a las correspondientes Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral a partir de la fecha de la convocatoria y hasta el décimo día anterior a la votación. Por cada solicitante se hará constar:

Nombre y dos apellidos del solicitante.

Número del documento nacional de identidad.

---

<sup>51</sup> Vid. los artículos 3 y 6 de la Orden del Ministerio de Defensa 116/1999, de 30 de abril.

<sup>52</sup> Vid. el artículo 3 de la Orden del Ministerio de Defensa 116/1999, de 30 de abril.

Fecha de nacimiento.  
Provincia y municipio de nacimiento.  
Municipio de residencia en el que está incluido en el censo electoral.  
Calle y número de su domicilio»<sup>53</sup>.

Del tenor literal de este artículo, sobre todo en sus primeras líneas, parece deducirse que la confección de la solicitud corre a cargo de la Dirección General de Personal, mientras que los Comandantes de buque y Jefes de Unidad deben limitarse a enviar a la Dirección General la relación del personal que desea votar con arreglo a este procedimiento especial. Con ello quedaría muy descargada la labor de los responsables de los buques e incluso del propio personal que desea hacer uso de este procedimiento especial de votación.

No obstante, la solución más razonable parece ser la otra, pues nadie mejor que el elector conoce los datos relativos a su inscripción censal. Además, no hay que olvidar que, según hemos señalado antes, cabe la posibilidad de que ejerzan su sufragio con arreglo a este procedimiento personas no integradas en la organización militar, pero que, por diversas circunstancias, se encuentran embarcadas en los buques o unidades militares en el exterior. La Dirección General actuaría, por tanto, si se acepta esta interpretación, como simple órgano intermedio o de enlace entre los Comandantes de buque y Jefes de Unidad, por un lado, y las distintas Delegaciones Provinciales de la OCE, por otro, limitándose a remitir a las Delegaciones Provinciales competentes las solicitudes que le envían los Comandantes de buque y Jefes de Unidad.

De todas formas, la cuestión no tiene mayor trascendencia y consideramos que las dos opciones mencionadas son válidas y, por tanto, susceptibles de ser aplicadas. El que se opte por una u otra depende, pues, de lo que en cada caso se considere más oportuno y eficaz por parte de los mandos civiles o militares.

Otro punto conflictivo puede ser el del plazo de presentación y remisión de las solicitudes de los electores. El artículo 3 de la Orden Ministerial señala únicamente a este respecto que el Director General de Personal del Ministerio de Defensa tramitará las solicitudes a las Delegaciones Provinciales de la OCE «a partir de la fecha de la convocatoria y hasta el déci-

---

<sup>53</sup> El contenido de la solicitud indicado en el artículo 3 de la de la Orden del Ministerio de Defensa 116/1999, de 30 de abril, sigue muy de cerca lo dispuesto en el procedimiento del personal embarcado (artículo 9.2 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales).

mo día anterior a la votación»<sup>54</sup>, pero no establece plazo alguno para que los electores presenten sus solicitudes ante los Comandantes de buque y Jefes de Unidad, ni para que éstos las remitan al Director General. Tampoco alude la norma al tiempo máximo que puede transcurrir entre el momento en que el elector expresa su deseo de que se ponga en marcha el procedimiento y la transmisión de la solicitud por el responsable del buque o unidad, ni al que debe mediar entre el instante en que la solicitud llega a la Dirección General de Personal y aquel en que se recibe en la Delegación Provincial de la OCE.

Este cuadro normativo hace necesario acudir a las reglas generales del procedimiento ordinario establecidas en la LOREG y a su armonización con la única regla expresamente prevista en la Orden Ministerial que regula este procedimiento especial<sup>55</sup>. De acuerdo con ello, el elector dispone desde la convocatoria de las elecciones hasta el décimo día anterior al de la votación para presentar su solicitud (artículo 72-a LOREG), mientras el Comandante de buque o Jefe de Unidad y el Director General de Personal del Ministerio de Defensa tienen un plazo conjunto de tres días para remitir la solicitud a la correspondiente Delegación Provincial de la OCE (artículo 72-d LOREG), sin que en ningún caso puedan superar el límite del décimo día anterior a la votación (artículo 3 Orden Ministerial 116/1999, de 30 de abril).

El único problema puede surgir, como se ve, en el caso de que el elector espere al último día para presentar su solicitud de voto a distancia, pues ello obligaría al Comandante del buque o Jefe de la Unidad en que se halle a tramitar en el mismo momento la solicitud por radiotelegrafía al Director General de Personal del Ministerio de Defensa y a éste, igualmente, a remitirla de forma inmediata a la Delegación Provincial de la OCE. Si esto sucede con uno o unos pocos electores no hay problema, pero si el retraso se generaliza sí. Es por ello muy recomendable que los electores presenten su solicitud cuanto antes ante sus superiores. Además, así se aseguran de que la Delegación Provincial de la OCE va a disponer de tiempo suficiente para remitirles en plazo la documentación electoral.

---

<sup>54</sup> La referencia a la remisión a la Delegación Provincial de la OCE «hasta el décimo día anterior a la votación» constituye una novedad respecto al procedimiento ordinario y al del personal embarcado. En estos no se indica nada expresamente al respecto, por lo que rige la regla general de remisión en el tiempo más breve posible, y, en todo caso, no exceder el plazo de tres días (artículo 72-d LOREG).

<sup>55</sup> El artículo 7 de la Orden del Ministerio de Defensa 116/1999, de 30 de abril, remite expresamente al procedimiento ordinario: «En todo lo no expresamente previsto por esta Orden se estará a lo establecido en los artículos 72 a 74 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio; en la Ley Orgánica 6/1992, de 2 de noviembre, y en la normativa de desarrollo que sea de aplicación».

Dicho esto, es preciso aclarar el alcance que hemos dado a otro punto de la Orden del Ministerio de Defensa, en la medida en que influye en la forma que hemos resuelto la cuestión del plazo. Nos referimos de nuevo a la norma prevista en la primera parte del artículo 3, según la cual «el Comandante del buque o el Jefe de Unidad remitirá la relación de personal que desea ejercer su derecho de sufragio al Director general de Personal del Ministerio de Defensa», y en concreto a si el Comandante de buque o Jefe de unidad tiene que enviar la relación de personal de una sola vez.

A nuestro juicio, no hay razón alguna, más que la gramatical, para sostener que esta previsión supone el envío por parte del Comandante del buque o el Jefe de Unidad de una única relación de solicitudes y no de varias, conforme las vayan presentando los electores. Esta sería una interpretación rígidamente literal de la norma, que no presenta ninguna ventaja –ni facilita el ejercicio del derecho de sufragio de estos electores, ni agiliza el procedimiento, ni contribuye a la mejor gestión de las solicitudes<sup>56</sup>–, pero que puede, por el contrario, plantear algunos problemas prácticos de calado. Piénsese que si la relación de solicitudes se tramita al final del plazo legal (esto es, el décimo día anterior al de la votación), se pone en juego el éxito del conjunto del procedimiento, pues queda muy reducido el tiempo para realizar los trámites posteriores; y que, si se remite antes, el Comandante del buque o Jefe de Unidad tiene, necesariamente, que establecer, sin apoyo legal alguno, un plazo previo para la presentación de solicitudes y darle suficiente publicidad entre sus subordinados, con el riesgo siempre latente de que luego se presente, fuera de plazo, un elector con su solicitud y de que la misma le sea denegada.

## B) ACTOS INTERMEDIOS

Recibida la solicitud del elector por la correspondiente Delegación Provincial de la OCE, este órgano ha de proceder a su tramitación siguiendo las prescripciones del procedimiento ordinario, como sucede también en el procedimiento del personal embarcado. Debe, por ello, examinar la procedencia de la solicitud, comprobar que el elector está inscrito efectivamente en el censo electoral, realizar en el mismo la anotación de que el elector va a ejercer su voto a distancia, extender el certificado censal que

---

<sup>56</sup> Lo mismo da, nos parece, que desde el buque o unidad se cursen de una vez ochenta solicitudes a que un día se cursen veinte, otro doce, otro veintiséis y el último día veintidós.

le ha sido solicitado, preparar los demás documentos electorales precisos para votar y, finalmente, remitirle un sobre con toda la documentación antes del sexto día anterior al de la votación<sup>57</sup>.

Hay aquí, sin embargo, una pequeña diferencia con los procedimientos anteriores. La documentación electoral no se remite directamente al elector, sino, como señala el artículo 4 de la Orden 116/1999, de 30 de abril, «a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, para que, por el procedimiento más urgente posible, la haga llegar al destinatario». Ello evita, con buen criterio, la multiplicación de envíos a un mismo lugar y facilita el control sobre la buena marcha del procedimiento.

No se indica en la norma citada el procedimiento concreto que debe utilizar el Director General para hacer llegar la documentación electoral al elector, pero la rapidez que lo debe caracterizar apunta al uso de los aviones-estafeta<sup>58</sup>. Y tampoco se señala en ningún lugar a quién debe entregar el Comandante del avión-estafeta la documentación electoral, pero parece que lo más lógico es que los Comandantes de buque y Jefes de unidad sean los receptores del conjunto de los envíos y que posteriormente hagan una entrega individualizada de los mismos a los diferentes destinatarios.

En cualquier caso, siempre debería quedar constancia escrita de todos los puntos por los que va pasando la documentación electoral. Desde la entrega en la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa hasta la recepción final por el destinatario, pasando, por supuesto, por el Comandante del avión-estafeta y el Comandante del buque o Jefe de la Unidad en que se encuentre el elector.

### C) ACTOS FINALES

Una vez que el elector tiene en su poder la documentación electoral remitida por la Delegación Provincial de la OCE tiene que emitir su voto, para lo cual debe escoger una papeleta electoral, salvo que desee votar en blanco, introducir ésta en el sobre de votación y cerrarlo. Seguidamente debe preparar el envío: tiene que introducir este sobre y el certificado de inscripción en el censo electoral en el sobre de tamaño superior dirigido a la Mesa Electoral en la que le corresponde votar.

---

<sup>57</sup> Vid. el artículo 73.1 y 2 de la LOREG.

<sup>58</sup> Su figura es mencionada de forma enigmática y, sin duda, errónea, en el artículo 6 de la Orden 116/1999, de 30 de abril, al mencionar al Comandante del avión-estafeta entre «los funcionarios encargados de la recepción de la solicitud».

Hasta aquí todo normal, es decir, igual que en los procedimientos anteriores. La especialidad viene ahora: el elector no remite el sobre por correo, sino que, según el artículo 5 de la Orden 116/1999, de 30 de abril, lo debe entregar al Comandante del buque o Jefe de la Unidad, el cual lo ha de custodiar, «garantizando su seguridad, integridad y secreto», hasta que sea recogido por el encargado de su transporte a territorio nacional; éste, a su vez, lo debe entregar en la Dirección General del Ministerio de Defensa, que es la que se ocupa de hacerlo llegar, antes de tercer día previo al de la celebración de las elecciones, al Servicio de Correos; y, finalmente, este Servicio lo tiene remitir con carácter urgente a la Mesa electoral correspondiente<sup>59</sup>. En todo momento, igual que dijimos con la documentación electoral, deberá dejarse constancia escrita de todas estas entregas del voto.

No se ha señalado en esta norma un plazo máximo determinado para que el elector entregue el sobre electoral al Comandante del buque o Jefe de la Unidad, pero las peculiares circunstancias del procedimiento –la remisión conjunta de los votos, la lejanía del territorio nacional, la posible coordinación con otros destacamentos militares en la organización de la recogida de los votos y la existencia de trámites posteriores a la entrega– hacen impracticable la regla del procedimiento ordinario de que el elector tenga derecho a llegar hasta el cuarto día anterior al de la celebración de las elecciones<sup>60</sup>.

Del artículo 5 de la Orden 116/1999, de 30 de abril, puede deducirse que el elector tiene como plazo máximo de entrega la llegada del encargado del transporte de los votos a España. Esta llegada se producirá, de todos modos, en torno a esta fecha límite, aunque podría adelantarse un poco, e incluso sería recomendable que así sucediera para garantizar la efectividad del voto. En tal caso, lo único que tiene que hacer el Comandante del buque o Jefe de la Unidad es comunicárselo a sus subordinados, a fin de que no queden defraudadas sus expectativas.

---

<sup>59</sup> Estas prescripciones se recogen en el artículo 5 de la Orden 116/1999, de 30 de abril, cuyo texto dice así: «El elector procederá a ejercer su derecho al voto, una vez recibida la documentación a que hace referencia el punto anterior. De los votos emitidos se hará cargo el Comandante del buque o Jefe de la Unidad, que los custodiará, garantizando su seguridad, integridad y secreto, hasta que sean recogidos por el encargado de su transporte a territorio nacional. La Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa hará llegar los votos recibidos al organismo autónomo Correos y Telégrafos, antes del tercer día previo al de la celebración de las elecciones, el cual los remitirá con carácter urgente a la Mesa electoral correspondiente».

<sup>60</sup> El artículo 73.4 de la LOREG establece, en relación con el procedimiento ordinario, que el elector remitirá el sobre «en todo caso antes del tercer día previo al de la celebración de las elecciones».

La norma en cuestión tampoco ha individualizado o concretado el medio de transporte de los votos ni el funcionario que ha de responsabilizarse del traslado y posterior entrega de los votos en la Dirección General del Ministerio de Defensa en España. No obstante, parece que el medio más adecuado será el avión-estafeta y el funcionario responsable el Comandante del mismo<sup>61</sup>.

Finalmente, una vez que la Dirección General del Ministerio de Defensa ha entregado los sobres electorales al Servicio de Correos, deben sucederse, sin especialidad alguna, las demás fases que integran el procedimiento ordinario de votación a distancia y que ya nos son conocidas. En primer lugar, el Servicio de Correos debe proceder a la tramitación de los votos: traslado de los sobres a las oficinas postales de las localidades donde estén las Mesas Electorales de destino y posterior entrega en las Mesas de los sobres el día de la votación. Y en segundo término, y como acto final, debe tener lugar la materialización de los sufragios por parte de cada una de las Mesas Electorales, con todas las operaciones de control que ello implica.

## VI) CONSIDERACIONES FINALES

### A) EL DEFICIENTE FUNCIONAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento de los militares destacados fuera del territorio nacional merece, en principio, un juicio que podríamos calificar como discretamente positivo; desde luego, más positivo que el que suscitan otros como, por ejemplo, el procedimiento del personal embarcado. Nos parece que, en líneas generales, responde a los desafíos que plantea el voto a distancia de un grupo de personas que, por razones laborales, se hallan alejadas del territorio nacional, muchas veces en situaciones muy difíciles.

No obstante, el procedimiento no siempre ha funcionado bien en la práctica, como ponen de relieve los datos del voto de los marineros y soldados destinados en Irak durante las elecciones locales y autonómicas de 25 de mayo de 2003, las últimas elecciones de que tenemos datos comple-

---

<sup>61</sup> Igual, por tanto, que lo señalado para el traslado de la documentación electoral desde España a los buques y unidades, por lo que cabe la posibilidad de aprovechar el mismo viaje para entregar la documentación electoral y recoger, poco después, los votos.

tos y fiables del voto de este colectivo<sup>62</sup>: de los más de setecientos potenciales electores tan solo 146 cursaron la solicitud de voto a distancia; los sobres de documentación electoral recibidos de las distintas Delegaciones Provinciales de la OCE y remitidos por la Dirección General de Personal a Irak antes del cuarto día anterior al de la votación fueron 34; y los votos recibidos desde Irak para su posterior remisión a las Mesas Electorales antes de las veintidós horas del tercer día previo a la votación fue cero (!!!)<sup>63</sup>.

Estos datos son decepcionantes y muy reveladores. Y aunque la situación ha mejorado con posterioridad de forma considerable –sin que, repito, podamos apartar datos completos al respecto<sup>64</sup>– todavía hay problemas. Se podría decir, si se nos permite la expresión, que el paciente mejora, pero que aún no se le puede dar de alta.

Ello nos lleva a plantearnos el por qué de esta ineficacia del procedimiento. Dicho de otro modo: ¿a qué o a quién se debe esta lamentable situación? Lo primero que cabe pensar es en el factor tiempo. Los plazos del procedimiento son, como todo el mundo se habrá dado cuenta, demasiado amplios, lo que hace que la tarea de emisión y remisión del voto por el elector se desplace a unas fechas muy avanzadas del calendario electoral.

No creemos, sin embargo, que ésta sea la causa principal del deficiente funcionamiento de este procedimiento, sino, en general, la dejadez de la Administración, que, a nuestro juicio, no se ha preocupado lo suficiente de cumplir los plazos de actuación que tiene establecidos. Obsérvese, continuando con el ejemplo de Irak de las elecciones de mayo de 2003, el siguiente dato: la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa remitió, en plazo, a las Delegaciones Provinciales de la OCE 146 solicitudes, pero ocho días después solo habían llegado a dicha Dirección General la documentación correspondiente a 34 solicitudes. Y este trámite era, además, el más fácil de cumplir, pues tiene lugar exclusivamente en

---

<sup>62</sup> Estos datos han sido suministrados al Congreso de los Diputados por el Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes, en respuesta a una pregunta formulada por la diputada del Grupo Socialista María Carmen Sánchez Díaz. Vid. el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 567, de 11 de julio de 2003, págs. 211-213. Para la pregunta vid. el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 549, de 11 de junio de 2003, pág. 124.

<sup>63</sup> El artículo 73.3 de la LOREG establece como fecha límite para remitir el sobre con el voto el tercer día previo a la celebración de las elecciones. No obstante, la Junta Electoral Central lo suele prorrogar hasta las 22 horas del día siguiente.

<sup>64</sup> Los mejores datos don los de las elecciones al Congreso y el senado de 9 de marzo de 2008: 2836 militares cursaron la solicitud de voto por correo; las Delegaciones Provinciales de la oficina de la OCE remitieron en plazo 2814 sobre de documentación electoral,

territorio nacional por los mecanismos habituales del procedimiento ordinario<sup>65</sup>.

## B) PROPUESTAS PARA UN MEJOR FUNCIONAMIENTO

A la vista de lo que acabamos de apuntar, creemos que todo el mundo estará de acuerdo en la necesidad de tomar medidas. Ahora bien, ¿qué medidas? En esto es, sin duda, más difícil hallar el consenso. Cada estudio e incluso cada persona que haya estado en contacto directo con el procedimiento tendrá, sin duda, su receta, pero ante la falta de opiniones publicadas nos limitaremos a exponer la nuestra.

Lo primero que queremos indicar es que el voto por internet podría ser una alternativa válida para este colectivo. No obstante, no perderemos el tiempo en su defensa, pues su reconocimiento individualizado, es decir, únicamente en este procedimiento, es inviable, pues impediría radicalmente el secreto del voto de sus usuarios. Sería necesaria, por tanto, una implantación más amplia de este tipo de voto para lo cual nos parece que todavía faltan algunos años.

Nos inclinamos, por ello, por una reforma limitada del procedimiento, a fin de conseguir una mejora significativa de su funcionamiento. Se trataría, en pocas palabras, de introducir medidas encaminadas a encauzar más directamente al objetivo pretendido las actuaciones políticas y administrativas.

En este sentido proponemos, en concreto, que se introduzcan en la Orden Ministerial que regula el procedimiento de votación de los militares en el exterior las cuatro modificaciones siguientes:

a) Relevar a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa de las funciones que actualmente tiene encomendadas y atribuírselas a un órgano específico de la Administración Electoral como la Junta Electoral Central o la Oficina del Censo Electoral. Las ventajas del traslado son evidentes: no sólo se gana en relación con el principio de especialidad de funciones, sino también con el de independencia política de los órganos que gestionan las elecciones<sup>66</sup>.

---

y el Ministerio de Defensa entrego a correos, para su posterior envío a las Mesas Electorales, un total de 2.578 votos.

<sup>65</sup> Sobre este dato vid. el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 567, de 11 de julio de 2003, págs. 211-213.

<sup>66</sup> La Junta Electoral Central y la Oficina del Censo Electoral son órganos que ejercen de forma ordinaria diversas funciones electorales, mientras que la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa sólo lo hace en este caso concreto. Además, son órganos que tienen un perfil bastante más independiente y neutral que el de la Dirección General citada.

b) Imponer a la Administración la obligación de informar cumplidamente a los destinatarios del procedimiento tanto de su existencia como de los pasos que jalonan su tramitación. Lo más lógico sería que un órgano como la Junta Electoral Central o la Oficina del Censo Electoral se pusiera en contacto, directamente o por medio del Ministerio de Defensa, con los Comandantes de buque y Jefes de Unidad y que luego éstos trasladaran la información a sus subordinados.

c) Atribuir a un órgano concreto de la Administración Electoral (la Junta Electoral Central o la Oficina del Censo Electoral, mejor que la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa) la tarea de vigilar y estimular el cumplimiento de sus obligaciones por parte de las Delegaciones Provinciales de la OCE, los Comandantes de los aviones-estafeta, los Comandantes de buque y Jefes de Unidad y el Servicio de Correos. Se trata, simplemente, de que haya alguien pendiente de que todo marche como debe marchar.

d) Establecer plazos específicos, más reducidos que los actuales, en los diferentes trámites a cumplir. Así, por ejemplo, debería adelantarse un par de días o tres el plazo máximo de que disponen las Delegaciones Provinciales de la OCE para remitir a los electores la documentación electoral, plazo que se sitúa actualmente en el séptimo día anterior al de la votación<sup>67</sup>.

### C) OTROS ASPECTOS A MEJORAR

Finalmente, tenemos que referirnos a otros aspectos del procedimiento estudiado que consideramos francamente mejorables, con independencia de que no hayan tenido responsabilidad efectiva alguna en el mal funcionamiento del procedimiento. Se trata de cuestiones en cierto modo de carácter técnico, en la mayoría de los casos de técnica-legislativa.

Las indicaciones críticas a efectuar en este terreno podrían ser muy numerosas, pero nos vamos a centrar en las tres que consideramos más relevantes:

---

<sup>67</sup> El artículo 73.3 de la LOREG establece actualmente que «la Oficina del Censo Electoral remitirá por correo certificado al elector, a partir del trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria y antes del sexto día anterior al de la votación, al domicilio por él indicado o, en su defecto, al que figure en el censo, las papeletas y los sobres electorales, junto con el certificado mencionado en el párrafo anterior [certificado de inscripción en el censo electoral] y un sobre en el que figurará la dirección de la Mesa donde le corresponda votar. Con los anteriores documentos se adjuntará una hoja explicativa».

a) En primer lugar, hay que referirse al hecho de que al legislador se le ha olvidado otorgar a determinados sujetos (al Director General de Personal del Ministerio de Defensa, a los Comandantes de los aviones-estafeta, a los Comandantes de buque y Jefes de Unidad y a los Oficiales en que expresamente deleguen éstos) la consideración de funcionarios encargados de entregar la documentación electoral a los electores y de recibir de éstos los sobres con el voto. El artículo 6 de la Orden del Ministerio de Defensa 116/1999, de 30 de abril, reconoce a estos sujetos, y a los efectos previstos en los párrafos a) y b) del artículo 72 de la LOREG, la condición, únicamente, de «funcionarios encargados de la recepción de la solicitud», sin darse cuenta de que luego, en el articulado de la norma, se le atribuyen funciones no sólo en este terreno, sino también en el de la entrega de la documentación electoral y en el de la recepción de los sobres con los votos<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> La subsanación de este error sería muy sencilla, pues bastaría con modificar el artículo 6 de la Orden 116/1999, de 30 de abril, para aludir en el mismo al artículo 73.2 y 3 de la LOREG y a la condición de funcionarios encargados de entregar la documentación y de recibir los sobres con los votos de diversos sujetos (Director General de Personal del Ministerio de Defensa, Comandantes de los aviones-estafeta, Comandantes de buque y Jefes de unidad y Oficiales en que expresamente deleguen éstos). El texto quedaría más o menos así: «A los efectos previstos en los párrafos a) y b) del artículo 72 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, los servicios de radiotelegrafía de los buques o de las unidades tendrán la consideración de dependencias delegadas del Servicio de Correos, y los Comandantes de buque y Jefes de unidad, o el Oficial en el que expresamente deleguen, así como el Comandante del avión-estafeta y el Director General de Personal del Ministerio de Defensa la de funcionarios encargados de la recepción de la solicitud. Igualmente, y a los efectos del artículo 73.2 y 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, el Director General de Personal del Ministerio de Defensa, los Comandantes de los aviones-estafeta, los Comandantes de buque y Jefes de Unidad, o el Oficial en que expresamente deleguen, tendrán la condición de funcionarios encargados de entregar la documentación electoral y de recibir los sobres con los votos».

<sup>69</sup> Existen aquí dos tipos de riesgo. El primero afecta a la tramitación efectiva del voto por los órganos depositarios, concretándose en la posible dilatación o impedimento de la misma. El otro se refiere a la violación del secreto del voto o a la sustitución, incluso, de la voluntad electoral expresada por el elector. Para hacer frente al primer riesgo no se nos ocurre más opción que el control efectivo de la Junta Electoral Central y el reconocimiento del derecho de acceso de los partidos políticos y de los propios interesados a la información sobre la tramitación del voto. En cuanto al segundo peligro la solución se complica. No es nada fácil articular mecanismos de control sencillos en este terreno, aunque no imposible. Por ejemplo, cabe pensar en la exigencia de que los usuarios del procedimiento rubriquen con su firma la cara externa y el cierre de los sobres electorales e incluyan dentro del mismo una declaración jurada con su firma; la Mesa Electoral podrá luego comprobar la coincidencia de la firma y actuar en consecuencia. Otro mecanismo posible: utilizar sobres de seguridad, de tal forma que la apertura por un tercero con posterioridad a su cierre por el elector sea fácilmente detectable.

b) Otro aspecto negativo, al que ya nos hemos referido en otro momento, es el de la deficiente delimitación del ámbito de aplicación del procedimiento. Se puede afirmar, diciéndolo con pocas palabras, que el mismo no está todo lo claro que sería deseable, dando lugar a una especie de galimatías para intérpretes esforzados. Sería conveniente, por ello, clarificar dicho ámbito de aplicación y hacerlo, además, en el sentido más generoso posible.

c) Por último, hay que decir que nos parece criticable el hecho de que no se haya establecido ninguna clase de control interno o externo sobre la recepción y custodia de los votos por parte tanto de los Comandantes de los buques o Jefes de Unidad, como de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa<sup>69</sup>. Los primeros actúan en solitario y, además, se encuentran en estrecha dependencia del Gobierno; la Dirección General de Personal suscita, por su parte, todavía más reticencias, pues la ocupación de su cúspide por personas nombradas directamente por el Gobierno le concede un elevado perfil político.

Ninguno de ellos reúne, por tanto, las más elementales garantías de neutralidad e independencia propias de la Administración Electoral. Y si estas garantías son necesarias en todo órgano que tenga tareas administrativas que cumplir en el proceso electoral, resultan absolutamente imprescindibles cuando se trata de una cuestión tan sensible como la gestión y custodia de los votos de los ciudadanos<sup>70</sup>.

Esta deficiencia ha sido observada, además, por los propios militares y condujo en las elecciones generales de 14 de marzo de 2004 a que en la base de Diwaniya, en Irak, se creara una especie de *órgano de gestión y control* formado por el Comandante interventor y el asesor jurídico. Se encargó de presenciar y dar fe del depósito de los votos y de organizar su custodia<sup>71</sup>.

\* \* \* \* \*

A la vista de todas estas consideraciones finales, se puede concluir que el procedimiento especial de votación del personal de las Fuerzas Armadas es susceptible de mejora, sin necesidad de introducir grandes cambios en el conjunto del mismo y sin que, por otra parte, resulte afectada la coherencia del sistema de emisión del voto en España. Se podría decir, tomando prestadas las palabras del filósofo Fernando Savater, que se trata de ser «audaces, muy audaces, pero no demasiado audaces».

<sup>70</sup> Sobre la necesaria independencia de los órganos encargados de la administración y control del proceso electoral vid. W. J. M. MACKENCIE, *Elecciones libres*, traducción española de F. Condomines Pereña, Madrid, Tecnos, 1962, págs. 109-110 (edición original: *Free elections*, 1957).

<sup>71</sup> Apud, por ejemplo, *El País*, de 1 de marzo de 2004.

**LAS NUEVAS INFRACCIONES CONTRA LOS  
DEBERES DEL MANDO DE AERONAVE MILITAR  
(Comentario a la reforma penal y disciplinaria  
introducida por la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio)**

Antonio Millán Garrido  
*Profesor de la Universidad de Cádiz*

## I. ANTECEDENTES

La iniciativa parlamentaria que dio lugar a la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio, tiene su origen en unos hechos acontecidos dos años antes, en concreto sobrevuelos a baja altura que terminaron en siniestros con, en algún caso, pérdida de vidas humanas e importantes daños materiales.

Ante ello, el Gobierno, en octubre de 2005, tras la información llevada a cabo por el Ministerio de Defensa, entendió que resultaba necesario tipificar de modo expreso tales conductas, tanto en el ámbito penal como en el orden disciplinario, sobre todo para impedir que sus autores pudieran volver a pilotar una aeronave militar.

Fue así como en menos de tres meses el Gobierno aprobó un proyecto de ley orgánica que, en la línea apuntada, modificaba el Código penal militar y la Ley de régimen disciplinario de las fuerzas armadas.

## II. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

La tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica de modificación de las Leyes Orgánicas 13/1985, de 9 de diciembre, del Código

Penal Militar, y 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, se inició el 13 de diciembre de 2005, cuando la Mesa del Congreso de los Diputados acordó su publicación<sup>1</sup> y remisión, para dictamen, a la Comisión de Defensa, estableciendo un plazo de enmiendas que, por dos veces ampliado, finalizó el 14 de febrero de 2006<sup>2</sup>.

Aunque se formularon cinco enmiendas, ninguna de ellas lo fue, propiamente, al texto propuesto por el Gobierno, sino que pretendían aprovechar la tramitación del proyecto para introducir otras modificaciones normativas o, incluso, reformar sustancialmente el ámbito de aplicación de la legislación penal militar<sup>3</sup>.

En este sentido, las tres primera enmiendas [las núms. 1 y 2, del Grupo Parlamentario Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y la núm. 3, del Grupo Parlamentario de Ezquerra Republicana (ERC)] pretendían la modificación del artículo 44 del Código penal militar, a fin de que, poniéndose término al debate jurisprudencial mantenido en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se estableciese la posibilidad de otorgar a los miembros de la Guardia Civil «la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta». Estas enmiendas perdieron todo su sentido desde la entrada en las Cortes del proyecto de nuevo régimen disciplinario de la Guardia Civil, que, como se sabe, se ha materializado en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre<sup>4</sup>, cuya disposición adicional 4.<sup>a</sup> añade al Código penal militar un artículo 7 *bis*, según el cual, sus disposiciones «no serán de aplicación a las acciones u omisiones de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto», limitando la aplicación del texto punitivo castrense al «tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares». Fuera de dichos supuestos no es de aplicación a la Guardia Civil el Código penal militar, con lo que desaparecía, en lo sustancial, el sentido de las enmiendas formuladas.

---

<sup>1</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, núm. 65-1 (16 de diciembre de 2005), pp. 1-2.

<sup>2</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núms. 65-2 (1 de febrero de 2006) y 65-3 (8 de febrero de 2006), pp. 3 y 5.

<sup>3</sup> Las enmiendas y su índice están publicados en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 65-4 (21 de febrero de 2006), pp. 7-9.

<sup>4</sup> *Boletín Oficial del Estado* núm. 254, de 23 de octubre.

Así lo entendió el Grupo Parlamentario Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, que retiró sus dos enmiendas durante el debate del proyecto en el Pleno del Congreso de los Diputados. No hizo lo mismo el Grupo Parlamentario de Ezquerra Republicana con la enmienda número 3, que fue rechazada con diecinueve votos a favor, cinco abstenciones y doscientos sesenta en contra<sup>5</sup>.

Las otras dos enmiendas pretendían limitar el ámbito material objetivo de la legislación penal castrense a las situaciones de anormalidad constitucional, quedando sometidos, en tiempos de paz, los delitos militares al Código ordinario. Así, la enmienda número 4, del Grupo Parlamentario de Ezquerra Republicana (ERC), proponía añadir al texto proyectado una disposición final según la cual, «en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados una Ley Orgánica por la que se modifique la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, y se remita su aplicación a aquellos casos en que sean declarados los estados de guerra, alarma, excepción y sitio, y asimismo se adapte la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a fin de incluir en él aquellos delitos en que pueden incurrir los militares por su condición». En el mismo sentido se manifestó el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), que propuso, en la enmienda número 5, la adición de un artículo 1 *bis* al texto proyectado, que añadiría una nueva disposición adicional a la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, según la cual, «esta Ley Orgánica será de aplicación sólo para los delitos tipificados en tiempo de guerra».

La propuesta, consistente en incluir los delitos militares y demás particularismos que comporta el Derecho punitivo castrense en el Código penal, no es novedosa. Dicho sistema de incriminación conjunta o unitaria estuvo generalizado en los países del Este Europeo<sup>6</sup> y tuvo acogida en otras legislaciones penales, como las de Corea del Norte, Costa de Marfil, República Popular China o Etiopía. En nuestro contexto sociocultural, este modelo técnicolegislativo fue el asumido, en su Código penal de 1962, por el Ordenamiento jurídico sueco<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VIII Legislatura, Sesión plenaria núm. 231 (19 de abril de 2007), pp. 12515 y 12518.

<sup>6</sup> Recuérdense, entre otros, los Códigos penales de Checoslovaquia (caps. X, XI y XII, trad. de A. Millán Garrido, en *REDM*, núm. 39, 1980, pp. 167-178), Rumania (tít. X y XI, trad. de A. Millán Garrido, en *REDM*, núm. 37 (1979), pp. 221-230) o Yugoslavia (cap. XXV, trad. de E. Porres Juan-Senabre, en *REDM*, núm. 13, 1962, pp. 117-132).

<sup>7</sup> A. Millán Garrido, «La legislación penal militar de Suecia», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 51 (1988), pp. 209-221.

Cabe, al respecto, reiterar cómo el que la legislación penal militar no excepcional, que se basa en idénticos principios que el Derecho común punitivo, se encuentre marginada del Código penal es algo accidental y que responde simplemente a una tradición histórica concreta, cuando no a una razón de oportunidad legislativa. Técnicamente, no sólo no existen reparos que impidan la inclusión en el Código penal de un sector de la legislación especial, a la que, desde ese momento, dado el carácter meramente topográfico de la «especialidad», deja de pertenecer la materia incorporada, sino que tal absorción, según he sostenido desde hace años, ofrece el atractivo de la simplificación y depuración de la legislación penal militar sustantiva, la que, por otra parte, queda no sólo sustancial sino también formalmente sujeta a los principios que, en su parte general, el Código penal establezca<sup>8</sup>.

Tal sujeción se logra, desde luego, también, en aquellos ordenamientos que, como el nuestro, tratan los delitos militares en un texto autónomo bajo el principio de especialidad. Son modelos, en este sistema, las leyes penales militares de Alemania<sup>9</sup> o de Austria<sup>10</sup>, que, como la nuestra, se limitan a consignar los particularismos castrenses, con remisión, en lo demás, a la ley común. No puede afirmarse lo mismo de los textos integrales, que, al incluir una completa parte general, conducen en la práctica a innecesarias repeticiones y comportan, en todo caso, el riesgo de la derivación hacia principios contrarios a los postulados básicos que deben informar la completa legislación penal del Estado<sup>11</sup>.

La posibilidad de asumir en nuestro Ordenamiento un sistema de incriminación unitaria se presenta, pues, como una opción de técnica legislativa, rigurosamente válida, con ventajas formales y de economía normativa, pero que no alterarían las bases sustanciales del actual Código penal militar.

Lo que ocurre es que, en las enmiendas formuladas a la reforma legislativa comentada, la propuesta no parece limitarse a un tema de técnica legislativa sino que lo que se cuestiona es la «existencia de dos jurisdic-

---

<sup>8</sup> Cfr. A. Millán Garrido, «La legislación penal militar de Suecia», cit., p. 211.

<sup>9</sup> A. Millán Garrido, «La ley penal de la República federal de Alemania», en *Revista de Derecho Público*, núm. 87 (1984), pp. 283-301.

<sup>10</sup> En Austria, por ley de 3 de noviembre de 1945 se incluyeron los delitos militares, hasta entonces comprendidos en el Código penal militar de 1855, en la ley penal general austriaca, que actualizaba el Código penal de 1852. Desde 1945 hasta la entrada en vigor de la *Militärstrafgesetz* de 30 de octubre de 1970 la legislación austriaca siguió la fórmula de la incriminación unitaria.

<sup>11</sup> Cfr. M. López-Rey y Arrojo, «Análisis político criminal del proyecto oficial de Código penal español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIV (1980), p. 320.

ciones penales distintas» (GP de Ezquerra Republicana), esto es, «la existencia de dos sistemas de justicia paralelos» (GP Catalán), de forma que lo que, en último término, parece pretenderse es la supresión de la jurisdicción militar en tiempo de paz.

Fuere cual fuese el sentido final de estas enmiendas, lo que no cabe duda es de que, por su entidad y trascendencia, excedían del ámbito de la reforma proyectada. Ésta fue la razón que motivó el que ambas enmiendas resultaran rechazadas por el Pleno del Congreso de los Diputados con doscientos votos en contra<sup>12</sup>.

En cambio, en mi opinión, la reforma de 2007 debió aprovecharse para modificar el artículo 453.2 y suprimir el artículo 468.b), ambos de la Ley Procesal Militar, que niegan el recurso judicial a los sancionados en vía disciplinaria militar por falta leve, cuando no resulte afectado el ejercicio de ningún derecho fundamental, particularismo éste del que ya me he ocupado en sucesivas ocasiones, desde 1989, postulando su supresión<sup>13</sup>, por considerar que, «con independencia de cual sea la naturaleza del correctivo, ningún acto sancionador puede quedar excluido de revisión jurisdiccional, por ser ello incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y con la cláusula general de control de la actuación administrativa (art. 106.1 CE)»<sup>14</sup>.

Estas consideraciones fueron avaladas por el propio Tribunal Constitucional, que, en Sentencia 202/2002, de 28 de octubre<sup>15</sup>, tras conceder el amparo al recurrente, planteó, respecto a los artículos 453.2 y 468.b) de la

---

<sup>12</sup> Concretamente, la enmienda número 4 (ERC) fue rechazada con diecinueve votos a favor, doscientos sesenta y contra y cinco abstenciones, mientras que la número 5 (CiU) lo fue con veinte votos a favor, doscientos sesenta en contra y tres abstenciones. Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión plenaria núm. 231, cit., p. 12518.

<sup>13</sup> Cfr., entre otros trabajos, A. Millán Garrido, *Ley Procesal Militar*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 24-25; «Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 56-57 (1990-1991), pp. 132-134; «Sanciones disciplinarias y tutela jurisdiccional», en *Comentarios a las leyes procesales militares*, coord. de E. Sánchez Guzmán, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, t. I, Madrid, 1995, pp. 277-279; «La jurisdicción militar en el actual Ordenamiento constitucional (Análisis específico de la tutela jurisdiccional en el ámbito disciplinario militar)», en *Constitución y Jurisdicción Militar*, Cuadernos Lucas Mallada, Libros Pórtico, Zaragoza, 1997, pp. 102-103; y «Los recursos», en *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, coord. por J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, 1.ª edic., Madrid, 1993, pp. 774-776 [3.ª edic., Madrid 2001, pp. 1105-1111].

<sup>14</sup> Cfr. A. Millán Garrido, «Prólogo» a la primera edición de *Justicia Militar*, Ariel, Barcelona, 2001. Véase en 7.ª edic., Ariel, Barcelona, 2008, p. 82.

<sup>15</sup> *Boletín Oficial del Estado* núm. 280, de 22 de noviembre.

Ley Procesal Militar, la cuestión de inconstitucionalidad número 6188/2002, «por posible vulneración de los artículos 24.1, 106 y 117.5 de la Constitución»<sup>16</sup>.

Tras este pronunciamiento, resultó ya difícil justificar que el legislador, en la reforma operada por Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, tendente a la adecuación de la jurisdicción militar a los postulados básicos de un Estado democrático de Derecho, no accediese a incluir en ella los indicados artículos 453.2 y 468.b) de la Ley Procesal Militar, estableciendo, en el ámbito de la jurisdicción castrense, el derecho a recurrir las sanciones impuestas por infracciones disciplinarias, cualquiera que sea su entidad y naturaleza<sup>17</sup>.

Pero más difícil de justificar resulta que la reforma no se haya abordado, en esta legislatura, por quienes, desde la oposición, la propusieron. La Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio, fue la última ocasión de, con coherencia, haber eliminado un particularismo de la Justicia castrense tan innecesario como opuesto a las garantías individuales, dando con ello un paso más en la exigible homologación del Derecho militar a los principios constitucionales<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Asimismo, en relación a estos artículos 453.2 y 468.b) de la Ley Procesal Militar, el Tribunal Constitucional, por providencias de 30 de septiembre de 2003, admitió a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad números 4204/2003 y 5219/2003, planteadas por el Tribunal Militar Territorial Cuarto (A Coruña) por posible vulneración de los artículos 24.1, 106 y 117.5 de la Constitución (BOE núm. 244, de 11 de octubre). Y, por providencia de 13 de julio de 2004, admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3658/2004, planteada por el mismo tribunal y por idéntico motivo (BOE núm. 186, de 3 de agosto).

A las indicadas siguieron, con el mismo razonamiento, las cuestiones de inconstitucionalidad 6503/2006 (TMT Segundo, Sevilla), 1096/2006 (TMT Cuarto, A Coruña) y 1878/2006 (TMT Cuarto, A Coruña), admitidas a trámite, por el Tribunal Constitucional, con providencias de 15 de febrero de 2006 (BOE núm. 50, de 28 de febrero), 28 de febrero de 2006 (BOE núm. 61, de 13 de marzo) y 28 de marzo de 2006 (BOE núm. 84, de 8 de abril).

Con posterioridad se han planteado las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 8783/2006 (TMT Cuarto, A Coruña), 9156/2006 (TMT Segundo, Sevilla), 10204/2006 (TMT Cuarto, A Coruña), 10205/2006 (TMT Cuarto, A Coruña) y 11075/2006 (TMT Segundo, Sevilla), todas ellas del mismo sentido y con idéntica fundamentación, admitidas a trámite, por el Tribunal Constitucional, las dos primeras por providencias de 24 de octubre de 2006 (BOE núm. 269, de 10 de noviembre), la tercera y la cuarta por providencias de 12 de diciembre de 2006 (BOE núm. 309, de 27 de diciembre) y la quinta por providencia de 16 de enero de 2007 (BOE núm. 31, de 5 de febrero).

<sup>17</sup> Vid. A. Millán Garrido, «Las modificaciones introducidas en el régimen orgánico-procesal de la jurisdicción militar por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio: temas resueltos y cuestiones pendientes», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82 (2003), pp. 36-44.

<sup>18</sup> La cuestión sí se ha resuelto para los miembros de la Guardia Civil, tras la entrada en vigor de su nuevo régimen disciplinario, aprobado por Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, cuyo artículo 78 permite el recurso judicial para cualquier tipo de sanciones. Cfr. A. Millán Garrido, «Nota» a la 7.ª edición de *Justicia Militar*, Ariel, Barcelona, 2008. pp.113-114.

No obstante, las enmiendas quedaron reducidas a las cinco indicadas, que, como se ha señalado, no prosperaron. En efecto, la Ponencia<sup>19</sup> consideró, en su informe, que «sólo debe introducirse una modificación en el preámbulo, en cuyo párrafo tercero y a continuación del sustantivo «vidas» debe figurar la mención «y bienes», por razones obvias, de manera que la salvaguarda que pretende introducir esta modificación legislativa afecte tanto a vidas como a bienes de terceros»<sup>20</sup>.

Con esa única precisión, el 28 de marzo de 2007 el texto fue sometido a debate en la Comisión de Defensa<sup>21</sup>, que, tras ratificar la ponencia designada, emitió un dictamen, aprobado por unanimidad, en el que, a instancias del Grupo Parlamentario Socialista, se acordó incorporar al proyecto una disposición adicional única por la que se modifica el Real Decreto-Ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad. Ello comportó la adición de un último párrafo al preámbulo y una disposición final determinando que la modificación incorporada «no tiene carácter de Ley Orgánica»<sup>22</sup>. Tal modificación tiene por objeto extender las indemnizaciones previstas en caso de fallecimiento o lesiones a todos los participantes en operaciones de mantenimiento de la paz, de asistencia humanitaria o de carácter internacional aprobadas por el Gobierno, sean o no de nacionalidad española. Se trataba, pues, de una iniciativa necesaria, urgente incluso, siendo ésta la única razón que, desde el plano técnico, justificaría su incorporación a la reforma penal y disciplinaria que comentamos<sup>23</sup>.

El debate en el Pleno del Congreso de los Diputados tuvo lugar el 19 de abril. En él, tras la presentación del proyecto por el Ministro de Defensa, intervinieron los Diputados señores Maldonado i Gili (CiU), Llamaza-

---

<sup>19</sup> La Ponencia estuvo integrada por los Diputados J. Cuadrado Bausela (GS), J. Simón de la Torre (GS), C. Sánchez Díaz (GS), M. Atencia Robledo (GP), F. López-Amor García (GP), J. Maldonado i Gili (GC-CiU), J. Puig i Cordón (GER-ERC), I. Txueka Isasti (GV-EAJ-PNV), G. Llamazares Trigo (GIU-ICV), L. Mardones Sevilla (GCC-NC) y U. Barkos Berruelo (GMx).

<sup>20</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 65-5 (27 de junio de 2007), pp. 11-12.

<sup>21</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Defensa, núm. 795, Sesión núm. 32 (28 de marzo de 2007), pp. 21-23.

<sup>22</sup> El dictamen de la Comisión y los escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno están publicados en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 65-6 (3 de abril de 2007), pp. 13-15.

<sup>23</sup> Desde un punto de vista técnico-legislativo, lo correcto hubiese sido la tramitación autónoma de la reforma del Real Decreto-Ley 8/2004, de 5 de noviembre, o, en todo caso, su incorporación al proyecto de Ley de la Carrera Militar, que, en esos momentos, se encontraba también en la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados.

res Trigo (IU-V), Ramón Torres (ERC), Mardones Sevilla (CC-NC), López-Amor García (GPV-PNV) y Cuadrado Bausela (GS), llegándose a la votación de conjunto del proyecto, que, sin modificación alguna respecto al texto propuesto en el dictamen de la Comisión, fue aprobado con doscientos setenta votos a favor y catorce abstenciones<sup>24</sup>.

El proyecto<sup>25</sup> tuvo entrada en el Senado el 3 de mayo, remitiéndose a la Comisión de Defensa, ordenándose su publicación y estableciéndose un plazo para la presentación de enmiendas que concluyó el 16 de mayo<sup>26</sup>. Al texto se le formularon sólo tres enmiendas: la número 1, del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), reproducía la enmienda número 5 presentada en el Congreso de los Diputados, y las números 2 y 3, del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (ECP), reproducían las enmiendas números 3 y 4 presentada por Esquerra Republicana en el Congreso<sup>27</sup>.

Ninguna de ellas fueron, por las mismas razones ya expuestas, incorporadas al informe de Ponencia<sup>28</sup>, como tampoco al dictamen de la Comisión<sup>29</sup>, y, aunque se mantuvieron como votos particulares<sup>30</sup>, las tres fueron rechazadas en la sesión del Pleno del Senado del día 20 de junio, que, tras un mínimo e insustancial debate protagonizado por los Senadores señores Companys i San Feliú (GPCCiU), Aleu i Jornet (GPECP), Caballero Moya (GPS) y Muñoz-Alonso Ledo (GPP)<sup>31</sup>, aprobó sin modificaciones el texto dictaminado<sup>32</sup>.

De esta forma, el proyecto, sin variantes respecto al texto remitido por el Congreso de los Diputados, fue promulgado como Ley Orgánica

---

<sup>24</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, cit., Sesión plenaria núm. 231 (19 de abril de 2007), pp. 12512-12518.

<sup>25</sup> El texto aprobado por el Pleno puede verse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 65-7 (3 de mayo de 2007), pp. 17-19.

<sup>26</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, VIII Legislatura, Serie II, núm. 98 (a), 3 de mayo de 2007, pp. 1-3.

<sup>27</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 98 (b), 18 de mayo de 2007, pp. 5-7.

<sup>28</sup> La Ponencia estuvo integrada por los Senadores R. Aleu i Jornet (GPECP), H. Caballero Moya (GPS), R. Companys i Sanfeliú (GPCIU), A. Conde Bajén (GPP), A. Muñoz-Alonso Ledo (GPP) e I. Rodríguez García (GPS). Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 98 (c), 20 de junio de 2007, p. 9.

<sup>29</sup> El dictamen fue aprobado por unanimidad: *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Defensa, núm. 486, 18 de junio de 2007, p. 15.

<sup>30</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 98 (d), 20 de junio de 2007, pp. 11-12.

<sup>31</sup> *Diario de Sesiones del Senado*, VIII Legislatura, núm. 127, Sesión del Pleno celebrada el 20 de junio de 2007, pp. 7870-7873.

<sup>32</sup> El texto aprobado por el Senado está publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 98 (e), 25 de junio de 2007, pp. 13-15.

7/2007, de 2 de julio, de modificación de las Leyes Orgánicas 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, y 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y del Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad, y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 158, del martes 3 de julio de 2007.

### III. EL NUEVO DELITO

#### A. INTRODUCCIÓN

Según el nuevo artículo 170 *bis* del Código penal militar, «el comandante de aeronave militar que incumpliere las normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo de una aeronave militar, y pusiere en riesgo la vida o la seguridad de las personas, o pusiere en peligro la propia aeronave, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión e inhabilitación definitiva para el mando de aeronaves militares».

Este nuevo precepto queda ubicado dentro de los delitos contra los deberes del mando de buque de guerra o aeronave militar (capítulo II) y, por tanto, entre los delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación (título VII).

#### B. NATURALEZA JURÍDICA

De la indicada ubicación sistemático-normativa cabe deducir, ante todo, que la nueva infracción tipificada en el artículo 170 *bis* del Código es un delito contra los deberes del mando de aeronave militar, un delito contra los deberes del servicio que corresponden al comandante de la aeronave.

Es ésta de los delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación una subcategoría dogmática, incorporada por el legislador de 1985, caracterizada por la singularidad y especificidad de tales deberes a bordo de un buque de guerra o de una aeronave militar.

Se decía en la originaria exposición de motivos del proyecto de Código penal militar, respecto a las infracciones integrantes de la subcategoría, que, «en realidad, son delitos pluriofensivos, que atacan bienes de gran

alcance: contra el potencial bélico de la nación, contra el servicio y, en último término, contra la hacienda en el ámbito militar»<sup>33</sup>.

En puridad, el título VII se limitó a reunir diversas infracciones relacionadas con la navegación que aparecían dispersas en el Código de Justicia Militar de 1945 y que tenían difícil acomodo en otros lugares, sin llegar a depurar el contenido de la nueva subcategoría, que, como advirtió, Bravo Navarro, «no comprende todos los delitos contra los deberes relacionados con la navegación aérea [ni marítima] que se articulan en otros títulos del Código, y alguno de los supuestos recogidos en aquel título (el VII) pudieran tener mejor acomodo en estos últimos»<sup>34</sup>, crítica que, sin embargo, no impide reconocer el esfuerzo del legislador por intentar la conformación de un marco jurídicopenal sistemático y autónomo para determinados delitos militares relacionados con la navegación, como ya existía para los delitos náuticos y aeronáuticos comunes.

Tal esfuerzo es particularmente estimable en el caso de los delitos contra los deberes del mando de buque de guerra o aeronave militar, a los que se incorpora el previsto en el artículo 170 *bis*, por cuanto al capitán del buque o al comandante de la aeronave se le confieren atribuciones, deberes y responsabilidades autónomos, cuyo alcance y exigencia están marcados por la entidad y relevancia de los múltiples bienes jurídico afectados en su actuación.

Así, en el caso que nos ocupa, el incumplimiento del comandante de las normas de navegación aérea constituye una infracción contra el servicio, atenta a la disciplina, puede afectar a la vida propia, de la tripulación y de terceros y poner en peligro la seguridad de la aeronave y de otros bienes civiles y militares, así como dañar gravemente el prestigio de las mismas fuerzas armadas. Se trata, por ello, de un delito pluriobjetivo o pluriofensivo, en el que resulta afectada una multiplicidad de intereses.

Naturalmente, una pluralidad de bienes jurídicos afectados o, incluso, protegidos no implica su equiparación: siempre suele haber uno que domina por completo la construcción del tipo. Lo que, en el caso analizado, acontece con el propio servicio.

Los delitos contra el servicio militar, según se sabe, integran una amplia categoría dogmática que comprende cuantas conductas lesionan o ponen en peligro, a través del servicio, la eficacia del potencial bélico del Estado. Dentro de ella, está la subcategoría de los delitos contra los debe-

---

<sup>33</sup> Cfr. F. Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho penal militar*, Civitas, Madrid, 1987, p. 233.

<sup>34</sup> Cfr. M. Bravo Navarro, «Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación aérea», en *Comentarios al Código Penal Militar*, coord. por R. Bleuca Fraga y J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Civitas, Madrid, 1988, p. 1830.

res del servicio relacionados con la navegación, entre los que se incluyen las infracciones de los deberes del mando de aeronave militar.

Sustancialmente, sin embargo, la nueva figura delictual, como la del «apartamiento del plan de vuelo» previsto en el artículo 170, comporta una infracción contra la disciplina. Así lo puso de manifiesto Rodríguez-Villasante, según el cual, «el artículo 170 tipifica algunas acciones (apartarse de su derrota expresamente ordenada o hacer arribadas contrarias a sus instrucciones) que afectan a la disciplina militar»<sup>35</sup>. Más allá va Bravo Navarro, para quien «el artículo 170, que trata de la navegación no autorizada (apartarse del plan de vuelo) pudiera subsumirse dentro del delito de desobediencia del artículo 102: no obedecer o no cumplir las órdenes de sus superiores relativas al servicio»<sup>36</sup>.

Aunque servicio y disciplina no constituyen de por sí bienes totalmente autónomos, porque la cohesión está también en función de la eficacia, la una y la otra se presentan como dos momentos diversos que fundamentan sobradamente la distinción y justifican en los planos conceptual, dogmático y legislativo el encuadramiento de los distintos tipos en cada una de las categorías<sup>37</sup>.

Pues bien, en el nuevo delito del artículo 170 *bis*, pese a la multiplicidad de bienes jurídicos afectados, ha de concluirse que es el servicio el prioritariamente protegido por la norma, constituyendo su criterio rector<sup>38</sup>. Así lo considera la doctrina con respecto a todos los delitos previstos en el título VII del libro II del Código penal militar, al destacar que «su naturaleza no difiere fundamentalmente de los delitos contra los deberes del servicio, existiendo entre ambos una simple relación de generalidad a especialidad»<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación marítima», en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., p. 1849.

<sup>36</sup> M. Bravo Navarro, «Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación aérea», cit., p. 1829.

<sup>37</sup> Vid. R. Venditti, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, 4.<sup>a</sup> ediz., Giuffrè, Milano, 1995, pp. 7-10.

<sup>38</sup> Cfr. E. Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, traducción y notas de J. A. Rodríguez Muñoz, 3.<sup>a</sup> edic., a cargo de A. Quintano Ripollés, t. I, Edersa, Madrid, 1955, p. 389; y R. Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, «Parte General», traducción y notas de J. Córdoba Roda, vol. I, Ariel, Barcelona, 1962, p. 257.

<sup>39</sup> Cfr. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación marítima», cit., p. 1845. Asimismo, respecto al delito de navegación no autorizada (art. 170 CPM), en su modalidad de apartamiento de la derrota o plan de vuelo expresamente ordenado, este autor, aun destacando la «inobediencia» sustancial que subyace en la conformación típica, justifica su encuadramiento dentro de los delitos contra los deberes del mando, por considerarlo un delito contra el servicio, que no en todo caso supondrá infracción de órdenes concretas y sí, siempre, desconocimiento, dejación o inobservancia de sus obligaciones en el ejercicio del mando (pp. 1915-1917).

Evidentemente, a través de la tutela del servicio, entendido en sentido subjetivo y específico (y de la propia disciplina), se intenta «salvaguardar las vidas y bienes de terceros, así como proteger la integridad de los pilotos, las aeronaves y las dotaciones», según destaca el legislador en el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio, para justificar las nuevas tipificaciones como «respuesta proporcionada a conductas que tan grave daño pueden ocasionar a los ciudadanos y al prestigio de los Ejércitos».

### C. ACCIÓN

La acción de este delito se concreta en un incumplimiento de normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo de la aeronave militar, que, para ser penalmente relevante, ha de poner en riesgo la vida o la seguridad de las personas o poner en peligro la propia aeronave.

En la medida en que la situación de riesgo o de peligro ha de ser consecuencia de la conducta, esto es del incumplimiento, la nueva infracción prevista en el artículo 170 *bis* del Código penal militar es un *delito material* o de resultado.

Y un *delito de peligro*, por cuanto es suficiente que de la acción se derive riesgo, sin requerirse la lesión efectiva de alguno de los intereses protegidos.

En las infracciones de peligro cabe distinguir los delitos de peligro abstracto de aquéllos de peligro concreto. Los primeros presuponen un peligro en la misma conducta descrita en el tipo de injusto y no admiten nunca prueba en contrario sobre la existencia de tal peligro. Dicho con otros términos, en los delitos de peligro abstracto (valgan de ejemplos la tenencia de drogas preordenada al tráfico o la conducción sin permiso), la acción se penaliza por su peligrosidad general, pero el riesgo no es un elemento típico, de ahí que la punibilidad no dependa de que se demuestre en el caso concreto que realmente se ha puesto en peligro un bien jurídico<sup>40</sup>. Por ello, convengo con Beristain en que estos delitos, que tal vez deberían denominarse, con más precisión, delitos de peligro presunto o delitos de mera desobediencia, son realmente delitos formales o de mera actividad y no de resultado<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. Á. Calderón Cerezo y J. A. Choclán Montalvo, *Derecho Penal*, t. I (Parte General), 2.ª edic., Bosch, Barcelona, 2001, p. 182.

<sup>41</sup> Vid. A. Beristain Ipiña, «Resultado y delitos de peligro», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XIII (1969), pp. 456-457.

En cambio, en los *delitos de peligro concreto*, el riesgo para el bien tutelado se incorpora al tipo, exigiéndose, por ello, para que la conducta sea delictiva, que la situación peligrosa se haya producido efectivamente, siendo el propio riesgo o peligro «resultado» de la conducta tipificada. Así ocurre, por ejemplo, en el delito de «conducción temeraria» del artículo 381 del Código penal, que castiga al que condujese un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y *pusiera en concreto peligro la vida o integridad de las personas*. Similar estructura ofrece el delito previsto en el artículo 170 *bis* del Código penal militar, al requerir que la acción del comandante «ponga en riesgo la vida o la seguridad de las personas o ponga en peligro la propia aeronave».

En definitiva y desde esta perspectiva, el legislador ha configurado un delito de peligro para conferir un «plus» de protección a los bienes tutelados, tratando de evitar, desde la prevención, el mayor número posible de accidentes (resultados)<sup>42</sup>. Como afirmara ya Rodríguez Devesa –y, en este caso, se destacó en la misma presentación del proyecto en el Pleno del Congreso de los Diputados<sup>43</sup>– «la creación de tipos de peligro significa adelantar las barreras de la protección penal con la esperanza de disminuir el número de conductas lesivas»<sup>44</sup>.

Es, por último, la infracción analizada un delito de peligro concreto *común* o *genérico*, por cuanto contempla el riesgo de un número indeterminado de personas, a diferencia de lo que acontece en los delitos de peligro individual (por ejemplo, el abandono de niños), que sancionan la amenaza a una persona determinada<sup>45</sup>.

Pese a tratarse de una infracción de resultado (la generación del peligro concreto), no caben modalidades imperfectas de ejecución en este delito.

En cuanto a los sujetos de la acción, el círculo de posibles autores del nuevo delito se encuentra limitado a los comandantes de aeronaves militares, lo que hace del sujeto activo un elemento autónomo del tipo cuyo estudio se incluye dentro de los elementos típicos objetivos. Sujeto pasi-

---

<sup>42</sup> Cfr. Á. Calderón Cerezo y J. A. Choclán Montalvo, *Derecho Penal*, t. II (Parte Especial), 2.ª edic., Bosch, Barcelona, 2001, p. 442.

<sup>43</sup> Se advirtió, en efecto, por el Ministro de Defensa que la nueva incriminación, «como ocurre por lo demás en todos los delitos de riesgo o peligro, supone adelantar las barreras de protección penal para evitar la consumación de conductas lesivas». Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión plenaria núm. 231, cit., p. 12512.

<sup>44</sup> Cfr. J. M.ª Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, Parte General, 12.ª edic., revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 1989, p. 428.

<sup>45</sup> Vid. E. Cuello Calón, *Derecho Penal*, revisado y puesto al día por C. Camargo Hernández, t. I (Parte General), vol. 1.º, 18.ª edic., Bosch, Barcelona, 1980, p. 312.

vo es el Estado, cuyo potencial bélico –concretado en la eficacia de las fuerzas armadas– se ve afectado por el incumplimiento, que efectivamente pone en riesgo la vida o la seguridad de las personas o en peligro la propia aeronave.

#### D. TIPO DE INJUSTO

### 1. Sujeto activo: el comandante de aeronave

Sujeto activo del nuevo delito lo es, según queda dicho, el comandante de una aeronave militar.

Por aeronave militar hay que entender, conforme a lo dispuesto por el artículo 14.1 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, cualquiera que «tenga como misión la defensa nacional o esté mandada por un militar comisionado al efecto». Se consideran, pues, militares todas las aeronaves del Estado asignadas a las fuerzas armadas, tanto al Ejército del Aire como a la Armada (aviación naval) o al Ejército de Tierra, siendo indiferente que se trate de aeronaves de combate (las que intervienen directamente en la contienda bélica) o de aeronaves de apoyo (las que realizan otras tareas de interés militar, como reconocimiento aéreo, guerra electrónica, transporte, salvamento o patrulla).

Comandante de la aeronave es el piloto expresamente designado para ejercer el mando de la misma. Así lo establecen las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire, aprobadas por Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero<sup>46</sup>, que dedican el título IV del libro I (arts. 110 a 129) al comandante de aeronave.

Conforme a dichas normas, el comandante de la aeronave será nombrado «por el mando que en cada caso corresponda y deberá poseer las calificaciones técnicas y específicas para el cumplimiento de la misión» (art. 110). Cuando la tripulación la compongan varios miembros, «la designación del comandante de la aeronave recaerá en el de mayor empleo o antigüedad de los del Arma de Aviación, Escala del Aire, con las calificaciones requeridas para la misión, salvo en los vuelos de enseñanza o instrucción en los que será designado el que actúe como profesor o instructor» (art. 111). La designación de comandante de aeronave no comporta, pues, un grado o categoría aeronáutico-militar institucionalizado de forma

---

<sup>46</sup> *Boletín Oficial del Estado* núm. 61, de 12 de marzo, con corrección de errores en el núm. 78, de 31 de marzo.

permanente, sino una función de carácter circunstancial, «ya que su nombramiento y cargo se realiza para y en una determinada misión y termina una vez concluida ésta»<sup>47</sup>.

Del resto de la normativa, sólo interesa, en este apunte, señalar que el comandante de la aeronave, para el vuelo y maniobras en tierra, se atenderá a las órdenes de operaciones recibidas y a las prescripciones de circulación aérea en vigor: «sólo podrá dejar de cumplimentar estas últimas cuando, por la índole de la misión, el mando así lo determine y, bajo su exclusiva responsabilidad, cuando existan razones muy fundadas que afecten o puedan afectar a la seguridad en vuelo» (art. 117). Será, en todo caso, responsable de la seguridad de la aeronave y de las maniobras que ésta efectúe tanto en tierra como en el aire (art. 118)<sup>48</sup>.

En definitiva, al sólo poder ser sujeto activo de la infracción estudiada el comandante de la aeronave, estamos ante un delito propio o «de propia mano», en el que no cabe coautoría atribuible a persona distinta del mismo comandante cuando tal participación exija actos ejecutivos. Son imaginables, en cambio, participaciones no ejecutivas a título de inducción, de cooperación necesaria o de complicidad<sup>49</sup>.

## **2. Incumplimiento de las normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo**

El incumplimiento es, en sí mismo, según se ha apuntado, el núcleo de la acción en este delito, pero ello no impide su inclusión y consideración como elemento objetivo del tipo<sup>50</sup>.

Incumplimiento es, según el diccionario de la lengua española, «falta de cumplimiento», la acción y el efecto de incumplir, esto es, de desobedecer o infringir una orden o una disposición<sup>51</sup>.

En este delito el incumplimiento viene expresamente referido a normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo.

---

<sup>47</sup> Cfr. M. Bravo Navarro, «Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación aérea», cit., p. 1833.

<sup>48</sup> Normas similares a las indicadas se contienen, para la aviación naval, en los artículos 179 a 193 de las Reales Ordenanzas de la Armada, aprobadas por Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo (BOE núm. 129, de 30 de mayo, con corrección de errores en el núm. 148, de 21 de junio).

<sup>49</sup> Cfr., con respecto al delito de conducción temeraria, Á. Calderón Cerezo y J. A. Choclán Montalvo, *Derecho Penal*, t. II (Parte Especial), cit., p. 444.

<sup>50</sup> Cfr. E. Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, cit., p. 369.

<sup>51</sup> Vid. M.<sup>a</sup> Moliner, *Diccionario de uso del español*, H-Z, Gredos, Madrid, 1990, p. 115.

Tales conceptos han de entenderse en un sentido general y amplio. Las «normas» son reglas sobre la manera cómo se debe hacer o está establecido que se haga algo, en este caso la forma de pilotar o conducir la aeronave. Por «orden» hay que entender cualquier prescripción de la autoridad competente y, desde luego, conforme a lo previsto en el artículo 19 del propio Código, todo mandato relativo al servicio que un superior da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden. En cuanto a las «instrucciones», son reglas o pautas que se dan para ejecutar algo, en este supuesto para manejar adecuadamente la aeronave.

En definitiva, con estos términos de «normas, órdenes e instrucciones», el legislador ha pretendido incluir cualquier regla o mandato que el comandante de la aeronave debe cumplir en su conducción o pilotaje. Por supuesto, como se destaca en el propio preámbulo de la Ley, entre tales reglas están las básicas de la navegación aérea contenidas tanto en el Reglamento de Circulación Aérea Operativa<sup>52</sup> como en el Reglamento de Circulación Aérea<sup>53</sup>, pero también las pautas incluidas en las instrucciones de la cadena de mando y cuantas previsiones se deriven del correspondiente plan de vuelo.

---

<sup>52</sup> La exigencia de que el tránsito aéreo sea ordenado y seguro se satisface, en principio, con el Reglamento de Circulación Aérea, que tiene innegable vocación de universalidad, en el sentido de que toda aeronave que se encuentre en el territorio nacional o en tanto sobrevuele el espacio aéreo español ha de sujetarse a sus prescripciones. No obstante, el citado reglamento no contempla las específicas necesidades del tráfico aéreo militar.

A cubrir tales necesidades, desarrollando el marco legal necesario para dar debida respuesta a las exigencias globales del tránsito aéreo y contribuir a la seguridad en vuelo de todo tipo de aeronaves, tiende el *Reglamento de Circulación Aérea Operativa*, aprobado por Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio (*BOE* núm. 191, de 11 de agosto), modificado por la Orden 2167/2002, de 26 de agosto (*BOE* núm. 209, de 31 de agosto), y, asimismo, en concretas cuestiones técnicas, por la Orden de 16 de enero de 1998 (*BOE* núm. 19, de 22 de enero).

El Reglamento de Circulación Aérea Operativa y el Reglamento de Circulación Aérea integran un bloque normativo único a los efectos previstos en el artículo 144 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de navegación Aérea.

El Reglamento de Circulación Aérea Operativa define las normas relativas a la utilización del espacio aéreo por la circulación aérea operativa, establece las reglas adecuadas para garantizar el desarrollo seguro y eficaz de las actividades de esta circulación (tales reglas son coherentes con los acuerdos internacionales ratificados por España y compatibles con las de la circulación aérea general), y determina la naturaleza de los servicios prestados por las organizaciones relacionadas con el tránsito aéreo militar.

<sup>53</sup> El vigente *Reglamento de Circulación Aérea* es el aprobado por Real Decreto 57/2002, de 18 de enero (*BOE* núm. 17, de 19 de enero), que sustituyó al Reglamento aprobado por Real Decreto 73/1992, de 31 de enero (*BOE* núm. 43, de 19 de febrero), afectado ya por los cambios introducidos por la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), por las modificaciones habidas en los anexos del Convenio de Chicago y por las reformas derivadas de la necesidad de adaptar las operaciones de vuelo a las innovaciones técnicas producidas en materia de aeronavegación.

El plan de vuelo («flight plan») es el informe en el que se indican todos los datos referentes al vuelo, debiendo constar, además de la información técnica añadida por el comandante, el lugar de salida, destino, altitud, velocidad de crucero y demás puntos por los que pasará la aeronave<sup>54</sup>.

La no observancia de tales normas, órdenes o instrucciones es elemento básico sustancial de este delito, pero común a las dos infracciones contra los deberes del mando de aeronave militar incorporados por la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio, esto es, el incumplimiento, en sí mismo, puede integrar tanto el delito del artículo 170 *bis* del Código penal militar como la falta muy grave del artículo 17.8 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. La diferencia entre delito o falta hay que buscarla en los restantes elementos objetivos del tipo y, en concreto, en la efectiva puesta en peligro de intereses personales o de la propia aeronave.

### **3. Puesta en riesgo de la vida o la seguridad de las personas o puesta en peligro de la propia aeronave**

El tipo descrito en el artículo 170 *bis* requiere, como delito de peligro concreto, que el incumplimiento del comandante de la aeronave bien

---

El Reglamento de Circulación Aérea ha sido modificado por Orden 2220/2004, de 6 de julio (*BOE* núm. 163, de 7 de julio), por Orden 2912/2005, de 19 de septiembre (*BOE* núm. 227, de 22 de septiembre), por Orden 2733/2006, de 28 de agosto (*BOE* núm. 212, de 5 de septiembre), por Orden 4063/2006, de 29 de diciembre (*BOE* núm. 4, de 4 de enero de 2007, con corrección de errores en el núm. 42, de 17 de febrero), y por Orden 3531/2007, de 29 de noviembre (*BOE* núm. 291, de 5 de diciembre).

<sup>54</sup> Tales puntos suelen ser estaciones VOR e intersecciones que ya están establecidas por la OACI y que a su vez conforman las rutas aéreas. También se suelen incluir datos referentes a la aeronave, como carga de combustible, nombre del comandante, hora y fecha (ZULU). El plan de vuelo puede ser visual (VFR) o instrumental (IFR). En el caso de vuelo VFR se incluirán los puntos por dónde pasará la aeronave, en el caso de vuelos IFR se deberán indicar puntos de salida y aproximación instrumental que ya están establecidos como estándares. También se harán constar las aerovías y puntos de reporte obligatorios.

En general, en un plan de vuelo se especifica: *a*) la altitud o nivel de vuelo; *b*) el equipo de navegación con que cuenta la aeronave y el tipo de transpondedor; *c*) el equipo de salvamento que se encuentra a bordo; *d*) la identificación o matrícula de la aeronave; *e*) el tipo de vuelo [aviación general, aviación militar, vuelo con itinerario (*Scheduled*), vuelo sin itinerario (*Non-Scheduled*)]; *f*) número de tripulantes (y nombres); *g*) categoría de la estela turbulenta (ligera, media, pesada); *h*) velocidad de crucero; *i*) tiempo estimado en ruta (EET); *j*) el o los aeropuertos alternativos; *k*) autonomía de la aeronave (el combustible a bordo, expresado en horas); *l*) personas a bordo, además de los tripulantes; *m*) color y marcas de la aeronave; *n*) observaciones; *o*) otros datos [sirve para señalar el nombre de los pasajeros, quién es el operador de la aeronave, nombre y número de licencia, en su caso, del instructor a bordo, etc]; *p*) nombre del piloto al mando y del primer oficial y sus números de licencia; *q*) el domicilio de los pilotos (o base de vuelo); *r*) firma del piloto o comandante de la aeronave; *s*) firma del comandante del aeropuerto.

ponga en riesgo la vida o la seguridad de las personas bien ponga en peligro la propia aeronave: la ausencia de riesgo o peligro opera, en estos delitos, como un elemento negativo del tipo de injusto<sup>55</sup>.

Se pone en riesgo la vida o seguridad de las personas cuando, según las reglas objetivas del criterio humano y máximas de experiencia, la conducta del comandante de la aeronave comporta una elevada probabilidad de que se produzca un resultado mortal o lesivo. Como advierte la doctrina, la naturaleza peligrosa de la acción no puede percibirse sino acudiendo a una consideración *ex ante*, porque el peligro consiste en un juicio de probabilidad cuyo objeto es comparar la situación concreta creada por la acción del sujeto con aquello *quod plerumque accidit*; un juicio de tal clase carece de sentido cuando se formula *ex post*: el peligro pasado ya no es peligro, pues, presupuesto lo que realmente ha ocurrido, nunca «pudo» pasar otra cosa que lo que efectivamente sucedió<sup>56</sup>.

Pero el riesgo, en sí mismo, ha de ser real<sup>57</sup> y efectivo, no resultando suficiente con que meramente pudiese existir<sup>58</sup>. El riesgo puede afectar a cualquier persona, esté fuera o dentro (tripulación, pasaje) de la aeronave, con exclusión del sujeto activo, esto es, del propio comandante.

Se cumplirá también esta exigencia típica objetiva cuando, aun no generándose riesgo para la vida o la seguridad de las personas, el incumplimiento del comandante pone en peligro la propia aeronave. En cambio, no se integra el delito cuando, con la acción, se cause un riesgo real a otro bien distinto a la aeronave, por muy elevado que fuese su valor económico o por muy relevante y trascendente que pudiera resultar su pérdida.

En estos supuestos de riesgo para la aeronave, el hecho podría integrar, asimismo, el delito previsto en el artículo 168 del Código penal militar, según el cual, «el comandante de aeronave militar que, por infracción de las medidas de seguridad en la navegación, colocare la aeronave injustificadamente en situación de peligro será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años». De ser así, el concurso –de leyes– se resolvería a favor del artículo 170 *bis*, que sanciona el hecho con pena de mayor gravedad.

Menos problemas de delimitación con el nuevo delito presenta el previsto en el artículo 170, que sanciona al «comandante de la aeronave que se

---

<sup>55</sup> Cfr. A. Beristain Ipiña, «Resultado y delitos de peligro», cit., p. 460.

<sup>56</sup> Cfr. J. M.<sup>a</sup> Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, Parte General, cit., p. 427.

<sup>57</sup> Cfr. A. Beristain Ipiña, «Resultado y delitos de peligro», cit., pp. 455-456.

<sup>58</sup> Vid. C. Ganzenmüller, J. F. Escudero y J. Frigola, *Los delitos contra la seguridad del tráfico (Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor)*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 194.

apartare del plan de vuelo expresamente ordenado», por cuanto el mismo no requiere la producción de resultado alguno, esto es, el delito se perfecciona con el mero apartamiento del plan de vuelo, sin requerirse riesgo alguno para las personas o peligro para la aeronave. De darse dicho riesgo o tal peligro, el delito cometido sería el del artículo 170 *bis* del Código.

En otro orden, si como consecuencia de la conducta del comandante se produjesen, efectivamente, lesiones o la muerte de personas ajenas al vuelo, de la tripulación o del pasaje o se causaren daños a la aeronave, cabría entender que la producción del resultado excluye la aplicación de este tipo (el previsto en el artículo 170 *bis* del CPM), incorporado, según se ha expuesto, para adelantar las barreras de la protección penal, al darse un concurso de leyes con relación de subsidiariedad tácita. Lo lógico, a mi entender, para evitar soluciones materialmente injustas, hubiera sido la previsión expresa de que, cuando de la conducta del comandante de la aeronave resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que fuese su gravedad, se apreciará tan sólo la infracción más gravemente penada<sup>59</sup>.

#### E. CULPABILIDAD

La conducta prevista en el artículo 170 *bis* del Código penal militar ha de ser dolosa, es decir, el comandante ha de ser consciente de que está incumpliendo alguna norma, orden o instrucción relativa a la navegación aérea o al plan de vuelo de la aeronave y que tal incumplimiento pone en riesgo la vida o la seguridad de las personas o pone en peligro la propia aeronave.

El dolo puede ser directo o –lo que acontecerá con más frecuencia– indirecto o eventual, pero, en todo caso, ha de ser un dolo de peligro, que excluye la intención de producir el resultado mortal o lesivo.

#### F. PENALIDAD

Las penas establecidas para el delito del artículo 170 *bis* del Código penal militar son las de «uno a seis años de prisión e inhabilitación definitiva para el mando de aeronaves militares», siendo esta segunda una pena

---

<sup>59</sup> Así se establece para los delitos contra la seguridad del tráfico en el artículo 383 del Código penal. *Vid.*, en sentido crítico, J. M.<sup>a</sup> Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, 10.<sup>a</sup> edic., revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 1987, p. 1047.

–privativa de derechos– preceptiva y no potestativa o alternativa como hasta ahora venía prevista en la legislación punitiva castrense.

Aunque con antecedentes en el Código penal de la Marina de Guerra de 1888, la pena de inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar constituyó novedad en el texto vigente, la que justificó la doctrina por considerarla «una pena muy adecuada para las infracciones culposas o de peligro», «una medida preventiva que trata de evitar futuras acciones imprudentes del condenado al mando de un buque de guerra o de una aeronave militar, cuya responsabilidad ha probado que no puede asumir»<sup>60</sup>.

No obstante, el vigente Código penal preveía esta pena sólo como alternativa (art. 167) o como potestativa (arts. 170, 171, 176 y 177), nunca como preceptiva, según hace ahora el artículo 170 *bis*.

La inhabilitación para el mando de aeronave militar es una pena principal que «priva al penado, con carácter permanente, del mando de la misma» (art. 34 CPM). El condenado conservará, sin embargo, los títulos o los cursos que le conferían la capacitación técnica para el pilotaje de la aeronave<sup>61</sup>.

Al tratarse de una pena de carácter permanente, al condenado no le será posible volver a mandar una aeronave militar, pero sí podrá ejercer la profesión de piloto en la vida civil, posibilidad que, según Fernández Rodera, ha de aceptarse «siempre y cuando se hubiere obtenido la correspondiente convalidación, con arreglo a los requisitos administrativamente exigidos, con anterioridad a la imposición de la pena, o bien, en su caso, se obtuviere con posterioridad la titulación civil»<sup>62</sup>.

La penalidad, en lo que a la privación de derechos (mando de aeronave militar) hace referencia, es acertada por su rigurosa adecuación al hecho sobre la que recae. En cambio, respecto a la privación de libertad, la extensión establecida me resulta excesiva, especialmente en cuanto a su límite inferior (un año de prisión), que dobla el previsto en el artículo 170 para el comandante de aeronave que se aparte del plan de vuelo expresamente ordenado. La pena contrasta, además, con otras fijadas para hechos de similar o mayor entidad, como la inutilización de la aeronave mediante aterrizaje indebido, su colisión o los daños de consideración a la carga cometidos por imprudencia, castigados con prisión de cuatro meses a cuatro años (art. 167.1 CPM).

---

<sup>60</sup> Cfr. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación marítima», cit., pp. 1854-1855.

<sup>61</sup> Cfr. J. F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español*, t. I (Parte General), Bosch, Barcelona, 1990, p. 477.

<sup>62</sup> J. A. Fernández Rodera, «Consecuencias de las penas», en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., p. 510.

Una pena de cuatro meses a cuatro o seis años de prisión hubiera sido más razonable, sobre todo teniendo en cuenta que, a diferencia de lo que acontece en los demás delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación, esta infracción, según se ha señalado, comporta preceptivamente la inhabilitación para el mando de aeronave militar.

Por último, destacar que el artículo 170 *bis* del Código penal militar no prevé una más rigurosa penalidad para tiempo de guerra, lo que resulta cuestionable, dada la relevancia que, en supuestos concretos, dicha circunstancia excepcional puede tener respecto al hecho sancionado.

#### IV. EL NUEVO ILÍCITO DISCIPLINARIO

##### A. INTRODUCCIÓN

Tras la adición llevada a cabo por el artículo 2.º1 de la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio, procederá la incoación de expediente gubernativo, entre otras causas, por «incumplir las normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo de una aeronave militar, sobrevolando a baja altura núcleos o zonas habitadas, o causando alarma social, o produciendo perturbaciones a la población civil, siempre que no constituya delito» (art. 17.8 LRDFAS). Mediante el expediente gubernativo pueden imponerse a los militares, por infracciones muy graves, las sanciones disciplinarias extraordinarias previstas en la Ley.

El nuevo ilícito disciplinario es una infracción contra los deberes del mando de aeronave militar, contra los deberes del servicio que corresponden al comandante de la aeronave, si bien sustancialmente –como su correlativo delito– sea una falta pluriofensiva, que, como otras causas de expediente gubernativo, afecta, de manera inmediata, a la eficacia, disciplina y organización de las fuerzas armadas y a su prestigio y buen nombre, y, con carácter mediato, al cumplimiento de las funciones que a la institución atribuye el ordenamiento jurídico<sup>63</sup>.

##### B. ELEMENTOS TÍPICOS

Los elementos típicos de la infracción muy grave prevista en el artículo 17.8 de la Ley Disciplinaria Militar son los siguientes:

---

<sup>63</sup> *Vid.* F. Pignatelli y Meca, «Las causas de imposición de sanciones disciplinarias extraordinarias», en *Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998), con jurisprudencia y formularios*, coord. de J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, p. 620.

a) El sujeto activo, que, como en el delito previsto en el artículo 170 del Código penal militar y aunque aquí no lo señale la Ley de modo expreso, sólo puede ser el comandante de la aeronave militar o, lo que es lo mismo, el piloto expresamente designado para ejercer el mando de la misma. En este punto me remito a lo ya expuesto en el apartado III.D.1 precedente.

b) El núcleo básico de la conducta prevista en el artículo 17.8 de la Ley Disciplinaria Militar es el incumplimiento de las normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo de una aeronave militar, elemento sustancial respecto al cual valen las consideraciones formuladas en el apartado III.D.2.

c) El incumplimiento debe ser penalmente atípico, esto es, la conducta no puede constituir delito. Si el incumplimiento pone en peligro la vida o seguridad de las personas o la propia aeronave, la conducta, como se ha señalado, integrará el delito del artículo 170 *bis* del Código penal militar. Si se infringieran medidas de seguridad en la navegación y, como consecuencia de ello, se colocare la aeronave en situación de peligro, la conducta también podría integrar el delito del artículo 168 del propio Código. Y, aun sin generarse riesgo en las personas o peligro en las cosas, si el incumplimiento del comandante de la aeronave consistiese en apartarse del plan de vuelo expresamente ordenado, la conducta constituiría el delito del artículo 170 del Código. Incluso, en caso de incumplimiento de específicas órdenes militares, la conducta podría ser sancionada conforme al artículo 102 del texto punitivo castrense, esto es, como delito de desobediencia. En ninguno de dichos supuestos –al no concurrir el indicado elemento negativo del tipo– la conducta del comandante de aeronave sería constitutiva de la nueva infracción prevista en el artículo 17.8 de la Ley Disciplinaria.

d) Por último, el incumplimiento ha de consistir, necesariamente, en sobrevolar a baja altura núcleos o zonas habitadas o bien causar alarma social o producir perturbaciones a la población civil.

El sobrevuelo a baja altura de núcleos o zonas habitadas está, en principio, prohibido por el riesgo y las molestias que comportan para la población. Y, salvo que la acción estuviese expresamente autorizada, constituye, por sí misma, el ilícito disciplinario analizado, sin requerirse alarma social o perturbación efectiva a la población<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> La intención del legislador parece que fue sancionar los «sobrevuelos a baja altura» sólo cuando causasen alarma social o produjesen perturbaciones a los ciudadanos (*vid.* el apartado sexto del preámbulo de la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio), pero no es eso lo que se plasmó en el texto normativo, que con las disyuntivas «o», separa los tres supuestos en que la conducta es merecedora del máximo reproche disciplinario.

Por otra parte, sea cual sea el incumplimiento de normas, órdenes o instrucciones de la navegación, la conducta integrará esta falta muy grave cuando el mismo cause alarma social o cuando produzca perturbaciones a la población civil. Alarma social se dará cuando, como consecuencia del incumplimiento, aparezca un brote generalizado de indignación o temor, con independencia de la trascendencia mediática del hecho. La perturbación a la población civil se producirá cuando, de la conducta del comandante de la aeronave, se derive un trastorno cierto del orden de las zonas sobrevoladas. En ambas hipótesis se trata de sendos elementos típicos normativos, que habrán de ser constatados, en cada caso, por el juzgador.

En los supuestos en que no concurra ninguno de estos elementos conformadores de la nueva infracción, el incumplimiento de normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo de la aeronave podrá ser corregido, como ilícito disciplinario grave conforme, según los casos, a las previsiones de los números 1 («dejar de observar por negligencia y en tiempo de paz una orden recibida, causando daño o riesgo para el servicio»), 2 («incumplir los deberes militares propios del destino o puesto que se desempeñe cuando no constituya infracción más grave o delito»), 5 («inobservancia grave de las normas reglamentarias relativas al armamento, material o equipo»), 12 («ocasionar actos que supongan riesgo para la seguridad de una fuerza o unidad militar») o 20 («falta de subordinación, cuando no constituya delito») del artículo 8.º de la Ley Disciplinaria Militar. Y, en todo caso, como falta leve, conforme a los números 2 («inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas») o 34 («inobservancia leve de alguno de los deberes que señalan las Reales Ordenanzas, reglamentos y demás disposiciones que rigen la institución militar») del artículo 7.º de la misma Ley.

### C. LA SANCIÓN DE PÉRDIDA DEFINITIVA DE LA APTITUD AERONÁUTICA

La falta muy grave del artículo 17.8 de la Ley Disciplinaria puede ser corregida con cualquiera de las sanciones extraordinarias previstas por el artículo 18: pérdida de puestos en el escalafón, pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica, suspensión de empleo o separación del servicio.

Cabe advertir, ante todo, que la nueva sanción de pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica si bien «sólo puede imponerse a los pilotos de una aeronave militar cuando incurran en la responsabilidad disciplinaria prevista en el número 8 del artículo 17 de la Ley» (art. 19 *bis*.2 LRDFAS), no es preceptiva en ningún caso, sino alternativa, con lo que, a mi modo de

ver, no se ha plasmado en la Ley lo que, sin duda, era la voluntad del legislador, que introdujo esta nueva sanción disciplinaria por considerar que la pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica es la medida «que se considera eficaz e idónea para quienes, con su actitud irresponsable, sobrevuelan a baja altura las poblaciones causando alarma o perturbaciones a los ciudadanos que, por su condición militar, vienen obligados a proteger».

Por ello, considero que lo adecuado hubiese sido corregir el hecho con cualquiera de las sanciones comunes (pérdida de puestos en el escalafón, suspensión de empleo o separación del servicio) y, en todo caso, con la específica de pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica, con lo que, además, se hubiese mantenido la estructura sancionadora del delito del artículo 170 *bis* del Código penal militar.

En cuanto al contenido y alcance de la nueva sanción, el artículo 19 *bis* de la Ley Disciplinaria Militar establece que «la pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica privará al sancionado de su aptitud para el vuelo en cualquier tipo de aeronave militar, sin que pueda revalidarla o renovarla, y llevará consigo la anulación definitiva de las tarjetas o documentos acreditativos de la aptitud aeronáutica».

Como el penalmente inhabilitado para el mando de aeronave militar, el sancionado con pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica podrá pilotar aeronaves no militares si dispone –por convalidación u obtención directa– de la titulación civil correspondiente.

## V. CONCLUSIÓN

La reforma de la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio, en el Código penal militar y en la Ley disciplinaria de las fuerzas armadas ha tenido por objeto la previsión expresa de determinados incumplimientos, por parte del comandante de aeronave militar, de las normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo.

A tales incumplimientos –que, en definitiva, suponen la realización de vuelos sin observar las medidas de seguridad establecidas– la reforma hace frente con la conformación de dos nuevas infracciones: un tipo penal (el delito del artículo 170 *bis* del CPM) y otro disciplinario (la falta muy grave del artículo 17.8 de la LRDFAS).

Ambos ilícitos son infracciones contra los deberes del mando de aeronave militar y, por tanto, contra los deberes del servicio relacionados con la navegación, integrados dentro de la amplia categoría de delitos y faltas contra el servicio militar. Son, sin embargo, infracciones sustancialmente

pluriofensivas, que también atentan a la disciplina, pueden afectar a la vida propia, de la tripulación y de terceros y poner en peligro la seguridad de la aeronave y de otros bienes civiles y militares, así como dañar gravemente el prestigio de las fuerzas armadas.

Por lo que al nuevo tipo penal respecta, es un delito de peligro concreto, en el que se requiere que el incumplimiento del comandante «ponga en riesgo la vida o la seguridad de las personas o ponga en peligro la propia aeronave». La conducta supone, en sede de culpabilidad, dolo directo o eventual, pero, en todo caso, de peligro, que excluye la intención de producir un resultado mortal o lesivo. Como delito «de propia mano», no cabe en él coautoría atribuible a persona distinta del comandante de aeronave cuando tal participación exija actos ejecutivos.

La nueva falta muy grave (causa de incoación de expediente gubernativo) viene referida a los incumplimientos de normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo de la aeronave que sean penalmente atípicos. En tales supuestos, si se sobrevuelan a baja altura núcleos o zonas habitadas, se causa alarma social o se producen perturbaciones a la población civil, el hecho merecerá el máximo reproche disciplinario.

Con la reforma se lleva a cabo una tipificación más precisa de los hechos contemplados, sin embargo lo realmente novedoso y trascendente en el ámbito de ambos ilícitos son sus sanciones específicas.

Por una parte, en el orden punitivo, se establece la inhabilitación definitiva para el mando de aeronaves militares como pena preceptiva y no como potestativa o como alternativa, según venía hasta ahora prevista en la legislación castrense. Por otra, en el ámbito disciplinario, la reforma introduce la pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica como sanción propia —que no única ni preceptiva— imponible a los comandantes de aeronave militar por la falta muy grave tipificada. Con dichas medidas —pena y sanción— se impide que los autores de vuelos sin observancia de las normas de seguridad establecidas puedan volver a pilotar una aeronave militar.

En definitiva, pese a algún aspecto político-normativo cuestionable y a algunas deficiencias técnicas que han sido advertidas, la reforma, de escaso contenido y limitado alcance, merece una valoración positiva, por cuanto constituye la respuesta —penal y disciplinaria— adecuada a unos hechos que, ciertamente y al margen de su gravedad y posible trascendencia, resultan incompatibles con la propia función atribuida a las fuerzas armadas.



## LOS EJÉRCITOS COMO ACTORES EN LAS EMERGENCIAS HUMANITARIAS

Gonzalo Jar Couselo  
*General de Brigada de la Guardia Civil,  
Doctor en Ciencias Políticas y Sociología  
y Miembro del Centro de Estudios de Derecho Internacional  
Humanitario de Cruz Roja Española*

### 1. INTRODUCCIÓN

Hasta el final del período de *guerra fría*, la situación internacional, basada en el orden instituido por Naciones Unidas (ONU), fundamentado en el principio de la soberanía de los Estados y en el de no injerencia en sus asuntos internos, evitó que se plantease el debate del derecho a la denominada «injerencia humanitaria» en aquellos casos que se estuviesen violando de manera flagrante los mínimos derechos de las personas, sobre todo con ocasión de un conflicto armado y casi siempre de carácter interno. Como apunta Pérez de Armiño, en el prólogo a la obra de Ruíz-Giménez, se trata de uno de los conceptos «más oscuros, confusos y controvertidos», cuyo debate académico, pero también «político y mediático», iniciaron M. Bettati y B. Kouchner a finales de los 80 del siglo pasado (*Le devoir d'ingérence: peut-on les laisser mourir?*, Edit. Denoel, París, 1987), para reclamar una modificación del derecho internacional y «relativizar el principio de soberanía», lanzando la propuesta de poder usar la fuerza para garantizar las labores humanitarias.

Al mismo tiempo, tal y como planteaba ya en 1993 Rodríguez Villante, se iba poniendo de manifiesto la «convicción universal» de que el

respeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y del Derecho Internacional Humanitario (DIH) guardaban estrecha relación con el mantenimiento de la paz, hasta el punto de justificar en determinadas ocasiones medidas adecuadas para conseguir ese fin, incluido el uso de la fuerza, dando lugar a esa nueva vía promovida por Bettati e intermedia entre la intervención armada y la acción humanitaria, que ya se conoce como «nuevo orden humanitario internacional», mediante la cual sería posible enviar socorros con protección de las fuerzas armadas (FAS). Es evidente que, como opina Villasante, tal planteamiento entrañaba un *des-gaste* del concepto de soberanía estatal frente al avance de la «asistencia humanitaria basada en la dignidad de la persona».

En la misma línea, Márquez Carrasco constata cómo la acción del Consejo de Seguridad por razones humanitarias permite la ampliación de dos conceptos, el de mantenimiento de la paz y el de DIH, que discurren de manera paralela, de tal forma que la confluencia del segundo de ellos con el Derecho de la ONU tiene como consecuencia reforzar la confirmación de los vínculos sustanciales que unen el DIH con el DIDH. Conflictos recientes, como los de Somalia o Bosnia, constituyeron situaciones en las que tales derechos y libertades fueron violados gravemente y fue en ese contexto en el que la Carta otorga al Consejo competencias para prevenir dichos conflictos o eliminarlos en virtud del Capítulo VII. En todo caso, y como recuerda Pérez de Armiño, este tipo de intervenciones representan una excepción de tres principios básicos del Derecho Internacional y de la Carta de la ONU, como son: «el de soberanía de los Estados, el de no injerencia en los asuntos internos de otros Estados y el de prohibición del uso de la fuerza armada».

Además, el mismo autor considera que la aplicación práctica del principio de injerencia ha llevado a una «creciente y perniciosa politización de la ayuda humanitaria», en la medida que la misma está «cada vez más condicionada por criterios políticos» y ello implica una «creciente militarización» de dicha ayuda, no sólo por la progresiva implicación de los ejércitos en labores de escolta o protección, sino de «provisión directa de asistencia», funciones para las que opina no están adecuadamente preparados al no poder realizarlas bajo los principios de independencia y neutralidad. Asimismo, denuncia el «carácter asimétrico y arbitrario de la figura de la intervención», ya que tan sólo los países más poderosos disponen de capacidad suficiente para llevarla a cabo, razón por la que sólo acepta ese planteamiento si es en el ámbito de la ONU donde se decide sobre la legitimidad de ese tipo de decisiones y se le dota de los medios necesarios para ello.

En una línea similar, Márquez advierte también sobre «el carácter político del órgano [Consejo de Seguridad] y los condicionantes que presiden su funcionamiento en el marco del sistema de seguridad colectiva», lo que hace que la posible acción humanitaria que pueda surgir del mismo no deje de estar revestida de «contradicciones», sobre todo cuando se constata que, en determinadas ocasiones, se han utilizado las preocupaciones humanitarias para fines políticos y, lo que es más grave, se ha producido un cierto abuso de la acción humanitaria para encubrir la falta de responsabilidades políticas. Por su parte, tras echar mano de Vattel para subrayar que la denominada «intervención de humanidad» no ha sido más que «la coartada tradicional de la injerencia de las potencias para someter a sus intereses a otros Estados», concluye que los países del Tercer mundo rechazan con firmeza cualquier excepción al principio de intervención, y en particular consideran «hipócrita» hacerlo bajo el de «humanidad», al considerarlo como la «coartada» al servicio de las grandes potencias.

En ese mismo sentido, y para llamar la atención sobre ese tipo de riesgos, Ruíz-Giménez echa mano de la opinión de algunos autores. Así, mientras Peñas Esteban considera que, cuando resurge el «altruismo agresivo» a finales del siglo XX, se torna en condicionalidad política de la ayuda y en una nueva «política de cañoneras» humanitaria, M. Ignatieff, de manera más radical, denuncia que ese «nuevo humanitarismo militar» es un proyecto estratégico más de EE UU, que actúa «por motivos imperialistas» para «consolidar su hegemonía global, asegurar y mantener su liderazgo y garantizar la estabilidad» en zonas que consideran esenciales para su propia seguridad y la de sus aliados.

Carrillo Salcedo, además de resaltar la «indeterminación» del concepto de «asistencia humanitaria» y la diversidad de términos utilizados en la doctrina y en la práctica («derecho de injerencia», «deber de injerencia», «derecho de intervención», «derecho y deber de asistencia humanitaria», etc.), recordaba cómo ya su colega R-J. Dupuy advertía, en 1993, que «el debate establecido sobre el derecho de injerencia sufre de una confusión dada la falta de distinción entre las circunstancias y los actores de la acción humanitaria». Sin embargo, ello no obstaba para que se reconociese la existencia de un cierto acuerdo respecto a que la injerencia a favor de las víctimas de situaciones de extrema urgencia humanitaria apareciese ante todo como un «imperativo moral», actitud que, a juicio de Carrillo, inspiró la Conferencia Internacional sobre Derecho y Moral Humanitarios (París, I-1987), en la que se puso claramente de manifiesto la aspiración de dotar de un estatuto jurídico a la «acción transfronteriza de las ONG,s de vocación humanitaria en situaciones de

extrema urgencia» en las que la vida y la salud de amplios grupos humanos estuviesen en grave peligro.

A favor de ese deber de injerencia ya se manifestaban por entonces personajes como M. Robinson, Alta Comisionada de la ONU para los derechos humanos, quien, en 1998, afirmaba que la protección de éstos «no puede detenerse en las fronteras nacionales de ningún país», pues «ningún Estado puede decir que la manera que tiene de tratar a sus ciudadanos es un asunto exclusivamente de su incumbencia», o el Alto Responsable de Política Exterior y Seguridad Común de la UE, J. Solana, quien en el año 2000, tras recordar que las guerras de finales del siglo XX habían causado más muertos entre la población civil que entre los combatientes, consideraba que «quedarse de brazos cruzados ante las violaciones de los derechos humanos sería moralmente insostenible», planteando que la respuesta sólo podía darse «en términos de injerencia humanitaria», para lo cual reclamaba, de cara a crisis futuras, dotar de mayor peso y eficacia a la UE.

Por otra parte, hay que señalar que uno de los fenómenos más significativos del período de *postguerra fría* ha sido el de la proliferación de organizaciones dedicadas a mitigar los sufrimientos de las víctimas de los conflictos armados y otras situaciones de emergencia, hasta el punto que, desde entonces, se han convertido en actores indispensables en las labores de asistencia humanitaria. Para el profesor J. Urbina, las *organizaciones humanitarias* son aquellas cuya actuación se produce en situaciones complejas de emergencia y cuya labor, al margen, en principio, de cualquier iniciativa gubernamental, se encamina a procurar una mayor protección y asistencia a las poblaciones civiles que sufre las consecuencias de un conflicto armado y que, por falta de capacidad o de voluntad de las autoridades estatales (son las primeras responsables de asegurar esa asistencia), se encuentran en una grave situación de desamparo.

En opinión del mismo autor, este nuevo fenómeno se caracteriza por su «heterogeneidad y complejidad», lo que implica dificultades a la hora de dar un mismo tratamiento a todas ellas, aparte de que son muy pocas las que disponen de capacidad y recursos suficientes para hacer frente a este tipo de situaciones de emergencia. Además, como consideran algunos de sus detractores, en ocasiones funcionan más tratando de buscar publicidad para sus actuaciones que de cubrir las necesidades humanitarias, lo que podría significar el incumplimiento de los principios que deben regir esta clase de servicios e, incluso, poner en riesgo a su personal, incrementando de manera notable la posibilidad de sufrir ataques por parte de alguno de los contendientes.

A pesar de que el desarrollo del DIH y del DIDH tratan de reforzar la idea de poder asistir humanitariamente a las personas afectadas por las guerras, ello no impedirá que los ataques a los trabajadores humanitarios y saqueos se vayan haciendo cada vez más frecuentes, en mayor medida cuando, como opina Ruíz-Giménez, la ayuda humanitaria acaba incorporándose a la economía política de la guerra, lo que le hace perder neutralidad, razón por la que algunas organizaciones no gubernamentales (ONG) se ven obligadas a tener que «pagar» protección, lo que, a su vez, cuestionaba todavía más su neutralidad y las convertía con más motivo en objetivo de las facciones enfrentadas, razón por la que algunos, en especial Francia, abogarían por el *devoir d'ingérence* y la protección de tropas internacionales. En otros casos, algunas de ellas han incentivado la idea de prestar asistencia prescindiendo del consentimiento de las autoridades que ejercen el control sobre el territorio, lo que constituye un factor más de inseguridad para su personal.

Dentro de la gran heterogeneidad que representan las intervenciones por razones humanitarias, el profesor Urbina las divide en tres grupos, en función de quien sea el encargado de llevarlas a cabo: en primer lugar, las realizadas en el ámbito del sistema de la ONU; las dirigidas por el CICR y, cada vez con más fuerza en los últimos tiempos, las desarrolladas por las ONG de carácter humanitario. Dada la finalidad que persigue el objeto de este artículo, se hace casi inevitable centrarse en las del primer grupo, al ser las que utilizan con mayor habitualidad el esfuerzo militar para conseguir sus objetivos.

## 2. LA POSICIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: EL COMPROMISO DE ESPAÑA

Ante ese nuevo panorama internacional, desde el ámbito de la ONU se comenzó a plantear la necesidad de encontrar una solución a este tipo de problemas, iniciándose una época en que, al amparo de la Carta fundacional, se iba a consolidar el moderno derecho a intervenir cuando se estima-se que dichas situaciones pudiesen entrañar un riesgo grave para la paz y la seguridad internacionales. A día de hoy ya casi nadie cuestiona que las operaciones amparadas por la ONU son, desde el punto de vista moral, mucho más aceptables que las que se puedan realizar bajo el paraguas de otras organizaciones, pues, aun cuando se pueda cuestionar el excesivo poder e influencia de los cinco miembros permanentes con derecho a veto en el Consejo de Seguridad, sigue siendo considerado el único representante legal de la comunidad internacional.

Dentro de las «Reglas para la asistencia humanitaria» que, a la luz del derecho internacional, establece el profesor Carrillo, merecen destacarse las que hacen referencia al ámbito de la ONU. Así, lo primero que plantea es la necesidad de que las operaciones estén siempre «precedidas de un requerimiento previo y puestas en conocimiento del Consejo de Seguridad», ya que, de conformidad con la Carta, el Consejo puede investigar las situaciones de rechazo por parte del Estado y establecer si el mismo «fue o no arbitrario». Además, el secretario general debe llamar la atención del Consejo sobre situaciones que puedan llegar a poner en peligro el mantenimiento de la paz (Art. 99 de la Carta), pudiendo adoptarse medidas de tipo diplomático, económico, comerciales o de otra índole, admitidas por el derecho internacional y «que no impliquen el recurso a la fuerza armada o la amenaza de fuerza en violación de la Carta de la ONU».

El mismo Carrillo considera que, en «casos de extrema urgencia», en principio no son contrarias al Art. 2.4 de la Carta las medidas de fuerza «estrictamente limitadas y dirigidas exclusivamente a facilitar el suministro de asistencia humanitaria», siempre que antes de adoptarlas las pongan en conocimiento del Consejo de Seguridad, ya que, en esa clase de situaciones, dicho Consejo puede considerar que la amplitud de una tragedia humana constituye una «amenaza a la paz y la seguridad internacionales» y, en el marco del Capítulo VII de la Carta, «decidir o recomendar una acción colectiva institucionalizada, o autorizar a los Estados o a fuerzas de la ONU a adoptar todas las medidas necesarias para aportar ayuda humanitaria a las víctimas». En estos supuestos, y si se cumplen esos requisitos, «el recurso a la fuerza armada no es contrario al Derecho Internacional».

En lo que se refiere a las Resoluciones concretas dictadas por la Asamblea General de la ONU, la que se puede considerar punto de partida es la 1.001, de 7-XI-1956, en virtud de la cual, el 20 de febrero del año siguiente, su secretario general promulgó el Reglamento o Estatuto de las Fuerzas de Emergencia de dicha organización (UNEF), el cual fue aplicado en algunas operaciones de paz siempre con el acuerdo de los Estados donde dichas fuerzas fueron enviadas. Sin embargo, no sería hasta el 8-XII-1988 cuando la referida Asamblea adoptase por consenso, a propuesta de Francia, la Resolución 43/131, relativa a la asistencia humanitaria en caso de catástrofes naturales y situaciones de urgencia del mismo orden. De su contenido, tras reafirmar la importancia de la asistencia humanitaria y la soberanía de los Estados afectados, cabe destacar: (...) deseo de que la comunidad internacional pueda responder eficazmente a las llamadas de asistencia humanitaria de urgencia realizadas principalmente por intermedio del secretario general (...) bajo los principios de humanidad, de neu-

tralidad y de imparcialidad (...), subrayando la importancia de la contribución a la asistencia humanitaria que aportan las organizaciones intergubernamentales y las ONG que actúan con un fin estrictamente humanitario e invitando a todos los Estados que tengan necesidad de ese tipo de asistencia que faciliten la puesta en práctica de esas operaciones.

Como señala Bettati, verdadero promotor del «derecho de injerencia humanitaria», aun cuando el derecho internacional positivo no reconocía ese derecho, a partir de ese momento numerosos textos de la ONU reafirmarían el principio de libre acceso a las víctimas y comenzaron a exigir su aplicación en situaciones de conflicto armado interno, reivindicando que las organizaciones humanitarias pudiesen socorrer a las víctimas por encima de las fronteras de los Estados e independientemente de la voluntad de los mismos. Esta obligación, de carácter *erga omnes*, se imponía a todos los Estados, incluidos los vecinos o limítrofes, que no debían poner obstáculos al envío o al tránsito de la ayuda humanitaria. Sin embargo, ese consentimiento del Estado no suele otorgarse en todos los casos, de ahí que, en opinión de Carrillo, el derecho internacional actual, que acepta de manera general la intervención humanitaria con ocasión de una catástrofe, no haya resuelto todavía de forma determinante la cuestión del tipo de reacciones que pueden adoptar los Estados que ofrecieron asistencia y se encontraron con un rechazo, *para ellos arbitrario*, por parte del Estado al que se le ofreció la asistencia.

A su juicio, y desde el punto de vista del DIH, la razón es la «falta de precisión respecto a la naturaleza y alcance de tales *disposiciones necesarias*», sobre todo respecto a la posibilidad de que los Estados puedan recurrir a la amenaza o al eventual empleo de la fuerza, al entender que dicha asistencia no se reduce al delicado y difícil problema del acceso a las víctimas sino que, además, suele ir acompañada de otras cuestiones, como la protección del personal, el establecimiento de zonas de seguridad o el restablecimiento de un mínimo de orden. En ese sentido, es obligado reconocer con Bettati que, a pesar de los múltiples detractores iniciales de la posibilidad de intervenir por razones humanitarias en territorio de un Estado, la práctica reciente de la ONU traduce una progresiva adhesión de la comunidad internacional al «derecho de injerencia», con lo que «la licitud de las intervenciones humanitarias amparadas por el Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VII de la Carta, es cada vez menos contestada y las Resoluciones que las autorizan son votadas siempre por mayorías suficientes e, incluso, por unanimidad».

Tras el informe favorable del secretario general sobre la aplicación de la Resolución 43/131, la 45/100, de 14-XII-1990, promovida también por

Francia, consagraba la propuesta de establecer, de manera temporal y concertada entre los gobiernos afectados y los gobiernos, organizaciones intergubernamentales y ONG interesadas, «corredores de urgencia humanitaria» para la distribución de ayuda médica y alimentaria de urgencia, reclamando la colaboración de los Estados implicados de cara a facilitar el tránsito de dicha ayuda, sobre todo en casos de regiones de difícil acceso. A partir de ese momento, y con el fin de asegurar un mínimo de protección al personal y bienes de las organizaciones humanitarias, la ONU, en sus numerosas Resoluciones, exigiría la aplicación y el respeto de las reglas fundamentales del DIH en este tipo de operaciones. Aun compartiendo esa nueva posición de la ONU, Villasante alertaba sobre el peligro que puede derivarse de una «interpretación extensiva» de las facultades discrecionales de un órgano de participación tan restringida como el Consejo de Seguridad.

Al mismo tiempo, el incremento en el número y magnitud de los ataques sufridos por el personal que prestaba asistencia humanitaria puso de relieve el problema de su seguridad, situación que llevó a la ONU a adoptar diversas medidas encaminadas a reforzar la protección del personal que interviniese en operaciones de socorro bajo su bandera, la más importante la *Convención sobre la seguridad del personal de Naciones Unidas y el personal asociado*, de 1994. En opinión de Urbina, dicha modalidad de represión se realiza de manera «muy fragmentaria» y no alcanza específicamente a todas las personas implicadas en este tipo de acciones, de igual manera que sólo se contempla la represión de los actos de violencia contra su integridad física, pero no las conductas dirigidas a entorpecer su labor humanitaria. Como señala el mismo autor, respecto a su ámbito de aplicación se plantearon dos posiciones: la *restrictiva*, que trataba de limitar su alcance a las operaciones de la ONU establecidas con el consentimiento del Estado, excluyendo al personal de las ONG, y la *amplia*, que trataba de abrirla a todas las organizaciones que se dedicasen a esta tarea. Como suele ser habitual, el resultado final fue de compromiso y lleno de ambigüedades, postura con la que muchos Estados no están conformes.

A pesar de todo, no iba a ser extraño ver en esos años cómo altas instancias políticas se comprometían con esa nueva interpretación, incluso en nuestro país, al haberse iniciado la colaboración de las FAS españolas en diferentes misiones amparadas por la ONU. Así, el vicepresidente de la Comisión Europea y responsable de las políticas de cooperación al desarrollo y ayuda humanitaria, Manuel Marín, en un artículo en *El País* (8-II-94), titulado «La intervención humanitaria, ¿derecho o deber?», afirmaba que «una cosa es decidir la forma y el volumen de la ayuda y otra muy distinta es conseguir hacerla llegar a sus destinatarios en un contexto de gue-

rra civil», como lo demostraba el hecho de que, en los últimos años, el acceso a las víctimas se hubiese convertido en un problema tan agudo que habían llegado a producirse «situaciones de bloqueo total, que requieren respuestas innovadoras».

Era en ese contexto en el que Marín explicaba que se había desarrollado en los últimos años el concepto de «derecho de injerencia» o «derecho a la intervención», respuesta que no era fácil de explicar, al no contemplarse todavía ni en la teoría ni la práctica del derecho internacional. Para evitar el «riesgo de confusión entre la acción humanitaria y la acción militar» era preciso, a su juicio, encontrar un equilibrio entre las operaciones de «mantenimiento de la paz», orientadas a erradicar las fuentes de conflicto, y las respuestas a los sufrimientos de las víctimas mediante la acción humanitaria, para lo cual sería necesario concienciar a las opiniones públicas de los países interventores sobre las «implicaciones y los costes en vidas humanas de una intervención con fines humanitarios».

En el mismo medio (11-XI-95), el entonces ministro español de Defensa, G. Suárez Pertierra, en un artículo titulado *Misiones de paz y ayuda humanitaria*, tras recordar que, desde la reunión de Petersberg en 1992, la UEO trabajaba en el desarrollo de planes y doctrina para estar en condiciones de acometer operaciones de carácter humanitario en caso de necesidad y que, en noviembre de 1994, el Consejo Permanente de dicha organización había aprobado un documento en el que se ponía de manifiesto la conveniencia de «crear un dispositivo y proporcionar los medios necesarios para una fuerza multinacional de intervención humanitaria», documento en el que se especificaban los pasos necesarios para «alistar una fuerza humanitaria» y la misión que se le podría asignar en cada caso, consideraba a las FAS españolas una «pieza importante en la búsqueda de la paz y la solidaridad entre las naciones, a través de las operaciones de paz y de ayuda humanitaria», como lo demostraba su contribución a ese tipo de misiones internacionales, que habían convertido a los *cascos azules* españoles en un «elemento importante de nuestra política exterior», al tiempo que había servido también para poner de relieve la importancia de la «colaboración de los ejércitos con las organizaciones civiles de ayuda humanitaria, especialmente con las ONG,s», colaboración que creía haber enriquecido a unos y otros. De cara al futuro, opinaba que, si bien las FAS tenían una importante función que desarrollar en las misiones de paz y de ayuda humanitaria, ello no debía hacer olvidar «las tradicionales misiones para las que fueron concebidas».

Sin embargo esa implicación militar en los asuntos humanitarios no dejaba de plantear numerosos interrogantes, como se encargaba de señalar

el entonces teniente coronel Pitarch, y hoy teniente general jefe del Mando del Cuerpo del Ejército Europeo con sede en Estrasburgo, quien alertaba en 1993 sobre la aparición de una nueva fórmula de empleo de las FAS que estaba abriéndose camino, cual era la del «*uso civil* de los ejércitos» que se derivaba del reconocimiento del incipiente principio de «derecho de injerencia» que, por la vía de los hechos, había llevado a la acción humanitaria a constituirse en «una forma más de relaciones internacionales, y en un plano similar a las diplomáticas, las culturales o incluso la guerra». Reconocía que, si bien de manera «coyuntural» los ejércitos podían ser empleados en funciones distintas a «su razón de ser natural, prepararse para la guerra», eran una «herramienta política» que, para desarrollar plenamente sus capacidades necesitaban operar en un marco en el que «la improvisación, el *amateurismo*, la indefinición de la cadena de mando y la imprecisión en los objetivos no tienen cabida».

En su opinión, el *uso civil* de las FAS, en perjuicio de su *uso militar*, plantea la «duda» de si el primer uso supone una modificación del histórico papel de los ejércitos o se trata de una extensión de sus misiones tradicionales, disyuntiva que plantea problemas «existenciales», como el de que, si los ejércitos han de ver modificado su papel «en aras de la política humanitaria», habría que «revisar doctrinas, organizaciones, obtención de recursos humanos, procedimientos y medios», porque si se estuviese simplemente ante una «extensión de las misiones tradicionales», habría que plantear la conveniencia de «civilizar una parte de la fuerza para adecuarla al nuevo papel». Por ello, finalizaba Pitarch reclamando la conveniencia de «reflexionar entre moral y política», en la medida que el despliegue de FAS en un escenario bélico sin poder influir en el curso de la guerra, o «transformar acciones de rasgo humanitario en incursiones militares», pueden cuestionar el concepto político inicial de esas operaciones y, de alguna forma, «amenazan tanto la credibilidad de quien dispone como la imagen de quien ejecuta».

### 3. LOS CONFLICTOS DE FINAL DE SIGLO: EL PROBLEMA DE LA SEGURIDAD

En los albores de la *postguerra fría* surge una posición mayoritaria favorable a la intervención humanitaria que acabaría por dar la vuelta a la relación previa aceptada por todos los Estados entre soberanía e intervención. Constituye, además, el comienzo de una época de integración más estrecha entre las actividades políticas y militares en las operaciones internacionales, así como de una nueva tendencia en la que se comenzaron a

conferir funciones y cometidos humanitarios a las FAS multinacionales, siempre con el fin de intentar resolver los conflictos de una manera integral, lo que significa por otra parte que, como señala Ruíz-Giménez, con este tipo de operaciones las FAS pueden desempeñar misiones que le permitan encontrar «un nuevo lugar bajo el sol» y una mayor legitimación social ante sus opiniones públicas. En opinión de R. Raj, miembro de la Unidad de Relaciones con las FAS y de Seguridad del CICR, es en esa época también cuando se consolida el debate sobre si se consideraba natural que una organización que trabaja en un contexto de conflicto armado mantuviese relaciones con las FAS presentes en el terreno, de ahí la necesidad de abordar tanto la complejidad de las operaciones de mantenimiento de la paz como la tendencia creciente a integrar las actividades de los actores políticos, militares y humanitarios en las mismas.

Los conflictos que comenzaron a estallar en esa década en el mundo pusieron sobre el tapete un gran problema para la ONU, la Cruz Roja y los organismos que realizaban misiones humanitarias en zonas de riesgo, pues, frente a los viejos conflictos que cumplían los patrones de la *guerra fría*, a partir de entonces, en lugares como Somalia, Bosnia, Sierra Leona o Sudán, ya no sólo había un ejército y una guerrilla, como antes, sino bandas, ladrones y golpistas que pactaban o rompían acuerdos con pasmosa facilidad, de ahí que cualquier error, como equivocarse de camino en medio de la selva, sobrevolar un campamento rebelde o no hacer caso a una de las facciones, podía generar fatales consecuencias. Rieff sostiene que es por esa razón por la que, en ese tipo de conflictos, suele ocurrir que un señor de la guerra o un gobierno represivo opta por la solución más sencilla a la hora de resolver el problema de la para ellos molesta presencia de personal humanitario, la de «convertirlos en objetivos militares».

J. Martínez, responsable para África del CICR en el año 2000, contaba cómo, mientras en los años 60 y 70 se trataba de conflictos convencionales, desde la caída del muro de Berlín todo había cambiado, con «multiplicidad de conflictos distintos» en los que los «límites son difíciles de distinguir», donde, por ejemplo, los combatientes ya no respetan emblemas como la histórica Cruz Roja. En ese sentido, ya no se podía ir por ahí diciendo: «Soy de la Cruz Roja, déjeme pasar», ya que si te encuentras en la selva con unos rebeldes violentos o drogados, «lo puedes pasar muy, muy mal». Por ello, el CICR u organismos de la ONU como el Programa Mundial de Alimentos o los contingentes de las misiones de paz tuvieron que poner en marcha cursos de formación para sus empleados, mucho más específicos que las generalidades que antes enseñaban, sobre todo preparación psicológica y conocimiento del contexto del conflicto.

Es así como, en los últimos años, se ha asistido a un alarmante incremento del número de colaboradores de organizaciones humanitarias que han sufrido actos de violencia en el desempeño de tareas de socorro a las víctimas de los conflictos armados, debido tanto al incremento del número de actores sobre el terreno como de las condiciones en que se desarrollan los nuevos conflictos. En opinión de Urbina, si bien pertenecer a este ámbito humanitario debería significar una garantía de la neutralidad e independencia de la ONU, lo cierto es que también puede afectar a la seguridad de su personal, en función de las medidas políticas que adopte para tratar de buscar una solución al conflicto, de ahí que su secretario general recordase la necesidad de distinguir entre esas dos posiciones: ayuda humanitaria o solución política del conflicto.

En ese sentido, la progresiva integración de las labores de asistencia humanitaria dentro del mandato de las operaciones de mantenimiento de la paz es una consecuencia de la creciente inseguridad en la que actúa el personal encargado de la distribución de la ayuda, toda vez que la atribución a esas fuerzas de mandatos amplios y complejos en los que se entremezclan la protección de convoyes humanitarios, y la imposición de medidas coercitivas contra alguno de los contendientes –incluido el uso de la fuerza–, ha contribuido a oscurecer la necesaria separación que debe existir entre las tareas humanitarias y la acción política dirigida a poner fin al conflicto y han terminado por afectar el clima de seguridad en el que actúan todas las organizaciones humanitarias, y no sólo las ligadas a la ONU.

Entre otros ataques de esa época, cabe destacar el saqueo del edificio de «Médicos del Mundo» y asesinato de 3 colaboradores españoles en Ruanda en 1997, los ataques a dos aviones de la ONU en Angola (1998-99), que provocaron 23 muertos –según el testimonio de un ex guerrillero de UNITA, «el derribo de los aviones fue premeditado» y se convirtió, en palabras del representante de Nueva Zelanda, en «uno de los delitos más flagrantes de que se tiene noticia contra la ONU y su personal»– o el asesinato de 6 colaboradores del CICR en la RD del Congo en 2001, además de secuestros, asesinatos, robos o detenciones en otras zonas, hechos que sirvieron para extender el temor entre las filas humanitarias. Mientras Cruz Roja perdió a 26 de sus miembros entre 1995-2000, más de 800 miembros de la ONU murieron en los años 90, frente a los 205 de la década anterior. Desde 1994 a 2000 hubo 59 secuestros, que afectaron a 228 miembros de la ONU y, sólo en 1999, fueron 292 los robos, asaltos o violaciones a organizaciones humanitarias.

Siguiendo a Márquez, se puede considerar que el modelo de intervención bajo el manto de la ONU se inaugura con la operación multinacional

en Irak (1991), bajo el amparo de la Resolución 688 –con el voto en contra de Francia, no autorizaba el uso de la fuerza armada y sólo permitía el despliegue de tropas para distribuir ayuda humanitaria–, al estimar el Consejo de Seguridad la existencia de una «amenaza a la paz» y con la finalidad de mantener a los refugiados kurdos y chiíes en una «zona de seguridad» dentro de territorio iraquí protegida por las tropas de la coalición multinacional, quienes se hicieron cargo del operativo hasta que, tres meses después, traspasaron la protección de los enclaves a manos de la ONU. Para lo que sirvió la operación, que marcó el inicio de una nueva etapa en la historia de las intervenciones humanitarias y se puede considerar un éxito, fue para conseguir el retorno de la población desplazada, para proporcionar ayuda humanitaria y finalmente, para que Bagdad aceptara la puesta en funcionamiento de una vasta operación humanitaria destinada a ayudar a la población civil y, sobre todo, a las poblaciones desplazadas.

En Somalia, las dimensiones de la tragedia humanitaria –muerte de 117 trabajadores humanitarios en 1991, muchos más que en los años precedentes, e incluso Cruz Roja se vio obligada, por vez primera en su historia, a «alquilar» guardas armados para protegerse, lo que no impediría el asesinato de 15 de sus colaboradores–, condujeron al Consejo de Seguridad a adoptar medidas más contundentes, al considerar que la situación constituía una amenaza para la paz y seguridad internacionales. La primera de las Resoluciones de 1992 (la 733), cuyos elementos centrales, en opinión de Márquez, eran «el embargo y la reglamentación de la asistencia humanitaria», no contenía, según Bermejo, medidas de choque para terminar o al menos paliar la dramática situación de la población somalí. Meses después, se aprobaba la Resolución 751, por la que se creaba ONU-SOM I, con 500 soldados, con objeto de proteger la distribución de ayuda humanitaria.

Dado que no era viable una operación bajo el mando y el control de la ONU, el Consejo de Seguridad, tras constatar que las violaciones masivas de los derechos humanos y los ataques a trabajadores humanitarios constituían una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, aprobaba por unanimidad la Resolución 794, que autorizaba a los Estados miembros a adoptar medidas de fuerza para establecer un entorno seguro con la finalidad estrictamente humanitaria: el despliegue militar autorizado era de protección de convoyes de ayuda y de garantía de su distribución entre la población civil y, a estos efectos, autorizaba a utilizar la fuerza para desarmar a las partes contendientes. Mientras el profesor A. Roberts destaca como aspecto novedoso que el Consejo autorizase una intervención militar humanitaria sin consentimiento de las autoridades del país sobre el que

se lleva a cabo la misma y que dicha resolución respondiese plenamente a una «lógica humanitaria», ya que citaba una sola vez la amenaza para la paz y la seguridad internacionales y en 18 ocasiones el término «humanitario», para Márquez, esta operación estuvo llena de «claroscuros», ya que los problemas institucionales en el ámbito del ejercicio de la coerción militar explican que, al no ser viable o practicable bajo el control y mando de la ONU, se tuvo que optar por la solución de que fuese realizada por Estados con autorización del Consejo de Seguridad.

Por fin, el 9-XII-92, ante la necesidad de prestar con urgencia la asistencia humanitaria e impedir su apropiación por los grupos guerrilleros, se aceptó el ofrecimiento de EE UU de poner a disposición de la ONU 30.000 soldados y se produce el desembarco de la fuerza multinacional (65.000 efectivos de EE UU, Italia, Gran Bretaña y Pakistán) en las playas de Mogadiscio bajo los focos de los medios de comunicación occidentales. En III-93, con la Resolución 814, se produce la retirada de las tropas de EE UU y se constituye ONUSOM II, como operación de *enforcement* de la ONU, diseñada según el «Modelo Guarnición», con el fin también de reconstruir las instituciones estatales, si bien, al estar sus integrantes más preocupados por su seguridad que por la población civil que debían proteger, les valió múltiples críticas de ONG y grupos sociales somalíes. De igual manera, denunciaron la actuación de esas tropas internacionales que violaban el DIH y los derechos humanos de la población civil.

En VI-93, la situación se hace más crítica al reanudarse las hostilidades en la capital y con el resultado de 24 soldados pakistaníes muertos y 56 heridos, noticia que conmocionó a la opinión pública internacional y obligó al Consejo de Seguridad a tener que autorizar «todos los medios necesarios para capturar y poner en manos de los tribunales a los autores del ataque». El 3-X, tras 16 horas de combate, mueren 18 soldados de EE UU y 75 resultan heridos, lo que se convierte en portada de todos los medios de comunicación occidentales, si bien esos mismos medios no se hacen eco de los 500 somalíes muertos, la gran mayoría civiles. Posteriormente, el secretario general propuso la ampliación de ONUSOM II a fin de incluir la adopción de medidas coercitivas, procediendo a sustituir a la fuerza liderada por EE UU, limitándose a partir de entonces la presencia norteamericana a la provisión de apoyo logístico a la operación.

La posterior retirada de las tropas occidentales pondría de manifiesto la gran «contradicción» de este tipo de operaciones, fortaleciendo la lógica occidental de priorizar la seguridad de sus soldados sobre la distribución de la ayuda, toda vez que sus ciudadanos exigen hacer algo pero siempre que los costes no sean demasiado elevados. Aunque ONUSOM II con-

tinuó hasta III-95, su credibilidad quedaría seriamente dañada, al no haber sido capaz de resolver el conflicto ni poner fin a las violaciones de los derechos humanos. Es así como, en palabras de Ruíz-Giménez, se produce una grave crisis del «paradigma clásico del humanitarismo», pues «pierde su aureola de neutralidad e imparcialidad» y pasa a formar parte del problema.

La de Somalia se puede considerar la intervención humanitaria más extensa, tanto en efectivos como en costes económicos, de las que se llevaron a cabo durante la «fase de euforia» de la «diplomacia humanitaria coercitiva» y constituyó el experimento más ambicioso y, al mismo tiempo, su mayor fracaso, puesto que la credibilidad de las grandes potencias (en especial, EE UU), de la ONU y de la comunidad internacional en su conjunto quedó más en entredicho que antes. A pesar de todos los esfuerzos por tratar de conseguir el éxito de la misma, lo cierto es que el resultado final, dramáticamente clausurada después de que murieran 157 *cascos azules*, puede considerarse uno de los mayores fracasos institucionales de la ONU.

Respecto a la experiencia de Somalia, A. Joxe consideraba, en 1993, que el modelo de *Expedición Humanitaria* del «imperio americano» en dicho país, consistente en acciones rápidas, de bajo coste y reducidas a la defensa militar de la ayuda para limitar al mínimo las bajas propias y los costes económicos y políticos, completadas por la intervención posterior de los *cascos azules*, se diferenciaba de las de la ONU –*Modelo Guarnición*–, que eran más largas y estáticas, con idea de impulsar el proceso de paz y reconstruir el país, de ahí que Rieff recuerde que Ph. Johnston, ex presidente de CARE USA, logró convencer a la ONU de que abordara dicha crisis desde una perspectiva militar y a la Administración Bush (padre) para que enviara tropas de su país.

Si bien es cierto que, gracias a las imágenes de TV el público estuvo de acuerdo con esa decisión, al pensar que las mismas estaban allí para llevar a cabo una misión humanitaria, sin embargo, para el principal caudillo somalí M. F. Aidid, esas tropas lo que pretendían era impedir que pudiese alcanzar el poder, es decir, una misión claramente «política». Por su parte, Ruíz-Giménez opina que lo que puso de manifiesto esa experiencia fue que el *Modelo Expedición* no es un asunto sencillo, rápido y de fácil salida y sirvió para enfriar el entusiasmo hacia la *Diplomacia Humanitaria Coercitiva*, desaconsejando de cara al futuro todo tipo de veleidades humanitarias, algo que se volvería a repetir de forma más cruda en Ruanda, conflicto en el que la pasividad demostrada por la ONU fue considerada por algunos «hija del desastre» de la emprendida dos años antes en Somalia.

En cuanto a lo sucedido en Ruanda, hay que recordar que, en 1993, en virtud de la Resolución 872, se había constituido el contingente de UNOMIR (2.700 soldados belgas, de Ghana y Bangla Desh, bajo el mando del general canadiense Dallaire), el cual sólo tenía un mandato limitado de actuación y capacidad para responder en caso de legítima defensa. Dos días antes de la muerte de los 18 soldados norteamericanos en Somalia, Dallaire solicitaba a la central de la ONU autorización para proteger a la población civil refugiada en sus campamentos, obteniendo una respuesta negativa e instándole a que apoyase la evacuación de extranjeros, algo que tampoco estaba contemplado en el mandato, lo que, según Ruíz-Giménez, representaba un «doble estándar», según el cual la vida de los occidentales valía más que la de las víctimas del genocidio. Tras la muerte de varios soldados belgas, su gobierno decidió retirarse del contingente, un tercio del total, al considerar que estaban expuestos a «riesgos inaceptables».

Al considerar que lo que ocurría allí no constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad aprueba la Resolución 912 (1994), por la que se reduce UNOMIR a 270 soldados con misiones sólo de mediación. Sin embargo, de nuevo el *Efecto CNN*—la crisis era retransmitida en vivo y en directo por los medios occidentales—hace que el agravamiento de la situación obligue al Consejo a aprobar, meses después, la Resolución 918, por la que se ponía en marcha UNOMIR II (5.500 soldados que no fue posible reunir hasta cinco meses después) y donde, tras mostrarse «profundamente preocupado por la continuación de las matanzas sistemáticas y generalizadas de la población civil», reconocer que se trataba de «un caso único que exige una respuesta urgente por parte de la comunidad internacional» y determinar que la magnitud de la crisis humanitaria constituía una «amenaza para la paz y la seguridad en la región», se hacía hincapié en el «carácter estrictamente humanitario» de la operación, que debería ejecutarse «de manera imparcial y neutral y que no constituirá una fuerza de interposición entre las partes». La limitación del uso de fuerza armada salvo en caso de legítima defensa sería suprimida en la Resolución 923, de ese mismo año, lo que, según Wheeler, reflejaba la inquietud sobre las credenciales humanitarias de la operación, cualidad sobre la que, sin embargo, había enfatizado el Consejo, insistiendo en la obligación de conducirse «de forma imparcial y neutral» y a «no constituirse en fuerza de interposición entre las partes».

A pesar de que el secretario general tuvo que comunicar al Consejo su fracaso a la hora de conseguir suficiente personal y medios para UNOMIR II, y siguiendo el precedente de Somalia, le sugería la consideración del ofrecimiento de Francia relativo a llevar a cabo una operación multinacio-

nal bajo mando francés de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, a fin de asegurar la protección de la población civil y de los desplazados. Rieff opina que, mientras que en un principio la ONU se negó a adoptar una postura oficial sobre cómo había que detener la masacre en Ruanda, después de comenzada solicitó la intervención militar de cualquier potencia extranjera dispuesta a llevarla a cabo. Lo que puso de manifiesto el alto número de abstenciones en el seno del Consejo fue la falta de entusiasmo y los recelos con los que fue acogido el texto, pues como observaba Freudenschuss, «por un lado, existían dudas sobre los verdaderos motivos de Francia y, por otro, sobre lo que concierne a una injerencia del Consejo de Seguridad dentro de los asuntos internos de un Estado».

Lo que es cierto es que la comunidad internacional asistió impasible al genocidio que se produjo a causa de la reanudación de la guerra civil en ese país el 10-IV-94, y aún habrían de transcurrir diez semanas hasta que se adoptase la Resolución 929 autorizando a Francia a emprender la operación militar, decisión recibida con hostilidad por el Frente Patriótico Ruandés, que denunciaba la operación como una injerencia destinada a proteger a las fuerzas gubernamentales, antiguas aliadas del gobierno francés. Dado que las tropas llegaron en el momento en que se producían desplazamientos masivos de población, Francia decidió crear al suroeste del país una zona humanitaria segura, cuyos límites geográficos fueron comunicados a los beligerantes, iniciativa que permitió efectivamente proteger a miles de supervivientes y estabilizar los movimientos de población en el interior del país, lo que, sin embargo, no evitó que desde los foros más críticos se destacase que dicha zona se convirtiese en refugio para las milicias y los responsables de las matanzas, que de este modo siguieron hostigando a la población.

La anterior crítica se vería confirmada dos años después por la crisis de los refugiados zaireños y ruandeses en la región de los Grandes Lagos, que provocó un millón y medio de desplazados a partir de 1996. Hay que señalar que la ayuda que, finalmente, llegó a los campos de Tanzania y Zaire fue desviada para armamento y permitió continuar la lucha contra el nuevo gobierno ruandés, todo ello ante la presencia de ACNUR y múltiples ONG. Ante el alcance de la tragedia, el Consejo de Seguridad reaccionó lentamente y así, hasta la Resolución 1080 (1996), no llegó a acoger los ofrecimientos realizados por los Estados y autorizar que utilizaran todos los medios necesarios, con una misión limitada en el tiempo, para lograr los objetivos humanitarios que presiden la actuación del Consejo, Resolución que, por cierto, coincidiría con un vuelco de los acontecimientos que supuso el súbito e inesperado regreso a Ruanda y a Burundi de cientos de miles de refugiados hutus que se hallaban en Zaire, lo que

provocó que la inicial reticencia de los Estados a participar en dicha fuerza multinacional se convirtiese en auténtica retirada.

La cobertura mediática del conflicto puede explicar, en parte, el cambio de actitud de las grandes potencias, en especial de EE UU, quienes temían cierto sometimiento de culpabilidad tras su pasividad durante la primera fase del genocidio, en línea con lo que Dallaire considera «lavado de conciencia» frente a los propios medios de comunicación y sus electorados. Sin embargo, muchos opinan que, en el trasfondo de la postura de esas potencias ante lo sucedido en Ruanda, se encontraba la «sombra de Somalia» y el miedo a arriesgar la vida de soldados occidentales en una intervención de alto riesgo.

A pesar del contexto favorable a ese tipo de intervenciones, el estrepitoso fracaso de la comunidad internacional en Ruanda –para Ruíz-Giménez, «uno de los actos más ignominiosos de la historia de la sociedad internacional»– puso de manifiesto de nuevo los límites de la *Diplomacia Humanitaria Coercitiva*. El propio K. Annan, entonces jefe del Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, declararía siendo ya secretario general de la ONU que, aun reconociendo la «creciente legitimidad de la intervención humanitaria», Ruanda había sido «un fracaso del sistema de Naciones Unidas en su conjunto». Lo que resulta indudable es que los fracasos de Somalia y Ruanda provocaron por unos cuantos años un claro enfriamiento en la euforia humanitaria.

Respecto a lo sucedido en la antigua Yugoslavia, Márquez destaca las medidas adoptadas respecto de la situación en Bosnia-Herzegovina, crisis que comenzó como un conflicto interno, de ahí que la primera acción del Consejo (Resolución 713, de 1991), expresara su «profunda preocupación por los combates que habían causado graves pérdidas en vidas humanas y extensos daños materiales, y por las consecuencias para los países vecinos de la región, de modo que el Consejo preocupado por una situación que consideraba «una amenaza para la paz y la seguridad internacionales», decidió adoptar en primer lugar medidas coercitivas de carácter económico (embargo general) pero, ante el agravamiento progresivo de la situación, en especial para la población civil, consideró necesario el recurso a la fuerza para facilitar el suministro de ayuda humanitaria en base al Capítulo VII de la Carta. Así, el Consejo de Seguridad procedió a aprobar la Resolución 770 (1992), en la que, si bien se concretaba la autorización de «medios coercitivos de carácter militar», no se confería a los Estados un margen de manobra ilimitado, puesto que la autorización del recurso a la fuerza armada había de interpretarse en relación con el suministro de la asistencia humanitaria, es decir, «ha de entenderse con relación al fin autorizado».

El secretario general atribuyó la competencia de la operación a UNPROFOR, cuya financiación estaría a cargo de los Estados miembros que proporcionarían los contingentes, los cuales se regirían por las reglas de las operaciones de mantenimiento de paz, con lo que las fuerzas estaban autorizadas a recurrir a la fuerza únicamente en caso de defensa personal, limitación que, sin embargo, fue interpretada en un sentido bastante amplio por el secretario general, al hacerla extensiva a aquellas situaciones en las que las Partes contendientes impidieran por la fuerza a los *cascos azules* llevar a cabo su mandato. Hay que resaltar que en este punto el Consejo de Seguridad llegaba a contemplar el recurso a la fuerza como «medida necesaria» cuando se impidiese a las fuerzas de paz desarrollar su mandato, una «suerte de legítima defensa institucional» que, de ese modo, aparecía muy próxima a lo que se considera «marco coercitivo».

Sin embargo, ninguna de esas presuntas autorizaciones sirvió para evitar una de las peores matanzas que se han cometido en presencia de representantes de la ONU, como fue la de Srebrenica, el 11-VII-95, donde ante la pasividad de un batallón de *cascos azules* holandeses, con mandato y capacidades militares limitadas, las tropas serbo-bosnias tomaron la ciudad y asesinaron a más de 7.000 musulmanes. Como explicación, pero nunca justificación de lo sucedido, algunos opinan que, en aquellos momentos, la ONU no parecía dispuesta a cruzar la denominada «Línea de Mogadiscio», es decir, el límite entre el mantenimiento de la paz y la imposición de la misma por la fuerza, provocando que, a partir de entonces, la ONU evitase actuar en conflictos internos hasta obtener un acuerdo previo de paz viable y la aceptación plena del despliegue.

Para otros muchos, la constitucionalidad de dicha autorización del recurso a la fuerza por estos contingentes no dejaba de plantear objeciones. Para Rodríguez Carrión, el Consejo de Seguridad utiliza de forma directa el Capítulo VII, y en particular, «la adopción de medidas encuadrables en el art. 42, aunque no mediante el mecanismo de fuerzas propias de las Naciones Unidas, sino mediante contingentes nacionales puestos al servicio de Naciones Unidas (como en el caso de Yugoslavia y Somalia)». Por otra parte, en opinión de Abellán Honrubia se produce «una forzada vinculación entre asistencia humanitaria, Capítulo VII, y operaciones de mantenimiento de la paz, que además de prestarse a confusiones, es de dudosa conformidad con la Carta de las Naciones Unidas».

A diferencia de las anteriores, la intervención de Kosovo no recibió la autorización de la ONU ni el mismo consenso que aquéllas. Las Resoluciones 1160 y 1199 (1998), tras condenar el uso de la fuerza contra civiles por parte serbia y el terrorismo del kosovar ELK, declaraban la situación

como una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. El 15-I-99, fuerzas serbias asesinan a 45 civiles en Racak y, dos meses después, la OTAN comenzaba sus bombardeos, so pretexto de su preocupación humanitaria, de evitar la limpieza étnica de los kosovares, de garantizar la estabilidad regional y obtener una mayor credibilidad para la organización, decisión criticada desde determinados sectores que cuestionaban la legalidad y legitimidad de la misma, al haberse llevado a cabo sin autorización del Consejo de Seguridad. Si bien sus partidarios reconocían la escasa base legal o jurídica, resaltaban su legitimidad al tratarse de una guerra en defensa de la justicia y de los derechos humanos.

A finales de 1999, el Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia (TIPY) consideraba que no había habido evidencia de que la campaña de la OTAN –bombardeos a gran altura, que evitaban bajas propias pero producían numerosos «daños colaterales»– violase el DIH, lo que provocó un aluvión de críticas en las que se acusaba al tribunal de pretender, con su aureola de imparcialidad, reforzar la credibilidad humanitaria y la legitimidad de la OTAN de cara a la opinión pública internacional. Además, la asistencia humanitaria a los refugiados prestada por las tropas de la OTAN entró en competencia con la que llevaban a cabo las ONG humanitarias.

No es extraño, pues, que a partir de Kosovo fuesen numerosas las voces que se alzaron contra este modelo de intervención humanitaria. Para Rieff, Kosovo supuso «un paso adelante en el mal uso de la acción humanitaria (...) pretexto para lo que en esencia era una decisión política de las grandes potencias de poner fin, militarmente y de una vez por todas, a Milosevic». En cualquier caso, y aun cuando los resultados finales de la misma contradijeran claramente esas justificaciones, la operación llevada a cabo en Kosovo permitió poner de manifiesto la consolidación de lo humanitario en la estructura normativa internacional.

Es evidente que, en todos los conflictos aquí analizados, se constataba el alto riesgo de que las tendencias crecientes a integrar actividades de actores políticos, militares y humanitarios, acabasen debilitando la imagen y la realidad de la acción humanitaria imparcial, independiente y neutral, ya sea a los ojos de los beligerantes como de los beneficiarios de la misma, pues es muy difícil para los organismos humanitarios ser neutrales e independientes cuando, por ejemplo, utilizan los elementos logísticos de las fuerzas de mantenimiento de la paz que, en última instancia, se transforman en beligerantes en los mismos conflictos que supuestamente deben mitigar.

La aprobación de nuevas misiones de paz, como las de Liberia –se envió la fuerza multinacional ECOMOG, «neutral y humanitaria», formada por efectivos de países africanos, en una situación que Ruíz-Giménez

califica de «ficción»–, Sierra Leona o Timor Oriental –se consiguió que, tras la autorización de Indonesia, la ONU promoviese el despliegue de una operación de mantenimiento de la paz y no de imposición–, no significó que la cifra de víctimas dejase de crecer, persistiendo las críticas ante unos despliegues grandes, pero escasamente armados y peor coordinados. Conviene recordar que, en esos momentos, la ONU era incapaz de atender a todos los requerimientos que se le hacían, al cumplir misión en 17 países con 70.000 soldados desplegados por todo el mundo.

Como dijo un alto cargo de la organización, «La ONU envía a trabajadores humanitarios desarmados allí donde no se atreve a mandar tropas». Lo cierto es que, si bien en esos conflictos las FAS no deseaban o no podían hacer frente al desafío humanitario con la doctrina y el adiestramiento que poseían entonces, en Kosovo esa práctica «humanitaria» ya se había incorporado a la operativa militar, de tal forma que las fuerzas militares de la OTAN fueron fuertemente presionadas por sus respectivos gobiernos para que fuesen vistas «haciendo el bien» sobre el terreno y se comportaron con igual rapidez que las organizaciones humanitarias a la hora de prestar ayuda a los necesitados, intentando presentar esas operaciones militares como una «intervención humanitaria», con lo que la confusión entre unas y otras llegaría a su apogeo.

Aun cuando la acción de secuestro de 500 *cascos azules* en Sierra Leona –liberados posteriormente–, en mayo de 2000, y las decenas de secuestros, ataques y atentados llevados a cabo contra el personal de la ONU en esos años, sirvió para alimentar una nefasta imagen de vulnerabilidad en las filas de la organización, sería 2003 el año que pondría de manifiesto todo ese tipo de carencias, primero con el asesinato en Afganistán de un delegado del CICR, lo que obligó a la institución a reducir drásticamente su presencia y las actividades que realizaba en el sur del país, pero sobre todo el brutal y sangriento atentado con un coche bomba contra la sede de la ONU en Bagdad, el 19-VIII-03, que dejó 23 muertos, entre ellos el diplomático brasileño S. Viera de Mello, representante especial del secretario general, y el capitán de navío español M. Martín Oar.

El problema adquirió tal dimensión que el Consejo de Seguridad se reunió para debatir la situación y, una semana después, aprobaba por unanimidad una resolución que establecía como *crimen de guerra* los ataques contra los trabajadores humanitarios de la ONU y de las ONG, y que instaba también a los países a promulgar legislaciones para asegurar que los actos de violencia contra trabajadores humanitarios se considerasen «crímenes» y los responsables fuesen «llevados ante la justicia». Su secretario general, K. Annan, tras mostrarse muy satisfecho por la resolución apro-

bada, que tenía como objetivo mejorar la protección de los empleados de la ONU y de las agencias asociadas que operaban en todo el mundo, declaraba que «No puede haber impunidad para aquellos que cometen estos crímenes imperdonables, por lo que debemos actuar».

El texto inicial de la resolución había sido promovido por México, con el apoyo de Francia, Alemania, Bulgaria, Rusia y Siria, y, aunque sobre el papel todos los miembros del Consejo compartían los objetivos de la medida, su aprobación no fue sencilla, pues una mención en un primer borrador al Tribunal Penal Internacional (TPI) de La Haya, al que Washington se oponía, provocó las objeciones de EE UU, que bloqueó su aprobación, por lo que finalmente esa referencia fue eliminada, si bien se recogía que los ataques intencionados contra personal humanitario, en base a la Carta de la ONU, «constituyen un crimen de guerra» y debían ser perseguidos de acuerdo «al derecho internacional».

Según fuentes diplomáticas, la posibilidad de que soldados estadounidenses en zonas de conflicto pudiesen herir de forma accidental a trabajadores humanitarios, y que ello fuese considerado un crimen de guerra, era lo que parecía preocupar a EE UU, razón por la que, su embajador, J. Negroponte, señalaba tras la aprobación de la resolución que no existían obligaciones internacionales legales que obligasen a los Estados a perseguir estos crímenes y que las acciones a tomar una vez ocurriesen estos ataques deberían depender del «ambiente de conflicto en que se produzcan». Para el embajador de México, A. Aguilar Zinzer, la omisión de cualquier referencia al TPI no era una concesión, sino que se trataba de una «difícil pero necesaria» decisión para que el documento pudiera aprobarse por unanimidad. «Lo que se quería lograr se ha logrado que era que la resolución expresara en términos inequívocos y claros que cualquier acto de violencia contra los trabajadores humanitarios constituya un crimen de guerra», indicaba Zinzer. Por su parte, el director del programa de Justicia Internacional de *Human Rights Watch*, R. Dicker, aseguraba que «la resolución no va a impedir que los crímenes atroces contra los trabajadores humanitarios puedan ser juzgados tanto por el TPI como por otros tribunales».

Hay que decir que, en el Estatuto del TPI, se tipifican (Art. 8) como crímenes de guerra los actos de violencia dirigidos contra el personal humanitario, en concreto los ataques deliberados contra el personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a las personas o los bienes civiles, según el DIH, cláusula que, a juicio de Urbina, deja de plantear problemas en

relación con los contingentes militares que componen las operaciones de mantenimiento de la paz u otras establecidas o autorizadas en virtud del Capítulo VII de la Carta, ya que, según el DIH, difícilmente pueden ser personas civiles; sin embargo, dicho autor piensa que se podrían considerar como «no combatientes» en tanto no tomasen parte directa en el conflicto.

Precisamente la sede de la ONU en Bagdad sería objeto de otro ataque el 22-IX-03, provocado por una fuerte explosión causada por la colocación de un coche bomba en el aparcamiento de la parte trasera del edificio que mató a dos personas e hirió al menos a 17, pero que, pese a la espectacularidad del ataque el *kamikaze*, que fue uno de los fallecidos –el otro fue un policía iraquí–, no logró cumplir sus propósitos. Según precisó un portavoz de la ONU, la explosión destruyó ventanas y mobiliario, un edificio próximo y los restos quedaron dispersados en un radio de 500 metros pero no afectaron a la sede principal de la organización, siendo la mayoría de los heridos guardias de la Fuerza de Protección de las instalaciones. A raíz de este ataque, la ONU se vio obligada a reducir su visibilidad, su personal y sus programas porque, dado el contexto, no le era posible llevar a cabo todas sus actividades de protección y de asistencia en condiciones mínimas de seguridad.

Otro de los factores que, a juicio de Urbina, incide en la creciente situación de inseguridad del personal de esas organizaciones puede ser la sospecha generalizada respecto a los motivos o intenciones que presiden sus actuaciones así como al sometimiento a los principios que rigen la asistencia humanitaria (Art. 70.1 GPI: «acciones de socorro que tengan un carácter humanitario e imparcial y sean realizadas sin ninguna distinción de carácter desfavorable»), respeto que es de gran trascendencia para la seguridad de ese personal ya que los recelos de las Partes en conflicto en torno a la naturaleza de la ayuda, motivados por un deseo de llegar a las víctimas aun en contra del consentimiento del Estado o de los grupos guerrilleros, puede frustrar toda labor de asistencia en una situación de conflicto e incrementar sustancialmente los riesgos de ataques.

En cuanto a la experiencia de lo ocurrido en Afganistán, y la trascendencia que se dio a nivel oficial es buena prueba la cita de un artículo publicado durante la Cumbre de la OTAN de Estambul (2004), en el que se dice que: «Con Afganistán, la idea es que ustedes aprendan de la experiencia, de cosas que han funcionado; mucha gente está de acuerdo con los Equipos de Reconstrucción Provincial (RPT). Piensan que es una gran idea, que se trata de una unión exitosa entre equipos civiles y militares. También es excelente para las relaciones públicas, porque, cuando real-

mente se realizan proyectos sobre el terreno, se puede convencer a la gente de que se está trabajando para ellos, y creo que la gente quisiera que esta idea se continuara aplicando en Afganistán y también en otros lugares, siempre que participe la OTAN».

Si algunos aspectos de la relación entre actores militares y humanitarios reflejaban cuestiones típicas de la década de los 90, sobre todo la falta de coordinación, contingentes militares de la ONU, como el enviado a Liberia (UNMIL), mostraron que las acciones militares realizadas como parte de una misión de este tipo también permiten proporcionar ayuda humanitaria como una tarea integral. Así, el comandante de la guarnición pakistaní de la UNMIL en Voinjama señalaba: «Por razones humanitarias y como un gesto de buena voluntad, hemos distribuido algunas bolsas de arroz y algo de ropa a la población local que encontramos aquí, para aliviar sus sufrimientos».

Algo más complicada suele ser la relación con organismos pertenecientes al Movimiento de la Cruz Roja, como fue el caso de un batallón de ese mismo contingente que decidió, de forma unilateral, proporcionar asistencia médica en un hospital donde ya estaba trabajando el CICR, situación similar a la que se produjo en Kunduz (Afganistán), donde fuerzas de los RPT pertenecientes a la ISAF decidieron prestar apoyo a un hospital que formaba parte de los programas de asistencia médica permanente del CICR, situaciones ante las que, finalmente, para evitar duplicidad de actividades y reducir el riesgo de que una organización humanitaria (el CICR) fuera confundida con las fuerzas militares, éste optase por abandonar su programa y dejar el apoyo del hospital civil en manos de las tropas de la ONU. Bien es verdad que, en el segundo de los casos, el CICR tuvo que reanudar su apoyo cuando, en la siguiente rotación de las fuerzas de la ISAF, se decidió que el programa ya no se ajustaba a sus objetivos ni a su presupuesto.

El 28-VII-04, «Reporteros sin Fronteras» hacía pública una declaración en la que denunciaba los intentos de las fuerzas de la coalición por apropiarse de la ayuda humanitaria para «granjearse los corazones y las mentes» de la población y condenaba públicamente la distribución de panfletos por parte de dichas fuerzas en el sur de Afganistán, instando a la población a proporcionar información acerca de los talibanes y Al Qaeda si deseaban que continuasen las actividades de ayuda. Como se desprende de lo dicho anteriormente, la contracción del entorno humanitario y las crecientes preocupaciones relacionadas con la seguridad de sus trabajadores había de atribuirse, en parte, a la participación de las misiones militares multinacionales, que asumían funciones que iban más allá de garantizar la seguridad o empeñarse en el combate.

Las experiencias recientes de conflictos como los de Afganistán e Irak lo único que han hecho es confirmar la vigencia de este tipo de cuestiones. En ese sentido, tal y como plantea Raj, puede que sea oportuno reflexionar sobre alguno de estos acontecimientos y lo primero que se constata es que, para las FAS, las operaciones humanitarias se han convertido en una «función de base, ajena al combate», que se emplea por igual en las hostilidades y en operaciones de estabilización o como parte de los planes de consolidación de naciones emergentes, de ahí que funciones como prestar ayuda a la población civil o participar en las actividades humanitarias y de reconstrucción de terceros se consideren ya algo habitual.

El problema para dicho autor es que un fenómeno tan «novedoso», como es que las FAS emprendan acciones humanitarias, surge sin una planificación determinada, razón por la que muchos organismos humanitarios acaban cuestionando la «militarización» de dicha asistencia humanitaria. Tras las experiencias vividas en el fin del siglo XX, actualmente los actores militares y políticos se sienten más seguros respecto a la forma en que unos y otros desean intervenir y consideran cada intervención armada como una «nueva oportunidad para ensayar nuevos enfoques integrados de la gestión de conflictos», de tal forma que las organizaciones humanitarias que no comparten esos planteamientos son percibidas como «atrincheradas en la inflexibilidad de sus cometidos» o, simplemente, como «desfasadas en el tiempo».

#### 4. LOS CONCEPTOS MILITARES CIMIC Y CA: EL RIESGO DE INSTRUMENTALIZACIÓN

Dichos conceptos remiten a la doctrina y práctica militares y describen funciones de las FAS ajenas al combate que se relacionan con funciones civiles, o que implican que las FAS tengan que asumir tareas normalmente realizadas por autoridades civiles, ONG u organizaciones humanitarias internacionales. Cabe destacar que, como apunta Raj, ambos conceptos no son fenómenos nuevos, toda vez que han formado parte de las principales operaciones militares del siglo XX, si bien el período posterior a la *guerra fría* fue testigo de la creciente importancia de dichos asuntos, al transformarse en una actividad de base de las FAS.

La OTAN define el concepto de «Cooperación civil-militar» (CIMIC), como «la coordinación y la cooperación, en apoyo de una misión, entre el comandante de la OTAN y las poblaciones civiles, con inclusión de las autoridades nacionales y locales, así como las organizaciones y organismos internacionales, nacionales y no gubernamentales». Por su parte, la

doctrina de las FAS de EE UU define el de «*Asuntos civiles*» (CA), como el «conjunto de actividades militares interrelacionadas que abarcan la relación entre las FAS y las autoridades y poblaciones civiles que comprenden las operaciones civiles-militares y la administración civil», que incluye las actividades que los comandantes militares realizan para establecer y mantener relaciones entre sus fuerzas y las autoridades civiles y la población en general, los recursos y las instituciones, en las zonas amistosas, neutrales u hostiles donde trabajan esas fuerzas, con objeto de facilitar las operaciones militares y respaldar los objetivos político-militares determinados por los intereses de la seguridad nacional, actividades que pueden tener lugar antes, durante, después o en ausencia de otras acciones militares.

En términos generales, el mismo Raj considera que esas dos modalidades están evolucionando hacia la convergencia o, cuando menos, tienen suficientes puntos en común como para poder resultar compatibles. La generación de oficiales de la OTAN que actuó durante la *guerra fría* y que apoyaba la cooperación CIMIC, si bien restringida a una «función de nexo», está siendo reemplazada por otra cuyos años de formación transcurrieron en las complejas situaciones de los Balcanes, Sierra Leona, Somalia y Afganistán, razón por la que a la hora de realizar este tipo de misiones militares multinacionales, que practican la cooperación CIMIC y que llevan a cabo operaciones de CA, no se vea contradicción alguna en que una fuerza de combate conduzca, en forma activa, operaciones humanitarias ni en desempeñar este rol en situaciones que se perciben como «vacíos humanitarios», en contextos como el de Irak.

En lo que se refiere a su ejecución, hay que decir que los actuales proyectos humanitarios CIMIC y CA conducidos por las FAS son casi idénticos a los de las organizaciones humanitarias, como se ha puesto de manifiesto en Afganistán, donde la ISAF mantiene 10 equipos CIMIC, teniendo asignado cada uno de ellos su propio distrito de seguridad en la provincia de Kabul, donde encuentran proyectos de pequeña escala y de corto plazo que pueden financiar con sus propios fondos: suministrar muebles a una escuela, rehabilitar una clínica, etc. La modalidad general del sistema CIMIC en dicho país consiste en coordinar los «Equipos de Reconstrucción Provincial» (RPT) con la comunidad de organizaciones intergubernamentales y ONG y autoridades nacionales y locales.

De manera didáctica, con objeto de explicar los conceptos CIMIC y CA a los actores humanitarios, Raj lo resume señalando que son el nexo que facilita la unificación de actividades entre ellos, que sirven como centro de coordinación para supervisar e influir en la situación general y humanitaria con que se enfrenta la población civil, cuyos miembros se desempeñan

como «diplomáticos humanitarios» y actúan como la «conciencia de su comandante», pero con una función de apoyo de combate, no como encargados de adoptar decisiones operativas. Finalmente, recuerda que dichos conceptos forman parte de una gama más amplia de herramientas, diferentes a las utilizadas en el combate, que el comandante emplea para dominar cualquier situación con que se enfrente, desde los medios de comunicación a la inteligencia, o el trato a la población civil, ya sea para granjearse el apoyo propio o restárselo al enemigo, todo ello dentro de un «enfoque integrado» destinado a apoyar objetivos políticos más amplios.

No obstante, el mismo Raj subraya que la cooperación CIMIC y los CA no deben considerarse como «funciones militares totalmente benignas» o aisladas de las funciones de combate y de recopilación de inteligencia, y alerta sobre el riesgo de que no exista una completa separación entre éstas y las actividades humanitarias, tendencia que se extiende también a las FAS que participan en operaciones de paz llevadas a cabo en virtud de mandatos conferidos por la ONU, como se ha puesto de manifiesto en las misiones militares de la SFOR y la ISAF, que controlan periódicos, radios y TV, plataformas desde las que pueden dirigir el flujo de «buenas noticias» a la población local y tratar de influenciar la opinión pública y el comportamiento de la población a su favor y en apoyo de objetivos políticos más amplios.

Es así como dichos conceptos –CIMIC y CA– están comenzando a difundirse y, en las FAS de los países de Occidente, sobre todo en EE UU, ya no se limitan a un pequeño grupo de especialistas sino que las fuerzas de combate generales son cada vez más activas en el ámbito de la asistencia humanitaria. Mientras en Asia algunas FAS nacionales consideran estos conceptos como uno de los tres pilares de su doctrina, junto con la recopilación de inteligencia y el combate, en África, la doctrina CIMIC se está desarrollando de acuerdo con los alineamientos de las operaciones de paz «tradicionales» de la década de los 90, pero, de manera inevitable, tendrá que acabar adoptando la perspectiva de las operaciones «humanitarias» como complemento normal de las funciones que desempeñan las FAS en relación con la seguridad y la estabilidad.

Ante ello, no es impensable que los actores humanitarios se vean obligados a modificar sus políticas de ayuda o tengan que considerar, incluso, la posibilidad de retirarse de zonas demasiado sensibles desde el punto de vista político o excesivamente inseguras para poder trabajar con eficacia, dejando la tarea de la ayuda humanitaria en manos de las FAS que, de hecho, son «total o parcialmente responsables de la inseguridad y también de la parcialidad que perciben en esos mismos organismos». El comandante norteamericano Barno, responsable de la operación *Libertad Duradera* en Afganistán,

sugirió en 2003 que era hora de que los grupos de ayuda humanitaria aceptaran que no podían permanecer neutrales después de una sucesión de ataques deliberados contra personas que trabajaban eliminando minas o cavando pozos de agua, advirtiendo que «Probablemente tengan que darse cuenta –y lo están haciendo– de que están trabajando en un mundo diferente».

A la luz de la experiencia adquirida en contextos recientes de conflicto, donde los organismos humanitarios no pueden funcionar debido a la falta de un nivel adecuado de seguridad o porque no son capaces de hacerlo conforme a su *modus operandi*, Raj considera que cada vez es más firme la idea de que la ayuda humanitaria puede ser una herramienta de la que sacar ventaja, de ahí que, cuando las FAS, y los encargados de adoptar decisiones políticas, perciben la existencia de un «vacío humanitario», pueden intentar llenarlo ellas mismas o encontrar soluciones a corto plazo que favorezcan los propios objetivos militares, razón por la que es posible pase a ser una de las consideraciones predominantes dentro de las FAS.

El mismo autor opina que, mientras en la mayoría de los casos los organismos humanitarios continúan proporcionando, en forma imparcial, ayuda basada en las necesidades de las personas, las FAS pueden llegar a emplear en ocasiones la ayuda humanitaria como un «medio para alcanzar un fin militar estratégico o táctico». En ese sentido, no suele ser extraño que las FAS intenten utilizar, con la población civil, la táctica del «trueque de ayuda por inteligencia» para mejorar la protección de su propia fuerza, para granjearse los corazones y las mentes, o como un medio para forzar la cooperación o premiarla, comportamientos que pueden suponer un riesgo, en la medida que, en contextos de conflicto armado, «coexistan planteamientos de la ayuda humanitaria que sean incompatibles entre sí».

Con el llamativo titular de «La acción humanitaria no puede someterse al ejército» comenzaba una entrevista realizada en el diario *El País* (4-V-2003) a J. Ch. Rufin, por entonces presidente de la ONG «Acción contra el Hambre» y persona muy experimentada en temas de cooperación. A la pregunta de cómo podían trabajar las organizaciones humanitarias en Irak en esos momentos, respondía que, por el momento, «no tenemos posibilidad alguna», pues EE UU había planteado una guerra absolutamente controlada por ellos. En cualquier caso, los objetivos del ejército y de las ONG eran «diferentes» y convenía tener presente que «No podemos someternos a los militares», pues las ONG no podían ser «auxiliares del ejército». En ese sentido, consideraba «terrible» la ausencia de la ONU en Irak, donde la acción humanitaria «no cuenta ni siquiera con la garantía de poder trabajar según los principios que dieron origen a la Cruz Roja: que en la guerra se preserve, al menos, un espacio de derecho; considerar a las

víctimas neutralmente, sea cual sea su bando y que las organizaciones humanitarias puedan trabajar de modo permanente».

En la proyección de las tendencias actuales se ofrece una perspectiva de los futuros entornos de conflicto que probablemente, a juicio de Raj, se caractericen por «una mayor confusión de las funciones, los papeles y los cometidos», situación a la que los organismos humanitarios tendrán que enfrentarse necesariamente. Precisamente, para denunciar los intentos de la coalición por apropiarse de la ayuda humanitaria para «granjearse los corazones y las mentes» de la población civil en Afganistán, promulgó una declaración «Médicos sin Fronteras», el 28-VII-04, en la que condenaba públicamente la distribución de panfletos por parte de dichas fuerzas en el sur del país, en los que se instaba a la población a proporcionar información acerca de los talibanes y Al Qaeda si deseaban que continuasen las actividades de ayuda.

Rieff considera que es a partir de 2001 cuando, por imperativos operacionales del movimiento humanitario y de su creciente profesionalización, se refuerza cada vez más el papel de las personas encargadas de la logística, muchas de las cuales habían desempeñado con anterioridad funciones similares en organizaciones relacionadas con la defensa, con lo que las ONG comenzaban a «militarizarse desde dentro» y la cooperación con las FAS occidentales parecía algo mucho más normal. Por otro lado, es previsible que el desarrollo de acciones humanitarias en el futuro plantee cada vez mayores dificultades, pues mientras que 20 años atrás el personal humanitario trabajaba con el razonable convencimiento de que no iba a ser atacado, ahora, en cambio, constituye en muchos conflictos uno de los objetivos preferidos de los combatientes que operan en zonas donde se desarrolla su labor, con lo que los asesinatos, secuestros y extorsiones son cada vez más habituales.

Es en ese nuevo contexto en el que las FAS habrán de entrenarse y combatir adaptándose a una situación tan compleja como la descrita por el general norteamericano Ch. C. Krutak en un discurso pronunciado ante el Club Nacional de Prensa en Washington (10-X-97): «En un momento dado, los miembros de nuestro servicio distribuirán víveres y ropa a refugiados desplazados, es decir, proporcionarán ayuda humanitaria. En otro, separarán a dos tribus en guerra, es decir, mantendrán la paz. Más tarde, lucharán en una batalla altamente letal de mediana intensidad. Todo esto en un mismo día, y todo en tres manzanas de una misma ciudad».

## 5. LA POSICIÓN DEL CICR: LÍNEAS DIRECTRICES

Antes de entrar en el desarrollo de este epígrafe, sería oportuno recordar que el derecho a proporcionar asistencia humanitaria a las víctimas de

un conflicto está reconocido tanto en los Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por la totalidad de la comunidad internacional, y los Protocolos Adicionales de 1977, éstos con un nivel de ratificación un poco menor. Así, mientras del IV Convenio cabe citar los artículos 23 (libre paso para envíos de medicamentos y víveres), 59 (libre paso para envíos de socorro), 63 (posibilidad de envíos por parte de las Sociedades Nacionales y legitimidad de actuación), 109 (recepción y distribución de socorros colectivos con destino a internados civiles) y 111 (utilización de medios de transporte especial protegidos para envíos humanitarios), del Protocolo Adicional I (GPI) son los artículos 64, 68, 69, 70 y 71.

Conviene recordar que, en el seno del Movimiento Internacional de la Cruz Roja, es el CICR el encargado de dirigir y coordinar la acción a favor de las víctimas de los conflictos armados, ya que, como señala Alcaide, se le reconoce el «derecho de iniciativa humanitaria general», si bien considera que «tal situación de privilegio ha de entenderse extendida al resto de organizaciones humanitarias». En una interpretación extensiva de ese mandato, el mismo autor establece que sólo el CICR podrá ejercer cualquier otra actividad humanitaria –no distingue entre protección y asistencia– no atribuidas por el DIH a favor de las víctimas de un conflicto armado, con el consentimiento previo de las Partes (Art. 81.1 GPI).

Sin embargo, y siguiendo a Villasante, conviene establecer de manera rigurosa que la utilización de la fuerza armada para imponer el envío de socorros no puede fundamentarse en el DIH, toda vez que «excluye toda idea de fuerza», razón, quizás, por la que J. de Courten, director de Operaciones del CICR, organismo al que se le reconoce el «derecho de iniciativa» para ofrecer sus servicios, consideraba ya en 1993 negativa la tendencia creciente a mezclar lo político y lo militar con la acción humanitaria, señalando que «Es imposible que un militar sea aceptado por todas las partes involucradas en una guerra. Por definición, un soldado no es un agente humanitario, aunque sea de la ONU, mucho menos cuando no siempre es posible trazar la frontera entre las operaciones de consecución y mantenimiento de la paz», si bien reconocía las contradicciones que puede llegar a plantear dicha problemática, como se había puesto de manifiesto en Bosnia o en Somalia, situaciones que le impedían condenar las operaciones llevadas a cabo por los *cascos azules* en esos países, ya que en muchos casos era imposible llegar a las víctimas sin su ayuda.

Durante los últimos años, la relación entre los organismos humanitarios y las misiones militares multinacionales se puede resumir como un conjunto relativamente simple de complementariedades y diferencias de ambos grupos que, de vez en cuando, desempeñan funciones similares. Aun cuan-

do las ONG, al hablar de «intervención militar humanitaria», hacen referencia a las misiones policiales o de mantenimiento de la paz de la ONU y no a la guerra clásica, hoy en día esta cuestión debe considerarse desde una perspectiva más amplia, que permita comprender la complejidad del entorno en que trabajan los actores humanitarios y los riesgos conexos. Si bien, como principio general, el CICR no acepta la colaboración con las FAS, en recientes situaciones de conflicto armado interno, como en Somalia, para salvar la vida de personas civiles, o en la exYugoslavia, para garantizar la liberación e intercambio de prisioneros, no tuvo más remedio que aceptarla. De lo que no cabe duda es de que el CICR y su estricta adhesión a la neutralidad y a la independencia resultan un tanto anacrónicos para las FAS, formadas para comprender e integrar mejor todas las acciones políticas, militares y humanitarias, cualquiera que sea su misión, de ahí que, a la luz de la evolución de la doctrina y del entorno donde se despliega la acción humanitaria, sea conveniente analizar la imagen que los militares tienen del CICR y del tipo de acción humanitaria que le es propia.

A principios de 2001, la especialista británica en ayuda humanitaria, Fiona Fox, rechazaba el principio de neutralidad del humanitarismo tradicional ya que, por un lado, «era moralmente repugnante y, por otro, imposible de llevar a cabo en las complejas urgencias políticas tras la Guerra Fría», razón por la que Rieff considera que, hoy en día, «el humanitarismo «auténtico» se identifica con la intervención más que con la neutralidad» y que imaginar que la guerra y la acción humanitaria puedan ir de la mano en un conflicto bélico es «una fantasía». Al final, tal y como plantea H. Slim, consejero de *Oxfam* y ex miembro de *Save the Children*, la pregunta que se encuentra en el centro del debate sobre el futuro de esta tendencia es si la idea humanitaria, de la que podría decirse que «mantiene una relación muy paradójica con la guerra», puede permitir que ésta se convierta en el medio para conseguir sus fines.

Raj imagina que las FAS elaboraron la doctrina que se deriva de los conceptos CIMIC y CA con miras a intentar cumplir lo mejor posible sus obligaciones para con la población civil de acuerdo con lo dispuesto en el DIH, rama del derecho que, por cierto, no aborda expresamente la cuestión de la relación cívico-militar ni la provisión de ayuda por las FAS, ni prohíbe que una Parte en un conflicto o que una potencia ocupante satisfaga las necesidades de la población civil valiéndose de sus FAS. En concreto, las Partes en un conflicto y/o las potencias ocupantes tienen la obligación de asegurar la provisión de alimentos, material sanitario, ropa de vestir y de cama, alojamientos de urgencia y otros suministros que sean esenciales para la supervivencia de la población civil que se encuentra bajo su control (Art. 69.2 GPI),

de ahí que, cuando se examina el nivel de las relaciones cívico-militares, la cuestión clave, desde el punto de vista del DIH, sea constatar el grado de cumplimiento de las obligaciones recogidas en el Art. 69.1 GPI, sobre todo a la hora de evaluar si la población civil recibe los elementos básicos para su supervivencia «de forma imparcial y sin distinciones adversas».

Basado en esa experiencia anterior, el CICR adopta en 2001 las «Líneas directrices para las relaciones cívico-militares», término éste que se incorpora para describir la relación específica entre los actores humanitarios y las misiones militares multinacionales en tiempo de conflicto armado, decisión deliberada con la que se trataba de diferenciarlas de los términos militares CIMIC y CA, ya tratados con anterioridad. Con esa decisión se trataba de abordar los riesgos y las amenazas que planteaban las misiones militares multinacionales que llevaban a cabo actividades humanitarias o que se desplegaban con un cometido humanitario, cuando existía la posibilidad de que esas misiones pudiesen acabar transformándose en participantes activos en las hostilidades.

Al reflexionar sobre la visión que el CICR tenía sobre la relación entre civiles y militares en los ámbitos humanitarios contemporáneos, basada en las referidas líneas directrices, Raj señalaba que, dados los cambios que se habían producido a nivel internacional en la década anterior, donde, a partir de los intentos de las FAS por realizar actividades humanitarias, éstas habían pasado a considerar dichas tareas como responsabilidades normales que les competían en todos los contextos, resultaba imprescindible reconsiderar el marco analítico que provocaba dicha problemática a partir de lo que denominaba «razonamiento creativo». En todo caso, sí parece necesario insistir en que, cualquiera que sea la percepción que los militares tienen del CICR, la posición de este organismo está limitada por principios –en especial, los de neutralidad e imparcialidad– que excluyen tanto la cooperación más estrecha como la subordinación de las acciones humanitarias que le son propias a objetivos políticos más amplios o a nuevas tendencias en la conducción de la guerra y en las intervenciones multinacionales, posición que, sin embargo, no debe excluir la posibilidad del diálogo y el compromiso.

En palabras de Raj, el *quid* de la cuestión puede resumirse del siguiente modo: «Ustedes [el CICR] temen que nosotros [las FAS] nos aprovechemos de ustedes con fines de inteligencia; Ustedes preferirían que nos mantuviéramos al margen de los asuntos humanitarios; ustedes quieren trabajar en favor del mismo objetivo, que es ayudar a las personas, pero no *con nosotros*. ¿Qué desean que hagamos?». La distinción entre acción humanitaria, política y militar se vuelve, de esa manera, «confusa» cuan-

do se percibe a las FAS como actores humanitarios, cuando se incorporan civiles en las estructuras militares y cuando se crea la impresión de que las organizaciones humanitarias y su personal son meras herramientas dentro de «enfoques integrados de la gestión de conflictos». Finalmente, para intentar describir las realidades de la postura pragmática del CICR con respecto a las cambiantes relaciones cívico-militares, se acabó utilizando el término «ecumenismo» como una suerte de «tercera vía», por la que de hecho ha optado con frecuencia la citada organización. De manera más clara se reconoce que existe una «tendencia hacia la cooperación más estrecha entre la acción humanitaria y la acción militar», en particular en el contexto de la ONU, dentro de la cual se intenta dar cabida y no doblegar o ignorar esa cooperación, y por lo tanto se sitúa a medio camino entre el «control de daños» y la «participación constructiva».

## 6. LA SITUACIÓN ACTUAL

Las experiencias recientes de los conflictos de Afganistán e Irak lo único que han hecho es confirmar la vigencia de las cuestiones a que se ha venido haciendo referencia con anterioridad. En ese sentido, tal y como plantea Raj, puede que sea oportuno reflexionar sobre alguno de estos acontecimientos y lo primero que se constata es que, para las FAS, las operaciones humanitarias se han convertido ya en una «función de base, ajena al combate», que se emplea por igual en las hostilidades y en operaciones de estabilización o como parte de los planes de consolidación de naciones emergentes, de ahí que funciones como prestar ayuda a la población civil o participar en las actividades humanitarias y de reconstrucción de terceros se consideren como medios para la «multiplicación» o «protección» de fuerzas.

En ese sentido, el mismo autor rememora el llamamiento del secretario de Estado norteamericano, C. Powell, durante la última guerra de Irak para que las ONG actuaran como un «multiplicador de fuerzas para nosotros (...) una parte importante de nuestro equipo de combate», lo que consideraba una buena muestra de los riesgos que puede plantear dicha actuación. Lo que esperan las autoridades políticas con ese compromiso es que las FAS mejoren su capacidad civil y militar para cumplir con sus obligaciones en el marco del DIH, y que se integren en las actividades políticas y de reconstrucción globales que emprenden tras los conflictos, entre otras, las autoridades locales, los organismos civiles estatales y las organizaciones humanitarias.

Hay que destacar que, en la actualidad, se trabaja de forma muy activa tanto en el plano nacional como regional para intentar agilizar y unificar

la capacidad estatal y militar de cara a la realización de futuras intervenciones armadas, las cuales han de basarse en el concepto de que los militares puedan pasar en el mismo día, e incluso en la misma ciudad, de hacer la guerra a realizar operaciones de mantenimiento de la paz y de ayuda humanitaria, lo que obliga a incorporar a esos contingentes expertos civiles en las estructuras militares para apoyar las funciones de policía, administración civil y reforma política, y poder actuar como asesores de las FAS y, si fuera preciso, como donantes de los actores humanitarios, de reconstrucción y del sector privado.

Respecto a cómo perciben hoy en día los militares su papel, a la vista de lo sucedido en el campo de la relación entre actores militares y humanitarios en caso de conflicto armado, cuestión sobre la que ya existe abundante bibliografía –curiosamente, no hay demasiada sobre la forma en que las FAS entienden su función cuando asumen tareas civiles– y que abarca no sólo aspectos humanitarios y políticos de la relación, sino las diferencias culturales entre los ámbitos humanitario y militar, así como cuestiones concretas que ambos grupos deben intentar resolver sobre el terreno, Raj propone, entre otras medidas, la mejora de la coordinación para evitar duplicación de actividades, los aspectos sensibles relacionados con el intercambio de información en materia de seguridad, o las acciones de «contacto» básicas destinadas a «superar la reticencia» de dos actores que han de compartir el mismo entorno de trabajo.

En opinión de Raj, en la relación concreta entre actores humanitarios y misiones militares multinacionales se corre el riesgo de que crezca la «brecha entre la política y la práctica». Para una comunidad de organismos humanitarios con cometidos divergentes, posiblemente resulte difícil establecer un diálogo colectivo y constructivo sobre las relaciones cívico-militares, si bien la distinción entre organismos civiles y actores militares es posible que pierda importancia de manera gradual a los ojos de la población y de las autoridades, pues se espera que organizaciones y trabajadores humanitarios se integren en las actividades más generales realizadas por la comunidad internacional, aunque se ponga en peligro la neutralidad o la independencia.

En principio, hay que decir que el personal humanitario goza de la protección que se otorga a todas las personas civiles que no participan en las hostilidades, pero, además, el Art. 71 GPI se refiere al *personal que participa en las acciones de socorro* (ONU, CICR, ONG...), si bien su ámbito de aplicación se restringe a los conflictos armados de carácter internacional. En el apartado 2 de ese artículo, se establece que será respetado y protegido, por lo que no podrá ser objeto de ataques ni de cualquier otro acto de violencia

contra su persona, bienes, medios o instalaciones, así como el deber de las Partes de ofrecerles las máximas facilidades en sus labores de asistencia. J. Urbina considera que, contando con la autorización previa de las Partes y salvo que existan «necesidades militares imperiosas» o «exigencias de la seguridad», éstas están obligadas, incluso, a proporcionar escoltas armadas para garantizar su seguridad y no retener parte de los suministros, excepto si fueran destinados a satisfacer necesidades humanitarias.

A modo de resumen de lo anterior, Urbina considera que las medidas adoptadas por la comunidad internacional para garantizar la seguridad del personal de las ONG no se han limitado a la Convención de 1994 y a la creación del TPI. Así, en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU, se trata de garantizar la seguridad de estas personas y facilitar el correcto desarrollo de las operaciones de asistencia humanitaria bajo la protección de la fuerza multinacional a la que se atribuye la posibilidad de recurrir a la fuerza para facilitar la distribución sin demora de ayuda humanitaria con las adecuadas condiciones de seguridad. Además, el Consejo de Seguridad ha condenado, en numerosas Resoluciones, los ataques contra este personal, ya sea de la ONU u de otra organización, que considera violaciones del DIH y generadoras de responsabilidad, tanto para los Estados como para las facciones armadas en conflictos internos, si bien hay que reconocer el escaso éxito de tales llamamientos. En su opinión, esta falta de eficacia es la que ha llevado a la ONU a adoptar otro tipo de medidas para garantizar esa protección, como es la de atribuir a las operaciones de mantenimiento de la paz el mandato de proteger los convoyes humanitarios (UNPROFOR, en la exYugoslavia, u ONUSOM en Somalia), tampoco con demasiado éxito, de ahí los reiterados llamamientos del secretario general para conseguir mecanismos eficaces de protección.

Como se desprende de lo dicho con anterioridad, cada vez con mayor intensidad, la contracción del entorno humanitario y las crecientes preocupaciones relacionadas con la seguridad de los trabajadores humanitarios ha de atribuirse, en parte, a la participación de las misiones militares multinacionales, que asumen funciones que van más allá de garantizar la seguridad o empeñarse en el combate, si bien, por otra parte, parece que no han perdido vigencia todavía las palabras del entonces director de la Oficina de Enlace de ACNUR, S. Jessen-Petersen, en una declaración ante el Consejo de Seguridad, el 21-V-1997, cuando se preguntaba: ¿Por qué la seguridad del personal humanitario ha de merecer menos protección internacional que otras categorías de personal internacional militar, policial o civil?. La respuesta habrá de conseguirla la comunidad internacional a través de los mecanismos con que cuenta para lograrlo.

## BIBLIOGRAFÍA

- BETTATI, Mario, *Droit Humanitaire*, Éditions du Seuil, París, 2000.
- JORGE URBINA, Julio, *La protección del personal encargado de distribuir la ayuda humanitaria*, en «El Derecho Internacional Humanitario en una sociedad internacional en transición», Tórculo Edicions-Cruz Roja, Santiago de Compostela, 2002.
- PITARCH BARTOLOMÉ, Pedro, *Moral y Política en la acción humanitaria*, Revista Española de Defensa, Núm. 69, XI-1993.
- RAMÓN CHORNET, Consuelo, *¿Violencia Necesaria? La intervención humanitaria en Derecho Internacional*, Edit. Trotta, Madrid, 1995.
- RAJA, Raj, *Los desafíos contemporáneos en la relación entre civiles y militares: ¿complementariedad o incompatibilidad?*, Revista Internacional de la Cruz Roja, Núm. 855, IX-04.
- RIEFF, David, *UNA CAMA POR UNA NOCHE: El humanitarismo en crisis*, Edit. Taurus, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis, *Naciones Unidas: acción preventiva e injerencia humanitaria*, Revista Española de Defensa, Núm., V-1993.
- RUÍZ-GIMÉNEZ ARRIETA, Itziar, *La historia de la intervención humanitaria. El imperialismo altruista*, Edit. Los Libros de la Catarata, Madrid, 2005.
- TOMLINSON, R. K., *Reversing the Downward Spiral: Exploring Cultural Disonance between the Military and NGOs on Humanitarian Operations*, Tesis publicada por el Royal Military College of Science en la que se plantea el punto de vista militar acerca de las relaciones Ejército-humanitaristas.
- «La asistencia humanitaria en Derecho Internacional contemporáneo», Edit. Universidad de Sevilla, 1997.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, *La Asistencia Humanitaria en situaciones de conflicto armado*.
  - CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *La asistencia humanitaria en Derecho Internacional Contemporáneo*.
  - MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, *La nueva dimensión humanitaria del mantenimiento de la paz: La práctica reciente del Consejo de Seguridad*.

## LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

Ana M.<sup>a</sup> Sánchez Díaz  
*Capitán Auditor*

### INTRODUCCIÓN

La preocupación por el Medio Ambiente, desde el punto de vista jurídico se manifiesta, en primer lugar, en el último tercio del siglo XX, en los derechos internos, dando lugar a una importante reglamentación jurídica relativa a la protección y preservación del Medio Ambiente.

No obstante, la clara dimensión transnacional de los problemas ecológicos y la incapacidad de las medidas internas para su solución ha llevado a concluir en la necesidad de una reglamentación internacional del tema, surgiendo así el llamado *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, que se presenta como un corpus jurídico nacido para regular la explotación de los recursos naturales en un contexto de respeto al medio ambiente y preservación del equilibrio ecológico. Su objetivo último es lograr, mediante una reglamentación adecuada, que el proceso de explotación de los recursos se lleve a cabo sin que ello produzca un deterioro irremisible del medio ambiente, evitando así la producción de efectos nocivos para el entorno.

Este DI del Medio Ambiente, evidentemente, está destinado a aplicarse en tiempo de paz, por lo que, la primera cuestión a plantear es la aplicabilidad de este corpus durante el desarrollo de un conflicto armado.

En este tipo de circunstancias, las de conflicto armado, resulta imposible evitar los daños al medio ambiente, como desgraciadamente ponen de manifiesto experiencias históricas, cabe recordar, entre otras, la des-

trucción de millones de hectáreas de tierras agrícolas en Holanda llevada a cabo por los alemanes en 1944, los bombardeos ingleses sobre diques alemanes en el Rhur, el abatimiento de bosques en Polonia por los alemanes, la destrucción por los norteamericanos de sistemas de irrigación coreanos y los bombardeos masivos de productos químicos sobre Vietnam, y más recientemente los bombardeos de instalaciones petroleras en la guerra irano-irakí o la destrucción deliberada de pozos petrolíferos en la primera guerra del Golfo.

Los conflictos armados además de afectar a la seguridad mundial, constituyen uno de los factores que contribuyen al deterioro del Medio Ambiente, bien porque el medio ambiente es utilizado como método de combate, o bien porque las operaciones bélicas producen como efecto indirecto un perjuicio para el mismo<sup>1</sup>.

La contaminación, los daños en recursos biológicos, atmósfera, biodiversidad, agua y el suelo, sus repercusiones en la población, así como el hecho de que, el deterioro medio ambiental no es sólo consecuencia del conflicto, sino que también puede convertirse, y de hecho así ocurre, en causa de éste o de desestabilización de la seguridad interna de un Estado, amen de ser un factor de riesgo para los intereses de la comunidad internacional (sequías que llevan a desplazamientos de personas y refugiados, monopolio de recursos esenciales ...), ha provocado el nacimiento de un nuevo concepto: el de los «conflictos verdes» para hacer referencia a aquellos conflictos causados por el deterioro del medio ambiente.

Si la aparición de normas tanto en los derechos internos como en el Derecho Internacional es una manifestación de la preocupación por el medio ambiente, no es menos cierto que dicha protección queda anulada si no se establecen, o se hace uso de los existentes, mecanismos de exigencia de responsabilidad en los supuestos en los que se hayan provocado daños a éste.

En algunos sectores doctrinales se comienza hablar del crimen de «*ecocidio*», definido como el conjunto de actos destinados a la destrucción, ruptura total o parcial del ecosistema humano.

---

<sup>1</sup> El llamado «Informe Brundtland» emitido por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo en 1987, ponía de manifiesto el vínculo entre medio ambiente y conflicto al afirmar que «La tensión medio ambiental es a la vez causa y efecto de la tensión política y del conflicto militar. A menudo los países han luchado por ejercer un control sobre las materias primas, las fuentes de energía, las tierras, las cuencas fluviales, los pasos marítimos y otros recursos ambientales clave, o bien se han resistido a dicho control. Es probable que esos conflictos aumenten a medida que vayan escaseando estos recursos y se agudice la competencia en torno a ellos».

Nos ocuparemos, tras hacer un breve examen de la normativa que de una forma u otra protege al Medio Ambiente, de la responsabilidad, tanto para los individuos como para los Estados, que se deriva de los daños a él producidos, es decir, de la violación de ese derecho sustantivo analizado, tomando como base las actuaciones llevadas a cabo al respecto en los últimos años.

## DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE MEDIO AMBIENTE. EL ECOCIDIO

Sin proceder a dar un concepto de Medio Ambiente, diferentes textos internacionales ponen de manifiesto el reconocimiento del derecho al medio ambiente; así en la *Declaración de las Naciones Unidas de 1948*, encontramos una primera base sobre la que se podría asentar el derecho al medio ambiente adecuado, cuando establece que «toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...»<sup>2</sup>. Con posterioridad, *el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966*<sup>3</sup>, hace ya referencia expresa a la necesidad de mejorar el medio ambiente como uno de los requisitos para el adecuado desarrollo de la persona. Por su parte *la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales*<sup>4</sup> crea la Comisión Europea de Derechos del Hombre y el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, instancias ante las cuales el Medio Ambiente obtiene protección al conectarse con otros derechos ejercitables directamente ante ellos. Así también la *Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de Estocolmo*, establece en su Principio 1 el derecho del hombre al «disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar ...»<sup>5</sup>. Y más recientemente, en 1992, se llevó a cabo en Río de Janeiro la Conferencia Internacional sobre Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, resultado de la misma fue

---

<sup>2</sup> Declaración Universal de Derechos del Hombre, Resolución 217 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de Diciembre de 1948.

<sup>3</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966.

<sup>4</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales adoptado por el Consejo de Europa el 4 de Noviembre de 1950.

<sup>5</sup> Declaración de la Conferencia de las NNUU reunida en Estocolmo del 5 al 16 de Junio de 1972.

la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*, que establece en su Principio 1 que los seres humanos «... tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza».

Si bien podríamos continuar haciendo referencia a múltiples textos internacionales que se refieren de modo directo o indirecto al derecho al Medio Ambiente, conviene que nos centremos en el concepto mismo de Medio Ambiente.

A qué nos referimos al hablar del Medio Ambiente<sup>6</sup>.

A la hora de definir el Medio Ambiente nos encontramos con la dificultad que plantea un concepto casi universal que se relaciona con una variedad bastante amplia de otros conceptos. Por **Medio Ambiente** suele entenderse el conjunto de condiciones que permiten la existencia y la reproducción de la vida en la tierra; estaría compuesto por los recursos naturales, con el soporte físico donde nacen, se desarrollan y mueren. Esta concepción estática y objetiva del medio ambiente se ve alterada al incorporar otros elementos que no son propiamente naturaleza, tales como el paisaje, monumentos y un complejo entramado de relaciones de todos esos elementos, que por sí mismos tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado trascendente más allá del individual de cada uno; pasamos así a una concepción dinámica, donde predomina la idea de sistema o de conjunto, yendo más allá de la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física.

Las precisiones anteriores nos llevan a poder distinguir entre el **Medio Ambiente Natural** que «forma una unidad a escala planetaria. Sus componentes esenciales, agua, aire, tierra y seres vivos se hallan en todas partes en estrecha relación, proporcionando a la Biosfera el equilibrio necesario para que las distintas formas de vida se mantengan y desarrollen»<sup>7</sup>, que estaría constituido por el conjunto de condiciones fisicoquímicas y biológicas que permiten y favorecen la vida de los seres vivos; y el **Medio Ambiente Humano** que sería aquel medio ambiente resultado del poder de transformar del que es titular el Hombre cada vez en mayor medida, puesto que el ser humano es parte integrante del ecosistema natural y su principal transformador. Este Medio Ambiente Humano «resulta de la interacción de la Humanidad con la naturaleza. Tiene por ello una dimensión artificial en la que se integran los productos de las diferentes culturas

---

<sup>6</sup> A la hora de conceptualizar el Medio Ambiente se ha tenido muy presente la Sentencia del Tribunal Constitucional español 102/1995 de 26 de Junio de 1995.

<sup>7</sup> Mariño Menéndez Fernando, «La protección Internacional del Medio Ambiente I. Régimen General». *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Diez de Velasco Manuel, Tecnos, Madrid, Reimpresión 2004.

humanas, ya estén destinados a la habitación, al trabajo o al descanso, ya sean artísticos, científicos o industriales, que dignifican la vida de las personas y elevan su calidad»<sup>8</sup>.

Desde una perspectiva netamente jurídica nos quedamos con la definición que el Programa de las Comunidades Europeas en materia de Medio Ambiente ofrece de **Medio Ambiente** como «la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones vida, reales o ideales de las personas y de las sociedades»<sup>9</sup>.

Por otro lado, no podemos dejar de hacer referencia a la *Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles*, en adelante ENMOD<sup>10</sup>, que nos permite desde su artículo 2 desarrollar un concepto de Medio Ambiente. En concreto el texto de éste establece que:

«A los efectos del artículo 1, la expresión “técnicas de modificación ambiental” comprende todas las técnicas que tienen por objeto alterar –mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales– la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre».

Con este punto de partida Domínguez Matés<sup>11</sup>, ha concretado el concepto de Medio Ambiente en tres aspectos:

– **El Objeto:** La Tierra, incluida su flora y fauna, su litosfera, hidrosfera y atmósfera y el espacio ultraterrestre; como pone de manifiesto la Profesora Domínguez el medio ambiente en la Convención ENMOD comprende «una serie cumulativa de aspectos concretos de tal manera que cualquier alteración de uno de los mismos adquiriría importancia propia».

– **Los aspectos a modificar:** La dinámica, composición y estructura de la tierra y del espacio ultraterrestre. Estos son los aspectos susceptibles de manipulación artificial por el ser humano, entendiéndose por *dinámica* las fuerzas que producen movimiento; por *composición* las diversas partes que componen un cuerpo y por *estructura* la forma de distribuirse la dinámica y la composición dentro del objeto tierra o el espacio ultraterrestres.

---

<sup>8</sup> Mariño Menéndez, Op. Cit. (nota 7).

<sup>9</sup> Programa de las CCEE en materia de medio ambiente, Comunicación de la Comisión al Consejo, 26 de Mayo de 1972.

<sup>10</sup> Abierta a la firma en Ginebra el 18 de Mayo de 1977, entró en vigor el 5 de Octubre de 1978.

<sup>11</sup> Rosario Domínguez Matés, *La protección del Medio Ambiente en el Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. Págs. 64 a 66.

– La Forma: La manipulación deliberada de los procesos naturales. En este punto cabe plantearse si al hablar de «manipulación» nos referimos a la destrucción o a la simple intervención. En sentido estricto manipulación se refiere a transformación, lo que llevaría a afirmar que por ejemplo la destrucción de pozos petrolíferos en el conflicto Irak-Kuwait no constituye una técnica de modificación medioambiental, en el sentido de la Convención, pues tales actos no iban dirigidos a una alteración del medio ambiente sino a la propia destrucción los pozos, y solo a través de esa acción destructora queda afectado el Medio Ambiente.

Por otro lado, la rápida evolución científica y tecnológica en los instrumentos de desarrollo y en los medios de combate exige la consideración de una realidad más amplia apoyada en nuevos conceptos que surgen en los tratados internacionales más recientes y, que es interesante tener presente a la hora de interpretar la normativa de Derecho Internacional Humanitario a analizar y el Derecho Internacional en general relativo a la materia que nos ocupa. El Convenio sobre Diversidad Biológica, de 5 de Junio de 1992, es un ejemplo de lo que tratamos de reflejar; en su artículo 2 define, a los efectos de dicho Convenio, los siguientes términos:

- Diversidad Biológica: Hace referencia a la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte, comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas. Desde nuestro punto de vista, a la hora de definir el Medio Ambiente a proteger en caso de conflicto bélico, sería un concepto más amplio que los utilizados hasta ahora, siempre que le sumáramos lo que hemos definido como medio ambiente humano.

A partir de este concepto el Convenio realiza una serie de definiciones que complementan el de diversidad biológica

- Ecosistema: Se entiende por ecosistema un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional.

- Área protegida: Se trata de un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación.

- Hábitat: Se trata del lugar o tipo de ambiente en el que existe naturalmente un organismo o una población.

- Recursos biológicos: Se entienden los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad.

- Recursos genéticos: Se entiende el material genético de valor real o potencial.

- Utilización sostenible: Hace referencia a la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasionen la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras.

- Biotecnología: Se refiere a toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para uso específicos.

Por último el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Montreal el 29 de Enero de 2000, define en su artículo 3,i) la «Biotecnología Moderna» como la aplicación de:

a) Técnicas in Vitro de ácido nucleico, incluidos el ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u orgánulos, o

b) La fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional.

Dicha tecnología puede tener aplicación a nivel militar y constituir un arma cuyos efectos se dejen sentir en el medio ambiente, por ejemplo a través de los alimentos transgénicos.

Delimitado el Medio Ambiente, y desarrollada una fuerte conciencia medioambiental en las últimas décadas, vemos como en la doctrina empieza a tomar fuerza la consideración del daño producido a éste como un crimen de Derecho Internacional. Este tratamiento que, como analizaremos posteriormente, le otorgan algunos estatutos de órganos judiciales internacionales, ha llevado al nacimiento del concepto de **ecocidio**<sup>12</sup>, o crimen ecológico internacional, esto es, de la violación de obligaciones de importancia esencial para la comunidad internacional en su conjunto y esenciales para la protección de sus intereses fundamentales, que comprenden las relativas a la protección del medio ambiente.

---

<sup>12</sup> Rosario Domínguez Matés. «La represión judicial de los atentados contra el medio ambiente como crimen de guerra, con especial atención al desarrollo del ordenamiento jurídico español en la materia». Boletín de la Facultad de Derecho, num.27,2005. UNED.Madrid. pp. 131.

## LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO

La conciencia medioambiental que surge, como hemos dicho en el último tercio del siglo XX, y especialmente tras la Guerra del Vietnam, tiene su culminación en diferentes textos convencionales internacionales (resultan muy numerosos los tratados, generales o zonales, que se dirigen a la protección del medio ambiente, bien en si mismo, o bien como presupuesto de unas condiciones de vida óptimas); en el ámbito del soft law que, especialmente, en esta materia tiene una gran repercusión; en la aplicación del Derecho Internacional General a dicha tarea y en el Derecho Internacional Humanitario, que en un paso hacia delante, extiende su campo de actuación más allá de los combatientes y la población civil.

Sin embargo la protección del medio ambiente en el Derecho Internacional General, Convencional y Humanitario provoca diferentes reflexiones que pasamos seguidamente a analizar.

### A. LA APLICABILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL EN TIEMPO DE GUERRA

Los tratados y convenios internacionales que se ocupan del medio ambiente parten de la premisa, en cuanto a su aplicación, de una situación de normalidad de relaciones internacionales, es decir, una situación de paz y ausencia de conflicto; por lo tanto cabe plantearse qué ocurre en la vida de estos instrumentos convencionales cuando estalla un conflicto armado, y si durante el transcurso de las hostilidades se puede alegar su aplicación dada la trascendencia del objeto de éstos.

El Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de Mayo de 1969, no se pronuncia al respecto, su artículo 73, en los casos de ruptura de hostilidades establece que «las disposiciones de la presente Convención no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir ...».

Es necesario, entonces, acudir a la doctrina que, siguiendo a González Barral<sup>13</sup>, presenta las siguientes posiciones:

– Posición calificable de anticuada que considera que el comienzo de las hostilidades implica el fin de los tratados internacionales suscritos entre los beligerantes, y en algunos supuestos entre éstos y los neutrales.

---

<sup>13</sup> Juan Carlos González Barral. «La protección del medioambiente en caso de conflicto armado». *Revista Española de Derecho Militar*, Num. 74, 1999. Madrid.

– Los que consideran que el inicio de la guerra solo acaba con los tratados celebrados entre las partes beligerantes, pero no altera a los que afectan a éstas y los neutrales, quienes podrían exigir responsabilidad a aquellos. Ante esta posición se alzan voces que manifiestan la incongruencia que supone que, ante unos mismos hechos, se de una solución distinta respecto de unos estados, especialmente cuando estamos tratando con instrumentos multilaterales.

– Siendo deseable que los tratados internacionales prevean en sus disposiciones el grado de aplicabilidad en caso de estallido de un conflicto bélico, la mayoría de la doctrina se inclina por examinar caso por caso la situación sin que puedan establecerse reglas generales; salvo la de que estos instrumentos, concebidos para tiempo de paz, serán de aplicación cuando esta situación se vea modificada siempre y cuando exista una aceptación general entre los afectados.

Cuestión diferente plantea el autor citado en relación a la aplicación de tratados internacionales específicos que, por versar sobre materias de trascendencia en caso de hostilidades, es necesario analizar. Como ejemplo menciona la prohibición de emisión de vertidos nocivos, que se recoge en tratados generales de paz, pero que resulta igualmente importante en caso de conflicto armado. La doctrina al respecto ha estimado que si bien regiría dicha prohibición, estaría subordinada al principio de necesidad militar, compensado con el de proporcionalidad, lo que llevaría en la práctica a complejos problemas de interpretación. Otro sector doctrinal considera que operarían los efectos de la clausula *rebus sic stantibus*, en el sentido del artículo 62 de la Convención de Viena antes mencionada, considerando las hostilidades «un cambio fundamental en las circunstancias» cuando éstas constituyeran «una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado», y esto «... tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado».

Cabe concluir, en consecuencia que, a priori, el inicio de las hostilidades no implica per se la inaplicabilidad de los tratados medioambientales, sobre todo, entre las partes beligerantes y los neutrales. Y si bien entre los primeros los efectos de los tratados se suspenden como regla general, hay una opinión mayoritaria favorable a considerar de aplicación ciertas categorías de obligaciones.

## B. LAS NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Ya hemos visto las dificultades que plantea la aplicación del derecho medioambiental de paz en caso de conflicto armado, ello junto con la cir-

cunstancia de que no siempre los contendientes son estados parte de los instrumentos de DIH, lleva a plantearse si algunos principios que operan en esa rama del Derecho forman parte del Derecho Internacional General.

El fallo del Juicio del Tribunal de Nuremberg, que se basó en gran medida en el Derecho Natural para determinar la culpabilidad del alto mando nazi, y más tarde los defensores de la ilicitud del uso de las armas nucleares en el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia, entre otros pronunciamientos, confirman la validez del Derecho Natural como base del Derecho Internacional del siglo XX, y en consecuencia del Derecho de los Conflictos Armados.

Analizamos brevemente las normas generales del Derecho Internacional Humanitario en relación con la protección del Medio Ambiente.

– La Cláusula Martens<sup>14</sup>: Como señala la Profesora Domínguez<sup>15</sup> «en esencia la Cláusula Martens indica claramente que, detrás de las reglas específicas que ya se habían formulado, existe un cuerpo de principios generales suficientes que deben aplicarse a las situaciones que aún no hubiesen sido contempladas en un regla concreta...» «la Cláusula Martens impide considerar que todo lo que no está expresamente prohibido por el Derecho respectivo estaría, a sensu contrario, permitido.»

Dicha Cláusula fue insertada, por unanimidad de votos, en el Preámbulo del II Convenio de la Haya y en el Convenio IV de 1907, relativos a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre<sup>16</sup>.

Veamos el significado de las expresiones que se recogen en su formulación:

- Leyes de la Humanidad: En la primera versión de la Cláusula Martens se habla de leyes de la humanidad, para en la última versión referirse a principios de la humanidad; en cualquier caso ambas expresiones son sinónimas, y en todo caso se refieren a que se prohíben los medios y métodos de hacer la guerra que no sean necesarios para obtener una ventaja

---

<sup>14</sup> La Cláusula, se basa, y debe su nombre, a una declaración leída por el Profesor Von Martens, delegado de Rusia en la Conferencia de Paz de La Haya de 1899. Martens añadió la declaración después de que los delegados de la Conferencia no lograron ponerse de acuerdo sobre la cuestión del estatuto de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante. Más tarde tanto los Convenios de Ginebra de 1949, como los dos Protocolos Adicionales de 1977, reproducen la Cláusula Martens.

<sup>15</sup> Domínguez Matés. Op. Cit. (Nota 11), pp. 296 y 297.

<sup>16</sup> «En espera de que un código mas completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública».

militar definitiva. En este sentido nada añade la Cláusula Martens al derecho vigente, pues la garantía que establece ya la recoge el principio de necesidad militar que más tarde analizaremos, y que aparecía en el Reglamento de La Haya de 1907.

- Las exigencias de la conciencia pública: Se refiere a lo sentimientos públicos que se relacionan con la conducta humanitaria. La doctrina y los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia que se han referido a la Cláusula Martens, determinan que encontramos esos sentimientos en la multitud de proyectos de ley, declaraciones, resoluciones y otras comunicaciones hechas por personas e instituciones altamente cualificadas para evaluar las leyes de la guerra. Se considera de este modo, por ejemplo, que las Resoluciones de Naciones Unidas dan prueba de la conciencia pública en el pronunciamiento de la CIJ sobre la licitud del uso de armas nucleares; y por lo que respecta al Medio Ambiente, el Informe del Secretario General sobre la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado de 1993, y las Directrices sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado para manuales y programas de instrucción militares, que trasladan el contenido de la Cláusula en su apartado III, en los casos no contemplados por las normas de acuerdos internacionales a fin de proteger el medio ambiente.

Respecto de los Principios Generales del Ius in bello aplicables a la protección del Medio Ambiente cabe citar los siguientes:

- El principio de proporcionalidad: Según este principio el uso de la fuerza debe hacerse en grado necesario, razonable en relación con los objetivos y fines lícitos, no admitiéndose acciones punitivas o vindicativas, ni la provocación de males superfluos o sufrimientos innecesarios, ni siquiera respecto de los beligerantes enemigos. Habrá que sopesar la ventaja militar concreta y directa prevista y el daño excesivo que ésta supondría. La ventaja militar habrá de evaluarse en relación con los fines que se busquen con una operación militar determinada, y no con respecto a la guerra considerada en general. A mayores, esta ventaja debe ser real e inmediatamente relacionada con el ataque en el tiempo y en el espacio.

Este principio aparece recogido en el artículo 51, párrafo quinto, apartado b), y en el artículo 57, párrafo segundo, letra a), iii y letra b) del Protocolo Adicional I.

- El principio de necesidad militar: Las corrientes humanistas y el nuevo ius ad bellum introducen este principio que, relacionado con el de prohibición de los males superfluos, el de distinción de objetivo militar y el de proporcionalidad, considera la necesidad militar como una excepción a fin de justificar conductas a priori consideradas como ilícitas. En este

sentido se expresan el artículo 23, apartado g), de la Convención IV de la Haya y el artículo 54, párrafo 5, del PAI. Pero no obstante lo dicho, la excepción de la necesidad militar para poder ser invocada, debe estar contemplada de modo expreso en la normativa a aplicar, e incluso en este caso se hará una interpretación restrictiva de su aplicación para evitar desvirtuar el carácter protector. De este modo la Profesora Domínguez<sup>17</sup>, establece tres elementos claves de la necesidad militar:

1. La necesidad debe ser inmediatamente indispensable y proporcional a un fin militar legítimo.

2. La necesidad militar está limitada por el Derecho de la Guerra y el Derecho Natural.

3. La necesidad militar debe ser determinada por la decisión de un jefe responsable, sujeta a revisión.

– El principio de distinción: En base a este principio los contendientes deben proteger a la población civil y sus bienes, distinguiéndoles de los combatientes y los bienes que son o pueden ser objetivos militares. Esta distinción constituye un antiguo principio de Derecho Internacional, fue el Institut de Droit International, el que lo formuló señalando que la obligación de respetar la distinción entre objetivos militares y objetivos no militares, así como la de las personas que toman parte en las hostilidades y los miembros de la población civil continua siendo un principio de Derecho Internacional en vigor.

Consecuencia del principio de distinción es el de prohibición de ataques indiscriminados, que comporta la obligación de evaluar los posibles efectos de un ataque sobre los civiles situados alrededor de un objetivo militar, en el momento de valorar como se va a llevar a cabo aquel y las armas que se van a utilizar. Este principio se recoge en el artículo 51, párrafo cuarto del Protocolo Adicional I, y gran parte de la doctrina, avalada por los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, considera que la prohibición de ataques indiscriminados es una norma consuetudinaria en cuanto que deriva del principio de distinción.

Para la Profesora Domínguez<sup>18</sup>, aunque el artículo 51.4.º del PAI no hace una referencia expresa al medio ambiente como bien protegido frente a los ataques indiscriminados, como norma consuetudinaria habría que interpretar que dicha prohibición le es de aplicación por cuanto «... no hay motivo para excluir de la evaluación de cómo el ataque se va a llevar a cabo y del calibre de las armas a emplear los posibles efectos que produci-

---

<sup>17</sup> Domínguez Matés. Op. Cit. (Nota 11), p. 309.

<sup>18</sup> Domínguez Matés. Op. Cit. (Nota 11), p. 344.

rá sobre el espacio natural cercano o que rodea a un objetivo militar». Y esta interpretación resulta avalada por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión relativa al empleo y amenaza de las armas nucleares al estimar que los efectos imprevistos e incontrolables del arma utilizada se referirán, no sólo respecto del ser humano sino también en el medio ambiente.

– El principio de limitación al derecho de las partes a elegir los métodos o medios de guerra: Si el principio que señalamos con anterioridad tiene como objetivo apartar a la población civil del conflicto, éste del que nos ocupamos ahora, pretende evitar, además, a los combatientes males inútiles o sufrimientos que sobrepasan lo que es necesario para poner al enemigo fuera de combate.

Este principio es ya positivizado en la Declaración de San Petersburgo relativa a la prohibición del uso de ciertos proyectiles en tiempo de guerra de 1868, posteriormente se recoge en los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907 y, más recientemente, en el Protocolo Adicional I de 1977, en su artículo 35, párrafo primero y segundo.

Para la Profesora Domínguez<sup>19</sup> «el término «males» debe entenderse que abarca, en primer lugar, a todo atentado contra la vida o la integridad física o mental de las personas», además de que «puede aplicarse a los daños causados a los bienes materiales contra los que puedan dirigirse las operaciones militares». Coincide la citada Profesora con el General Consejero Togado Rodríguez-Villasante, en que «al lado de las prohibiciones clásicas de causar males superfluos, y sufrimientos innecesarios o daños indiscriminados, se establece hoy un nuevo principio: el criterio ecológico».

Por su parte, el significado de «superfluos o innecesarios» se dirige a evitar a las personas y a los bienes males o daños inútiles que exceden de lo que es necesario para poner al adversario fuera de combate o para la consecución del objetivo.

– Principio de sustitutividad: Señalado por algún sector de la doctrina<sup>20</sup>, implica la sustitutividad en la elección de los objetivos militares, medios y métodos de combate, cuando se trate de preservar las condiciones sustanciales del entorno humano, no admitiéndose ni siquiera daños colaterales que causen deterioro significativo al medio ambiente, compro-

---

<sup>19</sup> Domínguez Matés. Op. Cit. (Nota 11), p. 354.

<sup>20</sup> Zlata Drnas de Clément, «El daño deliberado y sustancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra, constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general», *Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y Ensayos, n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

metedor de la salud o supervivencia de una población dada, cuando hay alternativa de elegir otro objetivo, medio o método que brinde equivalente ventaja militar».

## C. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

### I. A través de la prohibición de determinados medios y modos de combate

A lo largo de la Historia las víctimas de los conflictos han ido aumentando en consideración y en protección a medida que se iba configurando lo que se denomina Derecho de los Conflictos Armados.

El Protocolo Adicional I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, de 1977, contiene en su Título III una Sección I, rubricada «Métodos y medios de guerra», artículos 35 a 42. La doctrina distingue entre ambos definiendo a los *medios de combate* como aquellos que designan las armas, los procedimientos tácticos o estratégicos utilizados en la conducción de las hostilidades para vencer al adversario; y por su parte, los *métodos de combate* hacen referencia al uso que de esas armas se haga.

La prohibición de determinadas armas nace de la necesidad de armonizar las necesidades militares con las consideraciones humanitarias, pero con los años dicha prohibición obedece también a la exigencia de un equilibrio armamentístico entre los Estados.

El Protocolo Adicional I, consagra el principio de que el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado, artículo 35.1, y prohíbe el empleo de las armas que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, párrafo segundo del artículo citado.

En esa idea, a parte del Protocolo Adicional I, se desarrollan, en consecuencia, una serie de tratados internacionales dirigidos a limitar o prohibir el uso de determinado métodos o medios de combate que, si bien es cierto que en algunos casos no hacen una referencia expresa al Medio Ambiente, suponen una protección indirecta de éste, a través de esa prohibición o limitación.

Pasamos a examinar seguidamente los más relevantes, centrándonos en las llamadas armas de destrucción masiva y obviando los instrumentos internacionales relativos a las armas convencionales, al considerar que la

repercusión de las primeras en el Medio Ambiente es mucho mayor y de consecuencias más graves que en el caso de las segundas.

• Armas biológicas: A lo largo de los siglos las armas biológicas se han utilizado en los conflictos armados, la historia nos ofrece un amplio abanico de este tipo de armas que con el paso del tiempo ganan en sofisticación. Así, en la Antigüedad el lanzamiento de cadáveres humanos o de animales infectados de enfermedades contagiosas en territorio enemigo era utilizado como arma. En la actualidad se ha llegado a técnicas más complejas y avanzadas tecnológicamente, como el lanzamiento mediante globos, minas flotantes, o envío postal de agentes infecciosos.

Podemos definir la *guerra biológica o bacteriológica* como aquella consistente en «el uso militar de organismos vivos o sus productos tóxicos con el propósito de causar la muerte, la incapacidad o daños a una población civil o militar, la enfermedad o destrucción de una población animal o de la vida vegetal y de los cultivos o para causar el deterioro de bienes u otras propiedades materiales»<sup>21</sup>.

Por su parte dentro del concepto de *agentes biológicos* podemos citar, «los microbios, es decir, las bacterias, los virus y las rickettsias; las toxinas microbianas; los hongos; los pequeños animales utilizados como vectores, especialmente ciertos insectos infectados susceptibles de transmitir una enfermedad que previamente les ha sido inoculada, y ciertas sustancias químicas que destruyen la vegetación»<sup>22</sup>.

La guerra biológica ha sido prohibida expresamente en primer lugar por el *Protocolo Relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, firmado en Ginebra el 17 de Junio de 1925*. Este texto presenta las siguientes características:

– Prohíbe el empleo en la guerra de los medios químicos y bacteriológicos tanto en supuestos defensivos como ofensivos, tácticos o estratégicos. Sin embargo la producción, desarrollo, investigación o el almacenamiento de tales medios no esta prohibida, siendo éste el principal reproche hacia este Tratado.

– Del tenor literal del Protocolo parece derivarse que sólo es aplicable a aquellas armas bacteriológicas que violan el principio de humanidad y causan un sufrimiento innecesario, en consecuencia y en sentido estricto

---

<sup>21</sup> José Roberto Pérez Salom, «Derecho Internacional, Armas Biológicas y Verificación», *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*; Tirant Monografías. 251. Valencia, 2002.

<sup>22</sup> José Roberto Pérez Salom, Op. Cit. (nota 21).

no sería de aplicación a las armas biológicas que dañan la vida animal y vegetal.

Tras la Segunda Guerra Mundial, Resolución 1 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 17.<sup>a</sup> sesión plenaria, del 24 de Enero de 1946, se hizo un llamamiento para la eliminación de todas las armas de efectos masivos, incluyéndose, en las décadas siguientes en los debates sobre desarme, las armas bacteriológicas. Especial incidencia tuvieron el Informe de las NNUU sobre los problemas de la guerra química y bacteriológica<sup>23</sup> y el Informe de la Organización Mundial de la Salud sobre la salud pública y la armas biológicas y químicas<sup>24</sup>, en el nacimiento de un nuevo texto internacional relativo a este tipo de armas: el Convenio sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, en adelante CAB. Dicho Convenio fue adoptado el 10 de Abril de 1972, entrando en vigor el 26 de Marzo de 1975.

En su artículo I, y ésto es un gran avance respecto del Protocolo de 1925, establece que las Partes contratantes se comprometen a no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener, nunca ni en ninguna circunstancia: agentes microbianos u otros agentes biológicos o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción, de tipos y en cantidades que no estén justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos; armas, equipos o vectores destinados a utilizar esos agentes o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados<sup>25</sup>.

No ofrece, sin embargo el texto del Convenio definición alguna de los elementos citados, sin que hasta el momento se haya suscitado ninguna controversia acerca de la noción de agentes biológicos<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Documento de las Naciones Unidas A/7575/ Rev.1, publicado en 1967.

<sup>24</sup> OMS, Salud Pública y las armas químicas y biológicas, Ginebra, 1970.

<sup>25</sup> Article I: «Each State Party to this Convention undertakes never in any circumstance to develop, produce, stockpile or otherwise acquire or retain:

– Microbial or other biological agents, or toxins whatever their origin or method of production, of types and in quantities that have no justification for prophylactic, protective or other peaceful purposes;

– Weapons, equipment or means of delivery designed to use such agents or toxins for hostile purposes or in armed conflict».

<sup>26</sup> El Informe de la Organización Mundial de la Salud, anteriormente citado, define los agentes biológicos como los que dependen, para surtir efectos, de la multiplicación dentro del organismo que constituye el blanco y que son preparados con fines bélicos para causar enfermedades o la muerte de seres humanos, animales o plantas, pudiendo ser transmisibles o no transmisibles. Por otra parte, podemos definir las toxinas como productos de los organismos que a diferencia de los agentes biológicos son inanimadas e incapaces de reproducirse por si mismas, aplicándose el CAB tanto a las toxinas naturales como a las producidas artificialmente.

Si bien es verdad que el CAB supone un paso adelante respecto del Protocolo de 1925 al prohibir actuaciones que éste no contemplaba (producción, desarrollo, investigación o almacenamiento), no es menos cierto que no prohíbe expresamente el empleo de armas biológicas o tóxicas. Esta ausencia de prohibición queda salvada a través de su artículo VIII que determina la no interpretación del CAB de modo que limite o detraiga las obligaciones asumidas por el Estado en el Protocolo de Ginebra, que como hemos visto sí prohíbe el empleo en la guerra de los medios químicos y bacteriológicos tanto en supuestos defensivos como ofensivos, tácticos o estratégicos<sup>27</sup>.

No obstante, hay que matizar la sentencia anterior en dos sentidos, primeramente, no todos los Estados Parte en el CAB lo son del Protocolo de Ginebra; y en segundo lugar, como hemos expresado, no podrá interpretarse ninguna disposición de aquel de modo que limite las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo. Pese a las propuestas de modificar el CAB en el sentido de introducir la prohibición explícita de uso de este tipo de armas, ningún intento ha prosperado.

Por su parte, la prohibición de desarrollo, almacenamiento, adquisición o retención de agentes microbianos, u otros agentes biológicos o toxinas, decae ante la justificación de «fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos». Domínguez Matés basándose en las aclaraciones formuladas en el transcurso de las negociaciones del CAB ha definido estos conceptos del siguiente modo<sup>28</sup>:

– Profiláctico: «incluye actividades médicas, tales como diagnósticos, terapia e inmunización».

– De protección: «se refiere a la fabricación de máscaras y vestimentas protectoras, sistemas de filtración de aire y agua, mecanismos de detección y alerta, así como equipos de descontaminación, no debe interpretarse en el sentido de que se permita la posesión de agentes biológicos y toxinas para defensa, represalia o disuasión».

– Otros fines pacíficos: Se puede suponer que incluye la experimentación científica.

En cualquier caso no contiene el CAB disposición alguna que restrinja las actividades de investigación científica, quizás debido a la dificultad

---

<sup>27</sup> Article VIII: Nothing in this Convention shall be interpreted as in any way limiting or detracting from the obligations assumed by any State under the Protocol for the Prohibition of the use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare, signed at Geneva on June 17, 1925.

<sup>28</sup> Domínguez Matés. Op. Cit. (Nota 11).

que entraña delimitar la actividad investigadora destinada a usos civiles de la dirigida a usos militares.

• **Convención ENMOD:** Bajo el paraguas de Naciones Unidas y tras la Guerra de Vietnam se adopta el texto, el 10 de Diciembre de 1976 y se abre a la firma en Ginebra el 18 de Mayo de 1977, del Convenio sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u otros Fines Hostiles<sup>29</sup>, en adelante la Convención ENMOD, que entraría en vigor el 5 de Octubre de 1978.

En su Preámbulo, párrafo tercero, reconoce que «los progresos científicos y técnicos pueden crear nuevas posibilidades para la modificación del medio ambiente», para en el séptimo expresar su deseo de «prohibir efectivamente la utilización de las técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles a fin de eliminar los peligros que para la humanidad entrañaría esa utilización, afirmando su voluntad de trabajar para lograr ese objetivo».

---

<sup>29</sup> Se ha planteado largamente la coincidencia o no, entre la Convención ENMOD y el Protocolo Adicional I, está claro que ambos documentos tienen carácter general y un objetivo común, y que parten de un concepto de Medio Ambiente coincidente, ya que si bien en el PAI no se encuentra ninguna definición de Medio Ambiente, a dicho término le añade el adjetivo natural, con lo que su referencia se dirige a todo los contextos naturales, con excepción de la relaciones sociales. En el sentido de sus artículos 55 y 35.3 medio ambiente es «un conjunto de procesos ecológicos en una área determinada, aspectos como la flora, fauna y medio ambiente inanimado solo son partes de este sistema ecológico global e interrelacionado». Igualmente la Convención configura el medio ambiente como un sistema ecológico global. Ambos textos tienen también en común el excluir al hombre como parte de la Naturaleza, ninguno de los dos entiende al medio ambiente como parte del espacio humano, de tal modo que como manifiesta Domínguez Matés «las manipulaciones o los daños en regiones deshabitadas pueden entrar a formar parte del ámbito de aplicación de ambos tratados».

Las diferencias entre el PAI y la Convención ENMOD las podemos concretar en lo siguiente:

– En la Convención ENMOD lo relevante es el tipo de daño que se produce, la manipulación del medio ambiente es el medio de combate, se ocupa de las causas, en tanto que el Protocolo Adicional I, se ocupa de las consecuencias del acto dañino. Así podemos afirmar que el PAI prohíbe la denominada *guerra ecológica*, es decir aquella que usa métodos de combate que puedan romper ciertos equilibrios naturales indispensables. Por su parte, la Convención prohíbe la denominada *guerra geofísica*, que se refiere a la manipulación deliberada de los procesos naturales que puede provocar fenómenos naturales tales como huracanes, maremotos, lluvia, nieve ... En definitiva, el Protocolo Adicional I se ocupa de la víctima y la Convención ENMOD del arma.

– El Protocolo Adicional I circunscribe su ámbito de actuación a un conflicto internacional entre los Estados Parte, en tanto que la Convención ENMOD se refiere a toda acción bélica u hostil que conlleve la utilización de técnicas modificadoras del Medio Ambiente.

– El Protocolo Adicional I, a través de su artículo 1.3, y su referencia al artículo 2 común a los Convenios de Ginebra, prevé el reconocimiento ad hoc de obligaciones respecto de Terceros no Partes en este Tratado. Dicho reconocimiento no tiene cabida en la Convención.

Centrándonos en el análisis del articulado de la Convención ENMOD. su artículo 1<sup>30</sup>, prohíbe la utilización de técnicas de modificación ambiental, pero no se trata de una prohibición generalista sino que la prohibición viene determinada por los fines que se persiguen a través del empleo o uso de éstas, es decir lo relevante es la intención del uso, sus efectos y consecuencias.

Dicha prohibición deber ser matizada también en un doble sentido, por un lado, no se prohíbe expresamente la amenaza del uso de la técnica de modificación medioambiental, si bien podría argumentarse que viene implícita; y por otra parte, la Convención ENMOD no prohíbe la investigación de técnicas de modificación ambiental, es más, en su artículo 3, párrafo segundo, establece el compromiso de las Partes para «... facilitar el intercambio más amplio posible de información científica y tecnológica sobre la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos...».

Desde el punto de vista de la intención, el artículo 1.1 «... con fines militares u otros fines hostiles ...» deja la puerta abierta al uso de técnicas de modificación medioambiental en aplicaciones pacíficas, ya sea por parte de instancias civiles o militares, lo que es corroborado por su artículo 3, en su párrafo primero, al determinar que «las disposiciones de la presente Convención no impedirán la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos ni contravendrán los principios generalmente reconocidos y las normas aplicables del derecho internacional relativos a esa utilización». Está idea la confirman los Acuerdos Interpretativos de la Convención ENMOD<sup>31</sup> en su artículo tres<sup>32</sup>.

Por otro lado y respecto a la expresión «con fines militares u otros fines hostiles», se excluye el requisito de la existencia de un conflicto dado

---

<sup>30</sup> Artículo 1. 1. Cada Estado Parte en la presente Convención se compromete a no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte.

2. Cada Estado Parte en la presente Convención se compromete a no ayudar, ni alentar, ni incitar a ningún Estado o grupo de Estados u organización internacional a realizar actividades contrarias a las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo.

<sup>31</sup> Estos Acuerdos Interpretativos no están incorporados en el texto de la Convención, pero forman parte del informe documental transmitido por la Conferencia del Comité de Desarme a la Asamblea General en Septiembre de 1976, [Report of the Conference of the Committee on Disarmament, Volume I, General Assembly, Official records; Thirty-first session, Supplement No. 27 (A/31/27) New York, United Nations, 1976, pp. 91-92].

<sup>32</sup> Understanding relating to article III: «It is the understanding of the Committee that this Convention does not deal with the question whether or not a given use or environmental modification techniques for peaceful purpose is in accordance with generally recognized principles and applicable rules or international law».

o un determinado nivel en la escalada del mismo, si bien es evidente que al exigir el artículo 1.1 la producción de destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte, quedan fuera de su ámbito de aplicación los conflictos internos.

Cabría plantearse, y así lo hace Domínguez Matés<sup>33</sup>, si la prohibición abarcaría la realización de maniobras o ejercicios militares en los que se utilicen técnicas de modificación ambiental; coincidimos con la autora en que no estando expresamente prohibidos en la Convención las pruebas o preparativos no habría motivo para considerarlos contrarios a la Convención; aunque podría entenderse que al hablar de fines hostiles, si se acreditara una voluntad hostil concreta en la realización de estas actividades, estaríamos ante el requisito exigido por el artículo 1.

Respecto a la expresión «efectos vastos, duraderos o graves», en primer lugar hay que decir que el uso de la conjunción «o», implica que es suficiente con que se de cualquiera de los efectos de forma alternativa, no cumulativa, para que sea prohibido el uso. La precisión del contenido de estos conceptos dio lugar a amplios debates durante la Conferencia de Desarme. Así encontramos posiciones favorables a no considerar del mismo modo la destrucción de una determinada área en países de pequeña extensión que en países con un territorio mayor; frente a otros países (Estados Unidos p. ej.) que estimaron que lo relevante era la verificación de los efectos, para de este modo evitar reclamaciones que no tuvieran la entidad suficiente para ser comprobadas, exigiendo unidades de medidas absolutas. Otros países, (p. ej. Argentina), se inclinaron por eludir las expresiones determinativas de los efectos, para, por un lado, evitar problemas de interpretación y, por otro, para prohibir todo tipo de técnicas de fines destructivos o dañosos aún cuando no fueran de efectos extensos, duraderos o graves.

Para la concreción del contenido de estos conceptos nos vemos en la necesidad de acudir a los Acuerdos Interpretativos de la Convención<sup>34</sup>, que para cada una de las expresiones entiende lo siguiente:

– Vastos:

a) «Widespread»: encompassing an area on the scale of several hundred square kilometres.

Es decir, fija como unidad de medida absoluta, el abarcar un área de varios centenares de kilómetros cuadrados. Es de destacar que no fija un límite inferior, por lo que habrá de ser tenido en cuenta para fijar la exten-

---

<sup>33</sup> Domínguez Matés. Op. Cit. (Nota 11).

<sup>34</sup> Ver nota n.º 31.

sión definitiva el tipo de técnica modificadora empleada y los resultados de ésta.

– Duraderos:

b) «long-lasting»: lasting for a period of months, or approximately a season.

Es decir, aquellos que se extienden por un periodo de meses, o aproximadamente una estación. Se descartan de este modo los daños menores, pues es difícil imaginar daños ambientales de una duración inferior a una estación.

– Graves:

c) «severe»: involving serious or significant disruption or harm to human life, natural and economic resources or other assets.

Es decir, aquellos que implican serios o significativos perjuicios o daños para la vida humana y los recursos naturales o económicos u otros bienes.

Destacar en primer lugar que la Convención exige, para ser considerado como grave un efecto sobre el medio ambiente, que éste lo sea serio o significativo, con lo que se descartan aquellos cuya intensidad impida una verificación concreta.

Por otra parte, exige que deben serlo para la vida humana, los recursos naturales, económicos y otros bienes, lo que permite hacer una interpretación lo bastante extensa como para considerar incluidos en la protección todos los bienes imprescindibles para la vida de un grupo social.

Finalmente prohíbe el artículo 1.1 el uso de técnicas de modificación medio ambiental, con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves, «como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte». Se restringe de esta manera la aplicación de la Convención ENMOD pues al hablar de Estado Parte se refiere a otro Estado que haya ratificado o se haya adherido a ésta.

Menos pacífica se plantea la cuestión de si la Convención comprende los supuestos en los que una Parte actúa en el sentido expresado en el artículo 1.1 contra otra, y perjudica a una tercera. Si atendemos al sentido estricto del precepto citado los daños colaterales en territorio de un tercer Estado no estarían contemplados por la Convención, aunque y, nos inclinamos por esta segunda interpretación, el espíritu del texto que analizamos y el tenor de su literalidad se centra en la «intención» de dañar a un Estado Parte, no siendo, por tanto, determinante el territorio donde se producen efectivamente los daños o perjuicios vastos, duraderos o graves.

Por su parte el artículo 2 nos ofrece la definición de «técnicas de modificación ambiental, a los efectos del artículo 1:

Artículo 2: «... la expresión «técnicas de modificación ambiental» comprende todas las técnicas que tiene por objeto alterar –mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales– la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre.»

Los Acuerdos Interpretativos, nos ofrecen un listado ilustrativo de fenómenos que podían ser causados por el uso de estas técnicas:

«... earthquakes; tsunamis; an upset in the ecological balance of a region; changes in weather patterns (clouds, precipitation; cyclones of various types and tornadic storms); changes in climate patterns; changes in ocean currents; changes in the state of the ozone layer; and change in the state of ionosphere.»

Se matiza en el texto de los Acuerdos Interpretativos que «... the list of example set out above is not exhaustive». Si no que, por el contrario, cualquier otro fenómeno resultado de técnicas de modificación ambiental de las del artículo 2 será incluido, sin que el hecho de que no aparezca citado en el listado anterior suponga la no aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.

- **Armas nucleares:** Dejando al margen el Tratado de prohibición completa de ensayos nucleares de 1996<sup>35</sup>, al no haber entrado en vigor aún. El Tratado de no proliferación de armas nucleares de 1 de Julio de 1968<sup>36</sup>, constituirá el objeto de nuestro análisis. En primer lugar no encontramos en el texto de este Convenio ninguna referencia expresa al Medio Ambiente, únicamente en el Preámbulo señala que se han tenido en consideración «... las devastaciones que una guerra nuclear infligiría a la humanidad entera y la consiguiente necesidad de hacer todo lo posible por evitar el peligro de semejante guerra».

Tampoco el Tratado prohíbe la utilización de armas nucleares en caso de conflicto armado, ni contiene referencia alguna a la relación directa entre la protección medioambiental y las detonaciones nucleares. El Tratado distingue en primer lugar, artículos 1 y 2, entre los Estados Parte pose-

---

<sup>35</sup> Abierto a la firma el 24 de Septiembre de 1996, no está en vigor por la falta de los instrumentos de ratificación exigidos.

<sup>36</sup> Aprobado por Resolución de la Asamblea General 2373/XXII, y abierto a la firma en Londres, Washington y Moscú el 1 de Julio de 1968, está en vigor desde el 5 de Marzo de 1970.

edores de armas nucleares y los no poseedores, estableciendo obligaciones diferentes para cada uno de esos grupos de Estados, de tal modo que:

– Artículo 1: «Cada Estado poseedor de armas nucleares que sea Parte en el Tratado se compromete a no traspasar a nadie armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos ni el control sobre tales armas o dispositivos explosivos, sea directa o indirectamente; y a no ayudar, alentar o inducir en forma alguna a ningún Estado no poseedor de armas nucleares a fabricar o adquirir de otra manera armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos, ni el control sobre tales armas o dispositivos explosivos».

No contempla el texto la posibilidad de que un Estado poseedor de armas nucleares las despliegue en territorio de otro Estado; este comportamiento no puede ser englobado en ninguno de los compromisos descritos más arriba, por lo que se puede afirmar que no es objeto de prohibición. Sin embargo, el artículo séptimo puede utilizarse para de algún modo acotar esa posibilidad, al reconocer «... el derecho de cualquier grupo de Estados a concertar tratados regionales a fin de asegurar la ausencia total de armas nucleares en sus respectivos territorios.» Queda abierta la puerta a la existencia de las llamadas «zonas desnuclearizadas o libres de armas nucleares», que de conformidad con la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/3472B (XXX), de 11 de Diciembre de 1975, se pueden definir como aquellas en las que un grupo de Estados convienen mediante un tratado la ausencia total de armas nucleares. Se trata tanto de zonas sujetas a la soberanía de los Estados como no sometidas a ésta. En la actualidad se reconocen las siguientes zonas, la Antártida, el espacio ultraterrestre, los fondos marinos, América Latina y el Caribe, el Pacífico Sur, África y el sudeste Asiático.

– Artículo 2: «Cada Estado no poseedor de armas nucleares que sea Parte en el Tratado se compromete a no recibir de nadie ningún traspaso de armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos, ni el control sobre tales armas o dispositivos explosivos, sea directa o indirectamente; a no fabricar ni adquirir de otra manera armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos; y a no recabar ni recibir ayuda alguna para la fabricación de armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos».

Añade, además, el párrafo segundo del artículo 3 otra obligación para las Partes:

«Cada Estado Parte en el Tratado se compromete a no proporcionar:

- a) materiales básicos o materiales fisiónables especiales, ni
- b) equipo o materiales especialmente concebidos o preparados para el tratamiento, utilización o producción de materiales fisiónables especiales, a ningún Estado no poseedor de armas nucleares, para fines pacíficos, a menos que esos materiales básicos o materiales fisiónables especiales sean sometidos a las salvaguardias exigidas por el presente artículo».

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Parte no poseedores de armas nucleares, establece el artículo 3 un sistema de salvaguardia a través de la formalización de un acuerdo con el Organismo Internacional de la Energía Atómica, de conformidad con el Estatuto de este Organismo y su sistema de salvaguardias, «... a efectos únicamente de verificar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por ese estado en virtud de este Tratado con miras a impedir que la energía nuclear se desvíe de usos pacíficos hacia armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos ...»

Para contrarrestar estas prohibiciones y restricciones los artículos 4 y 5 establecen una serie de contrapartidas, a saber:

– El Tratado no será interpretado en el sentido que pueda afectar «... al derecho inalienable de todas las Partes del Tratado de desarrollar la investigación, la producción y la utilización de la energía nuclear con fines pacíficos sin discriminación y de conformidad con los artículos I y II de este Tratado».

– En el párrafo segundo se recoge el compromiso de todas las Partes de «... facilitar el más amplio intercambio posible de equipos, materiales e información científica y tecnológica para los usos pacíficos de la energía nuclear y tienen el derecho a participar en ese intercambio.»

– Asimismo, las Partes en el Tratado que estén en situación de hacerlo deberán «... cooperar para contribuir, por si solas o junto con otros Estados u organizaciones internacionales, al mayor desarrollo de las aplicaciones de la energía nuclear con fines pacíficos, especialmente en los territorios de los Estados no poseedores de armas nucleares Partes en el Tratado, teniendo debidamente en cuenta las necesidades de las regiones en desarrollo del mundo».

– Por su parte, el artículo 5 determina que, bajo la observación internacional y por los procedimientos internacionales apropiados, «... los beneficios potenciales de toda aplicación pacífica de las explosiones

nucleares sean asequibles sobre bases no discriminatorias a los Estados no poseedores de armas nucleares Partes en el tratado, que el costo para dichas Partes de los dispositivos explosivos que se empleen sea lo más bajo posible y excluya todo gasto por concepto de investigación y desarrollo.

Estos beneficios los obtendrán los Estados Parte no poseedores de armas nucleares en virtud de uno o más acuerdos internacionales especiales, por conducto de un organismo internacional apropiado en el que estén adecuadamente representados este grupo de Estados».

No se puede concluir la referencia al uso de armas nucleares sin hacer mención de la Opinión Consultiva sobre licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 8 de Julio de 1996. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 49/75K (1994), presentó una solicitud a la Corte Internacional de Justicia para que esta emitiera una opinión consultiva sobre la cuestión siguiente: «¿autoriza el derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?».

El hecho de que la pregunta se realice en términos permisivos y no prohibitivos, lleva a algunos Estados a mantener que el empleo de las armas nucleares es ilícito a no ser que una norma permita lo contrario; otros Estados, basándose en el Caso Lotus, en el que la Corte determinó que «no se pueden... presumir las restricciones que se imponen a la independencia de los Estados», consideran que su empleo es lícito, a no ser que una norma de Derecho Internacional prohíba su uso.

La Corte en su dictamen declara que en el Derecho Internacional no se «autoriza específicamente la amenaza o el empleo de armas nucleares», pero tampoco contiene «una prohibición total y universal de la amenaza o del empleo de las armas nucleares como tales». La Corte entonces, para llegar a su conclusión final, examina los Principios del Derecho Internacional, el propio Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario.

Respecto de los Principios enumera una serie de los que considera son la base del Derecho Humanitario, los principios cardinales:

– El principio de distinción: Indica la Corte que este principio «tiene como objeto la protección de la población civil y los bienes civiles y se hace la distinción entre los combatientes y los no combatientes», debido al objeto de la consulta procede a examinarlo desde el punto de vista de las consecuencias del empleo de determinadas armas.

– El principio de prohibición del empleo de armas de efectos indiscriminados: La Corte lo enuncia diciendo que «Los Estados nunca habrán

de atacar a los civiles y, por consiguiente, jamás deberán emplear armas que no puedan distinguir objetivos civiles y militares»<sup>37</sup>.

«Al aplicar esta norma al caso presente, la Corte no puede... dejar de tener en cuenta algunas características únicas de las arma nucleares...

... las armas nucleares son artefactos explosivos cuya energía se debe a la fusión o fisión del átomo. Por su índole misma, este proceso... libera no solamente enormes cantidades de calor y de energía, sino también una potente y prolongada radiación... Estas características hacen que el arma nuclear sea potencialmente de índole catastrófica. El poder destructor de las armas nucleares no puede detenerse ni en el espacio ni en el tiempo. Tienen el poder de destruir toda civilización así como el ecosistema de todo el planeta ... La radiación emitida por una explosión nuclear afectaría a la salud, la agricultura, los recursos naturales y la demografía de muy extensas regiones. Por añadidura, el empleo de armas nucleares constituiría un grave peligro para las generaciones futuras. La radiación ionizante puede atentar contra el medio ambiente, la cadena alimentaria y el ecosistema marino en el futuro y provocar taras y enfermedades en las generaciones futuras»<sup>38</sup>.

Pero precisamente por estas características concluye la Corte en «... que no dispone de suficientes elementos para concluir con certeza que el empleo de las armas nucleares estaría necesariamente en contradicción con los principios y las normas del derecho aplicable en los conflictos armados en todas las circunstancias»<sup>39</sup>. No obstante, como relata Doswald-Beck la mayoría de los jueces considera que «las armas nucleares tienen intrínsecamente efectos indiscriminados; para ello, no se basan en la capacidad inicial de dirigir cualquier sistema de arma nuclear contra un blanco, sino en sus perniciosos efectos incontrolables, es decir, que no pueden hacer una distinción adecuada entre los bienes civiles y las personas civiles, por un lado, y los combatientes y los objetivos militares por otro»<sup>40</sup>.

– La prohibición de emplear armas que causan sufrimientos innecesarios o males superfluos: La Opinión afirma que «está prohibido, por consiguiente, emplear armas que les causen tal daño o agraven inútilmente sus sufrimientos... es decir, que causen mayores sufrimientos que los daños

---

<sup>37</sup> Párrafo 78 de la Opinión Consultiva sobre licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 8 de Julio de 1996.

<sup>38</sup> *Ibid.*, Párr.35.

<sup>39</sup> *Ibid.*, Párr.95.

<sup>40</sup> Doswald-Beck Louise, «El Derecho Internacional Humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares». *Revista Internacional de la Cruz Roja No. 139, pp. 37-58.*

que supone el logro de objetivos militares legítimos»<sup>41</sup>, pero no obstante lo expresado, la Corte no puede tomar una decisión definitiva útil para todos los supuestos.

– Amenazar con violar las normas de derecho humanitario: La posición de la Corte es clara, «si el uso previsto de las armas no cumple con los requisitos del derecho humanitario, amenazar con recurrir a ellas también será contrario a este derecho»<sup>42</sup>.

En relación con el Derecho Internacional, y en primer lugar por lo que respecta al Derecho de los Derechos Humanos, alegaban algunos Estados que todo empleo de armas nucleares violaría el derecho a la vida, estipulado en el artículo 6 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos; la Corte, por su parte concluye que «En principio, el derecho de no ser privado arbitrariamente de la propia vida se aplica también a las hostilidades. Sin embargo, el criterio para decidir qué es una privación arbitraria de la vida es determinado por la *lex specialis* aplicable, es decir, el derecho aplicable a los conflictos armados, cuyo objeto es regular la conducción de las hostilidades»<sup>43</sup>, el artículo 6 nada aporta de sustancial al derecho de los conflictos armados.

En segundo lugar, y de mayor relevancia para el objeto del presente estudio, en cuanto al Derecho del Medio Ambiente, reconoce «La existencia de una obligación general de los Estados de cerciorarse de que las actividades desplegadas en el marco de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de los demás Estados o regiones fuera del control nacional forma parte en la actualidad del cuerpo del derecho internacional relativo al medio ambiente»<sup>44</sup>. La Corte declara el deber de los Estados de «tener en cuenta las cuestiones relativas al medio ambiente al evaluar lo que es necesario y proporcional, cuando tratan de alcanzar objetivos militares legítimos»<sup>45</sup>. Cita también la Opinión, la Resolución 47/37, de la Asamblea General, aprobada el 25 de Noviembre de 1992, relativa a la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado, declarando que confirma la opinión general de que «... la destrucción del medio ambiente, no justificada por necesidades militares e inmotivada, es claramente contraria al derecho internacional vigente»<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Párrafo 78 de la Opinión Consultiva sobre licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 8 de Julio de 1996.

<sup>42</sup> *Ibid.*, Párr.78.

<sup>43</sup> *Ibid.*, Párr.25.

<sup>44</sup> *Ibid.*, Párr.29.

<sup>45</sup> *Ibid.*, Párr.30.

<sup>46</sup> *Ibid.*, Párr.32.

Por último y respecto al Derecho Internacional Humanitario declara la Corte que «La amenaza o el empleo de las armas nucleares también deberá ser compatible con las exigencias del derecho internacional aplicable en los conflictos armados, particularmente con los principios y las normas del derecho internacional humanitario, así como con las obligaciones específicas, de conformidad con los tratados y otros compromisos referentes específicamente a las armas nucleares»<sup>47</sup>.

A este respecto, Greenwood<sup>48</sup>, realiza tres comentarios:

– La Corte concluye que no hay una prohibición específica y universal en el derecho consuetudinario, ni en el derecho convencional del empleo de las armas nucleares, tampoco se incluyen este tipo de armas en las disposiciones que prohíben el empleo de armas envenenadas, químicas o bacteriológicas.

– A falta de esa prohibición concreta habrá que acudir a los principios más generales.

– El empleo de las armas nucleares violaría inevitablemente el *ius in bello*, pero bajo alguna circunstancia no determinada el *ius ad bellum* justificaría su uso.

Concluye este autor diciendo que «la Corte comprueba con acierto que el derecho internacional no contiene en el presente una prohibición específica del empleo de las armas nucleares. Todo empleo de un arma nuclear ha de estar sujeto a los principios generales del derecho relativos al recurso a la fuerza y al derecho internacional humanitario. Según dichos principios, no cabe formular la determinación abstracta de que, desatendiendo las circunstancias que podrían darse en cualquier momento en el futuro, ningún empleo de arma nuclear, sea del tipo que sea, podría avenirse con ello en todo momento».

• Armas Químicas: Considerada por la doctrina como el convenio más completo sobre desarme, la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, de 13 de Enero de 1993, entró en vigor el 29 de Abril de 1997<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, Parte Dispositiva, Párr. 105(2) E.

<sup>48</sup> Greenwood Christopher, «Opinión consultiva sobre las armas nucleares y la contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario». *Revista Internacional de la Cruz Roja No. 139*, pp. 69-08.

<sup>49</sup> El texto final de la Convención está basado en un Proyecto de Convención sobre prohibición de armas químicas presentado por Estados Unidos a la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984. Al texto le acompañan tres Anexos, a saber: Anexo sobre Sustancias Químicas, Anexo sobre la Aplicación y la verificación y Anexo sobre la protección de la Información Confidencial.

En el Preámbulo de dicho Convenio se pone de manifiesto que «... los logros obtenidos por la química deben utilizarse exclusivamente en beneficio de la humanidad» y se expresa el deseo «... de promover el libre comercio de sustancias químicas, así como la cooperación internacional y el intercambio de información científica y técnica en la esfera de las actividades químicas para fines no prohibidos por la presente Convención, con miras a acrecentar el desarrollo económico y tecnológico de todos los Estados Partes», en el convencimiento de que «... la prohibición completa y eficaz del desarrollo, la producción, la adquisición, el almacenamiento, la retención, la transferencia y el empleo de armas químicas y la destrucción de esas armas representan un paso necesario hacia el logro de esos objetivos comunes».

El artículo II de la Convención recoge las definiciones de una serie de conceptos y criterios<sup>50</sup>. Por su parte el artículo III determina la obligación

---

<sup>50</sup> 1. «Por «armas químicas» se entiende, conjunta o separadamente:

a) Las sustancias químicas tóxicas o sus precursores, salvo cuando se destinen a fines no prohibidos por la presente Convención, siempre que los tipos y cantidades de que se trate sean compatibles con esos fines;

b) Las municiones o dispositivos destinados de modo expreso a causar la muerte o lesiones mediante las propiedades tóxicas de las sustancias especificadas en el apartado a) que libere el empleo de esas municiones o dispositivos;

c) Cualquier equipo destinado de modo expreso a ser utilizado directamente en relación con el empleo de las municiones o dispositivos especificados en el apartado b).

2. Por «sustancia química tóxica» se entiende: Toda sustancia química que por su acción química sobre los procesos virtuales pueda causar la muerte, la incapacidad temporal o lesiones permanentes a seres humanos o animales. Quedan incluidas todas las sustancias químicas de esa clase, cualquiera que sea su origen o método de producción y ya sea que se produzcan en instalaciones, como municiones o de otro modo.

(A los efectos de la aplicación de la presente Convención, las sustancias químicas tóxicas respecto de las que se ha previsto la aplicación de medidas de verificación están enumeradas en las Listas incluidas en el Anexo sobre sustancias químicas.)

5. Por «antiguas armas químicas» se entiende:

a) Las armas químicas producidas antes de 1925;

b) Las armas químicas producidas entre 1925 y 1946 que se han deteriorado en tal medida que no pueden ya emplearse como armas químicas.

6. Por «armas químicas abandonadas» se entiende: Las armas químicas, incluidas las antiguas armas químicas, abandonadas por un Estado, después del 1 de enero de 1925, en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de este último.

7. Por «agente de represión de disturbios» se entiende: Cualquier sustancia química no enumerada en una Lista, que puede producir rápidamente en los seres humanos una irritación sensorial o efectos incapacitantes físicos que desaparecen en breve tiempo después de concluida la exposición al agente.

8. Por «instalación de producción de armas químicas» se entiende:

a) Todo equipo, así como cualquier edificio en que esté emplazado ese equipo, que haya sido diseñado, construido o utilizado en cualquier momento desde el 1 de enero de 1946:

de los Estados Parte de que, como máximo a los treinta días de la entrada en vigor de la Convención tendrán que formular una serie de declaraciones respecto de las armas químicas, de las antiguas armas químicas y las abandonadas, las instalaciones de producción de armas químicas, respecto de las demás instalaciones y respecto a los agentes de represión de disturbios. En estas declaraciones, con carácter general y sin ánimo de ser exhaustivos, se recogerá la propiedad o posesión de cualquier arma química, con un inventario detallado, el lugar donde se sitúan, la transferencia o recepción directa o indirecta de este tipo de armas, la propiedad o posesión dividida entre dos Estados, la existencia de armas químicas abandonadas en su territorio, el abandono en territorio de otros Estados, y similares circunstancias respecto a las instalaciones de producción...

En cuanto al ámbito de aplicación de la Convención hay que estar a lo dispuesto en el artículo IV, punto primero, que determina que: «Las disposiciones del presente artículo y los procedimientos detallados para su eje-

---

i) Como parte de la etapa de la producción de sustancias químicas («etapa tecnológica final») en la que las corrientes de materiales comprendan, cuando el equipo esté en funcionamiento:

1) Cualquier sustancia química enumerada en la Lista 1 del Anexo sobre sustancias químicas;

2) Cualquier otra sustancia química que no tenga aplicaciones, en cantidad superior a una tonelada al año, en el territorio de un Estado Parte o en cualquier otro lugar bajo su jurisdicción o control, para fines no prohibidos por la presente Convención, pero que pueda emplearse para fines de armas químicas; o

ii) Para la carga de armas químicas, incluidas, entre otras cosas, la carga de sustancias químicas enumeradas en la Lista 1 en municiones, dispositivos o contenedores de almacenamiento a granel; la carga de sustancias químicas en contenedores que formen parte de municiones y dispositivos binarios montados o en submuniciones químicas que formen parte de municiones y dispositivos unitarios montados, y la carga de los contenedores y submuniciones químicas en las municiones y dispositivos respectivos;

10. Por «capacidad de producción» se entiende:

El potencial cuantitativo anual de fabricación de una sustancia química concreta sobre la base del proceso tecnológico efectivamente utilizado o, en el caso de procesos que no sean todavía operacionales, que se tenga el propósito de utilizar en la instalación pertinente. Se considerará que equivale a la capacidad nominal o, si no se dispone de ésta, a la capacidad según diseño. La capacidad nominal es el producto total en las condiciones más favorables para que la instalación de producción produzca la cantidad máxima en una o más series de pruebas. La capacidad según diseño es el correspondiente producto total calculado teóricamente.

12. A los efectos del artículo VI:

a) Por «producción» de una sustancia química se entiende su formación mediante reacción química;

b) Por «elaboración» de una sustancia química se entiende un proceso físico, tal como la formulación, extracción y purificación, en el que la sustancia química no es convertida en otra;

c) Por «consumo» de una sustancia química se entiende su conversión mediante reacción química en otra sustancia».

cución se aplicarán a todas y cada una de las armas químicas de que tenga propiedad o posesión un Estado Parte o que se encuentren en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control, excepto las antiguas armas químicas y las armas químicas abandonadas a las que se aplica la sección B de la Parte IV del Anexo sobre verificación».

El artículo IV, a continuación, indica que, una vez realizada la declaración prevista en el precepto anterior, los Estados Parte están obligados a facilitar «... el acceso a las armas químicas»; asimismo, «todos los lugares en los que se almacenen o destruyan las armas químicas especificadas en el párrafo 1 serán objeto de verificación sistemática mediante inspección in situ y vigilancia con instrumentos in situ ...», a tal efecto establece, igualmente, que «cada Estado Parte facilitará el acceso a toda instalación de destrucción de armas químicas y sus zonas de almacenamiento de que tenga propiedad o posesión o que se encuentren en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control».

Además establece la obligación de destrucción de las armas químicas de conformidad con el Anexo sobre verificación, cuyo gasto será sufragado por cada Estado. La preocupación por lograr este objetivo se ve reforzada por la obligación, impuesta en el punto decimosegundo, de cooperación con los demás Estados Partes que soliciten información o asistencia de manera bilateral o por conducto de la Secretaría Técnica, en relación a los métodos y tecnologías para la destrucción eficiente de las armas químicas en condiciones de seguridad.

Pero, cuál es el propósito de la Convención, el Tratado no prohíbe las armas químicas, sino algunos usos o propósitos de utilización que se vayan a hacer de ellas. Distingue la Convención entre actuaciones prohibidas y no prohibidas, de modo que:

– El artículo I, establece una serie de obligaciones generales, que prohíben los siguientes comportamientos.

a) No desarrollar, producir, adquirir de otro modo, almacenar o conservar armas químicas ni a transferir esas armas a nadie, directa o indirectamente;

b) No emplear armas químicas;

c) No iniciar preparativos militares para el empleo de armas químicas;

d) No ayudar, alentar o inducir de cualquier manera a nadie a que realice cualquier actividad prohibida a los Estados Partes por la presente Convención.

e) No emplear agentes de represión de disturbios como método de guerra.

Asimismo establece una serie de obligaciones relativas a la destrucción:

a) Compromiso de destruir las armas químicas de que tenga propiedad o posesión o que se encuentren en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.

b) Compromiso de destruir todas las armas químicas que haya abandonado en el territorio de otro Estado Parte, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.

c) Compromiso de destruir toda instalación de producción de armas químicas de que tenga propiedad o posesión o que se encuentre en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.

– Por su parte el artículo II, punto noveno, determina las actividades no prohibidas por la Convención:

a) Actividades industriales, agrícolas, de investigación, médicas, farmacéuticas o realizadas con otros fines pacíficos;

b) Fines de protección; es decir, los relacionados directamente con la protección contra sustancias químicas tóxicas y contra armas químicas;

c) Fines militares no relacionados con el empleo de armas químicas y que no dependen de las propiedades tóxicas de las sustancias químicas como método de guerra;

d) Mantenimiento del orden, incluida la represión interna de disturbios.

Este planteamiento de la cuestión, denominado por la doctrina «el criterio del propósito general», ofrece la ventaja de que al no prohibir sustancias químicas concretas, los futuros descubrimientos de éstas no quedan al margen de la Convención, dado que cualquiera de ellas quedará automáticamente prohibida a no ser que se ubique en las actividades permitidas por el texto. El amplio uso que se puede dar a este tipo de sustancias, ya civil, ya militar, y las dificultades que esto plantea a la hora de su control, se disminuyen a la hora de discriminar entre actividades prohibidas y no prohibidas, no siendo necesaria la valoración de la amenaza que supone cada sustancia química.

Respecto de los herbicidas, hay que tener presente que el párrafo séptimo del Preámbulo de la Convención reconoce la prohibición, incluida en los acuerdos correspondientes, y principios pertinentes de Derecho Internacional, del empleo de herbicidas como método de guerra por lo que se permite su uso, siempre y cuando no pueda considerarse método de guerra. No se recoge, sin embargo, en el articulado de la Convención ninguna prohibición de los herbicidas o defoliantes, por lo que habrá que estar a la normativa nacional, a la normativa concreta de Derecho Internacional y a los Principios Generales como se establece en el Preámbulo.

## II. La protección del medio ambiente como objetivo militar

Como pone de manifiesto Fernández Flores, al hablar de objetivos en general nos referimos tanto al objetivo último de la guerra como a los objetivos concretos de las batallas y de los combates, el primero de ellos sería la destrucción del enemigo, sino en sentido estricto, si hasta el punto de que posibilite la imposición de los condicionamientos propios; y respecto de los objetivos concretos, harían referencia a los elementos concretos de la acción bélica. A estos últimos es a los que denominamos *objetivos militares*, definidos por el autor citado como: «aquellos instrumentos de hostilidad de una Parte contendiente, cuya destrucción, anulación o captura, total o parcial, se convierten en el fin directo, concreto y fundamental de la acción de la Parte adversa. Y así, unas veces, habla de objetivos militares cuando se refiere a las fuerzas armadas adversarias y otras lo hace con relación a los elementos materiales que utiliza el adversario para su esfuerzo bélico»<sup>51</sup>.

La determinación de lo que constituye un objetivo militar se realiza apoyada en la concreción de lo que no lo es, puesto que los objetivos militares son elementos que están directa o indirectamente al servicio del esfuerzo bélico de una Parte beligerante, en tanto que los demás elementos, que no constituyen un objetivo militar, quedan al margen del citado esfuerzo y por lo tanto no deben ser atacados. El Medio Ambiente se coloca dentro de este segundo grupo y por ello fuera del concepto de objetivo militar, dicha ubicación le protege así de las consecuencias de la guerra. Pasamos a examinar como el Derecho de los Conflictos Armados regula los objetivos militares, y el modo en que, directa o indirectamente, se refiere al Medio Ambiente.

- El llamado Código Lieber<sup>52</sup>, usado como base principal para elaborar los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, se sitúa en una época en la que el recurso a la fuerza constituía un instrumento lícito de la política, lo que se acredita en su artículo 67<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Fernández-Flores y de Funes José Luis, *El Derecho de los Conflictos Armados: de iure belli, el derecho de la guerra: el derecho internacional humanitario, el derecho humanitario bélico*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2001, p. 479.

<sup>52</sup> Instructions for the Government of Armies in the Field, 24 de Abril de 1863, preparadas por Francis Lieber durante la Guerra Civil Norteamericana y promulgadas por el Presidente Lincoln como Ordenes Generales N.º 100.

<sup>53</sup> Artículo 67: «El derecho de gentes permite que cada Gobierno soberano haga la guerra contra otro Estado soberano, y, por lo tanto, no admite normas o leyes diferentes de las de la guerra regular, por lo que respecta al trato de los prisioneros de guerra, aunque estos pertenezcan al ejército de un gobierno que el captor pueda considerar un agresor cruel e injusto».

El Código Lieber se consideró en su época un reflejo del derecho consuetudinario, y fue empleado en la Conferencia de Bruselas de 1874, como base para el primer intento de codificación de estas costumbres.

Prohibía<sup>54</sup> este corpus normativo lo que consideraba una crueldad innecesaria, y en este punto es donde podemos incardinar la protección del medio ambiente<sup>55</sup>. Prohíbe, al hablar de devastación deliberada de una comarca/ distrito, la destrucción de un ámbito espacial, arrasando las edificaciones y asolando los campos y espacios verdes, lo que supone, evidentemente un atentado contra el medio ambiente.

Como señala, Drnas de Clément<sup>56</sup>, «la práctica de los Estados y de los Tribunales Internacionales ha requerido un alto standard de prueba para la calificación de crimen de devastación más allá de las necesidades militares, en el caso de los crímenes juzgados por el Tribunal Militar de Nuremberg,..., el General Jodl fue hallado culpable del crimen de devastación y de aplicar una política de tierra arrasada en el Norte de Noruega y la URSS, al huir frente al avance de tropas soviéticas. En el caso de US v. Von Leeb, en el que fueron juzgados siete comandantes por el Tribunal Militar de los EEUU, se ha señalado que la devastación más allá de la necesidad militar requiere de pruebas detalladas de naturaleza operacional y fáctica, debiéndose reconocer un amplio campo de acción a los comandares militares. En el caso de US v. List, el General Alemán acusado de destrucción y devastación en la provincia noruega de Finnmark más allá de las necesidades militares, arguyó creer que era perseguido por fuerzas rusas, a pesar de hallarse en retirada. El Tribunal entendió que él podía estar en un error al evaluar su situación pero que no

---

<sup>54</sup> Describe la necesidad militar como sigue: Artículo 15: «La necesidad militar admite toda destrucción directa dando muerte o hiriendo a los enemigos armados y a otras personas, cuya destrucción es incidentalmente inevitable en los enfrentamientos armados de la guerra; permite la captura de todo enemigo armado y de todo enemigo importante para el gobierno hostil, o especialmente peligroso para el captor; permite toda destrucción de bienes y obstrucción de caminos y redes de tráfico, viaje o comunicación, y retener los medios de sustento o de vida del enemigo; la apropiación de todo lo que un país enemigo pueda necesitar para la subsistencia y la seguridad de su ejército, y todo engaño que no implique el abuso de buena fe, sean promesas positivas, por lo que atañe a acuerdos firmados durante la guerra, sean vigentes según el moderno derecho de la guerra.»

<sup>55</sup> Artículo 16: «La necesidad militar no admite la crueldad —es decir, infligir sufrimientos por hacer sufrir o como venganza o, lisiar o herir a alguien fuera del combate, o torturar para conseguir confesiones—. No admite, de ningún modo, la utilización de veneno ni la devastación deliberada de un distrito...».

<sup>56</sup> Zlata Drnas de Climent, «El daño deliberado y sustancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra, constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general», *Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y Ensayos, n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

había cometido acto criminal. Similar tipo de argumentación ha sido empleada por miembros de fuerzas militares estadounidenses en el caso relativo a los raids aéreos efectuados durante la Tormenta del Desierto (1991) sobre una fábrica de leche de bebé y el complejo civil de Amariya en Iraq».

- Convenio sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, Segunda Convención de la Haya, 29 de Julio de 1899, que indudablemente nace en una época en la que no se contemplaba la existencia de armas de destrucción masiva ni daños medioambientales, por lo que la protección del medio ambiente debe entenderse recogida en la idea de protección de las personas, de los pueblos o poblaciones, que presuponen la preservación de las condiciones del entorno humano. Así, en su artículo 23, letra A, declara que está «particularmente prohibido» «emplear veneno», si bien podría considerarse que al hablar de veneno lo hace en el sentido de referirse a un instrumento de ataque o de defensa, es decir un medio de dañar al enemigo, si atendemos a la rúbrica del Capítulo I, donde se ubica, «De los medios de dañar al enemigo, de los sitios y de los bombardeos», implica una referencia al objeto del ataque.

En el mismo artículo, letra E, se prohíbe «el uso de armas, proyectiles o materias destinados a causar males superfluos», la importancia de esta prohibición radica en que se refiere a los resultados o consecuencias sobre los objetivos a los que se dirige; entendiéndose, además, por lo que respecta al medio ambiente, que esos males superfluos comprenden los daños causados al entorno humano.

La misma idea la encontramos en la letra G, del artículo en cuestión, al prohibir; «destruir (...), propiedades enemigas, excepto los casos en que estas destrucciones (...) sean imperiosamente reclamadas por las necesidades de la guerra», distingue así entre los daños justificados por las necesidades militares como lo hacía el Código Lieber, y los que no pueden incardinarse en estas. Entre los bienes de propiedad del colectivo de una población civil se hallan los recursos naturales, resultando por lo tanto prohibida su destrucción, salvo que resulte imprescindible para la necesidades militares...

Finalmente, y por lo que nos interesa respecto del Medio Ambiente, el artículo 55, prohíbe a la potencia ocupante de un territorio, que actúe como administrador o usufructuario, el daño deliberado a montes y explotaciones agrícolas, imponiéndole las reglas del usufructo.

- IV Convención de La Haya de 1907, relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre y su Reglamento: Este texto tiene especial relevancia por la protección indirecta del medio ambiente que se puede extraer de él. En primer lugar destaca su artículo 22 que determina

Artículo 22: «los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo».

La protección medioambiental solo opera de modo tangencial y respecto del uso de determinadas armas.

De mayor trascendencia para el tema que nos ocupa es su artículo 23 que prohíbe, letra e), «el empleo de armas, proyectiles o materias propias para causar males innecesarios, y letra g), la destrucción de propiedades del enemigo, a menos que tales destrucciones sean exigidas imperiosamente por las necesidades de la guerra».

Hablábamos de protección indirecta del medio ambiente por cuanto resulta necesario realizar una interpretación amplia del concepto de propiedad, para considerarlo incluido en éste y, de nuevo, podemos encontrar justificación en las necesidades de la guerra.

La misma idea cabe expresar respecto del contenido del artículo 25, que prohíbe el ataque a ciudades, pueblos, propiedades y edificios no protegidos militarmente, respecto del cual habría que realizar idéntica labor hermenéutica.

• Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra de 1949, la IV Convención de Ginebra. Si los tres primeros Convenios de Ginebra recogieron la regulación que sobre la respectiva materia existía hasta entonces, el cuarto supuso una novedad al ocuparse de la protección de las personas civiles en tiempo de guerra. Es obvio que ninguno de los cuatro convenios se ocupa del medio ambiente, si bien podemos interpretar algún precepto del último de ellos para introducir el medio ambiente en su ámbito de aplicación. El artículo 53 de la IV Convención de Ginebra, haciéndose eco de lo ya dispuesto en el artículo 23,g) de la IV Convención de la Haya de 1907 dispone que: «Está prohibido que la Potencia ocupante destruya bienes muebles o inmuebles pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares, al Estado o a colectividades públicas, a organizaciones sociales o a cooperativas, excepto en los casos en que tales destrucciones sean absolutamente necesaria a causa de las operaciones bélicas».

La Profesora Domínguez Matés valora el artículo citado en los siguientes términos<sup>57</sup>:

- Falta claridad en el contenido de la expresión bienes.
- El precepto está concebido bajo una concepción patrimonialista del medio ambiente, sólo será protegido si lo incluimos en el concepto de propiedad.

---

<sup>57</sup> Domínguez Matés. Op. Cit. (Nota 11), pp. 56.

– Hay que considerar el precepto en el marco de la época en que se desarrolla, en la que la conciencia ecológica era prácticamente nula, por lo que «sólo indirecta y tangencialmente podríamos considerar actos contra la propiedad por parte de una Potencia ocupante como daños medio ambientales».

Sin perjuicio de estas matizaciones cabe decir, en primer lugar, que el artículo 53 se refiere, únicamente, a la Potencia ocupante, no se trata por lo tanto de una prohibición genérica, sino que la prohibición se circunscribe sólo a los supuestos de ocupación. En segundo lugar, señala como límite a la prohibición la necesidad militar, con lo que las necesidades bélicas ampararían dicha destrucción.

Y por último, considerando que los elementos del entorno humano, que como hemos visto forma parte del concepto de Medio Ambiente, están incluidos en los bienes individuales o colectivos, privados o públicos, podríamos afirmar que el artículo 53 otorga una protección al Medio Ambiente. Para ello la Profesora Domínguez afirma que habría que estar a lo dispuesto no en el Derecho de los Conflictos Armados, sino en el Derecho en tiempo de paz, que sería el que determinaría el alcance de esos derechos de propiedad, lo que, dada la conciencia medio ambiental existente en la actualidad, podría llevarnos a afirmar la titularidad sobre el aire, los recursos marinos, determinados hábitat, la diversidad biológica (Definida por el Convenio sobre Diversidad Biológica como «la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuático y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas»).

• Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra<sup>58</sup>: El Protocolo Adicional I, relativo a los conflictos armados con carácter internacional, en relación con el Medio Ambiente supuso una expansión respecto de los primeros borradores, el handicap de este logro es que dichas posiciones no fueran recogidas en el PAII, relativo a los conflictos armados sin carácter internacional. En el PAI podemos distinguir una protección directa del

---

<sup>58</sup> En las décadas de los cincuenta y sesenta se produce un movimiento favorable a una revisión y ampliación del Derecho Internacional Humanitario como consecuencia de las experiencias bélicas acontecidas. Por parte del Comité Internacional de la Cruz Roja hubo varios llamamientos en ese sentido. Finalmente, y tras una ardua fase previa, entre los años 1974 y 1977 se llevaría a cabo la Conferencia Diplomática relativa a la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados que, a lo largo de cuatro sesiones culminaron, tras veinte años de desarrollo, en una aceptación general de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra.

medio ambiente que se halla en los artículos 49, 55, 35 párrafo 3.º y 36, y una protección indirecta que encontramos en el artículo 54.2 y 56.

Antes de entrar a valorar cada una de ellas resulta conveniente delimitar el ámbito de aplicación del PAI. Este Protocolo Adicional se aplica según su artículo 1.3 «... a las situaciones previstas en el artículo 2 común» a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949. Dicho artículo 2 establece por su parte que: «... se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.

El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parta Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar.

Si una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán, además, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones».

A diferencia de la Convención ENMOD, ya examinada, la definición de conflicto armado del artículo 2 común, exige un mínimo de intensidad de violencia, por lo que queda excluida la amenaza o intimidación, que constituye el escalón más bajo de violencia; además y, por lo que respecta al daño al medio ambiente, éste debe ser consecuencia inmediata de la acción bélica, no un daño secundario producto de la utilización de un determinado medio o método de combate.

Es el artículo 3, común, el que establece el carácter internacional del conflicto, es decir la intervención de sujetos de Derecho Internacional, si bien hay que matizar esta afirmación pues en base al artículo 1.4 del PAI, también se considera parte en el conflicto a los efectos del Protocolo, a aquella entidad estatal, aunque su reconocimiento oficial por la comunidad de Estados no haya sido efectuado, además de los movimientos de liberación nacional o los grupos que luchan contra la segregación racial dentro de un Estado, «... conflictos armados en que lo pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas».

Exige eso sí, el artículo 2, común, que el conflicto surja entre dos o más Partes Contratantes, en el caso de que concurra un beligerante no

Parte en el Convenio, los que lo son estarán obligadas, evidentemente, por éste en sus relaciones recíprocas, quedando obligados también respecto del beligerante no Parte si éste acepta y aplica sus disposiciones.

Queda sin resolver un punto importante en el supuesto de daño ambiental, que presenta entre otras características su facilidad de expansión y el desconocimiento de las fronteras, a saber, qué ocurre si en el desarrollo del conflicto se daña a un tercer Estado no parte.

Por su parte, el artículo 49 relativo a la «Definición de ataques y ámbito de aplicación», en sus párrafos 3.º y 4.º restringe el campo de actuación del PAI al disponer que:

Artículo 49: «1. Se entiende por ataques los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos.

2. Las disposiciones del presente Protocolo respecto a los ataques serán aplicables a todos los ataques en cualquier territorio donde se realicen, inclusive en el territorio nacional que pertenezcan a una Parte en conflicto, pero que se halle bajo el control de una Parte adversa.

3. Las disposiciones de la presente Sección se aplicarán a cualquier operación de guerra terrestre, naval o aérea que pueda afectar en tierra a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil. Se aplicará también a todos los ataques desde el mar o desde el aire contra objetivos en tierra, pero no afectarán de otro modo a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados en el mar o en el aire.

4. Las disposiciones de la presente Sección completan las normas relativas a la protección humanitaria contenidas en el IV Convenio, particularmente en su Título II, y en los demás acuerdos internacionales que obliguen a las Altas partes contratantes, así como las otras normas de derecho internacional que se refieren a la protección de las personas civiles y de los bienes de carácter civil contra los efectos de las hostilidades en tierra, en el mar o en el aire.

Domínguez Matés<sup>59</sup> matiza lo siguiente a este respecto:

1. «Las operaciones de guerra que tengan lugar en el mar o el aire sólo están contempladas cuando su objetivo sean regiones terrestres o, al menos, los efectos directos de dichas actuaciones ocurran en regiones terrestres.» «La guerra en el espacio ultraterrestre es comparable a la de la

---

<sup>59</sup> Domínguez Matés. Op. Cit. (Nota 11), pp. 112-115.

guerra en el mar y en el aire, y, por tanto, ha de estar sometida a las mismas restricciones que estas últimas, siempre y cuando afecten a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil».

Podría admitirse una interpretación amplia y extensa de la exigencia de que el daño se produzca en tierra, pues podemos encontrar actos bélicos acontecidos en el mar que tienen su extensión en tierra; sin embargo la Profesora Domínguez no es partidaria de dicha interpretación, basándose en que en la elaboración del Protocolo Adicional quedó clara la voluntad de «... imponer una restricción a su ámbito de aplicación relativa a la causalidad entre operaciones de guerra y sus consecuencias en tierra». Concluye, por tanto, la citada autora en que «... ha de haber una guerra terrestre o acciones marítimas o aéreas cuyos efectos se entienden directamente en tierra». [Cita como ejemplo de esta afirmación los bombardeos de objetivos terrestres desde el mar y las mareas negras consecuencia de la Guerra de los Petroleros (Tankerwar) en la primera guerra del Golfo].

2. Respecto de la referencia a la «población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil» entiende la Profesora Domínguez que al utilizar el artículo las expresiones «cualquier operación de guerra» y «que pueda afectar», prohíbe los ataques contra objetivos no militares, pero no sólo cuando aquellos se dirigen de modo directo contra éstos sino también aquellos que les afectan de modo colateral.

Por otra parte, la Sección I, del Título IV, bajo la rúbrica «Protección General contra los efectos de las hostilidades», regula la protección de la población civil que no participa en el conflicto, así como su entorno de vida. Es por ello por lo que, el medio utilizado para ello carecería de relevancia, no excluyéndose, a priori, ningún tipo determinado de arma.

Sin embargo esta idea no fue pacífica en el desarrollo de la Conferencia Diplomática, así encontramos quienes consideraron que el PAI se aplica al uso de todo tipo de armas; otros Estados se opusieron a que el Protocolo tratara de armas específicas; otras Delegaciones pretendían que la Conferencia se ocupara de las armas nucleares y prohibiese su empleo, y por último Reino Unido, Francia y Estados Unidos, potencias nucleares, consideraban que la Conferencia no debía abordar la cuestión de este tipo de armas.

Estas posiciones y, sus respectivas declaraciones durante la firma del Protocolo Adicional I y, en las sesiones finales de la Conferencia constituyen lo que se ha dado en denominar «el consenso nuclear», que supone la no aplicación del Protocolo a las armas de destrucción masiva.

Respecto de las armas convencionales, la adopción en 1977 de la Resolución 22(IV) por la Conferencia Diplomática recomendaba la cele-

bración de una conferencia intergubernamental relativa a la limitación o prohibición del empleo de ciertas armas convencionales, que finalmente tuvo lugar en 1979 y 1980, y que dio lugar a la Convención sobre prohibición o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse nocivas o de efectos indiscriminados y de sus tres Protocolos. Cabe concluir, en consecuencia, que las posiciones de las Delegaciones se dirigían a evitar que se incluyera una prohibición expresa de medios y métodos de combate específicos relativos a determinadas clases de armamento, por lo que el PAI se aplica, a nivel general, a todas las armas. Esta idea se ve reforzada por el hecho de que el DIH se compone, no solo de normas convencionales, sino también de normas de carácter consuetudinario y de principios generales y, en este segundo bloque encontramos principios que aparecen también en el Protocolo y que se aplican al uso de armas de destrucción masiva y convencionales.

• *La protección directa del Medio Ambiente en el Protocolo Adicional I*

1.º El **artículo 55 del PAI** recoge una protección directa ante las hostilidades cuando éstas tienen incidencias medio ambientales al decir que:

Artículo 55.1: «En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o supervivencia de la población.

2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.»

Siguiendo el análisis de la Profesora Domínguez<sup>60</sup> examinaremos el presente artículo analizando lo que entendemos en los siguientes extremos:

a) **«Realización de guerra»:** Incluye la utilización de todos los sistemas armamentísticos, nucleares, biológicos, químicos y aquellos que manipulen el Medio Ambiente, además de las actividades de transporte e intendencia, también incluye la investigación, el desarrollo, el montaje, las

---

<sup>60</sup> Domínguez Matés. Op. Cit. (Nota 11), pps. 116-141.

pruebas y las maniobras armamentísticas, así como la conducción del combate psicológico, político y económico cuando con ello se pone en peligro el Medio Ambiente. Pero cabe preguntarse si las acciones dentro del territorio propio o en territorio de Estados no Parte constituirán, o no, actos de guerra. La expresión utilizada por el artículo 55.1 es lo suficientemente amplia para entender que engloba toda acción bélica en el marco de un conflicto armado. No obstante, la Profesora Domínguez intenta acortar esa laxitud confrontando este término con otros que aparecen en el Tratado. Así define:

- Ataque, como sinónimo de acciones ofensivas, mientras que la «realización de la guerra» englobaría tanto las acciones ofensivas como las defensivas.

- Acción bélica, como toda acción en el transcurso del conflicto armado.

- Operaciones militares, como un concepto amplio al igual que el de «realización de la guerra», de la que le separa la acción, ya que operaciones militares define una acción determinada, más específica que la realización de la guerra.

Concluye Domínguez en que «... la suma de las expresiones “ataque” y “operaciones militares” forman el término genérico “realización de la guerra”, lo cual está confirmado por la utilización terminológica según el contexto del articulado del Protocolo I en el que se encuentra ubicado. De este modo, cuando se encuentra la terminología “operaciones militares” responderá siempre a daños a personas civiles y objetos civiles según el artículo 51.1; mientras que la expresión “realización de la guerra” la encontramos relacionada con objetos menos individualizados como pueden ser: “padecer hambre” del artículo 54, párrafo 1.º, o el término “medio ambiente” del artículo 55, párrafo 1.º...».

Por lo tanto, incluye todo sistema de armas con independencia de sus efectos, su construcción o la técnica de la que se compone. Lo que queda excluido de esta expresión es la actividad de investigación, el desarrollo, el almacenamiento y las pruebas de armas, además de las maniobras previas al conflicto pues el artículo 55 exige operaciones militares en marcha.

Vistos los daños que causa, comprende también esta expresión los actos de carácter logístico, de salvamento y camuflaje inherentes al despliegue de las fuerzas armadas en campaña.

Y, retomando la cuestión planteada al hablar del ámbito de actuación del PAI, sobre la relevancia del lugar donde se lleva a cabo la guerra, en relación con el lugar donde se producen los efectos dañinos para el medio

ambiente, concluye la Profesora Domínguez <sup>61</sup>en que es irrelevante, «es decir, las acciones que tuvieron lugar en territorio propio o en territorio de Estado terceros están incluidas en la expresión “realización de la guerra”, cuando sus consecuencias se producen en otro estado».

b) «se velará»: Coincide la doctrina en que el precepto impone una obligación genérica de precaución.

c) «el medio ambiente natural»: A fin de precisar el alcance de esta expresión en el marco del artículo 55 tenemos que utilizar el criterio sistemático de interpretación. Así el artículo 54 determina, en su punto segundo, que:

Artículo 54.2: «Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la Parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito».

y el artículo 56, en su punto primero, declara que:

Artículo 56.1:» Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber, las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil. Los otros objetivos militares ubicados en esas obras o instalaciones, o en sus proximidades, no serán objeto de ataques cuando tales ataques puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil».

No cabe, por tanto, hacer una distinción entre medio ambiente natural y medio ambiente humano, puesto que ambos se conjugan para hablar de medio ambiente.

---

<sup>61</sup> Domínguez Matés. Op. Cit. (Nota 11), p. 134.

Domínguez Mates<sup>62</sup> considera que «En definitiva, debemos, pues ver la definición de “medio ambiente natural” si acaso como un conjunto de todas las condiciones de vida en donde el “medio ambiente humano” sólo constituiría una parte».

Esta afirmación no se ve alterada por la precisión que incluye la segunda frase del párrafo primero del artículo 55, al determinar que «...Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población», sino que se considera que la referencia a la salud o la supervivencia de la población constituye un mero ejemplo de los comportamientos varios que sanciona el artículo 55.

d) «daños extensos, duraderos y graves»: Destacar el uso de la conjunción copulativa a diferencia de lo que hacia la Convención ENMOD.

En cuanto al segundo párrafo, relativo a la prohibición de las represalias contra el Medio Ambiente, se está refiriendo a un ataque intencionado (excluyéndose el ataque cuando es efectuado por fuerzas armadas en su propio territorio), con la extensión que ya dibujó el párrafo primero del precepto.

2.º El **Artículo 35, párrafo tercero**, establece que:

Artículo 35.3: «Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural».

pasamos a analizar las expresiones utilizadas en el precepto:

a) «Métodos o medios de hacer la guerra»: Esta expresión en este artículo tiene el mismo sentido que en el artículo 55.1.

b) «... que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen...»: Basta la intención del que usa esos métodos o medios de hacer la guerra.

c) «daños extensos, duraderos y graves»: Ídem apartado a).

d) Medio Ambiente Natural: Nos remitimos a lo dicho respecto del artículo 35.

Cabe plantearse entonces una comparativa entre el artículo 35.3 y el artículo 55.1:

---

<sup>62</sup> Domínguez Matés. Op. Cit. (Nota 11), p. 136.

A. Hemos visto como el artículo 55,1 queda compelido a los conflictos bélicos con efectos sobre el espacio terrestre, mientras que dicho límite no aparece en el artículo 35.3, por lo que su ámbito de aplicación es más amplio, abarcando el espacio terrestre, marítimo y aéreo.

B. Las acciones del artículo 55 son más extensas que las del artículo 35.3, pues aquel se refiere a la conducción de hostilidades de modo genérico, y éste sólo se aplica respecto del uso de medios y métodos de combate.

C. Las represalias no aparecen en el marco del artículo 35.3 y sí en el párrafo segundo del artículo 55.

3.º El **artículo 36 del PAI** establece que

Artículo 36: «Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante».

De la redacción de este precepto cabe extraer las siguientes conclusiones:

– El artículo habla del «estudio, desarrollo, adquisición o adopción de una nueva arma o nuevos medios o métodos de guerra», se refiere a acciones destinadas a la investigación o producción de sistemas de armas en general.

Respecto de las acciones recoge la totalidad del iter de preparación del uso de armas, es decir, investigación, construcción, prueba, fabricación, y llegado el caso cesión a terceros.

Respecto de las técnicas, Domínguez Matés, define los medios y métodos como «todos los objetos, herramientas e instalaciones, así como todas las formas de utilización, procedimientos y técnicas que pueden ser utilizados en un conflicto armado para producir daño»<sup>63</sup>. Se excluyen, por tanto, en este punto los procedimientos de logística y transporte.

Respecto del adjetivo nuevo, incluiría tanto los medios y métodos hasta ahora inexistentes, como el uso diferente de técnicas que ya existían.

– No se circunscribe su aplicación a situaciones bélicas concretas, por lo que será tenido en cuenta tanto en periodo de paz como de conflictos armados.

---

<sup>63</sup> Domínguez Matés. Op. Cit. (Nota 11), p. 146.

– Se extiende la obligación que impone no sólo desde el punto de vista del Protocolo, sino desde la óptica de todo el Derecho Internacional aplicable a la Parte Contratante.

– La obligación impuesta por el artículo 36 es la de determinar la ilicitud, o no, conforme al Protocolo Adicional y al Derecho Internacional; nada dice al respecto de lo que están obligados a hacer las Partes en el caso de que lleguen a esa conclusión, dejándole, por tanto, total libertad en ese punto.

• *La Protección indirecta del Medio Ambiente en el Protocolo Adicional I*

**1. El artículo 54.2 del Protocolo Adicional I establece que:**

Artículo 54.2. «Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o la Parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito».

En primer lugar y, respecto de su contenido, hay que decir que la cita de este artículo es meramente ejemplificativa, de ahí el uso de la expresión «tales como»; y en segundo lugar, hay que señalar que de esos bienes que enumera, algunos de ellos (los cultivos, instalaciones de riego, el agua potable), están claramente dentro del concepto de Medio Ambiente que hemos venido utilizando.

**2. El artículo 56** otorga protección a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, y que define en su punto primero

Artículo 56.1. «... las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica,

para continuar diciendo que

no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil. Los objetivos militares ubicados en esas obras o instalaciones, o en

sus proximidades, no serán objeto de ataques cuando tales ataques puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil».

El Medio Ambiente puede ser una víctima clara de «esas fuerzas», y es evidente que la afección del entorno medio ambiental tiene como consecuencia «pérdidas importantes en la población civil» que es el resultado exigido por el precepto.

En el punto segundo de este artículo se prevén los supuestos de cese de la protección sobre instalaciones cuando éstas sean utilizadas «... en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares, y si tales ataques son el único medio factible de poner fin a tal apoyo», entrando en juego de este modo el principio de necesidad militar.

## LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS POR DAÑOS CAUSADOS AL MEDIO AMBIENTE

Difícilmente se lograría una protección eficaz del medio ambiente si la violación de la normativa expuesta no llevase aparejada la correspondiente sanción. La violación de las normas del DIH por parte de un Estado, o de un agente de éste, lleva consigo la responsabilidad internacional de aquel según las reglas generales sobre la responsabilidad de los Estados. Analizamos seguidamente ejemplos de exigencia de esa responsabilidad.

### A. LA ACTUACIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La violación por parte de los Estados de la normativa internacional relativa a la protección del medio ambiente se ha llevado a la Corte Internacional de Justicia en el caso planteado por el gobierno de Serbia-Montenegro, antigua República Federativa de Yugoslavia, contra los diez estados de la OTAN que llevaron a cabo los bombardeos contra este país en 1999, entre los que se encuentra España.

La acusación se basaba, entre otras cosas, en la violación de la obligación de proteger el medio ambiente y alegaba la competencia de la Corte en virtud del artículo 9 del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Adoptado por Resolución 260a de la AG el 9 de Diciembre de 1948, entra en vigor el 12 de Enero de 1951.

En resolución de 2 de Junio de 1999, estimó la Corte que no existía base suficiente para estimar su competencia en relación a España y Estados Unidos. El argumento de nuestro país estribaba en la reserva que realizó al artículo 9 del citado Convenio, en virtud de la cual no consideraba competente a la Corte para controversias con países que no tuvieran una antigüedad de al menos un año, anterior a la denuncia, como Parte en el Estatuto de la Corte.

Con respecto a los otros ocho países habría que esperar al 15 de Diciembre de 2004, para que la CIJ declarase su incompetencia, sin entrar a valorar el fondo del asunto ni tampoco la condición de Serbia Montenegro como Parte en el Convenio de 1948, en el argumento de que, conforme al artículo 93 de la Carta de Naciones Unidas, en relación con el artículo 35 del Estatuto de la CIJ, este país no es miembro de Naciones Unidas y por lo tanto no tiene la cualidad de Parte en el Estatuto de la Corte, lo que provoca la falta de jurisdicción de ésta para conocer del asunto.

A los efectos que nos ocupan hubiera sido muy interesante la valoración del fondo del asunto por la Corte, pero en todo caso la denuncia planteada manifiesta la preocupación por la protección del medio ambiente y la concienciación en la exigencia de responsabilidad, constituyendo un precedente en la reclamación, vía judicial, por violación de la obligación de respetar el medio ambiente.

## B. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA IRAK-KUWAIT

En los últimos días de Julio de 1990, Irak se encontraba en una grave situación económica, su deuda se calculaba a esa fecha en unos ochenta mil millones de dólares como consecuencia del largo conflicto con Irán. Además la reunión prevista por la OPEP para el 26 de ese mes, acentuaba las diferencias entre Bagdad y Kuwait por la intención de éste de rebajar el precio del barril de petróleo, mientras la pretensión del primero era la de subirlo; a ello había que sumar la reclamación de dos mil cuatrocientos millones de dólares de Irak a Kuwait por el petróleo, que según éste, el Emirato le había sustraído de su territorio en la zona de Rúmiala durante la guerra con Irán. Por si todo esto fuera insuficiente, existían tradicionales rivalidades fronterizas, por la reivindicación de Irak de las islas Warbad y Bubiyan situadas en el Golfo Pérsico, frente a la costa kuwaití y aptas para la construcción de instalaciones portuarias.

El conflicto estalla la noche del 1 al 2 de Agosto de 1990, cuando el ejército iraquí invade, mediante un ataque relámpago, el emirato kuwaití,

que ocupa en apenas tres horas, huyendo el gobierno a la vecina Arabia Saudí. El día 8 Sadam Hussein decide la anexión total e irreversible del país ocupado, y días después hace un llamamiento a la «guerra santa» contra Estados Unidos y una propuesta para la paz en Oriente Próximo.

La respuesta a esta acción fue decidida bajo los auspicios de Naciones Unidas, y llevada a cabo principalmente por Estados Unidos, Arabia Saudí, Gran Bretaña, Egipto, Siria y Francia y el apoyo indirecto de otros muchos países. Tras llevar a cabo la operación Tormenta del Desierto, Irak aceptó, en los términos de los aliados, una tregua provisional el 3 de Marzo y el cese del fuego permanente el 6 de Abril.

Las actuaciones bélicas de uno y otro lado afectaron al Medio Ambiente en lo que se ha considerado una de las mayores catástrofes ecológicas de la historia, el impacto medioambiental se sufrió en el medio aéreo, terrestre y acuático de la zona (el territorio se vio afectado por la construcción de trincheras, fortificaciones, por las maniobras y el tránsito continuo de vehículos, el minado y desminado, así como por los bombardeos sufridos; el medio aéreo y marino fue víctima del incendio de pozos petrolíferos, viéndose alteradas las cosechas, las reservas de agua, la circulación atmosférica y con ellas la salud y supervivencia de animales, vegetación y la salud de las personas). El Informe<sup>65</sup> del Director Ejecutivo del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA o UNEP, según las siglas en inglés), sobre las consecuencias medioambientales del conflicto entre Irak y Kuwait, ponía de manifiesto que la ignición de pozos petrolíferos, el vertido de petróleo al mar, la degradación del suelo como consecuencia de construcciones defensivas, vehículos y explosión de munición, así como los efectos medio ambientales de los restos de materiales de guerra habían producido una alteración sustancial del ecosistema terrestre y marino de la zona del Golfo.

Lo primero a destacar es que a los principales actores del conflicto que nos ocupa, Estados Unidos e Irak, le son de aplicación los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, pero no el Protocolo Adicional I, de 1977, por no haberlo ratificado ninguno de los dos países.

Estados Unidos, no solo no ha ratificado el Protocolo Adicional I, sino que en la línea de lo anteriormente expresado, ha dejado clara su oposición a considerar como normas de Derecho Consuetudinario a algunas de las que se estipulan en el articulado del mismo.

---

<sup>65</sup> Environmental Consequences of the Armed Conflict between Iraq and Kuwait, Introductory Report of the executive Director, UNEP/GC. 16/4/Add, 1, 10 Mayo de 1991, pps. 6-10.

De este modo, Estados Unidos ha mantenido una posición contraria a considerar el artículo 35 del PAI como ley consuetudinaria, dicho artículo como hemos visto prohíbe los actos que pudieran causar daños, graves, extensos y duraderos. El argumento norteamericano es que dicha expresión es demasiado amplia y ambigua.

Tampoco considera derecho consuetudinario las restricciones del artículo 56 del PAI sobre el ataque a instalaciones o fábricas peligrosas. La Junta de Jefes de Estado Mayor norteamericana consideró que era militarmente inaceptable, que otorgaba protección a objetivos considerados como militarmente legítimos, y en consecuencia sus manuales militares no establecen límites a fin de proteger el medio ambiente y en la lista de objetivos prohibidos no incluyen fábricas químicas, instalaciones nucleares o pozos de petróleo.

No consideran tampoco prohibida la destrucción de redes energéticas o comunicaciones (líneas ferroviarias, carreteras, puentes, vías de telecomunicaciones) e instalaciones de apoyo que consideren tienen una doble función.

Por el contrario, acepta como derecho consuetudinario, según redacción dada por el PAI, la prohibición de provocar hambre deliberadamente a la población civil, la destrucción intencionada de alimentos, cosechas, ganado y otros objetos indispensables para la supervivencia y la protección otorgada a las instalaciones de agua potable.

Por su parte, Irak que como hemos dicho no ha ratificado el Protocolo Adicional I, a los efectos que nos interesan y a diferencia de los Estados Unidos (que lo firmó en 1977, y realizó el depósito en 1980), tampoco ha procedido a la ratificación de la Convención ENMOD, aunque sí que la firmó en 1977.

En consecuencia, analizaremos las actuaciones de los contendientes en el conflicto teniendo en cuenta las precisiones anteriores, a la luz de las obligaciones que les imponen los tratados en los que son parte y los principios de Derecho Internacional General que les vinculen.

A la destrucción intencionada de los pozos petrolíferos por parte de Irak, le son de aplicación los artículos 23,g) y 55 de la IV Convención de La Haya de 1907, a la que ya nos hemos referido, relativos a la prohibición de destrucción de las propiedades enemigas no justificadas por la necesidad militar. En dicha Convención Irak no es Estado Parte, pero las disposiciones de este texto son consideradas Derecho Internacional General y por lo tanto de obligatorio cumplimiento.

A dicho comportamiento le son también de aplicación los artículos 53, acerca de la prohibición de destrucción de la propiedad enemiga no justi-

ficada por la necesidad militar, y 147, que la tipifica como infracción grave, de la IV Convención de Ginebra de 1949, de la que el estado iraquí si que es Parte.

Indudablemente, tal y como hemos visto, la aplicación de estos preceptos supone una interpretación amplia del concepto de propiedad enemiga que incluya el medio ambiente.

La Profesora Domínguez<sup>66</sup>, por su parte, considera de aplicación las disposiciones del Protocolo Adicional I, artículos 35,3 y 55, ya analizados, y no la Convención ENMOD por considerar que tales comportamientos no constituyen una técnica de modificación medioambiental.

En definitiva, tanto los textos internacionales que serían de aplicación en este supuesto y los principios de Derecho Internacional General, que lo serían al no tener Irak el status de Parte en el resto, se vinculan a la «necesidad militar». Es necesario precisar, por tanto, si la destrucción deliberada de los pozos sirvió a algún propósito militar.

Desde la perspectiva iraquí, la supremacía aliada, la intensidad de su ofensiva aérea y la pobreza de medios del ejército iraquí apoyarían la tesis de que los incendios de los pozos iban dirigidos a dificultar las operaciones del contrario.

En cualquier caso se considera, unánimemente, que la acción iraquí expresada fue gratuita y no justificada por la necesidad militar.

Además, se califica como contraria al principio de limitación del derecho a elegir los medios y métodos de combate de los contendientes. Este principio, que tiene como inmediata consecuencia la prohibición de medios destinados a causar males superfluos, aparece positivizado en el artículo 35.2 del Protocolo Adicional I. En realidad esta prohibición se refiere a lo que tradicionalmente se ha venido llamando «la política de tierra quemada»<sup>67</sup>, y que a lo largo de la historia tiene tristes ejemplos, mayoritariamente relacionados con el medio ambiente.

---

<sup>66</sup> Domínguez Matés. Op. Cit. (Nota 11), p. 318.

<sup>67</sup> La política de tierra quemada fue definida por el Comité Internacional de la Cruz Roja en su comentario al artículo 53 de la IV Convención de Ginebra relativo a la destrucción de bienes muebles e inmuebles: «A word should be said here about operations in which military considerations require recourse to a «scorched earth» policy, i.e. the systematic destruction of whole areas by occupying forces withdrawing before the enemy. Various rulings of the courts after the Second World War held that such tactics were in practice admissible in certain cases, when carried out in exceptional circumstances purely for legitimate military reasons. On the other hand the same rulings severely condemned recourse to measures of general devastation whenever they were wanted, excessive or not warranted by military operations».

A la luz de esto es claro que la destrucción de pozos petrolíferos por Irak constituía una devastación absolutamente gratuita y excesiva, no exigida por las operaciones militares, y por lo tanto contraria al principio que prohíbe la utilización de medios que causen males superfluos.

En el lado contrario, los aliados, realizaron ataques generalizados a las infraestructuras civiles, suministros eléctricos, comunicaciones civiles, medios de transporte e instalaciones de refinamiento, almacenamiento y suministro de petróleo.

Dichos ataques fueron justificados en la aseveración de que eran vitales para la capacidad de cualquier nación de utilizar el poderío militar. El 30 de Enero, el General Schwarzkopf afirmaba que no querían destruir su industria petrolífera pero sí asegurarse de que no tuvieran combustible para sus vehículos; el 11 de Febrero el Teniente General Nelly justificó los ataques a las redes eléctricas y de distribución de agua como dirigidos a dañar la capacidad militar iraquí, y en el mismo sentido el General de Brigada Neal manifestaba que en Basora la infraestructura militar estaba cuidadosamente entretejida con la ciudad.

A Estados Unidos no se le ha exigido responsabilidad alguna por estos ataques, ergo, se justifican por el principio de necesidad militar.

Pero los norteamericanos no atacaron solamente este tipo de instalaciones e infraestructuras, sino que como hemos mencionado tuvieron especial empeño en destruir las instalaciones relacionadas con armas químicas, biológicas y nucleares. Dada la naturaleza de estos objetivos, las consecuencias que dichos ataques pudieron haber tenido, nos hacen pensar inmediatamente en el artículo 56 del Protocolo Adicional I, relativo a la protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. Las declaraciones del Pentágono al respecto de estos ataques afirmaban que se estaban tomando todas las medidas necesarias para evitar o reducir la contaminación. En cualquier caso y como hemos visto los Estados Unidos no han ratificado el PAI y se han cuidado de oponerse a la aplicación del contenido de este precepto como derecho consuetudinario, por lo que tampoco se le ha exigido responsabilidad alguna por el ataque a estos objetivos.

No obstante, los ataques a estos blancos se pueden poner en relación, también, con el principio de proporcionalidad. Es de suponer que en su planeamiento debió evaluarse la ventaja militar a conseguir con estas acciones en relación con las consecuencias catastróficas, tanto humanas como medioambientales, que podían desencadenarse. Y así lo han afirmado las autoridades militares norteamericanas como ha quedado dicho.

La ofensiva aérea por los aliados constituyó un elemento definitorio de este conflicto, se desarrolló desde la primera noche de los ataques hasta el

final de la guerra. Los B-52 arrojaron una variedad de armas antipersonales y antiblindados, desde bombas de caída libre, hasta bombas de racimo y bombas de aire combustible, arrojando alrededor del 30% de las municiones y el 30% del tonelaje.

No obstante las opiniones son unánimes en considerar su uso más como arma psicológica que efectiva, pues el acierto no fue especialmente efectivo en blancos puntuales.

Cabe plantearse entonces, si se vulneró el principio de prohibición de ataques indiscriminados por los aliados. La prohibición se dirige a la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil cuando se da la circunstancia de que haya una concentración de los mismos en determinadas zonas, por lo que este principio no afecta a los bombardeos en zonas donde los bienes o las personas se encuentren dispersos. Como declararon altos mandos militares norteamericanos la logística militar estaba entretejida con las ciudades por lo que eran inevitables los denominados «daños colaterales» que se producen no cuando se atacan objetivos civiles, lo cual está prohibido, sino cuando se atacan objetivos militares cuyos efectos alcanzan también a las personas civiles o bienes de carácter civil. Irak utilizó a civiles y prisioneros para proteger objetivos militares de los ataques aliados, vulnerando de este modo el Derecho de Ginebra, lo que tampoco exculpa a Estados Unidos de su responsabilidad, pero en cualquier caso ésta tampoco se le ha exigido.

En definitiva, las únicas responsabilidades derivadas de este conflicto han recaído sobre Irak, y el procedimiento para exigir las no ha sido el de articular un órgano de jurisdicción internacional para enjuiciar posibles crímenes de guerra sino la constitución de una Comisión de Compensación que pasamos a estudiar.

La Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 29 de Octubre de 1990, Resolución 674, se reafirmaba en que el Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra, de 12 de Agosto de 1949, es de aplicación en este asunto e «...Irak está obligado a cumplir plenamente todas sus disposiciones y en particular es responsable, en virtud del Convenio, por las graves transgresiones que ha cometido, al igual que las personas que cometen u ordenan que se cometan graves transgresiones.»

Seguidamente, la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 2 de Marzo de 1991, Resolución 686, exige a Irak que lleve a la práctica su aceptación de las doce Resoluciones anteriores a ésta y dictadas en el marco del conflicto así como que «acepte en principio su responsabilidad con arreglo al derecho internacional por los daños, los per-

juicios o las lesiones sufridos por Kuwait y por terceros Estados, sus nacionales o empresas, como resultado de la invasión y la ocupación ilegal de Kuwait por Irak».

Por su parte, la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 3 de Abril de 1991, Resolución 687, reafirma que «Irak, sin perjuicio de las deudas y las obligaciones surgidas antes del 2 de Agosto de 1990, que se considerarán por los conductos normales, es responsable ante los gobiernos nacionales y empresas extranjeros, con arreglo al derecho internacional, de toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales, y de todo perjuicio directo resultantes de la invasión y ocupación ilícitas». Asimismo, decide también crear un Fondo para pagar indemnizaciones en respuesta a las reclamaciones que se presenten en virtud de la responsabilidad anteriormente establecida, y establecer una Comisión que administrará tal Fondo. En consecuencia, asigna al Secretario General la tarea de elaborar y presentar al Consejo de Seguridad para su decisión, a más tardar dentro del plazo de treinta días a contar desde la aprobación de la presente resolución, recomendaciones respecto del Fondo para atender el pago de las reclamaciones presentadas y respecto de un programa para la aplicación de estas decisiones incluido lo siguiente:

- Los mecanismos para determinar el nivel apropiado de la contribución de Irak al Fondo, sobre la base de un porcentaje del valor de las exportaciones de petróleo y de productos de él derivados, hasta un máximo que el Secretario General sugerirá al Consejo teniendo en cuenta las necesidades del pueblo de Irak.

- La capacidad de pago de Irak, evaluada conjuntamente con instituciones financieras internacionales y habida cuenta del servicio de la deuda externa y las necesidades de la economía iraquí.

- Los acuerdos para garantizar que se hagan pagos al Fondo.

- El proceso por el cual se asignarán los fondos y se harán pagos en respuesta a las reclamaciones y verificar su validez y resolver las disputas respecto de las reclamaciones en relación con la responsabilidad de Irak.

- La composición de la Comisión que se encargará de la administración del Fondo.

En consecuencia, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, mediante Resolución de 20 de Mayo de 1991, Resolución 692, y recordando la 674, la 686 y la 687, «concernientes a la responsabilidad de Irak ante los gobiernos, los nacionales y las empresas extranjeras, independientemente de sus deudas y obligaciones anteriores al 2 de agosto de 1990, por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales, y por todo perjuicio direc-

to resultante de la invasión y ocupación ilícita de Kuwait por Irak», decide «establecer el Fondo y la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas a la que se hace referencia en el párrafo 18 de la resolución 687 (1991), de conformidad con la sección i del Informe del Secretario General, así como que el Consejo de Administración de la Comisión estará ubicado en la Oficina de Naciones Unidas de Ginebra y que el Consejo de Administración puede decidir si algunas de las actividades de la Comisión deben realizarse en otro lugar.»

Se constituye de este modo, en 1991, la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas (CINU) para tramitar las reclamaciones y pagar las indemnizaciones por las pérdidas, daños o lesiones directos resultantes de la invasión y ocupación ilícitas del Estado de Kuwait por Irak, y para administrar el Fondo creado para pagar esa indemnización, como un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad y de naturaleza cuasijurisdiccional.

Paralelamente se crea el Organismo Público Kuwaití encargado de evaluar las indemnizaciones que se deben pagar por los perjuicios ocasionados por la agresión Iraquí (PAAC), por decreto Amiri n.º6 de 1991, como entidad encargada en nombre de Kuwait de coordinar la respuesta de este país a la tramitación de las reclamaciones en la CINU, presentar reclamaciones en nombre de Kuwait y de las personas físicas y jurídicas kuwaitíes y de desembolsar la indemnización otorgada por la CINU a los reclamantes kuwaitíes.

Las indemnizaciones se pagarán con cargo al Fondo de Indemnización de las Naciones Unidas creado en virtud de la Resolución 692(1991), que funciona con arreglo al Reglamento Financiero y la Reglamentación Financiera detallada de las Naciones Unidas, y goza, de conformidad con el artículo 105 de la Carta de Naciones Unidas y la Convención sobre Prerrogativas e Inmidades de las Naciones Unidas, de 13 de Febrero de 1946, de la personalidad jurídica, facilidades, privilegios e inmidades otorgados a Naciones Unidas.

La Comisión se compone de un Consejo Ejecutivo, Comisarios y una Secretaría<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> El Consejo Ejecutivo: Es el órgano encargado del desarrollo de la política de la Comisión en el marco de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. A tal fin establece los criterios para fijar las indemnizaciones, las reglas y procedimientos de las reclamaciones, las líneas de trabajo para la administración y financiación del Fondo de Compensación y los procedimientos de pago de las indemnizaciones. Periódicamente debe informar al Consejo de Seguridad de sus trabajos. Los miembros del Consejo Ejecutivo son los mismos componentes del Consejo de Seguridad, con sus cinco permanentes. Las decisiones se adoptan por mayoría de al menos nueve de los miembros, teniendo pre-

La Comisión ha aceptado las pretensiones de individuos, corporaciones y gobiernos, suscritas tanto por gobiernos, como por organizaciones internacionales en nombre de individuos que no estaban en posición de presentarlas a través de aquellos.

Desde 1991 ha recibido más de dos millones y medios de reclamaciones, que suponen un total, aproximado, según datos de Naciones Unidas, de trescientos sesenta billones de dólares en compensaciones. Cerca de cien gobiernos han suscrito reclamaciones en nombre de sus nacionales, corporaciones o en nombre propio, y trece oficinas de Naciones Unidas lo han hecho representando individuos que no podían hacerlo a través de sus gobiernos.

El Consejo Ejecutivo ha agrupado las reclamaciones en seis categorías<sup>69</sup>.

---

sente que está expresamente excluido el derecho de veto de los miembros permanentes. Los Comisarios: Su función es verificar y evaluar las reclamaciones y, si procede, determinar si están directamente relacionadas con la invasión y ocupación de Kuwait por Irak. Los Comisarios son elegidos en base a su experiencia y su integridad en áreas relacionadas con el derecho, contabilidad, ingeniería, tasaciones y daños ambientales, teniendo en cuenta que en su designación debe responderse a un criterio de diversidad geográfica. Son elegidos por el Secretario Ejecutivo, de entre un Registro de Expertos que elaboró el Secretario General en 1991, y que es periódicamente actualizado. La Secretaría: Sirve al Consejo Ejecutivo y a los grupos de Comisarios, dando apoyo administrativo, técnico y legal, de igual modo que al Fondo de Compensación.

<sup>69</sup> *Categoría A*: Se trata de pretensiones suscritas por individuos que tuvieron que abandonar Kuwait o Irak en el periodo comprendido entre el día 2 de Agosto de 1990, día de la invasión, hasta el día del alto el fuego, 2 de Marzo de 1991. La cuantía por este tipo de reclamaciones la ha fijado el Consejo en dos mil quinientos dólares para reclamaciones individuales y el doble de esa suma para las familiares. Se recibieron cerca de un millón de este tipo de demandas, y este grupo de reclamaciones fue completado en 1996. *Categoría B*: Se trata de pretensiones suscritas por individuos que sufrieron serios daños personales, o cuyos cónyuges, hijos o padres fallecieron como consecuencia de la invasión y posterior ocupación. La cuantía para reclamaciones individuales se fijó en el mismo montante que para las de categoría A, pero para las familiares se estableció en diez mil dólares. Fueron recibidas en torno a las seis mil reclamaciones, y se concluyó este grupo en 1995. *Categoría C*: En este grupo se sitúan las reclamaciones individuales por daños hasta los cien mil dólares, daños que pueden responder hasta por un total de veintiún tipos de pérdidas, incluyéndose los causados por la salida de Kuwait o Irak, daños físicos y psíquicos, pérdidas de propiedades, pérdidas bancarias, pérdidas en negocios... Se recibieron cerca de medio millón de demandas. En 1999 este grupo de reclamaciones se daba por terminado, sin perjuicio de que el Consejo Ejecutivo pudiera autorizar la presentación de demandas en momento posterior. *Categoría D*: Hablamos del mismo tipo de pretensiones que en el grupo anterior pero por un montante que supere los cien mil dólares. De esta categoría se recibieron en torno a las diez mil reclamaciones. *Categoría E*: Se trata de demandas suscritas por corporaciones, entidades privadas o empresas del sector público, por pérdidas en sus contratos, por el impago de mercancías y servicios, por pérdidas debidas a la destrucción de sus instalaciones, pérdidas de beneficios y pérdidas en el sector del petróleo. Dentro de este grupo de demandas el Consejo estableció cuatro subcategorías, atendiendo al sector al que pertenecía cada una de las empresas demandantes y, a si se trataba de entidades de Kuwait, o no. De esta categoría se computaron cerca de seis mil reclamaciones.

A nuestros efectos la más interesante es la *Categoría F* que agrupa las demandas de gobiernos y organizaciones internacionales por las pérdidas ocasionadas por la evacuación o el apoyo suministrado a ciudadanos nacionales, daños o destrucción a sedes diplomáticas u otras propiedades gubernamentales y daños al medio ambiente. De este grupo de reclamaciones se ha recibido en torno a las trescientas, suscritas por cuarenta y tres gobiernos y seis organizaciones internacionales, que han supuesto un total aproximado de doscientos diez billones de dólares.

Dentro de esta categoría se han organizado cuatro subcategorías<sup>70</sup>. La **F4** se ocupa de Reclamaciones por daños al medio ambiente. La Comisión ha recibido en torno a las doscientas demandas por este motivo que han supuesto unas indemnizaciones de aproximadamente ochenta billones de dólares.

Dentro de esta subcategoría distinguimos dos grupos:

I: Este primer grupo comprende las reclamaciones por daños al medio ambiente y agresiones a los recursos naturales en la región del Golfo Pérsico, incluidos aquellos resultado de los incendios de pozos petrolíferos y los vertidos de petróleo al mar.

II: En este segundo grupo se incluyen las reclamaciones por los gastos que tuvieron que asumir los diferentes gobiernos ajenos a la región del Golfo Pérsico para prestar ayuda a los países directamente afectados por los daños medioambientales. En esta ayuda se considera incluida la asistencia ante los daños producidos por la quema de pozos, las medidas de prevención y limpieza de la contaminación y el suministro de medios y mano de obra para tales tareas.

Al margen de las expresadas también podemos identificar una categoría mixta denominada E/F, que identifica las demandas de aseguradoras y garantistas de exportaciones bajo las categorías E y F.

Todas las pretensiones de la categoría F han sido completadas, a excepción de las correspondientes a la Subcategoría F4.

Una vez identificadas las seis categorías de reclamaciones que hemos visto, el Consejo Ejecutivo elaboró las reglas de *procedimiento de reconocimiento de compensación*. En su primera decisión el Consejo decidió dar prioridad a los demandantes individuales tanto en el proceso de reclamación como en el pago de las indemnizaciones. Especialmente, se dio carác-

---

<sup>70</sup> F1: Se trata de demandas por pérdidas relativas a la salida y evacuación de individuos y daños causados a propiedades de gobiernos y organizaciones internacionales. F2: Agrupa a las reclamaciones de los Gobiernos de Jordania y Arabia Saudí. F3: Esta subcategoría se ocupa de las demandas suscritas por el gobierno de Kuwait, excluyendo las reclamaciones por daños ambientales.

ter urgente a las reclamaciones de las categorías A, B, y C, de modo que, en los últimos años, la Comisión se ha centrado en las reclamaciones del resto de categorías.

Para las categorías D, E y F se aprobó un programa en 1997, cuyo primer paso es el registro, y la colocación de un código informático de acuerdo con los ficheros informáticos. Siempre que sea posible se agruparán aquellas demandas que tengan en común similitudes legales, fácticas y factores de evaluación. Seguidamente, la Secretaría revisará la demanda, comprobando el cumplimiento de los requisitos exigidos, de manera que si éste no fuera correcto se dará el plazo previsto para rectificaciones.

De ahí pasarán al grupo de trabajo de los Comisarios que corresponda, en compañía de la documentación presentada por los reclamantes a iniciativa propia o reclamada por la Secretaría. A la vista de todo ello y realizadas las actuaciones necesarias, a juicio de los Comisarios se fijará la compensación correspondiente. Las cantidades recomendadas por los Comisarios están sujetas a la aprobación del Consejo Ejecutivo que puede modificarla tanto a la baja como al alza, así como devolver el expediente a los Comisarios cuando lo considere oportuno.

La decisión final del Consejo Ejecutivo no es susceptible de recurso o revisión alguna.

Respecto al *procedimiento de pago de las compensaciones*, en una primera fase, se determinó, como hemos visto la prioridad del pago de las indemnizaciones resultado de las reclamaciones de las categorías A, B y C, y únicamente cuando de éstas, las individuales que ascendían a cantidades hasta dos mil quinientos dólares, hubieron sido pagadas se procedió al abono de las correspondientes al resto de categorías.

En una segunda fase, se determinó que continuase la prioridad expresada en la fase anterior para las categorías A y C y para las compensaciones superiores a cien mil dólares de las categorías D, E y F. En Septiembre de 2000 se daba por concluida esta fase y finalizado el pago para las reclamaciones de los grupos A y C.

En la tercera fase se ocupa la Comisión del pago de las reclamaciones de las categorías D, E y F.

Los fondos son puestos a disposición de los gobiernos que han suscrito las reclamaciones individuales, y ellos son los responsables de la distribución de las compensaciones entre los demandantes. En ausencia de gobiernos se realiza la operación a través de organizaciones internacionales.

Tanto unos como otras deben de realizar el pago en el plazo de seis meses, dando cuenta al Consejo Ejecutivo de la cantidad y la fecha del abono. Si no hubiera sido posible realizarlo el montante de la compensa-

ción será devuelto a la Comisión. En esta circunstancia, la Comisión tendrá el depósito hasta que sea localizado el reclamante, en cuyo caso se devolverá la cuantía al gobierno u organización internacional para que proceda de nuevo.

### C. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

Tras una doble lectura la Comisión de Derecho Internacional aprobó el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos en Agosto de 2001<sup>71</sup>, recomendando a la Asamblea General de Naciones Unidas que valorase la posible convocatoria de una conferencia internacional a fin de concertar una convención relativa al tema.

Siguiendo a Pérez González<sup>72</sup> el Proyecto consta de cuatro partes:

– La primera, «El hecho internacionalmente ilícito del Estado», trata de las condiciones que deben darse para que un hecho del Estado de lugar a la responsabilidad internacional de éste.

– La segunda, «Contenido de la responsabilidad internacional del Estado» se refiere a las consecuencias jurídicas para el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito, principalmente la cesación y la reparación.

– La tercera, «Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional de Estado», se refiere a la ejecución de la responsabilidad.

– La cuarta, «Disposiciones Generales».

La responsabilidad internacional surge del hecho internacionalmente ilícito, el citado autor lo define como «un hecho atribuible a un sujeto jurídico-internacional, que constituyendo una violación o infracción del Derecho Internacional, lesiona derechos de otro sujeto u otros sujetos de dicho ordenamiento, o incluso derechos o intereses de los que sería titular la propia comunidad internacional, dando lugar, entre otras consecuencias posibles, a la responsabilidad del sujeto autor del hecho»<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Texto aprobado en segunda lectura por el Comité de Redacción de la Comisión de Derecho Internacional en su 53.º periodo de sesiones (23 de Abril-1 de Junio y 2 de Julio-10 de Agosto de 2001) y anexado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de Diciembre de 2001.

<sup>72</sup> Manuel Pérez González, «La responsabilidad Internacional I. El hecho internacionalmente ilícito». *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Díez de Velasco Manuel, Tecnos, Madrid, Reimpresión 2004.

<sup>73</sup> Pérez González. Op. cit. nota anterior.

En su artículo segundo el Proyecto de artículos determina que «hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) es atribuible al Estado según el Derecho Internacional al Estado y b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado.»

El comportamiento atribuible al Estado es evidente que se lleva a cabo por sus órganos, el Estado ejecuta sus actos a través de un individuo o conjunto de éstos que actúan en calidad de órganos suyos, y es precisamente esa cualidad la que determina la titularidad de la acción como estatal. El artículo 4 del Proyecto determina que se considerará hecho del Estado, según el Derecho Internacional, el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado, tanto si pertenece al gobierno como a una división territorial del Estado. Entendiéndose que órgano incluye toda persona o entidad que tenga su condición según el derecho interno del Estado.

El segundo elemento a tener en cuenta es la violación de una obligación internacional. A los efectos que nos interesan esa violación se concretaría en lo siguiente:

– La violación de los artículos 35, párrafo tres y 55 del PAI, que se consideran parte del Derecho Internacional General.

– El Proyecto de artículos en ningún momento hace referencia o enumera, en cuanto a tal, crimen internacional alguno del Estado; no obstante cabe plantearse si en su Capítulo III<sup>74</sup> podrían inscribirse los crímenes internacionales del Estado, y en particular el crimen ecológico. Si bien la doctrina no es unánime, Domínguez Matés considera<sup>75</sup>, a la luz de los

---

<sup>74</sup> «Capítulo III.–VIOLACIONES GRAVES DE OBLIGACIONES EMANADAS DE NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL. Artículo 40.–Aplicación de este capítulo.

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general. 2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.

Artículo 41.–Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo

1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40. 2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación. 3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional. «

<sup>75</sup> Rosario Domínguez Mates.» La represión judicial de los atentados contra el medio ambiente como crimen de guerra, con especial atención al desarrollo del ordenamiento jurídico español en la materia». Boletín de la Facultad de Derecho. Num.27. 2005.UNED. Madrid.

comentarios a este Capítulo de la propia CDI, que «las obligaciones a las que se refiere este Capítulo tienen su origen en normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse “intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y para los valores humanos más fundamentales” y, entre otras y sin ánimo exhaustivo, se incluyen las normas básicas de derecho humanitario internacional aplicables en los conflictos armados. Al referirse a esas “normas fundamentales o básicas” del Derecho Internacional Humanitario que pueden considerarse imperativas, la Comisión hace alusión a aquellas que constituyen principios inquebrantables del Derecho Internacional consuetudinario». Y como hemos visto en el marco de ese DI consuetudinario ubicamos lo que hemos denominado protección directa del Medio Ambiente en el PAI.

Por último, los artículos 30 y siguientes del Proyecto establecen la responsabilidad derivada de los hechos ilícitos cometidos. Dicha responsabilidad, se concreta en lo siguiente:

- El Estado responsable está obligado a ponerle fin y a ofrecer garantías de no repetición del hecho.
- El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado.
- La reparación íntegra del perjuicio adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción ya sea de manera única o combinada.

## LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS INDIVIDUOS POR DAÑOS CAUSADOS AL MEDIO AMBIENTE.

Tanto si el individuo actúa como individuo-órgano, como si lo hace como mero particular, incurre en responsabilidad; responsabilidad que comprometerá al Estado en el primer caso si actúa en nombre o por cuenta de éste, y que será propia en el segundo.

Como pone de manifiesto Sánchez Patrón<sup>76</sup>, la posibilidad de exigencia de responsabilidad al individuo presenta una doble finalidad:

- Finalidad Preventiva: Se pretende disuadir al individuo de la comisión de atentados contra el medio ambiente.
- Finalidad Represiva: Se le exige una responsabilidad penal, con independencia del carácter de su actuación, sea a nivel de órgano o de particular.

---

<sup>76</sup> José Manuel Sánchez Patrón. «Los atentados contra el Medio Ambiente como crimen de guerra en el Derecho Internacional». Revista de Aranzadi de Derecho Ambiental Num. 27. 2004. Navarra.

## A. PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD

El Proyecto, de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, aprobado en primera lectura en 1991, establecía en su artículo 22, párrafo segundo, letra d), como crimen de guerra, excepcionalmente grave, la utilización de métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que sea dado prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural; previendo, además, la responsabilidad por daños causados al medio ambiente en tiempo de paz en una disposición autónoma.

Sin embargo en la redacción de 1996 se da un nuevo contenido a esta figura y desaparece la referencia a los daños en periodo de paz. Así el artículo 20, letra g), considera crimen de guerra, en conflicto armado, el uso de métodos o medios de hacer la guerra que no están justificados por la necesidad militar, con el propósito de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, poniendo así en peligro la salud o la supervivencia de la población cuando sobrevengan tales daños. Vemos, claramente, como las condiciones del tipo se han ampliado, además de utilizar conceptos jurídicos lo suficientemente amplios que permiten diversas interpretaciones. En un análisis del precepto llegamos a las siguientes conclusiones:

- Se requiere dolo específico, la expresión «con el propósito» no deja lugar a dudas, el objetivo directo de la acción es causar daño al medio ambiente. Ello implica que los daños colaterales, que le afecten, de una acción que se dirige contra un objetivo militar quedan fuera del tipo.

- Introduce el juego del principio de necesidad militar y el de proporcionalidad de los que ya hemos hablado.

- Exige una condición «la puesta en peligro de la salud o de la supervivencia de la población». No se protege, por lo tanto, el medio ambiente per se, sino por su vinculación a la supervivencia del ser humano.

- A la vista de las expresiones «poniendo así en peligro» y «cuando sobrevengan tales daños», se requieren unos daños de naturaleza grave y riesgo cierto.

## B. LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES AD HOC

- *El Tribunal de Nuremberg*: Pese a que no contiene el Estatuto de este Tribunal disposición alguna relativa al Medio Ambiente, se considera el primer precedente de la consideración de atentados contra el medio

ambiente como crimen de guerra. Se localiza la protección de éste en su artículo 6 b), que considera, como infracción de las leyes y costumbres de la guerra, «el pillaje de bienes públicos o privados, la destrucción sin motivo de ciudades y pueblos o la devastación no justificada por exigencias militares». Se deduce, lógicamente, de esta redacción que el precepto hace referencia a la destrucción vasta de la propiedad o de bienes de carácter civil, sin que esté pensando expresamente en el medio ambiente. Es por ello por lo que, atendiendo al carácter no limitativo de la enumeración de las violaciones de las leyes o uso de la guerra que el propio artículo establece de modo expreso, serían punibles aquellos actos contra el medio ambiente especialmente graves. Ello dio lugar al conocido como Hostage Trial (Estados Unidos v. List) donde se juzgó al General alemán Rendulic por la extensa destrucción de bosques en la provincia noruega de Finmark. El citado General fue acusado de la destrucción de casas y sistemas de comunicación e irrigación como medida preventiva al posible avance ruso, se le imputó el haber llevado a cabo una política de «tierra quemada» y aunque no fue encontrado culpable al considerar que había errado en su apreciación de la necesidad militar, encontramos en ese pronunciamiento declaraciones que son de sumo interés para los tratamientos posteriores de daños al medio ambiente:

- Que la destrucción como fin en si mismo es una violación del Derecho Internacional.
- La destrucción de propiedades debe ser demandada por la necesidades de la guerra.
- Resulta difícil conjugar el principio de necesidad militar, porque si la regla anterior es clara, es complicado para el comandante militar dilucidar en el caso concreto lo que constituye necesidad militar, debiendo tomar en consideración las circunstancias concretas a las que se enfrenta.
- Para valorar lo que supone una actuación de devastación hay que tener en cuenta los detalles operativos y tácticos del ataque, en profundidad.

– *Los Tribunales Penales Internacionales para la exYugoslavia y Ruanda.*

Ni el Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia<sup>77</sup>, ni el Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda<sup>78</sup>, esta-

---

<sup>77</sup> Resolución 827 (1993), de 25 de Mayo, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia.

<sup>78</sup> Resolución 955 (1994), de 8 de Noviembre, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda.

blecidos ambos por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, incorporan el crimen ecológico internacional de forma expresa o implícita. Pese a ello la doctrina se esfuerza en incluir en la competencia de estas Cortes la represión de los daños contra el medio ambiente. El artículo 3 del Estatuto del TPIY, establece que el Tribunal tendrá competencia para enjuiciar a las personas que violen las leyes o usos de la guerra, y «sin que la lista sea exhaustiva», aparece en su apartado b), «la destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares». Existe consenso en que no es necesario el esfuerzo interpretativo de considerar la devastación de ciudades, pueblos o aldeas no justificada por la necesidad militar como destrucción vasta y grave del medio ambiente, al tratar a éste como sustentador de la vida de sus habitantes, lo que resultaría en todo caso forzado. Y ello porque se puede utilizar el carácter expresamente declarado de lista no exhaustiva del artículo 3 para penalizar el crimen ecológico, al estimar que las infracciones de los artículos 35.3 y 55 del PAI constituyen una violación de las leyes o usos de la guerra.

En este entendimiento se ubica el Informe<sup>79</sup> del Comité establecido por el Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, con la finalidad de evaluar los indicios de criminalidad que pudieran derivarse de las actuaciones de la OTAN en la campaña de bombardeos realizados contra la República Federativa de Yugoslavia en el año 1999. En dicho Informe, y a los efectos que nos interesan, se dice expresamente que pese a que Estados Unidos y Francia no han ratificado el PAI, el artículo 55 constituye Derecho Internacional Consuetudinario, y este precepto junto con el artículo 35.3 integran la protección básica del medio ambiente en caso de conflicto armado. Se afirma, asimismo, que el TPI tiene competencia material para enjuiciar a los infractores de las normas relativas a la protección del medio ambiente.

Partiendo de estas conclusiones, el Informe aporta una serie de ideas al hilo de ambos preceptos:

- Es una idea generalmente aceptada que los daños a los que hacen referencias los artículos 35.3 y 55 son daños muy significativos.
- Los adjetivos «widespread, long-term and severe, y especialmente el uso de la conjunción «and», determina una triple exigencia cumulativa, y ello implica serias dificultades a la hora de aplicar el tipo.
- En el caso concreto de los bombardeos de la OTAN, la Comisión establecida por el PNUMA determinó que la polución encontrada en

---

<sup>79</sup> Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the Nato Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, 13 June 2000.

Kosovo no podía incardinarse en los términos del PAI, y además existen evidencias de que era previa a la campaña de la Alianza, por lo que no puede establecerse una relación directa de la contaminación con los ataques. Pero en todo caso, concluye el Informe que el daño causado no es lo suficientemente severo.

- El ataque de la OTAN debe ponerse en relación con el principio de necesidad militar (precisamente este argumento fue el utilizado por la Alianza), y de acuerdo con lo recogido en el Informe, en base a dicho principio para que un ataque al medio ambiente sea considerado legítimo debe proporcionar una sustancial ventaja militar. Si el objetivo es lo suficientemente importante, el alto grado de riesgo para el medio ambiente queda justificado. Los ataques de la OTAN a las industrias petroquímicas serbias servían claramente a un importante propósito militar.

### C. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>80</sup> sí recoge como crimen de guerra los atentados contra el Medio Ambiente. Esta inclusión pone de manifiesto la consideración que da la Corte al Medio Ambiente, por cuanto en su Preámbulo afirma que «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no pueden quedar sin castigo...».

El artículo 8, párrafo segundo, apartados b), IV), dispone que constituye un crimen de guerra la violación grave de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados internacionales consistente en «lanzar una ataque intencionadamente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea». Dada la trascendencia de esta tipificación realizamos un somero análisis del precepto:

- Circunscribe su aplicación a conflictos armados de carácter internacional.

- Resulta una redacción poco afortunada, por cuanto mezcla dos tipos, por un lado los ataques contra la vida y la integridad física de las personas y por otro los ataques al medio ambiente.

---

<sup>80</sup> A/CONF.183/9, de 17 de Julio de 1998. Entró en vigor el 1 de Julio de 2002.

– Se exige un dolo específico, lo que resulta evidente, con la expresión «intencionadamente», y «a sabiendas».

– La doctrina se plantea si los daños accidentales que pudieran producirse en el transcurso de las hostilidades pudieran perseguirse con este precepto. La duda tiene su fundamento, en primer lugar, en la exigencia de que el crimen de guerra debe cometerse como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes, y, en segundo lugar, en la exigencia de la intencionalidad.

– Puede comprenderse la protección de los artículos 35.3 y 55 del PAI en el artículo 8.2.b) IV).

Resultan curiosas las diferentes consideraciones que en relación a este precepto realiza la doctrina. Para la Profesora Domínguez<sup>81</sup>, nos encontramos en el artículo 8.2. b) IV) 2 «... con condiciones ciertamente «leónicas», para que la Corte Penal Internacional pueda ejercer su competencia respecto de los daños al medio ambiente como crimen de guerra... los requisitos de dolo específico(...), de la gravedad del resultado lesivo para el medio ambiente (...) y por último, la exigencia de la aplicación del principio de la proporcionalidad (...) aparecen nombrados en términos bastante concluyentes ...». Por el contrario el Profesor Sánchez Patrón<sup>82</sup> estima que «... las condiciones establecidas para que la CPI pueda conocer de daños contra el medio ambiente, pueden considerarse como lo suficientemente flexibles...».

#### D. EL TRIBUNAL ESPECIAL IRAQUÍ

En Diciembre de 2003, el gobierno iraquí, estableció una Corte Penal<sup>83</sup> para juzgar a ciudadanos iraquíes por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El Estatuto de este órgano, en similares términos a los del Estatuto de Roma, recoge como crimen de guerra el ataque intencio-

---

<sup>81</sup> Rosario Domínguez Matés. «La represión judicial de los atentados contra el medio ambiente como crimen de guerra, con especial atención al desarrollo del ordenamiento jurídico español en la materia». Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 27, 2005. UNED. Madrid. (pp. 140).

<sup>82</sup> José Manuel Sánchez Patrón. «Los atentados contra el Medio Ambiente como crimen de guerra en el Derecho Internacional». Revista de Aranzadi de Derecho Ambiental Num. 27. 2004. Navarra.

<sup>83</sup> Tribunal Especial para Irak, creado para juzgar a ciudadanos iraquíes y residentes en Irak, sospechosos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de Guerra. Promulgado bajo la autoridad de la CPA (Coalition Provisional Authority) lo aprobó el Consejo de Gobierno de Irak el 10 de Diciembre de 2003.

nado contra el medio ambiente, abarcando su competencia a las acciones llevadas a cabo en la guerra del golfo en 1990-91<sup>84</sup>.

Los elementos requeridos por este tipo penal, al igual que en el Estatuto de la CPI, son:

– Un ataque intencionado.

– Que el daño producido sea extenso, grave y duradero.

– Que el causante sea consciente de que el daño pudiera ser excesivo en relación con la concreta y directa ventaja militar que obtendrá con su acción.

La Corte concluyó que Sadam Hussein, en virtud del principio de necesidad militar, y a la luz de los precedentes de Nuremberg y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, utilizando los argumentos que hemos analizado al hablar de la Comisión de Compensación de Naciones Unidas, no podía ser condenado por este tipo de crimen.

Vista que la redacción, por lo que respecta al crimen de guerra contra el medio ambiente, de la Corte iraquí y la del Estatuto de Roma son similares, resulta desalentador pensar que la tipificación realizada por esta última norma dejaría impune conductas como la ignición intencionada de pozos petrolíferos justificándolos en la necesidad militar.

## REFLEXIONES FINALES

Ha quedado evidenciado que el Medio Ambiente es sin duda alguna una víctima más de los conflictos armados, y que de la misma manera que el Derecho de los Conflictos Armados y el Derecho Internacional Humanitario se han ocupado paulatinamente de los distintos actores y sujetos pasivos de las guerras, también lo han hecho, ya sea directa, o indirectamente del medio ambiente.

También es un hecho indiscutible que, paralelamente al fortalecimiento de una conciencia medioambiental, los avances tecnológicos en armamento y arte militar exigían del Derecho una nueva respuesta que no siempre ha sido satisfactoria o ha llegado a producirse.

A dicha dificultad hay que sumar la «necesaria» indefinición e imprecisión de la normativa elaborada, en aras de conseguir un mayor consenso en su ratificación en un tema, el de la protección del medio ambiente y los límites o prohibiciones que dicha protección exige, en el que los Estados

---

<sup>84</sup> El Estatuto del Tribunal establece su jurisdicción sobre los delitos cometidos desde el 17 de Julio de 1968 y el 1 de Mayo de 2003.

no están dispuestos a renunciar a ninguno de los derechos de los que venían disfrutando.

Además de todo lo dicho cabe introducir las siguientes reflexiones:

**1.** Tras la Guerra del Golfo existe una conciencia global dirigida a la protección medio ambiental. No obstante, encontramos que los principales instrumentos internacionales que recogen esa protección no han sido asumidos de forma generalizada, por lo que es necesario acudir a normas consuetudinarias o intentar lograr algún grado de protección en los Convenios de Ginebra. Por ello hay que instar una mayor cuota de cumplimiento de la normativa vigente y la ratificación de los convenios por la mayoría de los Estados.

**2.** La base de la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado la constituyen la Convención ENMOD y el Protocolo Adicional I, sin embargo como hemos visto las dicotomías existentes entre ambos, dificultan enormemente la aplicación de esta normativa. Sería, por tanto, deseable una norma que unificara los criterios de actuación con los límites y las prohibiciones al respecto. En relación a la Convención también sería de utilidad la supresión de la cláusula de reciprocidad, en virtud de la cual solo se tienen en consideración los daños a otro Estado Parte.

**3.** Ninguna referencia hemos hecho a lo largo del trabajo a la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado de carácter no internacional, aunque son evidentes dos hechos, el primero que la mayoría de los conflictos actuales presentan este carácter y, el segundo que en este tipo de conflictos el medio ambiente resulta claramente afectado.

Pese a los intentos de incluir en el Protocolo Adicional II, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin carácter internacional de 1977, preceptos similares a los del Protocolo Adicional I en relación con la protección del medio ambiente, no fructificaron y fueron descartados en sesión plenaria.

Sin perjuicio de lo anterior podemos encontrar una protección indirecta en el Protocolo Adicional II en sus artículos 14 y 15.

Por su parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional limita la competencia de esa jurisdicción a los conflictos de carácter internacional.

Se obvia de este modo el carácter transnacional de los daños medio-ambientales, que en la mayoría de las ocasiones es intrínseco a la propia naturaleza del daño.

**4.** Admitido como Principio del DIH la protección del Medio Ambiente, sería conveniente concretar el alcance y contenido de los principios de proporcionalidad y necesidad militar.

5. En el estudio de la responsabilidad internacional por daños al medio ambiente, hemos encontrado opiniones doctrinales<sup>85</sup> que consideran la posibilidad de criminalizar este tipo de conductas a través del crimen de genocidio. De conformidad con el Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, éste crimen lo constituye todo acto cometido con la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, a través, entre otros comportamientos, de infringirle deliberadamente unas condiciones de vida calculadas para su destrucción física total o parcial.

Aunque, claramente, esta definición no está pensando en el medio ambiente, es evidente, que modificando o destruyendo el hábitat de un grupo social le someto a unas condiciones que pueden implicar su desaparición. Por ello podemos afirmar que a través de esta penalización obtenemos, indirectamente, una protección para el medio ambiente.

6. Si bien podemos afirmar que la responsabilidad de los individuos por daños al medio ambiente en conflicto armado se configura como una responsabilidad penal, y así se plasma en catálogos de infracciones penales, unos ya con plena vigencia como la CPI, otros mero Proyecto, como el Código de Crímenes ..., la responsabilidad de los Estados se dilucida en el ámbito de la responsabilidad internacional de carácter general.

## BIBLIOGRAFIA

Arkin William M, Durrant Damian y Cherni Marianne, La Guerra del Golfo. El impacto. La Guerra Moderna y el Medio Ambiente, Editorial Fundamentos, 1992, Madrid.

Arteaga Álvarez Luís, Lecciones de Derecho del Medio Ambiente, Lex Nova, 2005. Madrid.

Domínguez Matés Rosario, La protección del Medio Ambiente en el Derecho Internacional Humanitario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Drnas de Climent Zlata,» El daño deliberado y sustancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra, constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general», *Derecho*

---

<sup>85</sup> Weinstein Tara, «Prosecuting attacks that destroy the environmental crimes or humanity atrocities?». Georgetown International Environmental Law Review. 2005.

- Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y Ensayos, n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- Drnas de Climent Zlata, «Principios Generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El Principio de Precaución», Anuario IX. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. 2006, Argentina.
- Drnas de Climent Zlata, «Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema internacional y en el interamericano». Jornadas de Derecho Internacional, Secretaría General de la OEA, Washington, 2001.
- Doswald-Beck Louise, «El Derecho Internacional Humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares». *Revista Internacional de la Cruz Roja No.139*.
- Fernández-Flores y de Funes José Luís, *El Derecho de los Conflictos Armados: de iure belli, el derecho de la guerra: el derecho internacional humanitario, el derecho humanitario bélico*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2001.
- Greenwood Christopher, «Opinión consultiva sobre las armas nucleares y la contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario». *Revista Internacional de la Cruz Roja No.139*,
- Mariño Menéndez Fernando, «La protección Internacional del Medio Ambiente I. Régimen General». *Instituciones de Derecho Internacional Público, Diez de Velasco Manuel*, Tecnos, Madrid, Reimpresión 2004.
- Pérez Salom José Roberto, «Derecho Internacional, Armas Biológicas y Verificación», *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*; Tirant Monografías. 251. Valencia, 2002.
- Ramón Chornet Consuelo (Coordinadora), *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant Monografías, 251. Valencia, 2002.
- Medio Ambiente y Defensa (XIII Jornadas UCM-CESEDEN) Monografías del CESEDEN n.º 62. Ministerio Defensa, Madrid.
- Medio Ambiente y Seguridad, IX Curso Internacional de Defensa. AGM. 2001.
- Problemas Internacionales del Medio Ambiente. Universidad Autónoma de Barcelona. 1985.

## JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional español 102/1995 de 26 de Junio de 1995.

Opinión Consultiva sobre licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 8 de Julio de 1996.

## WEBS

**[www.un.org](http://www.un.org)**

**[www2.unog.ch](http://www2.unog.ch)**

**[www.cinu.org.mx](http://www.cinu.org.mx)**

**[www.icrc.org](http://www.icrc.org)**



# **NOTAS. COMENTARIOS**



**EL ESTATUS DE LAS MISIONES DE PAZ EN EL TERRITORIO  
DEL ESTADO DE ACOGIDA DESDE LA PRÁCTICA  
DE LA FUERZA INTERNACIONAL DE ASISTENCIA  
PARA LA SEGURIDAD EN AFGANISTÁN**

Por Yolanda Gamarra\*

*Profesora Titular de Derecho internacional público y Relaciones  
internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad  
de Zaragoza*

## I. INTRODUCCIÓN

Las operaciones de paz pueden consistir en simples misiones de observación (con observadores civiles o militares, pero siempre desarmados), o en auténticas operaciones militares<sup>1</sup>. Como práctica general, las misiones de paz están compuestas de un contingente cívico militar proveniente de varios Estados<sup>2</sup>. El interés se centra, obviamente, en las operaciones milita-

---

\* Este estudio se realiza en el marco del Proyecto de Investigación Multidisciplinar titulado: «Gestión de riesgos y administración de áreas en crisis: características de la participación española» (PM/207, de Gobierno de Aragón, 2007. Miembro del Grupo de Investigación «Gobernanza Mundial y Unión Europea» (S87).

<sup>1</sup> La bibliografía sobre esta materia es abundante, entre ella destacar el trabajo reciente de uno de los expertos internacionales más reconocidos en la doctrina anglosajona DOYLE, M., «The John Holmes Lecture: Building Peace», *Global Governance. A Review of Multilateralism and International Organizations*, 2007, vol. 13/1, pp. 5-13, y DOYLE, M. y SAMBANIS, N., *Making War and Building Peace: United Nations Peace Operations*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

<sup>2</sup> SIEKMANN, R.C., *National Contingents in United Nations Peace-Keeping Force*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1991. De un lado, los principales

res, incluso con componentes civiles<sup>3</sup>; de hecho, es sobre todo la presencia de efectivos militares el elemento que enriquece y altera la problemática del estatus de dichas operaciones respecto de las operaciones diplomáticas ya sean permanentes o «especiales», las cuales son enviadas por un Estado, por varios o por una organización internacional para llevar a cabo determinadas funciones en el territorio de un tercer Estado. Estas misiones militares pueden ser llamadas a realizar múltiples tareas, de ahí que sean consideradas multifuncionales o integradas. En el informe *Agenda para la Paz*, de 1992, el Secretario General de Naciones Unidas (NU) distinguió entre diplomacia preventiva (*preventive deployment*), mantenimiento de la paz (*peace-keeping*, en sentido estricto), establecimiento de la paz (*peace-making*), reconstrucción de la paz (*peace-building*), e imposición de la paz (*peace-enforcing*)<sup>4</sup>. La distinción esencial estriba entre las operaciones preventivas o protectoras que se ejecutan con el consentimiento del Estado en cuyo territorio deben llevarse a cabo o, eventualmente, con el consentimiento de aquellos que *de facto* controlan ese mismo territorio, y las operaciones coercitivas, las cuales prescinden de dicho consentimiento y requieren del uso de la fuerza armada<sup>5</sup>. En particular, este estudio trata de analizar las operaciones preventivas o protectoras, dado que las operacio-

---

Estados contribuyentes a las operaciones de reconstrucción actualmente en curso, de acuerdo con el presupuesto de Naciones Unidas en 2005, son Estados Unidos de Norteamérica (26,49%), Japón (19,47%), Alemania (8,66%), Reino Unido (7,38%), Francia (7,26%), Italia (4,88%), Canadá (2,81%), España (2,52%), China (2,47%), República de Corea (1,80%), Holanda (1,69%) o Australia (1,59%). De otro lado, las principales áreas de reconstrucción: Afganistán, Burundi, Costa de Marfil, República Democrática del Congo, Kosovo, Haití, Liberia, Sierra Leona, Sudán y Timor Leste. Fuente: base de datos de la OCDE, y OCHA Financial Tracking System.

<sup>3</sup> El componente civil de la misión de reconstrucción en Afganistán es de los más amplios hasta ahora conocidos como analiza WEINBERGER, N., «Civil-Military Coordination in Peacebuilding: The Challenge in Afghanistan,» *Journal of International Affairs*, 2002, vol. 55/2, pp. 245 y ss., y BRILL OCOTT, M., «Preventing New Afghanistans: A Regional Strategy for Reconstruction,» Carnegie Endowment for International Peace, 2002. Además, y en relación con el incremento de efectivos civiles y policiales en SANDERSON, J., «The Changing Face of Peace Operations: A View from the Field,» *Journal of International Affairs*, 2002/2, vol. 55, pp. 277 y ss.

<sup>4</sup> Boutros Boutros-Ghali definió los conceptos esenciales para la creación de estructuras con el fin de institucionalizar la paz. BOUTROS-GHALI, B., «Report of the Secretary-General on the work of the Organization, Supplement to an *Agenda for Peace*: Position Paper of the Secretary-General on the ocasión of the fiftieth anniversary of the United Nations», A/50/60-S/1995/1, 3 de enero de 1995.

<sup>5</sup> La práctica se ha encargado de establecer esta diferencia entre operaciones preventivas o protectoras (Capítulo VI de la Carta de NU) y operaciones coercitivas (Capítulo VII de la Carta de NU), más aún, a crear cierta confusión entre unas y otras. Entre el sistema de seguridad colectiva y la solución pacífica de controversias hay una zona intermedia cubierta con el inventado Capítulo VI bis, FRANCK, Th., *Recourse to Force. State Action Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 39 y 40.

nes coercitivas no suscitan cuestiones relativas a los privilegios e inmunidades pertenecientes a las operaciones y a sus miembros, sino que generan problemas relacionados con el derecho aplicable al conflicto armado en el cual la operación puede encontrarse involucrada<sup>6</sup>.

Las operaciones no coercitivas se caracterizan, en especial, por el hecho de que el componente militar no está autorizado a usar la fuerza, salvo en caso de legítima defensa, como sucede en buen número de operaciones conducidas por NU<sup>7</sup>. Se presentan, no obstante, casos en que, a pesar de contar con el consentimiento del Estado territorial, el componente militar está autorizado a usar la fuerza armada, aún sin necesidad de autodefensa, siempre y cuando sea recogido en el mandato de la misión<sup>8</sup>. Este tipo de operaciones bien conducidas por NU, o bien por un Estado o un grupo de Estados se podría situar en una categoría intermedia entre las operaciones no coercitivas y las operaciones coercitivas. Un ejemplo rico y vivo de este último tipo de misiones viene representado por la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad en Afganistán (ISAF) que además de contar con el consentimiento del Gobierno provisional afgano goza de la autorización del Consejo de Seguridad de NU, de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta de NU, para adoptar «todas las medidas necesarias» para cumplir su mandato, esto es, mantener la seguridad en Kabul y en las zonas limítrofes

---

<sup>6</sup> KOLB, R., *Droit humanitaire et opérations de paix internationales*, Bruselas, Bruylant, 2002, y CONDORELLI, L., «Le statut des Forces de l'ONU et le droit international humanitaire», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 78/4, 1995, pp. 885 y ss.

<sup>7</sup> Casos de las operaciones englobadas en la categoría, utilizando la terminología anglosajona, de «primera generación» y «segunda generación», BENTON, B. (ed.), *Soldiers for Peace: Fifty Years of United Nations Peacekeeping*, New York, Facts on File Books, 1996.

<sup>8</sup> Por ejemplo, la Fuerza Provisional de las Naciones Unidas en el Líbano (FPNUL), cuyo mandato se vio reforzado y ampliado en la resolución 1701 (2006) del Consejo de Seguridad de NU, de 11 de agosto de 2006, en especial párrafos 8, 11 y 12. Estudios sobre este conflicto y la operación abierta en MACKINLAY, J., *The Peacekeepers: An Assessment of Peacekeeping Operations at the Arab-Israel Interface*. London and Boston, Unwin Hyman, 1989, capítulos 3 y 4; BARAKAT, H., ed., *Toward a Viable Lebanon*, London: Croom Helm, Washington, D.C.: Georgetown University Center for Contemporary Arab Studies, 1988; COLLINGS, D. ed., *Peace for Lebanon? From War to Reconstruction*, Lynne Rienner, 1993; FISK, R., *Pity the Nation: Lebanon at War* (3<sup>rd</sup> ed), Oxford, New York, Oxford University Press, 2001; HOLLIS, R., *Lebanon on Hold*, Washington, DC, Brookings, 1996; MACKAY, S., *Lebanon: Death of a Nation*, Chicago, Congdon and Weed, 1989; POGANY, I. *The Arab League and Peacekeeping in Lebanon*, Brookfield, Avebury, 1987; THAKUR, R., *International Peacekeeping in Lebanon: United Nations Authority and Multinational Force*, Boulder, CO, Westview, 1987; WEINBERGER, N., *Syrian Intervention in Lebanon*, Oxford University Press, 1986; YANIV, A., *Dilemmas of Security: Politics, Strategy, and the Israeli Experience*, New York: Oxford University Press, 1987.

(progresivamente extendida a otras zonas de Afganistán)<sup>9</sup>. Resulta cierto que el Consejo de Seguridad de NU autorizó en la resolución 1386 (2001) el despliegue de una fuerza internacional de seguridad en Afganistán pero al margen de su control<sup>10</sup>. Así fue, el Acuerdo de Bonn de 5 de diciembre de 2001, con NU como mediador y Alemania como anfitrión, incluyó la creación de la ISAF. Esta fuerza estuvo bajo mando británico hasta junio de 2002, posteriormente liderada por Turquía (hasta diciembre de 2002<sup>11</sup>), y a partir de enero de 2003 por Alemania y Holanda, los cuales solicitaron asistencia a la OTAN para cumplir su misión en el marco de la ISAF. En este sentido, encontramos un avance cualitativo en el marco de la OTAN al alcanzarse un acuerdo por los Ministros del Consejo del Atlántico Norte el 3 de junio de 2003 en Madrid, en el que se acordó utilizar los medios y capacidades de la OTAN para garantizar la continuidad de la ISAF, a partir de agosto de 2003 y hasta la actualidad<sup>12</sup>.

En función de la naturaleza jurídica, las operaciones de paz pueden calificarse, según sea el caso, como misiones de un Estado, comunes de una coalición de Estados, de una organización internacional o, incluso, como operaciones «*ad hoc*» dotadas de personalidad jurídica internacional. Las operaciones de NU son *órganos* de la misma, normalmente *subsidiarios* del Consejo de Seguridad de NU. De hecho, con respecto a estas operaciones se puede argumentar que se están formando normas generales propias en relación con su estatus en el territorio del Estado de acogida<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> S/RES/1386 de 20 de diciembre de 2001, párrafo 3, además de las resoluciones 1413 (2002), 1444 (2002), 1510 (2003), 1563 (2004), 1623 (2003), 1659 (2006), 1707 (2006) y 1746 (2007).

<sup>10</sup> En mayo de 2002, el Consejo de Seguridad de NU aprobó la resolución 1401 (2002) de 28 de mayo en la que se establecía la Misión de NU en el Afganistán (UNAMA) con el propósito de asistir en la recuperación y reconstrucción del país. Misión renovada por un período de doce meses en la resolución 1471 (2003) de 28 de marzo. De la creación de esta Fuerza Internacional de asistencia para la seguridad de Afganistán, *vid.* CARDONA LLORENS, J., «La Resolución 1386 (2001) del Consejo de Seguridad autorizando la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad de Afganistán: ¿un paso más en el debilitamiento de las Naciones Unidas?», *REDI*, 2001/1 y 2, pp. 227 y ss.

<sup>11</sup> En la resolución 1444 (2002), el Consejo de Seguridad de NU decidió prorrogar la misión de la ISAF en Afganistán por un período de un año a partir del 20 de diciembre de 2002, y en la que se expresa el agradecimiento a Turquía por suceder al Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte en la dirección de la Organización y el mando de dicha misión. *Vid.* además CHESTERMAN, S., «Walking Softly in Afghanistan: the Future of UN State-Building», *Survival*, 2002/3, vol. 44, pp. 37 y ss.

<sup>12</sup> Reunión ministerial del Consejo del Atlántico Norte, Comunicado final, Madrid, 3 de junio de 2003, NATO Press Release (2003) 059, par. 3.

<sup>13</sup> GARVEY, J.L., «United Nations Peacekeeping and Host State Consent», *JIL*, 1970, pp. 241-269.

En otras operaciones, caso de la ISAF, la articulación jurídica se organiza con acuerdos «*ad hoc*» estipulados con el Estado de acogida o con normas generales relativas a la protección de los Estados extranjeros y de sus organismos. Estas normas, de otro lado, cuando se trata de operaciones militares son bastante controvertidas en el estadio actual de desarrollo del derecho internacional consuetudinario. En este estudio se pretende analizar cómo la praxis de NU, en particular por medio del, en terminología inglesa, *Status of Forces Agreement* (SOFA) modelo, influye en el derecho aplicable en operaciones de paz como la citada ISAF<sup>14</sup>.

## II. NORMAS DE APLICACIÓN

Cuando se trata de las disposiciones aplicables a las operaciones de NU vienen a colación, en primer lugar, los artículos 104 y 105 de la Carta de NU, que vinculan a todos los Estados parte de la misma. El artículo 104 reconoce la capacidad jurídica de NU en el territorio de los Estados, y el artículo 105 garantiza los privilegios e inmunidades en el territorio de cada uno de los miembros necesarios para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos<sup>15</sup>.

En segundo lugar, se debe considerar la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de NU, adoptada el 13 de febrero de 1946 (en adelante, la «Convención General»), la cual obliga a buen número de miembros de NU<sup>16</sup>. Además, en los casos donde es posible, se estipula un acuerdo específico sobre el estatus de las fuerzas (SOFA) entre las NU y el Estado de acogida<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> International Security Assistance (ISAF)-Interim Administration of Afganistán (Interim Administration): Military Technical Agreement, *International Legal Materials*, 2002, vol. 41, pp. 1032 y ss.

<sup>15</sup> SIMMA, B. (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1129 y ss.

<sup>16</sup> A fecha de 31 de diciembre de 2004, un total de 148 Estados figuraban como partes de la citada Convención. *Vid. Multilateral Treaties deposited with the Secretary-General. Status as at 31 December 2004*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York, 2005, pp. 41-45.

<sup>17</sup> Una vez decidida la participación en una operación de paz internacional para administrar una zona en crisis, a las Fuerzas Armadas compete el redactar, tramitar y aprobar el SOFA (Estatuto de la Fuerza), en el que se establecen los derechos y obligaciones del contingente, así como el estatus jurídico y marco general de actuación. A continuación, en especial en el caso de España, se firman los términos de referencia o guías para la misión en las que se establece la misión, condiciones de ejecución, organización del mando y demás detalles de nivel operacional. Se firman, además, los Memorando de Entendimiento (MOU), Acuerdos Técnicos Bilaterales (TA) o Acuerdos de nación Anfitriona (HNS) y Reglas de Enfrentamiento (ROA) para cada una de las operaciones. Realizar una Transfe-

La práctica de los SOFA está permitiendo que la doctrina considere que se han formado, o que están en curso de formación, verdaderas normas consuetudinarias aplicables a las operaciones de NU. Estas normas han sido «codificadas» en un documento del Secretario General de NU redactado a petición de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU), con fecha de 9 de octubre de 1990, con el título *Acuerdo modelo sobre el estatus de la fuerza para las operaciones de mantenimiento de la paz*<sup>18</sup>. Como dice el mismo título, el documento sirve de base a las negociaciones de SOFA de carácter particular con los Estados que acogen una operación de NU y, que como tal, es susceptible de modificaciones o particularidades caso por caso. En cuanto a las relaciones entre la Convención General de 1946 y el eventual SOFA concluido para recoger los derechos de los efectivos de una determinada operación de paz hay que apuntar de un lado, que el SOFA modelo hace aplicable la Convención General en todo caso, incluso si el Estado de acogida no es parte del mismo<sup>19</sup>. De otro, y en caso de conflicto entre las disposiciones del SOFA y las de la Convención General prevalecen las primeras por el principio de especialidad.

Otra relevante convención multilateral, la Convención sobre la seguridad del personal de NU y del personal asociado, adoptada por la AGNU, el 9 de diciembre de 1994<sup>20</sup>, que a pesar de su título tan general, está destinada a aplicarse sobre todo a las operaciones de paz. Esta Convención, entre otras exigencias, obliga al Estado de acogida a estipular un SOFA con NU «lo antes posible»<sup>21</sup>.

En relación con las operaciones conducidas, eventualmente con la autorización de NU, por un grupo de Estados o una organización regional ni los artículos 104 y 105 de la Carta de NU, ni la Convención de 1946 y

---

rencia de Autoridad (TOA) al Comandante de la Operación, que será como máximo «Control Operacional» (OPCON), implica que el Comandante de la Operación no podrá, sin consentimiento previo de la Autoridad Nacional modificar las misiones, organización y zona de despliegue previamente acordadas para el contingente nacional.

<sup>18</sup> Modelo de acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para las operaciones de mantenimiento de la paz, AGNU, 9 de octubre de 1990. NU Doc. A/45/594 (en adelante, SOFA modelo).

<sup>19</sup> Párrafo 3 del SOFA modelo: «La Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946, se aplicará a la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, a reserva de las disposiciones que se especifiquen en el presente Acuerdo».

<sup>20</sup> Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, A/Res./49/59, AGNU, de 17 de febrero de 1995.

<sup>21</sup> Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, *cit.*, artículo 4.

1994 son *per se* aplicables. Estas operaciones y sus miembros están sujetos exclusivamente a las normas generales relativas a la protección de los Estados extranjeros y de sus organismos legítimamente situados en el extranjero y de los específicos SOFA eventualmente concertados. Resulta significativo, sin duda, que algunas veces estos SOFA vuelven aplicables las disposiciones de la Convención General de 1946 o de otras convenciones relacionadas con la materia a través de la técnica del reenvío.

Conviene subrayar a propósito de operaciones al margen del sistema de NU como la ISAF que cuando se estipula un SOFA se hace, a veces, entre el Estado de acogida y la operación misma, la cual aparece como parte del acuerdo en su nombre propio. En estos casos, parece deducirse implícitamente el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de la operación, cuando menos por parte del Estado de acogida, como en la práctica se infiere del reconocimiento de la ISAF por el Gobierno afgano. Esto no significa, no obstante, que los Estados terceros estén de alguna manera vinculados a tal reconocimiento, y tampoco se puede dotar a la operación, en ausencia de indicios, de personalidad jurídica internacional como si fuera un organismo común de los Estados participantes.

### III. LA PROTECCIÓN DE LAS OPERACIONES Y DE SUS MIEMBROS POR PARTE DEL ESTADO DE ACOGIDA

El marco de las normas relativas a los privilegios e inmunidades de las operaciones de NU es muy general y propio del Derecho internacional clásico. El órgano periférico de un Estado extranjero o de una organización internacional puede realizar funciones públicas en el territorio de otros exclusivamente con el consentimiento del Gobierno del Estado soberano. Cada vez que un Estado consiente que otro extranjero o una organización internacional lleven a cabo una actividad en su territorio, el Estado de acogida estará obligado a proteger a las misiones y a sus componentes con una adecuada actividad de tipo preventiva y represiva, así como a respetar su naturaleza internacional absteniéndose de interferir en su actividad, y a consentir que los órganos lleven a cabo su propia actividad de manera eficaz, acordando ellos los privilegios e inmunidades necesarios. De otro lado, los organismos extranjeros o internacionales y sus componentes están obligados a respetar las leyes y reglamentos del Estado de acogida. El Estado de acogida tiene la obligación, en teoría, de proteger las misiones y sus componentes con todas las medidas preventivas y represivas necesarias a las circunstancias. Se trata de una obligación que es relevan-

te sólo marginalmente. Es por ello por lo que se cita brevemente todo aquello relativo a las medidas represivas del párrafo 45 del SOFA modelo aplicable a las operaciones de NU.

Resulta oportuno, a su vez, añadir que en virtud de la Convención de 1994 sobre la seguridad del personal de NU, todos los Estados parte de la citada Convención están obligados a calificar como delitos, en su propio ordenamiento jurídico, ciertos actos dolosos cometidos contra las operaciones de NU y sus miembros y que incluso si el Estado nacional de la persona acusada fuera distinto del de acogida estarían ambos obligados a ejercitar acción penal. Otros Estados, entre los cuales se puede encontrar el nacional de la víctima, tienen la facultad de iniciar una acción penal y, en todo caso, el Estado sobre cuyo territorio se encuentre la persona acusada está obligado a someterse a la propia jurisdicción penal o, alternativamente, a extraditarlo a un Estado que tenga el título para ejercitar tal jurisdicción o quiera hacerlo<sup>22</sup>.

Cierta limitación viene dada porque la Convención de 1994 no ha sido ratificada por un número elevado de Estados<sup>23</sup> y, así las cosas, es frecuente que sea el propio Estado donde se deben llevar a cabo las operaciones de paz no sea parte de la Convención. Por esta razón, el Secretario General de NU, en un revelador informe de 21 de noviembre de 2000<sup>24</sup>, propuso insertar las disposiciones clave de la Convención –en particular, la obligación de «criminalizar» los ataques contra los miembros de una operación y de castigar, o extraditar, al «criminal»– en los futuros SOFA concluidos con el Estado de acogida. La misma AGNU aprobó tal recomendación pidiendo al Secretario General de NU que se hiciese efectiva en el momento de negociar el SOFA<sup>25</sup>.

Para las operaciones al margen del sistema de NU, entre ellas la ISAF, ni el párrafo 45 del SOFA modelo ni la Convención de 1994 son obviamente, por sí solas, directamente aplicables. La protección de las opera-

---

<sup>22</sup> CACHO SÁNCHEZ, Y., «Responsabilidad internacional de las Naciones Unidas por la actividad ilícita de sus fuerzas de mantenimiento de la paz», *REEI*, n.º 13, 2007, disponible en <http://www.reei.org>

<sup>23</sup> Todo lo contrario, el número de ratificaciones de la Convención de 1994, es más bien escaso a fecha de abril de 2007, como se infiere de los datos reseñados. De un total de 46 Estados firmantes, sólo hay 15 ratificaciones (Alemania, Argentina, Dinamarca, Eslovaquia, España, Filipinas, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia, y Ucrania), 6 adhesiones (Bulgaria, Chile, República de Corea, Singapur, Turkmenistán, Uzbekistán), y 1 aceptación (Japón).

<sup>24</sup> Alcance de la protección jurídica en virtud de la Convención sobre la Seguridad del Personal de NU y el Personal Asociado, 21 de noviembre de 2000. Doc. NU A/55/637.

<sup>25</sup> Se puede ver, más recientemente, la resolución A/56/217 de 21 de diciembre de 2001.

ciones y de sus miembros se puede regir, por tanto, a través del derecho consuetudinario o, eventualmente, por medio de las disposiciones del específico SOFA estipulado con el Estado de acogida. Con respecto a la ISAF choca que no se diga nada al respecto. Las operaciones al margen de NU, como ya se ha mencionado *supra*, aún cuando se realizan con el consentimiento del Estado de acogida, tienen un carácter semi coercitivo y están frecuentemente encargadas, como ocurre con la ISAF, de mantener el orden público en las situaciones donde el gobierno local no puede hacerlo. No se puede, por ello, pretender que en tales situaciones el gobierno local asuma la responsabilidad que, normalmente, incumbe al Gobierno que efectivamente controla el territorio y la población.

En el supuesto de que la operación se encontrase envuelta en medio de un conflicto bélico serían las normas del derecho internacional humanitario las directamente ejecutables<sup>26</sup>. Conviene recordar, a estos efectos, que el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) incluye entre los «crímenes de guerra» también el hecho de «dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de NU, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados»<sup>27</sup>, tanto si se trata de un conflicto armado internacional como interno.

#### IV. PRIVILEGIOS E INMUNIDADES DE LAS MISIONES MISMAS

En cuanto a los privilegios e inmunidades que deben ser acordados por parte del Estado de acogida conviene distinguir, como también se hace con los privilegios e inmunidades diplomáticas, entre el tratamiento mismo a las operaciones como tales y el tratamiento de cada uno de sus miembros. En lo que se refiere a las operaciones de NU, se recuerda, que una operación de mantenimiento de la paz es un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad NU y, por dicha condición, le pertenece el tratamiento garantizado a NU en los artículos 104 y 105 de la Carta de NU y de los artículos I, II y III de la Convención General de 1946, concordantes con las dispo-

---

<sup>26</sup> Compilación de textos de derecho internacional humanitario en ORIHUELA CALATAYUD, E. (ed.), *Derecho internacional humanitario. Tratados internacionales y otros textos*, Madrid, McGraw Hill, 1998.

<sup>27</sup> Artículo 8, párrafo 2, apartado b punto iii del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998.

siciones contenidas en el eventual SOFA que, según el caso, prevalecen. En el SOFA modelo, se incluye esa diferenciación, y así se encomienda la Parte IV al Estatus de las operaciones de mantenimiento de la paz, mientras la Parte V a los Servicios para las operaciones de mantenimiento de la paz de NU.

En el supuesto, en cambio, de una operación al margen de NU, caso de la ISAF, el tratamiento correspondiente a la misión misma está regulado, sobre todo, por el específico SOFA y, en ausencia de éste: de un lado, por el derecho consuetudinario aplicable a los Estados extranjeros y a sus misiones en el extranjero si la operación proviene de un grupo de Estados o, de otro, por el derecho consuetudinario aplicable a las organizaciones internacionales si la operación pertenece a una de ellas o se ha configurado como una propia organización internacional.

De acuerdo con el artículo I de la Convención General de 1946, que reenvía al artículo 104 de la Carta de NU, la Organización goza de plena personalidad jurídica en el ordenamiento interno del Estado de acogida y tiene, en particular, la capacidad de celebrar contratos, de adquirir o disponer de bienes muebles e inmuebles o, si ha lugar, presentar una demanda judicial. El artículo I no está expresamente dispuesto en el SOFA modelo, pero es obvio que las operaciones, como órganos de NU, se benefician de tales reglas.

En el caso de una operación al margen de NU aplicable a la ISAF, en ausencia de disposiciones específicas en el SOFA, la personalidad jurídica de la misión de paz y su capacidad deben valorarse a la luz, ante todo, de las normas del derecho interno del Estado de acogida, incluyendo sus reglas sobre derecho internacional privado relativas a la capacidad jurídica de entes extranjeros. Normalmente, aún en ausencia de disposiciones de carácter general, la capacidad jurídica de las operaciones se puede especificar en el SOFA<sup>28</sup>. En cuanto a la capacidad de adquirir bienes bajo la jurisdicción del Estado de acogida las posibilidades son escasamente relevantes en el caso de operaciones de duración limitada y con funciones de tipo semi coercitivo, como es el caso de la ISAF. En lo que se refiere más específicamente a los privilegios e inmunidades, el artículo II de la Convención General de 1946, que integra el artículo 105 párrafo 1 de la Carta de NU, está expresamente mencionado en el párrafo 5 del SOFA modelo.

---

<sup>28</sup> En el caso del SOFA relativo a la ISAF, por ejemplo, en las disposiciones concernientes a la posibilidad de designar representantes para el fin de estipular contratos directamente con proveedores en Afganistán sin tener que pagar impuestos.

Como órgano de NU, la operación se beneficia, en primer lugar, de la inmunidad de jurisdicción (civil), la cual pertenece a la Organización en virtud del artículo II, párrafo 2 de la Convención de 1946, y sus bienes, fondos, capitales y pertenencias son inmunes a cualquier requisamiento, expropiación, incautación y actos ejecutivos. La operación se beneficia, además, de la así llamada «extraterritorialidad» de la sede, esto es, de la ubicación donde se encuentra<sup>29</sup>. Los locales, así como sus correspondientes archivos y documentos son inviolables<sup>30</sup>. En el cuartel general, terrenos u otros locales en donde las operaciones desarrollan sus funciones, el párrafo 8 del SOFA modelo recoge la posibilidad de izar la bandera de NU.

En virtud del artículo II de la Convención de 1946, párrafos 5 a 7, las operaciones gozan del derecho de abrir cuentas corrientes y de mantener y transferir libremente capital exentos de impuestos directos, impuestos de aduanas y de restricciones a la importación o exportación de artículos de uso oficial y de las propias publicaciones. Con este fin, el párrafo 15 del SOFA modelo señala que pertenece a la operación, además del derecho a importar sin deber de pagar impuestos del equipamiento, enseres y otros bienes necesarios para la operación, el derecho de establecer, mantener y gestionar espacios funcionales en beneficio de sus propios miembros<sup>31</sup>. Una disposición importante del SOFA modelo especifica, en el párrafo 15, que el tratamiento correspondiente a las operaciones de paz, en virtud del artículo II de la Convención de 1946, se extiende a los bienes y fondos de capitales de los Estados miembros que participan en la operación con su propio contingente militar.

En relación con el artículo III de la Convención General de 1946, también dispuesto en el párrafo 10 del SOFA modelo, las operaciones se benefician del tratamiento de «nación más favorecida» –siempre que ésta pertenezca a NU– en lo que se refiere a sus comunicaciones oficiales, inviolabilidad de la correspondencia oficial y del derecho a utilizar códigos, así como mensajeros y valijas, las cuales gozarán del mismo tratamiento diplomático correspondiente a los mensajeros y a las valijas diplomáticas.

El SOFA modelo en su párrafo 11 es aún más específico y garantiza a las operaciones la más completa libertad de comunicarse por radio, teléfono, telégrafo, fax o por cualquier otro medio. También garantiza el derecho de instalar medios de comunicación como estaciones de radio o sistemas de satélite. Asimismo, está garantizada la posibilidad de utilizar siste-

---

<sup>29</sup> Artículo II, párrafo 3 de la Convención de 1946.

<sup>30</sup> Artículo II, párrafo 4 de la Convención de 1946.

<sup>31</sup> Con excepción de los empleados del lugar.

mas propios para el transporte y gestión de la correspondencia privada de los miembros.

De entre las materias de las cuales no se ocupa la Convención General de 1946 resulta ilustrativo citar la libertad de movimiento y de circulación en el territorio del Estado de acogida que en función del párrafo 12 del SOFA modelo debe ser asegurada tanto a la operación misma, a sus miembros, como también a sus vehículos, barcos, aviones y equipamiento. El uso de vías, puentes, canales, puertos y aeropuertos no está sujeto a peajes o impuestos, a no ser que se trate de contraprestaciones por servicios prestados<sup>32</sup>. Los vehículos, incluso militares, de las operaciones no están sujetos a inscripción o permiso, pero deben contar con seguros de responsabilidad civil exigida por la «legislación relevante»<sup>33</sup>. Estos vehículos, además, deben estar claramente identificados con distintivos<sup>34</sup>.

Al Estado de acogida corresponde, a su vez, una serie de obligaciones de «hacer» para facilitar el establecimiento de la operación y el eficaz desarrollo de sus funciones<sup>35</sup>. En primer lugar, debe proveer, sin compensación, las áreas necesarias para la sede, campos y el resto de locales necesarios para la realización de la operación<sup>36</sup>. En segundo, debe asistir a la operación en la obtención y distribución de agua, electricidad y otros servicios sin derecho a compensación o, solamente, aportando la tarifa más beneficiosa, si bien, en situación de necesidad, la operación tiene derecho a generar en sus propias instalaciones la electricidad que necesite, así como el derecho a transmitirla y distribuirla<sup>37</sup>. Asimismo, debe asistir a la operación en la obtención de equipamiento, provisiones y otros bienes y servicios que sean necesarios para el correcto mantenimiento de la operación. En este sentido, hay que destacar que cuando la operación obtiene bienes del mercado local está exenta de pagar impuestos<sup>38</sup>. Además, debe proporcionar a la operación y a sus miembros –con posterior reembolso en la moneda acordada– las divisas eventualmente necesarias<sup>39</sup>. Finalmente, en lo que concierne a sanidad y a servicios sanitarios está prevista una plena obligación de cooperación con la misión en cuestión<sup>40</sup>.

---

<sup>32</sup> Párrafo 14 del SOFA modelo.

<sup>33</sup> Párrafo 13 del SOFA modelo.

<sup>34</sup> Párrafo 9 del SOFA modelo.

<sup>35</sup> Sección V del SOFA modelo.

<sup>36</sup> Párrafo 17 del SOFA modelo.

<sup>37</sup> Párrafo 18 del SOFA modelo.

<sup>38</sup> Párrafo 20 del SOFA modelo.

<sup>39</sup> Párrafo 23 del SOFA modelo.

<sup>40</sup> Párrafo 21 del SOFA modelo.

En cuanto a las operaciones al margen de NU, como ocurre con la ISAF, el régimen previsto es sustancialmente parecido al destinado a las operaciones de NU, excepto diferencias menores. El SOFA celebrado entre la ISAF y el Gobierno afgano contiene disposiciones similares a las arriba examinadas, a salvo ciertos factores más concretos –como, por ejemplo, el hecho de que no se solicita cubrir con pólizas de seguros los medios de transporte utilizados<sup>41</sup>, o que el papel de las autoridades locales es más reducido– que se justifica probablemente con las peculiares características del territorio donde la operación se lleva a efecto. Se puede observar, desde una perspectiva formal, que no se distingue claramente el tratamiento correspondiente a la ISAF del relativo a sus miembros y, que algunas disposiciones relativas al tratamiento perteneciente a la ISAF están previstas ya en el mismo Acuerdo Técnico Militar, del cual el SOFA es un anexo.

En ciertos supuestos, las disposiciones del SOFA son violadas por parte de los Estados de acogida de tal forma que causan a las NU gastos no previstos. En un relevante informe del 23 de enero de 2002<sup>42</sup>, el Secretario General de NU mencionó la posibilidad de que NU pidiera restitución de los gastos *extra* generados por la conculcación de ciertas disposiciones de los SOFA. Se trata, ante todo, de casos en los que han sido reclamadas cantidades por el arrendamiento de locales o por el acceso a puertos, aeropuertos, vías o impuestos de valor añadido por la compra de bienes. El Secretario General de NU también mencionó que la Organización había trabajado en obtener dicha restitución pero no siempre la había conseguido<sup>43</sup>.

## V. EL TRATAMIENTO RESERVADO AL PERSONAL DE LA MISIÓN

En cuanto a los privilegios e inmunidades relativas a los miembros de las operaciones de NU es necesario diferenciar entre varias categorías de

---

<sup>41</sup> International Security Assistance (ISAF)-Interim Administration of Afganistán (Interim Administration): Military Technical Agreement, *cit.*, punto 7.

<sup>42</sup> Casos en los que las NU tienen derecho a reembolso como resultado de la falta de cumplimiento de los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas u otros acuerdos, Informe del Secretario General de NU, 23 de enero de 2002. Doc. A/56/789.

<sup>43</sup> Casos estudiados en CACHO SÁNCHEZ, Y., «Responsabilidad internacional de las Naciones Unidas por la actividad ilícita de sus fuerzas de mantenimiento de la paz», *op. cit.*, pp. 29 y ss. y AMRALLAH, B., «The International Responsibility of the United Nations Activities Carried Out by UN Peacekeeping Forces», *Révue égyptienne de droit international*, 1976, pp. 67 y ss.

personas<sup>44</sup>. La Convención General de 1946 distingue entre «funcionarios de NU»<sup>45</sup> y «especialistas/expertos en misiones de NU»<sup>46</sup> y, en el ámbito de los «funcionarios» se hace distinción, a su vez, entre aquellos de grado más elevado y el resto. Tales diferencias se reflejan asimismo en las operaciones de paz y, en particular, el SOFA modelo distingue entre cinco categorías de personas.

En el vértice se sitúa el primer nivel. El párrafo 24 del SOFA modelo prevé que el Representante Especial del Secretario General de NU, el Comandante Superior de la fuerza militar, el jefe de policía civil y, eventualmente y con el acuerdo del Estado de acogida, otros oficiales de alto nivel de NU gozan del mismo tratamiento que, en realidad, es el que pertenece al Secretario General de NU de acuerdo con artículo V, párrafo 19 de la Convención General de 1946. Esta disposición se conecta con los privilegios e inmunidades pertenecientes a los jefes de las misiones diplomáticas tal y como queda regulado en el derecho internacional<sup>47</sup>. De aquí deriva que los sujetos interesados gozan, entre otras, de la plena inviolabilidad personal, de la inviolabilidad del domicilio, de la plena inmunidad de jurisdicción civil y penal y de la inmunidad fiscal con las únicas excepciones previstas para los agentes diplomáticos.

Además de los privilegios e inmunidades de esta categoría, los funcionarios del Secretariado de NU asignados a las operaciones siguen gozando, como dice el párrafo 25 del SOFA modelo, del tratamiento del artículo V de la Convención General de 1946. Este es un tratamiento bastante menos favorable del que le corresponde a los agentes diplomáticos si se tiene en cuenta que los funcionarios internacionales no gozan de inviolabilidad personal y del domicilio; la inmunidad de jurisdicción está limitada a los actos realizados dentro de sus funciones oficiales y la inmunidad fiscal está limitada a los salarios recibidos de la misma NU.

---

<sup>44</sup> BOWETT, D.W., D.W., *United Nations Forces. A Legal Study of United Nations Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1964; BENTON, B. (ed.), *Soldiers for Peace: Fifty Years of United Nations Peacekeeping*, New York, Facts on File Books, 1996; COUCON, J., *Soldiers of Diplomacy: The United Nations, Peacekeeping and the New World Order*, Toronto, University of Toronto Press, 1998, y HILLEN, J., *The Blue Helmets: The Strategy of UN Military Operations*, Washington & Londres, Brassey's, 1998. El número de contingentes por países que participan en la ISAF queda recogido en el cuadro anexo al estudio.

<sup>45</sup> Artículo V de la Convención General de 1946.

<sup>46</sup> Artículo VI de la Convención General de 1946.

<sup>47</sup> ZACKLIN, R., «Diplomatic Relations: Status Privileges and Immunities», en DUPUY, R.-J. (ed.), *Handbook on International Organisations*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1998, 2.<sup>a</sup> ed, pp. 293-313.

Un tratamiento más favorable, aún siendo inferior al de los agentes diplomáticos, es el que le pertenece a los observadores militares (desarmados), a los miembros de la policía civil y a los miembros del personal civil –que no son funcionarios del Secretariado de NU– siempre que sus nombres hayan sido notificados al Estado de acogida con tal fin. En virtud del párrafo 26 del SOFA modelo, le pertenece a estos sujetos el tratamiento del artículo VI (especialistas en misiones) de la Convención General. Se prevé, específicamente, la inviolabilidad personal y la inmunidad de jurisdicción en relación con todos los actos realizados «en el curso de la misión».

Quedan excluidos los civiles empleados en el lugar que, en el sentido del párrafo 28 del SOFA modelo, tienen un tratamiento más limitado y, en particular, una inmunidad jurisdiccional de tipo exclusivamente funcional. Es oportuno recordar que el párrafo 22 del SOFA modelo reconoce expresamente a las operaciones el derecho de contratar al personal local que sea necesario y que el Estado de acogida debe facilitar y acelerar el proceso de contratación de personal cualificado.

La última categoría, la representa el personal militar de los contingentes nacionales, para la cual una parte de la doctrina había defendido tradicionalmente la aplicación del artículo VI de la Convención general de 1946. No obstante, se ha discutido si los miembros de los contingentes nacionales puestos a disposición de NU por parte de los Estados miembros son o no calificables como «especialistas/expertos en misiones» de NU, y si también se les aplica la Convención general de 1946. Resulta notorio, de hecho, que estos miembros continúan siendo parte de sus respectivas fuerzas armadas nacionales aún estando indirectamente sujetos, mediante la cadena de mando, al Comandante superior de la fuerza. También es significativo que éstos llevan el uniforme nacional con algún elemento que evidencie su posición de miembros de una operación de NU. Sobre este tema, el SOFA modelo asume una posición bastante prudente, limitándose a precisar en su párrafo 27 que el personal militar de los contingentes nacionales gozan de los privilegios e inmunidades expresamente previstos en el SOFA, sin hacer alusión de ningún modo al artículo VI de la Convención de 1946.

Seguidamente, el SOFA modelo determina una serie de privilegios e inmunidades que le corresponden a todos los miembros de la operación independientemente del hecho de que pertenezcan a ésta o a aquella categoría, de tal manera que el tratamiento reconocido a los miembros de la operación es uniforme en sustancia con una única excepción de la cual se trata a continuación. Todos los miembros de la operación están, en particular, exentos de impuestos

en lo que se refiere a la percepción de salario por parte de NU o por parte de un Estado participante, así como de cualquier otra imposición directa<sup>48</sup>. Estos gozan, además, del derecho a importar libremente los efectos personales en el momento en que llegan<sup>49</sup>, derecho a entrar, residir y salir del territorio, cuando sea solicitado por el Representante Especial o el Comandante Superior, sin ningún tipo de restricción en materia de pasaportes, y visado, así como de las inspecciones y restricciones en materia de inmigración<sup>50</sup>. Igualmente, los miembros de la operación deben estar provistos de un documento de identidad numerado<sup>51</sup> y, en el caso en el que deban conducir o pilotar medios de transporte, han de tener un permiso o licencia otorgada por el Representante Especial o el Comandante superior que el Estado de acogida reconozca como válido sin reclamar éste el pago de impuestos u otras sumas de dinero<sup>52</sup>. Los militares deben llevar, en el desempeño de funciones oficiales, esto es, cuando están de servicio, el uniforme nacional con el distintivo añadido de NU<sup>53</sup>.

El SOFA, de otro lado, hace una distinción entre dos grandes categorías de personas al reconocer la inmunidad de jurisdicción: miembros civiles y miembros militares de la operación. En lo que se refiere a la jurisdicción civil, todos los miembros de la operación gozan de una inmunidad de dicha jurisdicción en el Estado de acogida de tipo «funcional» exclusivamente<sup>54</sup>. En caso de que uno de estos miembros se vea envuelto en un proceso civil, pertenece al Representante Especial o, en el caso de que sean militares, al Comandante de la Fuerza, notificar al tribunal, si el procedimiento gira en torno a deberes oficiales del miembro afectado, que el proceso debe cesar y, si en la demanda incluyera una reclamación de resarcimiento, ésta debiera llevarse a una comisión creada con ese propósito. Si el proceso no se refiriera a hechos acaecidos en el desempeño de funciones oficiales, éste podrá proseguir, pero no se pueden dictaminar medidas restrictivas de la libertad personal del miembro, ni tampoco se puede proceder a la ejecución forzosa de sus bienes si el Representante Especial (o el Comandante, en su caso) certifica que estos bienes son necesarios para el ejercicio de sus deberes funcionales<sup>55</sup>.

En cuanto a la jurisdicción penal, los militares gozan de un tratamiento bastante más favorable del que está previsto para el resto de los miem-

---

<sup>48</sup> Párrafo 29 del SOFA modelo.

<sup>49</sup> Párrafo 30 del SOFA modelo.

<sup>50</sup> Párrafos 32 y 33 del SOFA modelo.

<sup>51</sup> Párrafo 35 del SOFA modelo.

<sup>52</sup> Párrafo 38 del SOFA modelo.

<sup>53</sup> Párrafo 37 del SOFA modelo.

<sup>54</sup> Párrafo 46 del SOFA modelo.

<sup>55</sup> Párrafo 49 del SOFA modelo.

bros de la operación. En el caso en el que el Estado de acogida considere que un miembro de la operación ha cometido un delito, y si la persona acusada es un miembro civil de la operación, el párrafo 47(a) del SOFA modelo prevé que el Representante Especial y el Gobierno local deben decidir sobre la oportunidad o la necesidad de iniciar la mencionada acción penal; en ausencia de acuerdo está señalada la apelación a un árbitro. Si, por contra, la persona acusada es un militar, el párrafo 47(b) del SOFA modelo dispone que éste debe sujetarse a la exclusiva jurisdicción del Estado participante sea cual sea el delito penal cometido en el Estado de acogida.

Los miembros del contingente nacional pueden ser arrestados por la policía militar de NU, si bien después han de ser enviados al Comandante del respectivo contingente nacional. Este Comandante goza de la exclusiva competencia de adoptar las sanciones disciplinarias adecuadas<sup>56</sup>. Únicamente si lo solicita el Comandante superior de la fuerza, o si han sido sorprendidos en el momento que cometían el delito, dichos militares pueden ser «sometidos a la custodia» de los oficiales del Gobierno del Estado de acogida pero, en tal caso, deberán ser inmediatamente enviados al representante de la operación de NU más cercano<sup>57</sup>.

Reglas menos detalladas se encuentran en los SOFA celebrados con ocasión de operaciones al margen de NU. Por ejemplo, el SOFA estipulado para la ISAF con el Gobierno afgano no diferencia entre el vértice de la fuerza y los demás componentes y, por ello, considera aplicables a todos los miembros de la ISAF, civiles y militares, las disposiciones del artículo VI de la Convención general de 1946 relativa al personal de misiones de NU. Obviamente, la Convención en sí, no es aplicable a la ISAF, que no es un organismo de NU, pero el SOFA hace aplicable el artículo VI con la técnica del reenvío. Disposiciones específicas del SOFA, no obstante, se extienden a la inmunidad jurisdiccional prevista en el artículo VI haciéndola similar a la prevista en el SOFA modelo de NU para el personal militar. Ello significa, por un lado, que la inmunidad de jurisdicción civil está prevista para los actos realizados en el ejercicio de funciones oficiales, mientras que para el resto de los actos, cada demanda que requiera resarcimiento por parte de un miembro de la Fuerza debe ser redirigida, por el Gobierno afgano a la ISAF; por otro lado, la inmunidad de la jurisdicción penal es absoluta.

En suma, el régimen previsto para la ISAF es parecido en sustancia, a pesar de alguna diferencia en los detalles, a aquél previsto para las operaciones de NU. La diferencia más importante se centra en el hecho de que el

---

<sup>56</sup> Párrafo 41 del SOFA modelo.

<sup>57</sup> Párrafo 42 del SOFA modelo.

personal de la ISAF goza de la misma protección jurisdiccional, ya sea personal civil o militar. Esta diferencia se explica, más que por el peso relativo de civiles de la ISAF con respecto al componente militar, por la particular situación de Afganistán y el mando cuasi coercitivo de la operación.

## VI. REFLEXIÓN FINAL

El tratamiento dado a una operación de paz, en cuanto a privilegios e inmunidades es parecida, *mutatis mutandis*, a aquéllas que corresponden, en virtud del derecho internacional consuetudinario, a los Estados extranjeros y a sus misiones diplomáticas, con algunas particularidades derivadas tanto de los privilegios e inmunidades propias de NU en virtud de la Convención de 1946, como de las funciones particulares de una operación de paz. Resulta significativo que incluso los SOFA estipulados por grupos de Estados o por organizaciones regionales, eventualmente con la autorización del Consejo de Seguridad de NU, contienen disposiciones similares pero normalmente no muy detalladas.

En cuanto al tratamiento destinado a los miembros de las operaciones el aspecto más destacado es que los militares gozan de absoluta inmunidad de jurisdicción penal en el Estado de acogida. En el derecho internacional consuetudinario, una inmunidad absoluta de este calibre corresponde a los agentes diplomáticos pero, cada uno de ellos, por cierto, puede ser declarado persona *non grata*; como también el jefe del Estado y del Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores en visita oficial, pero en estos casos se trata de una estancia en un Estado extranjero de corta duración.

El derecho internacional consuetudinario garantizaba un tratamiento similar a los miembros de una fuerza militar que legítimamente se encontraban en suelo extranjero. En la actualidad, por contra, se duda que el derecho consuetudinario siga aplicándose en este sentido. A la luz de los tratados más recientes se ve como, normalmente, se acuerda una inmunidad más restringida; prueba de ello es el famoso artículo VII de la Convención de Londres de 19 de junio de 1951 sobre el estatuto de las fuerzas armadas de los Estados miembros de la OTAN. Ciertamente es, además, que aquí se trata de fuerzas de Estados aliados y por un período extenso.

No parece que la solución adoptada en el SOFA modelo para las fuerzas armadas de NU tenga que ser considerada como una vuelta inoportuna a una regla ya superada del derecho internacional consuetudinario. Más lo contrario, esta inmunidad absoluta es una solución equilibrada si se tiene en cuenta que las fuerzas de NU deben permanecer en el territorio del Estado

de acogida solamente por el período necesario para el cumplimiento de su específica misión, la cual, frecuentemente, es extremadamente delicada. Esto queda confirmado por el hecho de que esta misma solución se adopta, con frecuencia, también en los casos de operaciones de paz llevadas a cabo no directamente por NU, sino por un grupo de Estados que en buen número de casos cuentan con la autorización de NU. Es el caso, por ejemplo, de las fuerzas multinacionales enviadas al Líbano en 1982, la Fuerza Multinacional y Observadores en el Sinaí instituida en 1981, e incluso de IFOR (más tarde SFOR), que fue creada en el ámbito de la OTAN en diciembre de 1995 para mantener la paz en Bosnia Herzegovina, y otras fuerzas de constitución más reciente, entre las cuales se encuentra la misma ISAF.

Cierto es que la inmunidad de jurisdicción local tiene que entenderse, en lo que se refiere a los actos no cometidos en el ejercicio de las funciones oficiales, como una inmunidad de tipo exclusivamente procesal y no, en cambio, como una inmunidad con respecto a las leyes penales. El párrafo 6 del SOFA modelo es, de hecho, bastante claro en el sentido de que las operaciones y sus miembros deben respetar las leyes y los reglamentos locales. Incluso el SOFA de la ISAF sostiene lo mismo en su punto 2. La inmunidad debería, por tanto, considerarse terminada en el momento en el cual la persona interesada deja el territorio del Estado de acogida una vez finalizada la misión. A la misma conclusión se podría llegar aplicando por analogía el artículo 39, párrafo 2 de la Convención de Viena sobre las misiones especiales de 1969. El mismo SOFA modelo de NU prevé, en su párrafo 46, que la inmunidad de la jurisdicción se mantiene incluso después del cese de la cualidad de miembro de la operación donde dispone que dicha inmunidad se refiere sólo a los actos realizados «en el ejercicio de funciones oficiales». En cambio, se podría invocar para las personas a las que pertenece el tratamiento de los «especialistas / expertos en misiones de las Naciones Unidas», el artículo VI, párrafo 22 (b) de la Convención General del 1946 que trata, no obstante, de los actos realizados «en el curso de la misión».

El Estado nacional de los efectivos militares tiene la obligación de castigar en caso de que éste cometa un delito según el ordenamiento jurídico del Estado de acogida, al menos si el delito está previsto como tal en el propio derecho penal, si bien en cualquier caso hay que tener en cuenta el párrafo 48 del SOFA modelo. En cuanto a la cuestión de los crímenes de guerra o de los crímenes contra de la humanidad que pueden ser eventualmente cometidos por un miembro de una operación de paz el SOFA modelo no dice nada al respecto, pero parece deducirse que, incluso en tal caso, los militares no pueden ser arrestados y castigados por parte del Estado de acogida, ni enviados a ninguna otra autoridad que no sea un representante

de la operación de NU, el cual deberá, a su vez, mandarlo al Comandante del contingente nacional al que pertenezca. Una confirmación, en este sentido, parece llegar de una disposición expresa del SOFA estipulado entre la ISAF y el Gobierno afgano. En virtud de esta disposición un miembro de la ISAF no puede ser enviado a un tribunal internacional o a cualquier otra entidad o Estado sin el consentimiento expreso del Estado nacional del miembro implicado<sup>58</sup>. Sería interesante, en todo caso, averiguar si tal disposición es o no contraria al Estatuto de la CPI, dado que algunos Estados participantes en la ISAF caso de Italia, España, Alemania, Francia o el Reino Unido son parte del mencionado Estatuto, como también es signatario Afganistán. Empero, este último firmó un acuerdo bilateral de «no entrega» con Estados Unidos de Norteamérica<sup>59</sup>. Bien convendría estar vigilantes ante los posibles casos que en el futuro pudiesen plantearse.

### PRINCIPALES CONTINGENTES DE LA ISAF

ESTADOS	NÚMERO DE CONTINGENTES
Estados Unidos de Norteamérica	14.000
Reino Unido de Gran Bretaña	6.300
Alemania	3.000
Canadá	2.500
Holanda	2.200
Italia	1.930
Francia	1.000
Turquía	800
Rumanía	750
España	690
Australia	500
Dinamarca	400
Noruega	350
Bélgica	300
Suecia	180

**Fuente:** OTAN/ISAF/Ministerio de Defensa de España.

<sup>58</sup> Anexo A del International Security Assistance (ISAF)-Interim Administration of Afganistán (Interim Administration): Military Technical Agreement, cit.

<sup>59</sup> Más ampliamente tratado en el estudio de GAMARRA, Y., «La política hostil de Estados Unidos de Norteamérica contra la Corte Penal Internacional: los acuerdos del artículo 98 (2) o la búsqueda de la impunidad», *REDI*, 2005/1, pp. 145 y ss.

## EL REGIMEN JURÍDICO DE LA SEGURIDAD MARITIMA

Manuela Gea Fernández  
*Capitán Auditor*

### INTRODUCCIÓN

En 1977, con la creación del Ministerio de Defensa desaparece la organización tradicional de la Fuerzas Armadas en Ministerios separados. La responsabilidad de la acción del Estado en los espacios marítimos, hasta entonces competencia del Ministerio de Marina, se divide entre distintos organismos de carácter civil o policial, con la idea general de separar funciones de tipo administrativo o de orden público de aquéllas que tienen relación con la Defensa y que constituyen el núcleo principal de la actividad de la Armada.

El tiempo y la experiencia han demostrado que la mar, espacio de interés nacional y soporte de múltiples actividades, resulta menos apta para la compartimentación de responsabilidades que la Administración del Estado. Solo la coordinación y colaboración de todas las agencias competentes ha ofrecido resultados eficaces.

La situación competencial actual se caracteriza por la concurrencia en el ámbito nacional de una pluralidad de órganos, civiles y militares, coexistiendo en un mismo espacio, el marítimo.

Así mismo, se ha puesto de manifiesto la necesidad de articular la coordinación, cooperación y apoyo mutuo de dichos órganos a fin de aumentar el nivel de integración de esfuerzos en aras de un resultado eficaz.

Como espacio físico continuo, libre de barreras y fronteras, la mar resulta un medio óptimo para la expansión de riesgos y amenazas por lo

que se hace necesario mantener una permanente colaboración con la Comunidad Internacional en materia de seguridad.

En esta situación de cooperación internacional y confluencia en el espacio marítimo de múltiples agencias para la seguridad, se subraya la importancia del marco normativo que aporta legitimidad a la actuación policial del Estado en la mar.

## 1. SEGURIDAD Y VIGILANCIA MARITIMA

### 1.1. LA SEGURIDAD MARÍTIMA COMO ACTIVIDAD DE COOPERACIÓN CÍVICO MILITAR E INTERNACIONAL PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS Y LUCHA CONTRA LAS AMENAZAS EN EL ENTORNO MARÍTIMO

El término «Seguridad Marítima» puede entenderse bien referido a la seguridad de la navegación y del medio ambiente marino, como así se concibe en el ámbito del Ministerio de Fomento, o bien como un conjunto de medidas cívico militares encaminadas a contrarrestar las amenazas y minimizar los riesgos contra la integridad física de las personas, los bienes, las infraestructuras y el medio ambiente así como contra la estabilidad de la sociedad, la actividad económica, el comercio y cualquier otra actividad legítima en el entorno marítimo de interés para España.

Centrándonos en esta segunda acepción, la Seguridad Marítima podría definirse, en términos generales, como una actividad cívico militar, de prevención de los riesgos y de lucha contra las amenazas en el entorno marítimo, en permanente colaboración con la comunidad internacional, basada en el conocimiento de ese entorno y en la capacidad de actuación que representan los medios estatales y la adecuada cobertura legal.

En concreto la Seguridad Marítima se centra en hacer frente entre otros a los siguientes riesgos y amenazas:

- Terrorismo internacional
- Proliferación de armas de destrucción masiva
- Inmigración ilegal
- Tráfico ilícito de estupefacientes.
- Tráfico ilícito de armas
- Contrabando.
- atentados contra los flujos energéticos.
- Piratería.
- Expolio patrimonio subacuático.

Es importante, reseñar en este punto, que de las amenazas descritas que pueden atentar contra los intereses de la comunidad internacional en el entorno marítimo sólo el terrorismo internacional constituye una novedad.

Las conexiones detectadas y probadas entre este y otras actividades delictivas desarrolladas en el espacio marítimo tales como el tráfico ilícito de drogas, la piratería, la inmigración ilegal etc ponen de manifiesto la necesidad de luchar contra ellas de una manera global.

Junto al objetivo de prevención y lucha contra tales riesgos y amenazas la Seguridad Marítima persigue a su vez garantizar el libre ejercicio de las actividades lícitas de índole marítima que tanto influyen en el sostenimiento de la economía mundial cual es por ejemplo la actividad pesquera.

Por su parte, resulta necesario unificar conceptual y geográficamente el ámbito de trabajo en que estas actividades cívico-militares se desarrollan, ámbito este descrito con el término «entorno marítimo» con el que se significan todas aquellas zonas y materiales que se encuentran: en, sobre, debajo, adyacentes o en la frontera con cualquier mar y océano u otra ruta navegable incluyendo cualquier actividad relacionada, infraestructura, personas, mercancías, buques o cualquier otro tipo de transporte relacionado. El espíritu de colaboración que debe presidir la Seguridad Marítima, exige de un intercambio de información permanente entre los diversos agentes civiles y militares competentes que permita conocer y comprender globalmente la situación y evolución de este entorno.

Del análisis efectuado hasta el momento resulta evidente el por qué de la dimensión cívico-militar de la Seguridad Marítima Así y a pesar de que las competencias tanto en materia de lucha contra dichos riesgos y amenazas como de seguimiento y control de las actividades marítimas lícitas, están distribuidas, de forma aún incipiente, dentro del ámbito nacional entre diversos organismos civiles y militares, son varios los motivos o razones que aconsejan llevar a cabo una aproximación entre ellos cada vez mayor a fin de obtener un resultado óptimo. Con el fin de conseguir éste, se ha desarrollado un nuevo concepto denominado «la actuación por capas», el cual consiste en la organización flexible y coordinada de todas las actividades de Seguridad Marítima en el entorno marítimo, atendiendo a criterios geográficos, competenciales y en determinados casos por razones de oportunidad o por la adecuación de medios y capacidades.

Efectivamente dentro del entorno marítimo existen áreas, más o menos definidas dentro de las cuales se desarrollan actividades de Seguridad Marítima específicas (puertos, terminales de carga, alta mar ...) pudiendo

ocurrir que en cada una de ellas exista un organismo con competencias exclusivas o por el contrario y como es lo más habitual que convivan varios de aquellos y que cada uno se especialice en un ámbito de trabajo concreto. Asimismo puede ocurrir que el organismo competente para una cierta actividad no disponga, en el momento preciso de desempeñar esta, de los medios apropiados requiriendo el apoyo de otro.

Lo que se pretende conseguir en suma, a través del referido concepto, es aumentar el nivel de integración de esfuerzos en todas las actividades de seguridad y respetando la distribución de competencias establecida legalmente, crear un mecanismo con la suficiente flexibilidad para que el apoyo mutuo entre todos los organismos involucrados quede garantizado.

En este ámbito nacional, inspirado en la cooperación cívico militar, se están promoviendo varias *iniciativas de Seguridad Marítima* que respetando la legislación internacional incorporada a nuestra normativa y a la que se hará referencia más adelante, permiten la persecución y enjuiciamiento de las actividades criminales e ilegales en el ámbito marítimo extraterritorial español. Ejemplo de ello lo es la reciente Ley Orgánica 13/2007 de 19 de noviembre para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas que modifica el apartado 4 del arto. 23 de la Ley Organica del Poder Judicial y modifica el apartado 1 del arto. 313 del Código Penal, así como el apartado 1 del arto. 318 bis del mismo Cuerpo Legal.

No obstante y aún antes de ser modificado el artículo 23 apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la jurisprudencia ya resolvía en tal sentido. Así cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de Junio de 2007 estimatoria del recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal contra sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, la cual considera competente a la Jurisdicción española para conocer del delito arriba referido en un caso en que los imputados son localizados por Salvamento Marítimo a cincuenta y cinco millas al sur de la isla de Gran Canaria, en una embarcación tipo cayuco con cincuenta y cinco inmigrantes de origen subsahariano a bordo, siendo todos ellos embarcados y trasladados a puerto español.

Para tal conclusión el Tribunal Supremo se basaba en la coexistencia del principio de territorialidad con el de la matrícula o el pabellón y con el real o de protección de los intereses que trata de amparar bienes jurídicos propios del Estado, con independencia del lugar en que se cometa el ataque.

Así, siendo la inmigración ilegal uno de los problemas más graves a los que se tiene que enfrentar hoy día nuestro país, resulta fundamental disponer de soporte legal para actuar contra los patrones de las embarcaciones.

España dispone de una estructura compleja que trata de asignar cada una de las facetas de riesgo y cada escenario de actuación al organismo que ha acumulado mayor experiencia. Desde esta distribución de responsabilidades que será analizada más adelante a lo largo de esta exposición, nuestra Administración ha desarrollado mecanismos de trabajo inter-agencias tales como: acuerdos de colaboración, sistemas de intercambio de información, foros y grupos de trabajo con la participación de empresas marítimas... y todo ello en un intento de coordinar los diferentes esfuerzos que se realizan en orden a la protección de los intereses comunes.

En cuanto a su dimensión internacional, la mayoría de riesgos y amenazas descritos afectan por igual al resto de la comunidad internacional, por lo que la lucha contra aquellas debe tener forzosamente un componente internacional para ser realmente efectiva. De hecho «la actuación independiente» por regla general estará avocada al fracaso dada la extensión física del entorno marítimo así como la permeabilidad de sus fronteras.

En este marco la tendencia consiste en conformar un entramado en el que Organizaciones como la ONU, la OMI, la Unión Europea o la OTAN, apoyándose en la existencia de intereses comunes, coordinen e impulsen la aplicación por parte de los Estados, de los principales mecanismos de Seguridad Marítima disponibles. Tal es el caso de los nuevos Convenios internacionales desarrollados para generalizar el uso de sistemas automáticos de identificación y para ejercer el control de los buques mercantes y los movimientos portuarios, así como, en general, para mejorar las medidas de policía marítima («Law Enforcement») en puertos y aguas territoriales y la vigilancia marítima por parte de las fuerzas navales.

En este ámbito internacional y sin ánimo de ser exhaustivos, las principales *iniciativas* en materia de Seguridad Marítima, son las siguientes:

### **La Seguridad Marítima en el marco de Naciones Unidas**

Naciones Unidas, antes ya de la entrada en escena del terrorismo internacional como amenaza emergente, había desarrollado varias convenciones para proporcionar un marco legal que permitiera fortalecer la Seguridad Marítima en algunos de los campos más amenazados. La existencia de estos supone un respaldo jurídico fundamental para gran parte del esfuerzo en la lucha contra las actividades delictivas en la mar.

Por su alcance y contenido los Convenios de Naciones Unidas más relevantes son:

*Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, ratificada por Instrumento de 20 de diciembre de 1996*

Es esta una de las normas de Derecho Marítimo más reconocidas y respaldadas internacionalmente, si bien conviene advertir que aún son muchos los países que no reconocen su contenido. En ella se definen los distintos espacios marítimos así como el régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos. Se prevén además ciertos mecanismos que resultan indispensables para el ejercicio de acciones de la Seguridad Marítima como el derecho de persecución o el de visita y registro.

No obstante, y a medida que la seguridad en el mar se ha visto cuestionada por la aparición de nuevas amenazas no existentes al tiempo de esta Convención han ido desarrollándose otros Convenios con la finalidad de ampliar la capacidad de autodefensa de la comunidad internacional.

*Convenio de Naciones Unidas sobre la Seguridad de la Vida Humana en la Mar (SOLAS) de 1974, modificado el 12 de diciembre de 2002*

En principio este Convenio estaba dirigido exclusivamente a dictar normas a nivel mundial sobre Seguridad de la Navegación, sin embargo a raíz de los atentados del 11 de septiembre se detectó la necesidad de establecer medidas para solventar algunas vulnerabilidades que el entorno marítimo presentaba frente al terrorismo internacional. Así se amplió su contenido y se introdujo un nuevo capítulo en el articulado. En concreto los gobiernos signatarios se comprometieron a asumir una normativa dirigida principalmente a las autoridades portuarias y a las compañías navieras, para fortalecer la seguridad de los puertos, los buques, la carga y en general la actividad portuaria y el transporte marítimo.

La modificación al SOLAS incluye también para facilitar el seguimiento del tráfico marítimo la adopción del sistema AIS (Automatic Identification System) para buques de más de trescientas toneladas.

*Convenio de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988*

Este Convenio hecho en Viena en fecha 20 de diciembre de 1988, contempla en su artículo 17, las actuaciones que los Estados pueden llevar a cabo para impedir el tráfico ilícito de drogas por mar. Para la aplicación del mismo se dicta Acuerdo número 156 del Consejo de Europa hecho en Estrasburgo el 31 de enero de 1995. De acuerdo al referido Convenio los

signatarios se comprometen a cooperar en todo lo posible para eliminar el tráfico. Asimismo, se prevé la posibilidad de que las partes concierten acuerdos o arreglos bilaterales y regionales para llevar a la práctica las disposiciones de este artículo o hacerlas más eficaces. En cumplimiento de esta previsión y atendido el referido Acuerdo, en el deseo de reprimir tal tráfico, respetando el principio de libertad de navegación se concertó en Lisboa a fecha 2 de marzo de 1998 el Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa para la represión de drogas en el mar.

*Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*

Este Protocolo contempla en su artículo 8 las medidas acordadas por los Estados parte para luchar contra el tráfico ilícito de migrantes por mar. El «modus operandi» fijado es muy similar al previsto en la Convención de Viena para la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes.

*Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego sus piezas y componentes y municiones que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*

Este Protocolo surge ante la necesidad de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego a causa de los efectos perjudiciales de tales actividades para la seguridad de cada Estado y región y del mundo en general.

*Convenio de Naciones Unidas para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima hecho en Roma el 10 de marzo de 1988 y Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas fijas emplazadas en la Plataforma Continental hecho en Roma en 1988. Instrumentos SUA actualmente en proceso de enmienda. Protocolos de 2005*

Los Instrumentos SUA de 1988 regulan el embargo o aseguramiento, la detención e incluso la extradición de los presuntos delincuentes en la comisión de una serie de ilícitos penales cometidos a bordo.

Sin embargo, dadas las características del terrorismo internacional del siglo XXI, los tipos delictivos previstos en los Convenios de 1988 resultan demasiado limitados. Así las amenazas terroristas mediante el uso de

armas o material biológico, químico o nuclear no fueron previstas en la redacción de aquellos. Adolecen también de una falta de facultades expresas y claras para que funcionarios de terceros países puedan embarcarse en aguas internacionales en buques que enarboles la bandera de un tercer Estado ya sea para inspeccionar, incluso para detener a presuntos terroristas y asegurar armas, amén de asistir a embarcaciones que se encuentren bajo los efectos de posible ataque terrorista.

En los Protocolos SUA 2005 no existe definición de los términos «terrorismo» o «terrorista» ya que al ser estos de enmienda y no Tratados Internacionales de nuevo cuño se ha mantenido la referencia a actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y de las plataformas fijas.

Los Instrumentos SUA de 2005 articulan pues normas de carácter procesal a partir de las cuales se ejercen actos de autoridad de Estados a bordo de embarcaciones de terceros países tanto en alta mar como incluso en la Zona Económica Exclusiva.

De otro lado el esfuerzo de Naciones Unidas y de la Organización Marítima Internacional en materia de terrorismo marítimo se plasma en otro tipo de instrumentos que articulan normas de naturaleza técnica para la protección de las embarcaciones, artefactos navales e incluso Instalaciones Portuarias con el fin de prevenir ataques terroristas y en caso de ocurrir estos estar en aptitud de responder con eficacia y prontitud; nos referimos concretamente al Código Internacional para la protección de los buques y de las Instalaciones Portuarias de 2002 (Código PBIP) y al Sistema de Seguimiento de largo alcance (sistema LRIT), prevista su utilización a partir de Enero de 2008.

## **La Seguridad Marítima en el marco de la Unión Europea**

La Unión Europea consta de tres pilares sobre los que sustenta toda su actuación:

- Comunitario
- Política Exterior y Seguridad Común.
- Justicia e Interior.

El conjunto de estas tres dimensiones sitúa a la Unión Europea en una posición de privilegio para hacer frente a las nuevas amenazas en el entorno marítimo.

Si bien hasta la fecha, la coordinación inter-pilar en materia de Seguridad Marítima ha sido escasa, desde mediados del 2006 se constata una progresiva tendencia a la integración de esfuerzos y conceptos.

Algunas iniciativas como la de FRONTEX (Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea, cuyo fin es fortalecer la seguridad fronteriza, garantizando la coordinación de las acciones de los Estados Miembros en la ejecución de medidas comunitarias relativas a la gestión de fronteras exteriores), en materia de inmigración, el Libro Verde de Política Marítima Europea, a cuyos aspectos de Seguridad Marítima han contribuido de manera especial los Jefes de las Marinas, el estudio de la Dimensión Marítima de la Unión Europea o el Proyecto de Capacidades de Vigilancia Marítima de la Agencia de Defensa Europea, dentro de la Política Europea de Seguridad y Defensa, empiezan a contener llamadas cada vez más claras a la necesidad de prevenir y combatir las amenazas y riesgos en el entorno marítimo.

## **La Seguridad Marítima en el marco de la OTAN**

Tras el atentado terrorista del 11 de Septiembre, la OTAN invocó por primera vez en su historia, el Artículo V del Tratado del Atlántico Norte y como resultado de ello desplegó una Fuerza Naval en el Mediterráneo dentro de la operación ACTIVE ENDEAVOUR.

Dicha operación tras años de actividad ha conseguido crear un espacio de relativa estabilidad dentro del entorno marítimo particular del Mediterráneo, colocándose así la OTAN a la vanguardia mundial en este tipo de misiones.

Esa experiencia ha propiciado la existencia de un importante bagaje operativo y una gran implicación de la OTAN en la explotación de los nuevos sistemas implantados por la Organización Marítima Internacional, desarrollándose herramientas de trabajo que permiten agilizar la obtención, el intercambio y el análisis de datos y el concepto de conocimiento del entorno marítimo.

### **1.2. VIGILANCIA MARÍTIMA**

La Vigilancia Marítima se define como la observación y comprobación sistemática del entorno marítimo sobre, en y bajo la superficie por cualquier medio para conseguir un conocimiento continuo y permanente de todas las actividades que en el se producen.

Además de la detección de actividades irregulares, la Vigilancia Marítima, pretende conseguir un efecto disuasorio mediante la presencia per-

manente o frecuente de medios del Estado en los espacios marítimos de interés.

La Seguridad Marítima requiere de un avance en la cooperación y coordinación de todos los esfuerzos civiles y militares que se llevan a cabo en el entorno marítimo y que obligan a una Vigilancia Común de todos los agentes implicados en esta materia.

Por su parte el carácter global, antes reseñado, de las amenazas y riesgos que pueden poner en peligro la Seguridad Marítima, hacen de esta una cuestión que traspasa las fronteras nacionales al ser comunes a todos los países de nuestro entorno demandando una Vigilancia Combinada y en profundidad de los espacios marítimos.

## 2. DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS DEL ESTADO EN MATERIA DE SEGURIDAD MARITIMA

### 2.1. MINISTERIO DEL INTERIOR: SERVICIO MARÍTIMO DE LA GUARDIA CIVIL

El Servicio Marítimo de la Guardia Civil desempeña en las aguas territoriales españolas, las funciones que la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo le encomienda. Así establece ésta que «...La Guardia Civil es competente para ejercer las funciones genéricas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en aquellos lugares no asignados a la Policía Nacional incluyendo el mar territorial...»

De entre las muchas funciones atribuidas a la Guardia Civil en el entorno marítimo, son de especial interés para la Seguridad Marítima las siguientes:

- Mantenimiento del orden público y seguridad ciudadana en la costa así como en las aguas interiores de España.
- Represión de actividades relativas a la inmigración ilegal.
- Resguardo fiscal del Estado: persecución y represión del contrabando y defraudación.
- Custodia de las vías de comunicación terrestre, costas, fronteras, puertos y aeropuertos.
- Custodia y vigilancia de mercancías peligrosas y nocivas en los recintos portuarios y fondeaderos.
- Terrorismo.
- Represión del tráfico ilícito de estupefacientes...

Por su parte el Real Decreto 246/1991 de 22 de febrero de creación del Servicio Marítimo de la Guardia Civil dispone que «...las funciones que

la Ley Orgánica 2/1986, atribuye al Cuerpo General de la Guardia Civil, se ejercerán en las aguas marítimas españolas hasta el límite exterior del mar territorial determinado en la legislación vigente y excepcionalmente fuera del límite del mar territorial, de acuerdo con lo que se establece en los Tratados Internacionales vigentes.

Conviene traer a colación en este punto la Ley 10/1977 de 4 de enero sobre Mar territorial la cual tras reconocer la soberanía del Estado en el mar territorial adyacente a sus costas delimita este de la siguiente forma:

- Límite interior: determinado por la línea de la bajamar escorada y en su caso por las líneas de base rectas que sean establecidas por el gobierno.

- Límite exterior: determinado por unas líneas trazadas de modo que los puntos que la constituyen se encuentren a una distancia de doce millas náuticas de los puntos más próximos de las líneas de base referidas en el punto anterior.

La Guardia Civil, con su Servicio Marítimo, se ha convertido pues en nuestra Policía General Marítima, para el mantenimiento del orden en las aguas del mar territorial.

## 2.2. MINISTERIO DE FOMENTO

### 2.2.1. Dirección General de la Marina Mercante (DIMAMER)

La Dirección General de la Marina Mercante, integrada en el Ministerio de Fomento a través de la Secretaría General de Transportes, se rige por la Ley 27/1992 de 24 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

El artículo 74 de dicho Cuerpo Legal expone los siguientes objetivos, relacionados con la Seguridad Marítima:

- La tutela de la seguridad de la vida humana en la mar.
- La tutela de la seguridad de la navegación marítima.
- La tutela de la seguridad marítima, término este que en el ámbito del Ministerio de Fomento se refiere al salvamento y rescate y lucha contra la contaminación por traducción del inglés «Safety».
- La protección del medio ambiente marino.
- La existencia de los servicios de transporte marítimo que demanden las necesidades del país.
- El mantenimiento de las navegaciones de interés público.

Amén de estos objetivos el artículo 86 de la Ley 27/1992, incide en algunas competencias concretas tales como el control sobre los buques civiles españoles o la ejecución de inspecciones y controles técnicos sobre los mismos, que a raíz de las enmiendas al SOLAS (Convenio de Naciones Unidas sobre seguridad de la vida en el mar), tienen un impacto claro sobre la Seguridad Marítima, pues están dirigidas a garantizar la adhesión de las navieras a la nueva normativa.

Es preciso insistir en que dentro del ámbito de la Marina Mercante, el término «Seguridad Marítima» viene referido a la Seguridad de la navegación y del medio ambiente marino.

### **2.2.2. Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR)**

La Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima es una entidad pública empresarial de las previstas en el arto 43.1 b) de la Ley 6/1997 adscrita al Ministerio de Fomento quien ejerce dirección estratégica, evaluación control y eficacia en los términos de los artos 43 y 59 de la Ley 6/1997 (LOFAGE).

Se trata de un ente con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad de obrar cuyas actividades están sujetas al Ordenamiento Jurídico Privado y cuyo Presidente lo es el Director General de la Marina Mercante.

La Ley 27/1992 de 24 de noviembre, en su artículo 90 asigna a dicho ente ciertas funciones relacionadas con la Seguridad Marítima cuales son:

- La prestación de servicios de búsqueda, rescate y salvamento marítimo en las zonas establecidas en el Convenio Internacional SAR 79.
- La prestación de servicios de prevención y lucha contra la contaminación.
- La prestación de servicios de control y ayuda al tráfico marítimo.

Siendo en este punto relevante la implantación por SASEMAR, en todos sus Centros de Control, del Sistema Automático de Identificación (AIS).

### **2.2.3. Organismo Público Puertos del Estado**

Este organismo, dependiente del Ministerio de Fomento, a través de la Secretaría General de Transportes y encuadrado por tanto en el mismo ámbito administrativo que los dos organismos anteriores, es el encargado

de la ejecución de la política portuaria del Gobierno y de la coordinación y control de eficiencia del sistema portuario.

Tanto por las medidas de control ejercidas por las Autoridades Portuarias en materia de seguridad, como por la importancia de la información de que dispone en su base de datos (PORTEL), la participación de Puertos del Estado en el entramado de la Seguridad Marítima Nacional es de gran importancia.

Por su parte la Ley 27/92 de 25 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercante dedica su Título IV a la regulación del «Régimen de Policía» en el ámbito objeto de la misma, ámbito este con el que guardan relación numerosas disposiciones de rango inferior como la Orden Ministerial 25/ 1985 por la que se establecen las normas para las escalas de los buques de guerra extranjeros en puertos o fondeaderos españoles y su paso por nuestro mar territorial en tiempo de paz, el Real Decreto 1253/1997 sobre condiciones mínimas exigidas a los buques que transporten mercancías peligrosas o contaminantes con origen o destino a puertos marítimos nacionales, el Real Decreto 1249/2003 sobre formalidades de información exigibles a los buques mercantes que lleguen a los puertos nacionales o salgan de estos y el Real Decreto 91/2003 por el que se aprueba el Reglamento de Inspección de buques extranjeros en puertos españoles.

### 2.3. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA: DIRECCIÓN ADJUNTA DE VIGILANCIA ADUANERA (DAVA)

La DAVA, integrada en la Agencia Estatal de Administración Tributaria del Ministerio de Economía y Hacienda, según el Real Decreto 319/1982, tiene competencias sobre «el descubrimiento, persecución y represión en todo el territorio nacional, aguas jurisdiccionales y espacio aéreo español, de actos e infracciones de contrabando, ejerciendo funciones de vigilancia marítima, aérea y terrestre».

Para el cumplimiento de tales misiones cuenta con una flota de barcos inscritos en la Lista Oficial de Buques de la Armada, considerados buques de Estado, con los que acomete aquellas competencias relacionadas con el contrabando, la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes o los delitos fiscales en general.

Los miembros de la DAVA en el ejercicio de sus competencias colaboran con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y cuentan para ello con la consideración de agentes de la autoridad y derecho a portar armas.

## 2.4. MINISTERIO DE AGRICULTURA PESCA Y ALIMENTACIÓN. SECRETARÍA GENERAL DE PESCA MARÍTIMA (SEGEPESCA)

La Secretaría General de Pesca Marítima, ejerce entre otras, las competencias sobre planificación y ejecución de la política de pesca marítima y ordenación del sector pesquero así como la elaboración y planificación de la normativa correspondiente.

Aún cuando el ejercicio de la pesca como actividad económica no tiene implicaciones directas para la seguridad del Estado, sí que afecta en última instancia, al interés de los ciudadanos, por lo que existe un control de la misma a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Por este motivo así como por la posibilidad de generar situaciones de conflicto entre Estados más allá de sus espacios jurisdiccionales y ser susceptible de enmascarar actividades criminales en la mar, la actividad pesquera debe ser incluida en el concepto de Seguridad Marítima.

## 2.5. MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

En este punto es de significar la gran importancia de la acción diplomática del Estado, materializada por la actividad del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación como complemento indispensable para el ejercicio de la seguridad Marítima.

De un lado, la delimitación física de los espacios marítimos y su correspondiente reglamentación jurídica, que tanto afecta al ejercicio de la Seguridad Marítima, no está exenta de disputas y litigios entre los Estados. A este respecto conviene reseñar la existencia de la Comisión Interministerial de Política Marítima Interministerial (CIPMI) que creada en el Ministerio de que estamos tratando, por acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de abril de 1973, tiene como finalidad la de asesorar a la Administración General del Estado en cuestiones de política marítima.

Por otra parte, el Ministerio de Asuntos Exteriores, participa representando a España, en el desarrollo e impulso de la legislación internacional, la cual sirve muchas veces como elemento de apoyo para las acciones a realizar en aras de la Seguridad Marítima.

Es este Ministerio el que en acciones de represión de actividades delictivas y cuando se hace necesario el abordaje, se encarga de establecer los enlaces diplomáticos con las autoridades de los países cuyo pabellón es arbolado por los buques infractores.

## 2.6. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Los Gobiernos autonómicos gozan de determinadas competencias dentro del ámbito marítimo especialmente en materia de pesca en aguas interiores y puertos no encuadrados en el Organismo Público Puertos del estado.

## 2.7. MINISTERIO DE DEFENSA

### **2.7.1. Asignación de responsabilidades a las Fuerzas Armadas**

La relación de las Fuerzas Armadas con las actividades relacionadas con la Seguridad Marítima ha sido tradicionalmente considerada en toda la legislación básica de la Defensa y lo está de hecho expresamente en la Ley Orgánica 5/2005 de 17 de Noviembre de la Defensa Nacional, tanto en su vertiente nacional como internacional.

Así el artículo 13 de dicho Cuerpo legal en su apartado 1 b, dispone que en el ámbito de la Fuerza, establecida como el conjunto de medios humanos y materiales que se agrupan y se organizan con el cometido principal de prepararse para la realización de operaciones militares, se llevará a cabo el adiestramiento, la preparación y la evaluación de sus unidades y se realizarán en tiempo de paz, las misiones específicas permanentes que se le asignen, correspondiendo en particular a los Jefes de Estado Mayor según el apartado 3 b de este mismo artículo, el desarrollo y ejecución de las misiones que en tiempo de paz tengan asignadas con carácter permanente.

Por su parte, el artículo 16 de la LO 5/2005, contempla entre otros, los siguientes tipos de operaciones militares relacionadas con la Seguridad Marítima:

a) «La vigilancia de los espacios marítimos, como contribución a la acción del Estado en la mar...y aquellas otras actividades destinadas a garantizar la soberanía e independencia de España, así como a proteger la vida de su población y sus intereses.

b) El apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo y a las Instituciones y organismos responsables de los servicios de rescate terrestre, marítimo y aéreo en las tareas de búsqueda y salvamento».

c) La colaboración con las diferentes Administraciones Públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas conforme a lo establecido en la legislación vigente.

A su vez el Real Decreto 787/2007 de 15 de Junio por el que se regula la estructura operativa de las Fuerzas Armadas, establece en su Disposición Adicional Única que:

1. «las misiones específicas que en tiempo de paz, tengan asignadas con carácter permanente los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos, a las que hace referencia el Artículo 13.3 b de la LO 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, incluirán aquellas actividades llevadas a cabo por la fuerza de uno de los Ejércitos en los espacios de soberanía española, en la alta mar y su espacio aéreo o en otros lugares donde resulte lícito con arreglo al derecho internacional con idea de continuidad en el tiempo y en condiciones de plena normalidad y ausencia de conflicto.

2. Dichas actividades, entre las que se incluyen las relacionadas con la vigilancia y seguridad de los espacios a que se refiere el párrafo anterior, el apoyo a la acción del estado en dichos espacios, así como la presencia militar en territorio nacional, serán definidas y asignadas a los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire por el Ministro de Defensa.

3. Cuando las citadas actividades requieran, conducción estratégica o empleen medios conjuntos se integrarán en la estructura operativa de las Fuerzas Armadas. A tal fin se establecerán los procedimientos necesarios».

## **2.7.2. La Armada como agente de control marítimo**

### *Atribución de competencias*

El artículo 16 a) de la LO 5/2005 antes mencionado, incorpora una expresión de nuevo alcance cual es la de «Acción del Estado en la Mar» con la que se alude a una actividad pública compleja, una de cuyas partes a la que se ha denominado «Acción Marítima» corresponde ejecutar a la Armada como institución responsable con carácter general de la vigilancia y protección de los intereses marítimos nacionales.

Con el fin de llevar a cabo las operaciones necesarias de vigilancia, se ha creado una Fuerza específica cual es la Fuerza de Acción Marítima, nacida como resultado de la unificación del conjunto de medios que en la anterior organización conformaban las diferentes Fuerzas de las cuatro Zonas Marítimas bajo un solo mando (Almirante de Acción Marítima). Su estructura de mandos subordinados, sus posibilidades de mando y control, y la disponibilidad de sus unidades garantizan la capacidad de respuesta de

la Armada y la integración de su esfuerzo operativo en el conjunto de la Acción del Estado en la mar.

El cometido principal de la FAM, vinculado pues a la protección de los intereses marítimos nacionales, aparece reflejado en la Orden DEF /3537/2003 de 10 de Diciembre, caracterizándose inicialmente como una actividad íntimamente ligada a la disuasión y prevención de cualquier tipo de agresión en cumplimiento de la más genérica misión que el artículo 8 de nuestra Constitución atribuye a las Fuerzas Armadas.

Por su parte la Instrucción 81/2004 sobre organización de la Fuerza de Acción Marítima, actualmente en trámite de modificación, establece que la misma estará formada por el conjunto de unidades que tienen por cometido principal prepararse para *proteger* los intereses marítimos nacionales y el control de los espacios marítimos de soberanía e interés nacional, contribuyendo al conjunto de actividades que llevan a cabo las distintas administraciones públicas con responsabilidades en el ámbito marítimo, atribuyendo al Almirante de Acción Marítima la ejecución de las actividades o misiones específicas de carácter permanente que la Armada tenga asignadas generalmente en el ámbito del control de los espacios marítimos de soberanía e interés nacional.

Bajo estas directrices compete a la Armada, la patrulla de los espacios marítimos, la introducción de información en el sistema de gestión del Conocimiento del Entorno Marítimo para llegar a detectar actividades que afecten a la Seguridad Marítima, especialmente para lograr el establecimiento de la situación de superficie (Recognised Maritime Picture), la salvaguarda de la libertad de navegación y del comercio marítimo, la cooperación y guía del tráfico mercante (NCAGS), que implica la gestión de crisis de la navegación mercante dentro del entorno militar en tiempo de tensión, crisis y conflicto.

Dispone además la Instrucción arriba referida, que con los buques que componen dicha Fuerza Naval, la Armada también colaborará, cuando sea requerida para ello con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en misiones de policía marítima según los acuerdos vigentes y con otros Departamentos Ministeriales en tareas de vigilancia de pesca, de investigación científica, de salvamento y de lucha contra la contaminación marítima confiriendo al Almirante de Acción Marítima, la facultad para relacionarse y coordinar la ejecución de las colaboraciones aprobadas por el AJEMA con los organismos de la Administración que tengan competencias en el ámbito marítimo en aspectos tales como pesca, tráfico marítimo, policía marítima, lucha contra la contaminación marina, investigación y trabajos científicos, labores hidrográficas, mantenimiento del patrimonio

arqueológico subacuático de interés para el Patrimonio Nacional, búsqueda y salvamento, cooperación en tareas de protección civil y transporte logístico. Se constituye pues esta Autoridad como interlocutor único de la Armada con la Administración Marítima.

La Armada asume así, en el ámbito general de la Seguridad Marítima y en términos de colaboración, otra serie de responsabilidades derivadas de los convenios «interorgánicos» hasta la fecha suscritos con las demás Agencias competentes en el entorno marítimo y que se relacionan a continuación.

*Acuerdo Interdepartamental entre los Ministerios de Defensa e Interior sobre Colaboración y Coordinación de la Armada y la Guardia Civil en el ámbito marítimo*

Este acuerdo firmado a fecha 14 de febrero de 2006 tiene por objeto principal impulsar la adecuada coordinación entre la Armada y la Guardia Civil en el ámbito marítimo, estableciendo procedimientos comunes para mejorar la eficacia de sus medios respectivos en la Acción del Estado en la mar.

Como objetivos específicos se señalan los siguientes:

- Establecer procedimientos para coordinar actividades y peticiones de colaboración.
- Establecer procedimientos de enlace entre las unidades de ambos organismos en la mar e impulsar la utilización de sistemas comunes de comunicación segura
  - Proponer oportunidades de adiestramiento mutuo.
  - Colaborar en programas de instrucción
  - Establecer reuniones periódicas a diferentes niveles para coordinar actuaciones.

Para alcanzar los objetivos reseñados se prevé en el acuerdo, la constitución de una Comisión Mixta de Seguimiento.

*Acuerdo Interdepartamental entre los Ministerios de Defensa e Interior en el ámbito de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas*

Este acuerdo, firmado también a fecha 14 de febrero de 2006, tiene como objeto formalizar el compromiso del Ministerio de Defensa de colaborar, con carácter temporal y a solicitud del Ministerio del Interior, siem-

pre que sus misiones y capacidades se lo permitan, con medios e instalaciones de las Fuerzas Armadas en apoyo de operaciones en las que el Centro de Información para la lucha contra el crimen organizado coordine unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado u otros servicios y en las que estas carezcan de los medios adecuados.

Más concretamente, las modalidades de colaboración contempladas por el acuerdo son las siguientes:

- Búsqueda, localización identificación, seguimiento e interceptación de objetivos empleando los medios o sistemas más idóneos dependientes del Ministerio de Defensa.

- Embarque en buques o aeronaves militares de agentes y medios policiales para que con sus medios o los facilitados por el Ministerio de Defensa procedan a interceptar un objetivo.

- Control y escolta de objetivos en la mar o en el aire, cumpliendo las formalidades legales establecidas.

- Facilitar en el marco de la operación, medios para el traslado de detenidos o droga al punto que la autoridad judicial determine, cuando no pueda realizarse por otra vía y existan medios adecuados y disponibles para efectuarlo.

- Cesión extraordinaria y ocasional de instalaciones para incinerar droga incautada así como facilitar medios para ello.

- Remolque del buque apresado en caso de que este no reúna las condiciones mínimas de seguridad y habitabilidad para ser tripulado y exclusivamente durante el periodo necesario hasta la llegada de un buque remolcador que realice esta tarea.

#### *Acuerdo Conjunto de los Ministerios de Defensa y de Agricultura Pesca y Alimentación sobre inspección y vigilancia de actividades de pesca marítima*

Este acuerdo firmado el 24 de octubre de 1988 define el apoyo de la Armada a la Secretaria General de Pesca (SEGEPEPESCA) en el desarrollo de las actividades de inspección y vigilancia pesquera que se materializan en un Plan General Anual en el que se contemplan de forma global las actividades necesarias en la mar, definidas en lugar, periodicidad, intensidad, etc. y en el que se plasman las líneas básicas de acción y se establecen las prioridades de forma que resulte apropiado a los fines de la Secretaria General de Pesca y practicable y aceptable de acuerdo con los medios y recursos disponibles para la Armada.

En este ámbito de la inspección y vigilancia de la actividad pesquera cabe hacer referencia a la Ley 3/ 2001 de 26 de marzo de Pesca Marítima del Estado, cuya regulación debe complementarse con la contenida en el Real Decreto 1797/99 sobre el control de las operaciones de pesca de buques de terceros países en aguas bajo soberanía o jurisdicción española y en el Real Decreto 176/2003 por el que se regula el ejercicio de las funciones de control e inspección de las actividades de pesca marítima, sin olvidar tampoco las competencias reconocidas sobre la materia a las Comunidades Autónomas.

*Acuerdo Inter- Departamental entre el Ministerio de Defensa (Armada) y el Ministerio de Fomento (Puertos del Estado) sobre intercambio de información*

Este acuerdo cuyo desarrollo esta finalizado, y su firma se prevé tendrá lugar próximamente, tiene por objeto establecer un marco de colaboración sobre intercambio de información relativa al tráfico marítimo y movimientos portuarios.

En virtud de este acuerdo, la Armada dispondrá de una importante fuente de información con la que mejorar el conocimiento del entorno marítimo y fortalecerá sus relaciones con uno de los organismos más importantes en el ámbito de la Seguridad Marítima como es Puertos del Estado.

*Plan Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático*

Este Plan aprobado mediante acuerdo del Consejo de Ministros en fecha 30 de noviembre de 2007 nace de la necesidad sentida de aunar los esfuerzos de todas las Administraciones competentes así como de delimitar actuaciones que maximicen la eficacia en la salvaguarda de nuestro patrimonio cultural subacuático, el cual se ve con frecuencia amenazado por actividades no autorizadas que buscan el expolio de los yacimientos para obtener objetos dirigidos a la explotación comercial.

En esta materia las competencias lo son fundamentalmente del Estado a través del Ministerio de Cultura y de las Comunidades Autónomas (conviene citar al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional 17/ 1991 de 31 de Enero que reafirma las competencias del Estado en materia de protección del Patrimonio Histórico Español, regulada en la Ley 16/85 sin

perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas) siendo preciso articular canales de coordinación y colaboración entre ambas Administraciones.

Otros Departamentos Ministeriales que resultan también implicados en la defensa del patrimonio marino lo son el Ministerio del Interior, el Ministerio de Fomento, el Ministerio de Medio Ambiente y por fin el Ministerio de Defensa. Centrándonos en este último, es preciso significar que a la Armada (Comandancias Navales) compete la concesión de los permisos de rastreo y localización de cosas hundidas destacando el Plan su papel fundamental en la arqueología subacuática por un triple motivo: En primer lugar por la densa información de documentos y archivos históricos que se tienen en este Departamento sobre barcos, naufragios, trayectos realizados etc. Segundo porque algunos de los yacimientos arqueológicos se encuentran bajo las aguas de Puertos de la Armada y Tercero porque los pecios constituidos por buques de la Armada hundidos a lo largo de la historia, se encuentren en el espacio marítimo que se encuentren, forman parte del Patrimonio Histórico Español por lo que sólo el Ministerio de Cultura en actuación coordinada con el Ministerio de Defensa (Armada) puede autorizar campañas arqueológicas sobre dichos pecios.

Este Plan «abre la puerta» a futuros Convenios de colaboración entre los Ministerios de Defensa y Cultura a fin de articular los mecanismos de cooperación oportunos, en interés de la adecuada protección del Patrimonio Cultural Subacuático.

Por último en este marco de colaboración y cooperación en pro de la Seguridad Marítima, en sus dos acepciones, es de significar que la Armada mantiene relación directa con:

1) La Dirección General de la Marina Mercante y la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, a la que recientemente se ha hecho traspaso del servicio de radioavisos hasta ahora desempeñado por el Instituto Hidrográfico de la Armada.

2) La Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, debiendo citarse en este punto el Real Decreto 1649/1998 de desarrollo del Título II de la LO 12/ 1995 sobre represión del contrabando. En concreto los artículos 20.2 d), 22.2 y 23.6.

3) El Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, figurando a través del Almirante Jefe de la División de Planes del Estado Mayor de la Armada como vocal permanente en la Comisión Interministerial de Política Marítima Interministerial (CIPMI).

4) Las Comunidades Autónomas a través de la Administración Central.

En este ámbito al que nos venimos refiriendo, de auxilio de la Armada a la acción marítima civil que desempeñan los organismos arriba relacionados y como ejemplo de la misma cabe traer a colación el Real Decreto 1217/2002 de 22 de noviembre, por el que se determinan la composición y funciones de la Comisión Nacional de Salvamento Marítimo, prevista en el artículo 87.4 de la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Esta comisión, presidida por el Ministro de Fomento, es el órgano que permite facilitar la cooperación y participación de las Comunidades Autónomas con litoral así como las ciudades de Ceuta y Melilla en la planificación del salvamento marítimo y de ella forma parte como vocal, tanto de la Comisión como de su Comité Ejecutivo, un Director General o Almirante del Ministerio de Defensa, así como el Real Decreto 101/2003 de 24 de enero por el que se crean los Comisionados de los Ministerios de Fomento y Medio Ambiente y el Coordinador del Ministerio de Defensa para las actuaciones de los respectivos Departamentos derivadas de la catástrofe del buque «Prestigie».

#### *La concreta contribución de la Armada en materia de policía marítima referida a cada uno de los espacios marítimos*

Históricamente, las funciones de la policía marítima han estado íntimamente ligadas a la actividad de la Marina de Guerra. Así y a mero título de ejemplo podemos citar diversas normas históricas como: La Real Orden del Ministerio de Marina de 3 de febrero de 1877, publicada en la Gaceta de Madrid en fecha 6 de febrero del mismo año, en la que se establecían reglas que debían ser observadas por «las fuerzas destinadas al resguardo de las costas y su peculiar servicio de celar la policía del mar territorial, la sanitaria, de pesca y navegación y persecución del contrabando» o aquellas disposiciones reglamentarias relativas a los diferentes Cuerpos de la Armada que en diferentes momentos históricos han tenido encomendadas este tipo de funciones.

Actualmente y de acuerdo con la visión expresada a lo largo de esta exposición, la acción policial de la Armada en la Mar corresponde al ejercicio de una competencia propia y general en los espacios marítimos compatible con la necesaria colaboración con aquellos otros agentes nacionales o internacionales con competencias concurrentes pero de carácter más específico en dicho ámbito marítimo.

La referida concurrencia de una pluralidad de órganos coexistiendo en un mismo espacio, el marítimo, así como, la cantidad de normas que en nuestro Ordenamiento Jurídico contienen disposiciones de policía maríti-

ma, hacen que el régimen de esta se caracterice por su gran dispersión, debiendo además tenerse en cuenta la marcada dimensión internacional de la misma, ya que de un lado la mayor parte de las normas cuyo cumplimiento se pretende son de origen internacional y de otro el ejercicio de los poderes estatales de policía en la mar depende estrechamente del régimen jurídico del espacio marítimo de que se trate.

Centrándonos en cada uno de estos espacios marítimos y sobre la base del principio de soberanía territorial del Estado, que se proyecta desde el territorio hasta el medio marino adyacente es de significar que esa soberanía casi plena sobre los espacios más cercanos a su costa, pierde intensidad a medida que nos alejamos de esta.

La visión del régimen de policía propio de cada uno de estos espacios debe partir del marco establecido por el Derecho Internacional, debiendo atender muy en concreto a las disposiciones contenidas en la ya citada Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, abierta a la firma en fecha 10 de diciembre de 1982 en Montego Bay (Jamaica) y ratificada por España mediante Instrumento de 20 de diciembre de 1996, en adelante CMB.

En ella se define pues el estatuto jurídico del buque de guerra y sus posibilidades de intervención en los diferentes espacios marítimos frente a hechos ilícitos que puedan afectar a la Seguridad Marítima. Así:

1) Se conviene que «la soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y en el caso del Estado archipelágico de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de *mar territorial*.

En nuestro Ordenamiento Jurídico la Ley 10/1977 de 4 de enero sobre mar territorial fija en doce millas desde las líneas de base rectas la anchura del mismo.

En este espacio, se pretende alcanzar el equilibrio entre los intereses propios del Estado ribereño en lo que afecta a su seguridad, y los intereses generales de la Comunidad Internacional en relación con la navegación. De ahí que de un lado el artículo 17 del CMB reconozca a los buques de todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, el derecho de paso inocente a través del mar territorial y de otro los artículos 21 y siguientes concedan al Estado ribereño una serie de poderes de policía que inciden directamente sobre este derecho de paso inocente. En tal sentido se habilita a aquel para dictar leyes y reglamentos en materias tales como la seguridad de la navegación, la reglamentación del tráfico marítimo la conservación de los recursos vivos del mar, la prevención de las infracciones de sus leyes y reglamentos de pesca, la preservación de su medio ambiente o la infrac-

ción de las leyes y reglamentos aduaneros fiscales, de inmigración y sanitarios, conminando a todo buque extranjero que ejerza aquel derecho a observar tales leyes y reglamentos amén de las normas internacionales, generalmente aceptadas, relativas a la prevención de abordajes en el mar.

Por su parte el artículo 22 concede al Estado ribereño poder para exigir que los buques extranjeros que ejerzan su derecho de paso inocente utilicen las concretas vías marítimas y los dispositivos de separación del tráfico que el Estado haya señalado, cuando ello sea necesario por razón de la seguridad de la navegación.

Finalmente el artículo 25 faculta al Estado ribereño para tomar en su mar territorial las medidas que sean necesarias a fin de evitar todo paso que no sea inocente y vaya pues en contra de sus intereses nacionales, pudiendo incluso suspender temporalmente ese paso en determinadas áreas de su mar siempre que tal medida sea del todo imprescindible para la protección de su seguridad y haya sido previamente publicada en debida forma.

2) Se configura una *zona contigua* en la cual se habilita al Estado ribereño a tomar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir y sancionar las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial.

En el marco de nuestro ordenamiento interno reseñar la Ley 27/1992 de 25 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercantes, la cual en su artículo 7 crea la zona contigua española que se extiende hasta 24 millas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.

3) Se establece el régimen de paso por los estrechos utilizados para la navegación internacional, confiriendo al Estado ribereño ciertos poderes de policía que inciden sobre el denominado «derecho de paso en tránsito» de que gozan todos los buques y aeronaves para navegar a través de los estrechos que unan espacios abiertos a la libre navegación (Artículos 41 y 42).

4) Se configura en la *Zona Económica Exclusiva* un auténtico régimen jurídico básico de policía al disponer el artículo 73 que:

– El Estado ribereño en el ejercicio de sus derechos de soberanía para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos vivos de esta zona podrá tomar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con esta Convención, incluidas la visita, la inspección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales.

– Los buques apresados y su tripulación serán liberados con prontitud, previa constitución de una fianza razonable u otra garantía.

– Las sanciones establecidas por el Estado ribereño por violaciones de las leyes y reglamentos de pesca en esta zona no podrán incluir penas privativas de libertad, salvo acuerdo en contrario entre los Estados interesados, ni ninguna otra forma de castigo corporal.

– En los casos de apresamiento o retención de buques extranjeros, el Estado ribereño notificará con prontitud al Estado del pabellón, por los conductos apropiados, las medidas tomadas y cualesquiera sanciones impuestas subsiguientemente.

En nuestro Derecho interno es preciso hacer mención a la Ley 15/1978 de 20 de febrero sobre reglamentación de la zona económica exclusiva española, la cual en su artículo primero establece la extensión de la misma desde el límite exterior del mar territorial español hasta una distancia de doscientas millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide la anchura de aquel.

Esta Ley se complementa con el Real Decreto 1315/1997, a su vez modificado por el Real decreto 431/2000 por el que se establece una zona de protección pesquera en el mar Mediterráneo.

Asimismo debemos referirnos a la Ley 22/1988 de 28 de julio de Costas y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1471/1989 donde encontramos las normas básicas del régimen de policía del demanio público. En este punto cabe significar que conforme a lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución española, son en todo caso bienes de dominio público estatal la zona marítima terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

Por su parte y en virtud del principio de territorialidad, el Estado ribereño goza del llamado «*derecho de persecución*», el cual implica la prolongación en aguas internacionales de las competencias de policía que le son reconocidas en los escenarios antes descritos. Tal derecho encuentra su fundamento en la necesidad internacionalmente sentida de evitar la situación de indefensión en que quedaría el Estado ribereño si no pudiese actuar contra un buque extranjero que hubiera vulnerado sus leyes o reglamentos una vez que el mismo saliera a alta mar.

El artículo 111 del CMB establece como ha de ser ejercido este derecho. Así se requiere que:

– La persecución sea precedida de la emisión de una señal visual o auditiva de detención desde una distancia que permita al buque extranjero verla u oírla.

– El comienzo de la persecución tenga lugar dentro de las aguas bajo su jurisdicción del Estado ribereño; caso de que el buque se encuentre en la zona contigua o en la zona económica exclusiva la persecución no podrá

iniciarse mas que por vulneración de las normas específicas de dichas zonas.

- La persecución sea continua y sin interrupción, de ahí la expresión anglosajona de «hot pursuit» o persecución en caliente, pudiendo no obstante alternarse durante la misma, medios navales y aeronaves sin que ello afecte a la continuidad.

- Sea ejercido por buques de guerra o aeronaves militares o por otros buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio del gobierno y autorizados para tal fin.

- Por último significar que este derecho de persecución deberá cesar en el mismo momento en que el buque extranjero entre en el mar territorial del Estado de su pabellón o en el de un tercer Estado.

5) Se establece el régimen jurídico de la alta mar basada en el principio de libertad y ausencia de poderes estatales.

- La libertad de la alta mar comprende tanto para los Estados ribereños como para los Estados sin litoral:

- La libertad de navegación, conforme a la cual todos los Estados tienen el derecho de que los buques que enarboles su pabellón naveguen por alta mar.

- La libertad de sobrevuelo.

- La libertad de tender cables y tuberías submarinos.

- La libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el derecho internacional.

- La libertad de pesca.

- La libertad de investigación científica.

El principio de libertad de los mares, en el cual se encuadra el concepto normativo actual, conocido como la libertad de navegación es pues uno de los pilares de la evolución del Derecho Internacional. Su importancia es tal que sin su efectiva aplicación sería imposible pensar en el comercio marítimo en el que se sustenta una parte importante de la economía mundial.

El CMB, lo reconoce expresamente al disponer que «ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de la alta mar a su soberanía»

Harían falta tres Conferencias de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, para dotar de validez formal plena a la libertad de navegación. Con un trabajo iniciado en 1949 por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y desarrollado a lo largo de más de tres décadas hasta el CMB, la libertad de navegación debe entenderse como uno de los seis derechos reconocidos por ésta a sus Estados Miembros.

Por su parte, tal ausencia de poderes estatales implica que en principio y como regla general, en este espacio sólo los navíos del Estado cuyo pabellón enarbole un buque, están legitimados para interferir en el movimiento de éste. Es lo que se conoce como «Ley del Pabellón».

El artículo 91 del CMB dispone que cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro de su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón ostentando, los buques, la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar, debiendo existir una relación real y auténtica entre el Estado y el buque.

En nuestro Ordenamiento Jurídico las normas relativas al pabellón se encuentran recogidas en los artículos 75 y 76 de la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, así como en el Real Decreto 1027/1989 sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo.

En virtud de la ley del pabellón todo Estado ejercerá su jurisdicción y control en cuestiones técnicas administrativas y sociales sobre los buques que enarboles su pabellón, siendo así responsable de las cuestiones de seguridad marítima que le puedan afectar.

En caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación que implique una responsabilidad para el capitán o persona al servicio del buque, sólo podrán incoarse procedimientos ante las autoridades del Estado del pabellón o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales siendo estas las únicas competentes para ordenar en su caso el apresamiento y retención del buque.

Así las cosas, la única intervención del Estado ribereño reconocida internacionalmente en alta mar, y que supone una excepción a la ley del pabellón, es la prevista en el Convenio Internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos hecha en Bruselas el 29 de noviembre de 1969 y suscrita por España en el año 1979.

Su objetivo es permitir que los países tomen medidas en alta mar en caso de accidente marítimo que cause un riesgo de contaminación del mar y del litoral por hidrocarburos procurando asimismo el respeto al principio de libertad de los mares. Esta posibilidad de actuación aparece igualmente prevista en el artículo 221 del CMB bajo la rúbrica «Medidas para evitar la contaminación resultante de accidentes marítimos».

Amén de esta intervención, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, permite el ejercicio de ciertos poderes de policía al margen del pabellón. Estos poderes, deben ejercerse necesariamente por buques de guerra o aeronaves militares u otros que lleven signos claros y

sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y estén autorizados a tal fin.

Es en este espacio, el de la alta mar, donde la Armada española conserva importantes facultades de policía marítima. Así y además de poder ejercitar el derecho de persecución al que aludimos anteriormente de acuerdo con lo previsto en el artículo 110 del CMB, el buque de guerra que se encuentre en alta mar un buque extranjero que no goce de inmunidad podrá ejercitar el llamado «derecho de visita» siempre que haya motivo razonable para sospechar que aquel se dedica:

– 1) A la piratería, a la que se dedican los artículos 100 a 107 del CMB, disponiendo que «todo Estado puede apresar en alta mar un buque pirata o un buque capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo». Asimismo «los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques o los bienes sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe».

En nuestro Ordenamiento Jurídico, el artículo 23 de la LO 6/1985 del Poder Judicial en su apartado cuarto reconoce la competencia de la jurisdicción española para conocer de la piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves cuando los hechos susceptibles de ser tipificados como tales delitos según la ley penal española sean cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional. No obstante es preciso denunciar en este punto la falta de tipificación en nuestro Derecho Penal del delito de piratería definido en el art.101 del CMB por lo que y en cuanto a las penas se refiere, entiendo se habrá de estar a aquellos tipos previstos en el Código Penal en los que puedan tener encaje los hechos que en cada caso se produzcan (homicidio, lesiones, robos...). Por su parte el Código Penal en su Disposición Derogatoria Única deja sin contenido los artos 29 y 49 de la Ley 209/1964 Penal y Procesal de la Navegación Aérea por lo que tampoco se tipifica, en nuestro Ordenamiento el delito de apoderamiento ilícito de aeronave.

– 2) A la trata de esclavos. En este caso sólo el Estado del pabellón es competente para, en su caso, juzgar a los culpables.

– 3) Se utiliza para efectuar transmisiones no autorizadas, entendiéndose por tales a tenor de lo dispuesto en el artículo 109 del CMB las transmisiones de radio o televisión difundidas desde un buque o instalación en alta mar y dirigidas al público en general en violación de los reglamentos internacionales, con exclusión de la transmisión de las llamadas de socorro. La persona que efectúe tal tipo de transmisiones podrá ser procesada ante el Estado del pabellón del buque, el Estado en que esté registrada la

instalación, el Estado del cual la persona es nacional, cualquier Estado en que puedan recibirse las transmisiones o cualquier Estado cuyos servicios autorizados de radiocomunicación sufran interferencias.

– 4) No tiene nacionalidad o tiene en realidad la misma que la del buque de guerra aunque enarbole un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón.

En tales casos el buque de guerra podrá proceder a verificar el derecho del buque a enarbolar su pabellón para lo cual podrá enviar una lancha mandada por un oficial al buque sospechoso.

En la práctica, el ejercicio de este derecho se articula en cuatro fases, una primera de aproximación, una segunda de reconocimiento, una tercera de visita a bordo desempeñada como decíamos por un oficial de la dotación del buque de guerra el cual examina la documentación y la carga del buque sospechoso e interroga a la tripulación. Y finalmente una cuarta de desvío del buque que tiende a asegurar la efectividad del control en la mar en los supuestos en que el acceso a bordo sea rechazado o materialmente imposible por ejemplo por causas meteorológicas.

De otro lado la CMB exhorta expresamente a los Estados a cooperar en la lucha contra el *tráfico ilícito de estupefacientes* y en la conservación de los recursos vivos en alta mar.

Por lo que respecta a la primera el artículo 108 establece que todos los Estados cooperarán para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado por buques en alta mar en violación de las Convenciones Internacionales, contemplando la posibilidad de que el Estado que tenga motivos razonables para creer que un buque que enarbola su pabellón se dedica a tal actividad pueda solicitar la cooperación de otros Estados para poner fin a la misma.

Este artículo se expresa pues, en términos de mera cooperación, no contemplándose la posibilidad del derecho de visita, sólo prevista para los supuestos antes referenciados.

Con el fin de solventar esta deficiencia ante una de las manifestaciones más graves en la actualidad de la delincuencia organizada, se adoptó en Viena en 1988, la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, a la que ya nos referimos al tratar de las iniciativas internacionales en materia de Seguridad Marítima. En la misma se prevé que todo Estado parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque que enarbola el pabellón de otro Estado está siendo utilizado para el tráfico ilícito podrá solicitar de éste autorización para abordar dicho buque, inspeccionarlo y tomar las medidas adecuadas si se descubren pruebas de dicho tráfico.

En nuestro Derecho Interno el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su apartado cuarto considera, al igual que en el caso de la piratería, competente a la jurisdicción española para conocer del delito de tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes cometido por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional.

La Armada española, está en la actualidad, plenamente involucrada en esta labor de lucha contra el tráfico ilícito en la alta mar, actuando en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en operaciones programadas para tal fin. Así es frecuente el embarque de funcionarios de la Dirección General de la Policía, grupo GEO, en buques de guerra que actúan autorizados por la Autoridad Judicial competente (Audiencia Nacional), debiendo acomodar su intervención en todo caso a las normas de Derecho Interno (artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) así como a las establecidas en los Convenios Internacionales de que España es parte.

Reflejo de la preocupación e interés de los países de nuestro entorno por la represión del narcotráfico en aguas internacionales lo son iniciativas tales como la recientemente planteada por las Autoridades Militares Francesas de solicitud de colaboración de buques de la Fuerza de Acción Marítima que actuarían a requerimiento de aquellas. En concreto, el supuesto de hecho al que se refiere tal iniciativa, podría plantearse en los siguientes términos: Solicitud del Almirante francés de que por un buque de la Armada española que se encuentre en alta mar, se acoja a fuerzas militares y policiales francesas para la intervención sobre un buque sin bandera o con bandera de un tercer país para registro y detención de sus ocupantes, caso de hallar droga a bordo, contando para ello con resolución de autoridad judicial francesa y –el posterior traslado a puerto español o francés y puesta a disposición judicial de los detenidos–.

Esta iniciativa que casaría perfectamente con ese marco de colaboración y cooperación asentado en los Convenios Internacionales a que antes nos referíamos, está siendo objeto de estudio, en cuanto al modo de llevarla a efecto, el cual debe resultar conforme, no sólo a las normas establecidas en esta legislación internacional sino también a las de nuestro propio derecho interno.

En otro orden de cosas y por lo que se refiere a *la conservación de los recursos pesqueros en alta mar*, el artículo 118 de la CMB bajo la rúbrica cooperación de los Estados en la conservación y administración de los recursos vivos insta a la cooperación interestatal en este ámbito. En la actualidad esta cooperación se lleva a cabo en el seno de las organizaciones internacionales de pesca. Así por ejemplo podemos citar el Acuerdo

sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, hecho en Nueva York el 4 de agosto de 1995 y ratificado por España en el año 2004 en cuyo artículo 21 se establece que: en las zonas de alta mar abarcadas por una organización o un arreglo subregional o regional de ordenación pesquera, los inspectores debidamente autorizados de un Estado Parte, que sea miembro de la organización o participante en el arreglo, podrán subir a bordo e inspeccionar los buques pesqueros que enarboles el pabellón de otro Estado Parte en el presente Acuerdo, sea o no miembro de dicha organización o participante en ese arreglo, a los efectos de asegurar el cumplimiento de las medidas de conservación y ordenación de las poblaciones de peces altamente migratorios establecidas por esa organización o arreglo.

Por último y para terminar esta monografía, hemos de significar que la CMB no hace previsión alguna sobre el *tráfico ilícito de migrantes*, laguna esta solventada por el Protocolo de Palermo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra mar y aire que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y a la que ya nos hemos referido durante la presente exposición.

El artículo 8 de este Protocolo de un modo muy similar al previsto para el tráfico de drogas establece las concretas medidas contra el tráfico de migrantes por mar, disponiendo que todo Estado Parte que tenga motivos para sospechar que un buque que está haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al Derecho Internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otro Estado Parte está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar podrá notificarlo al Estado del Pabellón, pedirle que confirme la matrícula y si la confirma, solicitarle autorización para adoptar medidas apropiadas con respecto a ese buque. El Estado del pabellón podrá entonces autorizar al Estado requirente a visitar el buque, registrarlo y caso de hallarse pruebas del tráfico ilícito adoptar las medidas que sean oportunas respecto al buque, a las personas y a la carga de a bordo.

En nuestro Derecho interno, como ya se expuso al tratar de las iniciativas de Seguridad Marítima en el ámbito nacional, se ha promulgado recientemente la LO 13/2007 de 19 de noviembre para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Esta Ley modifica expresamente el apartado 4 del artículo 23 de la LO 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial en el sentido de incluir entre los delitos perseguibles extraterritorialmente el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

### 3. CONCLUSIONES

Siendo el espacio marítimo un marco en el que confluyen una gran diversidad de intereses, riesgos, amenazas y agencias estatales, el marco jurídico debe tener especial atención a los siguientes aspectos:

- Necesidad de coordinación de todos los agentes civiles y militares, a fin de obtener un resultado eficaz, mediante la creación de mecanismos flexibles que partiendo del respeto a la distribución de competencias legalmente establecida, asegure que el apoyo mutuo entre los organismos que confluyen en el espacio marítimo quede siempre garantizado.

- Necesidad de articular jurídicamente esa coordinación mediante las técnicas previstas en nuestro Ordenamiento Jurídico.

- Necesidad de potenciar en los espacios marítimos de interés y soberanía española la función de disuasión y prevención de la Armada en base a la LO 5/2005 de Defensa Nacional y RD de 15 de junio de 2007 de desarrollo de la estructura de las FAS.

### BIBLIOGRAFÍA. LEGISLACIÓN Y DOCUMENTACION CONSULTADA

- LO 2/86 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (BOE n. 63 de 14/ 3/ 1986).
- RD 246/1991 de 22 de febrero de creación del Servicio Marítimo de la Guardia Civil (BOE n. 52 de 1/03/1991).
- Ley 27/1992 de 24 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE n. 283 de 25/11/1992).
- OM 25/85 de 23 de abril por la que se establecen las normas para las escalas de los buques de guerra extranjeros en puertos españoles y su paso por nuestro mar territorial en tiempo de paz (BOE n. 115 de 14/5/1985).
- RD 1253/97 de 24 de julio sobre condiciones mínimas exigidas a los buques que transporten mercancías peligrosas o contaminantes con origen o destino a puertos marítimos nacionales (BOE n. 198 de 19/8/1997).
- RD 1249/2003 de 3 de octubre sobre formalidades de información exigibles a los buques mercantes que lleguen a los puertos nacionales o salgan de éstos (BOE n. 238 de 4/10/2003).
- RD 91/2003 de 24 de enero por el que se aprueba el Reglamento de inspección de buques extranjeros en puertos españoles (BOE n.30 de 4/2/2003).

- RD 1217/2002 de 22 de noviembre por el que se determina la composición y funciones de la Comisión Nacional de Salvamento Marítimo (BOE n. 297 de 12/12/2002).
- RD 319/1982 de 12 de febrero por el que se reestructura y adscribe directamente el Servicio de Vigilancia Aduanera (BOE n. 48 de 25/2/1982).
- RD 1649/1998 de 24 de julio (BOE n. 214 de 7/9/1998) de desarrollo del Título II de la LO 12/95 de 12 de diciembre sobre Reprensión del Contrabando (BOE n. 297 de 13/12/1995).
- LO 5/2005 de 17 de Noviembre de Defensa Nacional (BOE n. 276 de 18/11/2005).
- RD 787/2007 de 15 de junio por el que se regula la estructura operativa de las Fuerzas Armadas (BOE n. 144 de 16/6/2007).
- Orden Defensa 3537/2003 de 10 de diciembre por la que se desarrolla la estructura orgánica básica de los Ejércitos (BOE n. 303 de 19/12/2003).
- Ley 10 /77 de 4 de enero sobre el Mar Territorial (BOE n. 7 de 8/1/1977).
- Ley 15/1978 de 20 de febrero sobre reglamentación de la Zona Económica Exclusiva Española (BOE n. 46 de 23/2/1978).
- RD 1315/97 de 1 de agosto (BOE n. 204 de 26/8/1997) modificado por RD 431/2000 de 31 de marzo (BOE n. 79 de 1/4/2000) por la que se establece la Zona de Protección Pesquera del Mar Mediterráneo.
- Ley 22/1988 de 28 de julio de Costas. (BOE n. 181 de 29/7/1988).
- RD 1471/1989 de 1 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento General para desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988 de Costas (BOE n. 297 de 12/12/1989).
- Artículo 23.4 de la LO 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial (BOE n. 157 de 2/7/1985) modificado por LO 13/2007 de 19 de noviembre para la persecución extraterritorial del tráfico ilícito o la inmigración clandestina de personas (BOE n. 278 de 20/11/2007).
- Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (BOE n. 39 de 14/2/1997).
- Instrumento de ratificación del Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en la mar hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974 (BOE n. 144 de 16/6/1980). Enmiendas de 2005 al Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar 1974 (BOE n. 80 de 3/4/2007).
- Instrumento de ratificación de 30 de julio de 1990 de la Convención de 20 de diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el tráfico ilí-

- cito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas hecho en Viena (BOE n. 270 de 10/11/1990).
- Instrumento de ratificación del Protocolo contra el tráfico de migrantes por tierra mar y aire que completa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE n. 295 de 10/12/2003).
  - Instrumento de adhesión de España al Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional hecho en Nueva York el 31 de mayo de 2001 (BOE n. 71 de 23/3/2007).
  - Instrumento de ratificación de 15 de junio de 1989 del Convenio de 10 de marzo de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental hechos en Roma (BOE n. 99 de 24/4/1992).
  - Libro Verde de Política Marítima Europea publicado por la Comisión europea en junio de 2006 (COM 2006. 275 final volumen I y II) no publicado en el Diario Oficial.
  - Artículos sobre «La contribución de la Armada a la acción policial del Estado en la Mar». Primera y Segunda parte, redactados por el Teniente Coronel Auditor, Asesor Jurídico de la Armada en Canarias D. Jerónimo Domínguez Bascoy y publicados en la Revista electrónica de Derecho Militar para profesionales a fechas 3 de abril (n. 18) y 1 de octubre (n. 23) de 2006.

# **TEXTOS**



# **LEGISLACIÓN**



## LEGISLACIÓN

María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera  
*Documentalista*

### JEFATURA DEL ESTADO

*LEY ORGÁNICA 7/2007*, de 2 de julio, de Modificación de las Leyes Orgánicas 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, y 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y del Real Decreto-Ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad. (BOE n.º 158, de 3 de julio, de 2007).

*LEY ORGÁNICA 11/2007*, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil. (BOE n.º 254, de 23 de octubre, de 2007).

*LEY ORGÁNICA 12/2007*, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil.

(BOE n.º 254, de 23 de octubre, de 2007).

*LEY ORGÁNICA 15/2007*, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial. (BOE n.º 288, de 1 de diciembre, de 2007).

*LEY 24/2007*, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. (BOE n.º 243, de 10 de octubre, de 2007).

*LEY 39/2007*, de 19 de noviembre, de la carrera militar. (BOE n.º 278, de 20 de noviembre, de 2007)

*LEY 46/2007*, de 13 diciembre, de modificación de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de

la Guardia Civil. (BOE n.º 299, de 14 de diciembre, de 2007).

## **MINISTERIO DE DEFENSA**

*REAL DECRETO* 970/2007, de 13 de julio, por el que se modifica el Reglamento general de recompensas militares, aprobado por el Real Decreto 1040/2003, de 1 de agosto. (BOE n.º 168, de 14 de julio, de 2007).

*REAL DECRETO* 1310/2007, de 5 de octubre, por el que se regula el régimen de funcionamiento del Consejo de Defensa Nacional y la composición y funciones de la Comisión Interministerial de Defensa. (BOE n.º 240, de 6 de octubre, de 2007).

## **MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN**

*REAL DECRETO* 1513/2007, de 16 de noviembre, por el que se crea y regula la Comisión Española de Derecho Internacional Humanitario. (BOE n.º 283, de 26 de noviembre, de 2007).

## **MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA**

*REAL DECRETO* 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se

aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. (BOE n.º 310, de 27 de diciembre, de 2007).

## **MINISTERIO DE DEFENSA**

*ORDEN MINISTERIAL* 107/2007, de 26 de julio, por la que se modifican las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas, aprobadas por la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre. (BOD n.º 151, de 2 de agosto, de 2007).

## **MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA**

*ORDEN PRE/2622/2007*, de 7 de septiembre, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación. (BOE n.º 220, de 13 de septiembre, de 2007).

*ORDEN PRE/2784/2007*, de 25 de septiembre, por la que se modifican los cuadros de pruebas físicas a superar por los alumnos de la enseñanza militar de formación. (BOE n.º 233, de 28 de septiembre, de 2007).

# **JURISPRUDENCIA**



## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Luis B. Álvarez Roldán  
*General Auditor*

En el año 2007 sigue «lo militar» casi ausente de ser considerado por el Tribunal Constitucional, lo que patentiza un año más, la adecuación de la actividad administrativa de los Ejércitos a las exigencias y garantías constitucionales. Lo mismo ocurre en la Jurisdicción Militar.

---

**Sentencia Tribunal Constitucional Núm. 118/2007 (Sala Primera), de 21 de mayo**

**Ponente:** D. Javier Delgado Barrio.

Recurso de amparo contra Sentencia, de 16-04-2003, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que revocando la Sentencia de instancia, declaró la inadmisión de recurso contencioso-administrativo. Vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales: satisfacción extraprocesal de la pretensión: **declaración de desaparición sobrevenida del objeto del proceso.**

## I. ANTECEDENTES (Resumen)

...

Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El recurrente solicitó ser reconocido por el Tribunal Médico Militar Regional por entender que las patologías que sufría le impedían realizar las funciones propias de su puesto de trabajo como Brigada del Ejército de Tierra, dictaminando aquél el 28 de mayo de 2001 que, efectivamente, estaba imposibilitado de forma permanente para el servicio.

b) Incoado el expediente administrativo de insuficiencia de condiciones psicofísicas el 20 de junio de 2001, esta iniciación se notificó el demandante el 9 de julio de 2001, comunicándole que el plazo máximo de resolución del mismo era de tres meses a contar desde el 20 de junio de 2001, fecha en la que se adoptó el acuerdo de iniciación. En la notificación se le indicaba, además, la suspensión del plazo para resolver desde el día de la fecha (9 julio de 2001) por un periodo máximo de tres meses o bien hasta la recepción del acta definitiva del Tribunal Médico Militar Regional.

c) El acta del Tribunal Médico Militar Regional de 28 de mayo de 2001 fue completada y notificada al recurrente el 23 de noviembre de 2001, proponiendo su «pase... a la situación de retiro».

d) El interesado no tuvo ninguna otra noticia de la tramitación de su expediente hasta el 11 de marzo de 2002, cuando el Tribunal Médico Militar Central le citó para ser sometido a una nueva exploración clínica en los servicios de oftalmología del Hospital Militar Central «Gómez Ulla».

e) Al no comunicársele los resultados de la nueva exploración el recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo, el 17 de mayo de 2002 en el registro del Decanato de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo (el 20 de mayo de 2002 correspondió al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 6), contra lo que entendía que era la desestimación de su pretensión por silencio administrativo, ya que el acta definitiva del Tribunal Médico Militar Regional se completó el 23 de noviembre de 2001. El Abogado del Estado alegó la extemporaneidad del recurso.

f) Es de advertir que consta en el expediente administrativo que, con posterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo, el 24 de septiembre de 2002, el Tribunal Médico Central del Ejército dictaminó que el recurrente tenía una patología estabilizada e irreversible (miopía) que, al contrario de lo dictaminado por el Tribunal Médico Militar Regional, no le imposibilitaba totalmente para el desempeño de las fun-

ciones propias de su cuerpo, escala, plaza o carrera, pudiendo cubrir destinos que no requiriesen una buena función visual.

g) La Sentencia de 23 de septiembre de 2002 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 desestimó la causa de extemporaneidad al considerar que el silencio de la Administración debía considerarse como una notificación defectuosa, cuyo plazo de impugnación empezó a correr con la interposición del recurso contencioso-administrativo por aplicación del art. 58.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La Sentencia entró a conocer del fondo del asunto estimando el recurso contencioso-administrativo y afirmando el derecho del recurrente a la declaración de inutilidad para el servicio por insuficiencia de las condiciones psicofísicas (miopía irreversible) y su pase a la situación de retiro.

h) El Abogado del Estado recurrió en apelación y la Sentencia de 16 de abril de 2003 de la Audiencia Nacional estimó el recurso anulando la Sentencia de instancia con una interpretación literal del plazo previsto en el art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, fijando el *dies ad quem* del recurso contencioso-administrativo el 20 de marzo de 2002 y, en consecuencia, inadmi-tiéndolo por extemporáneo.

...

j) Y ya en este punto, importa recoger los acontecimientos que se han producido con posterioridad a la formulación de la demanda de amparo:

1) La Administración tuvo noticia de que la Sentencia de 16 de abril de 2003 de la Audiencia Nacional había anulado la Sentencia de instancia por considerar extemporáneo el recurso contencioso-administrativo por lo que continuó instruyendo el procedimiento administrativo sobre las condiciones psicofísicas del recurrente, con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 42 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, que establece la obligación de la Administración de dictar resolución expresa. El expediente finalizó por Acuerdo del Ministro de Defensa de 28 de agosto de 2003 que declaró la «**utilidad para el servicio del recurrente con limitación para ocupar destinos que requieran una buena función visual**». El Acuerdo fue notificado al recurrente el 14 de octubre de 2003.

2) El Acuerdo del Ministro de Defensa de 28 de agosto de 2003 fue confirmado por las Sentencias de 23 de enero de 2004 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 4, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por el recurrente, y de 22 de julio de 2004 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, a su vez, desestimó el recurso de apelación formulado contra la anterior Sentencia por el recurrente.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (Resumen)

...

Con este recurso se impugna la Sentencia de 16 de abril de 2003 de la Audiencia Nacional que revocó la de instancia declarando la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por ser extemporáneo, ya que fue formulado una vez que, de acuerdo con el cómputo del plazo efectuado por la Sala, habían transcurrido los seis meses que otorga el art. 46.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (RCL 1998\ 1741) (LJCA) para recurrir contra la desestimación de las pretensiones por silencio administrativo. El demandante de amparo aduce la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) producida por la Sentencia impugnada, que habría incurrido en un error al computar el plazo que otorga el art. 46.1 LJCA.

La desaparición sobrevenida del objeto ha sido admitida por este Tribunal como forma de terminación del proceso constitucional de amparo cuando en el procedimiento que dio origen al recurso de amparo la lesión aducida fue reparada o bien por los propios órganos judiciales, o bien como consecuencia de la desaparición de la causa o acto que inició el procedimiento (SSTC 151/1990, de 4 de octubre, F. 4; 139/1992, de 13 de octubre, F. 2; 57/1993, de 15 de febrero, F. único; 257/2000, de 30 de octubre, F. 2; 10/2001, de 29 de enero, F. 2; y 13/2005, de 31 de enero, F. 2). Este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que la función que cumple el recurso de amparo es la de la reparación de lesiones singulares y efectivas de los derechos fundamentales, por lo que cuando tal reparación se produce fuera del proceso de amparo no cabe sino concluir que éste carece desde ese momento de objeto, salvo que a pesar de haber desaparecido formalmente el acto lesivo nuestra respuesta siguiera siendo necesaria teniendo en cuenta otros elementos de juicio (SSTC 13/2005, de 31 de enero, F. 2; 84/2006, de 27 de marzo, F. 2; 128/2006, de 24 de abril, F. 2; y 332/2006, de 20 de noviembre, F. 2).

...

Ahora bien, la lesión del derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), supuestamente producida por la Sentencia de 16 de abril de 2003 de la Audiencia Nacional, ha sido reparada por las Sentencias de 23 de enero de 2004 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 y de 22 de julio de 2004 de la Audiencia Nacional, que entraron a enjuiciar el fondo del asunto confirmando el Acuerdo del Ministro de Defensa, dictado con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo, el 28 de agosto de 2003.

### III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Declarar extinguido el recurso de amparo interpuesto por don Juan Carlos G. G. por desaparición sobrevenida de objeto al haberse producido la satisfacción extraprocesal de la pretensión.

### IV. COMENTARIOS

La lentitud en la resolución de las decisiones administrativas, y en la tramitación judicial tras la Sentencia, hacen inoperante la protección de la Jurisdicción.

Al igual que las «dilaciones indebidas» se prohíbe, y se sanciona en la actividad de los Tribunales, otro tanto debería hacerse en la exigencia, no sólo de eficacia sino de prontitud en la actividad administrativa.

---

#### **Auto Tribunal Constitucional núm. 315/2007 (Sala Tercera, Sección 3) de 2 de julio**

Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Proceso Militar.

#### I. ANTECEDENTES (Resumen)

Con fecha 24 de enero de 2005 el Procurador de los Tribunales don Gonzalo Muñiz Zubeldia, en representación de doña Concepción H. S., dedujo demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2004 desestimatoria del recurso de casación deducido contra la Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero, de 1 de abril de 2004, en la cual se condenó la demandante de amparo como responsable de un delito de abuso de autoridad a la pena de tres meses y un día de prisión.

La demanda de amparo aduce vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), debido a que un miembro del Tri-

bunal que desestimó el recurso de apelación deducido por la demandante contra el Auto que la declaró procesada formó parte también del Tribunal que la condenó como autora del delito abuso de autoridad. De acuerdo con la doctrina de este Tribunal y del TEDH que cita, entiende la demandante de amparo que el órgano judicial que la condenó en instancia estaba formado por un Magistrado que había perdido la imparcialidad objetiva como consecuencia de que, al conocer del recurso de apelación contra el Auto de procesamiento, había formado un prejuicio sobre los hechos a enjuiciar.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

La demandante de amparo entiende que se ha vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) debido a que un miembro del Tribunal que desestimó el recurso de apelación por ella deducido contra el Auto que la declaró procesada formó parte también del Tribunal que la condenó como autora de un delito abuso de autoridad, pues al resolver el recurso de apelación contra el Auto de procesamiento formó criterio sobre las cuestiones que luego, como miembro del Tribunal que la juzgó, tuvo que resolver. La dimensión objetiva de la imparcialidad habría quedado así comprometida en uno de los Magistrados que formó parte del Tribunal que la condenó.

Pues bien, tras las alegaciones de la demandante de amparo y del Ministerio Público se confirma nuestro inicial criterio sobre la falta de contenido constitucional de la demanda.

...

En efecto, según recogíamos en la STC 143/2006, de 8 de mayo, «la determinación de cuáles son las circunstancias específicas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado centra sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo».

La lectura de las resoluciones judiciales impugnadas revela que el razonamiento empleado en la desestimación del recurso deducido contra el procesamiento de la demandante, así como el desestimatorio de la posterior súplica, no comprometió la imparcialidad del Magistrado que parti-

ció en su adopción, en la medida en que contemplan cuestiones que no guardan conexión directa con las que habrán de resolverse en el enjuiciamiento sobre el fondo, tales como la suficiencia de la motivación del Auto de procesamiento, lo razonable que resultaba que las declaraciones sumariales se hubieran tomado mediante exhorto, atendida la distancia geográfica del lugar en que se encontraban los testigos, y, finalmente, la insuficiencia de indicios de criminalidad de otra soldado no procesada en la causa. Y es que, como concluyéramos en la STC antes citada, sólo «deben considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial y, por tanto, vulnerado el derecho al juez imparcial, cuando la decisión a la que se pretende vincular la pérdida de imparcialidad se fundamenta en valoraciones que resulten sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando, de este modo, un pronunciamiento anticipado al respecto».

### III. ACUERDA

La inadmisión a trámite del recurso al concurrir la causa prevista en el art. 50.1 c) LOTC.

### IV. COMENTARIOS

La aludida adecuación de la actividad de la Jurisdicción Militar a las exigencias constitucionales se produce en el recurso de amparo, en que el procesado pretende que se produjo indefensión, por el mero hecho de que un miembro del Tribunal que desestimó el recurso de apelación, formara parte del Tribunal que dictó Sentencia.

La imparcialidad no quiebra por la mera presencia física del vocal del Tribunal si no efectúa «valoraciones sustancialmente idénticas en ambos supuestos».

---

### **Auto Tribunal Constitucional núm. 389/2007 (Sala Segunda, Sección 3), de 22 de octubre**

Recurso de Amparo Constitucional: **Principio de subsidiariedad**: alcance: impide que se planteen per saltum ante el TC cuestiones que no fueron suscitadas ante la jurisdicción ordinaria habiendo tenido ocasión propicia para realizarlo.

## I. ANTECEDENTES (Resumen)

...

La demandante dirige su queja contra la Sentencia del Tribunal Supremo que desestimó el recurso de casación deducido contra la de la Audiencia Nacional, a su vez desestimatoria del recurso interpuesto contra la inadmisión por extemporánea de la reclamación de responsabilidad patrimonial iniciada por la actora en junio de 1999 a causa de las lesiones padecidas como consecuencia de la explosión en 1962 de un artefacto militar en un campo de León que había sido utilizado para unas maniobras militares, en el cual la demandante se encontraba jugando cuando todavía no había cumplido dos años. Sostiene la demandante que la resolución impugnada, al confirmar la resolución administrativa que entendió que había transcurrido el plazo de caducidad de un año previsto para solicitar de la Administración la indemnización correspondiente desde que en 1962 se produjo el accidente y en 1986 quedaron determinadas las lesiones padecidas, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por separarse del criterio interpretativo *pro actione* que rige el acceso a la jurisdicción y haberle causado indefensión al hacer uso de las facultades atribuidas por el art. 88.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como el derecho a la integridad física (art. 15 CE) en la medida en que incumple el deber de los poderes públicos de actuar positivamente en protección del derecho fundamental a la integridad física mediante la reparación indemnizatoria sustitutiva.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (Resumen)

...

En efecto, en cuanto a la relevancia del momento procesal en que se aprecie la prescripción, y vale ello ahora también para la caducidad, hemos puntualizado en varias ocasiones (por todas STC 77/2002, de 8 de abril) que cuando la aplicación de la concurrencia de la prescripción se realiza tras el completo y regular desarrollo del proceso judicial, y en decisión adoptada por el propio juzgador del fondo de la pretensión, y no *in limine litis*, éste no se halla necesariamente vinculado por la regla hermenéutica *pro actione*, pues debe considerarse que ha existido auténtico acceso a la justicia. En definitiva, lo que ha podido existir es una desestimación de la pretensión de fondo y no una denegación del acceso a la

justicia (STC 42/1997, de 10 de marzo, F. 3), lo que no excluye la posible existencia de una lesión constitucional que, sin embargo, deberá abordarse desde la exigencia de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho, que tanto existe si resuelve acerca del fondo de la pretensión o pretensiones de las partes como si inadmite la acción por una causa legal debidamente acreditada, siempre y cuando el órgano judicial en este caso aplique el Derecho razonadamente y no de modo arbitrario.

...

En el presente supuesto, de conformidad con el carácter pleno de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo que se sometió a ésta en el proceso judicial del cual trae causa el amparo no fue sólo el ajuste a Derecho de la extemporaneidad acordada por la Administración, sino también si ésta incurrió en responsabilidad administrativa por concurrir todos los requisitos previstos (entre ellos el de la presentación temporánea de la correspondiente solicitud), llegándose a la conclusión de que al menos faltaba el requisito de haberse solicitado en plazo la declaración de responsabilidad, de modo que, al resolverse tal cuestión por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en las distintas fases procesales, se dictaron resoluciones que en absoluto cerraron el acceso a la jurisdicción, sino que supusieron unas resoluciones de fondo a enjuiciar por este Tribunal, de acuerdo con su reiterada doctrina, no tanto con la óptica del principio *pro actione proprio* del acceso a la jurisdicción, sino con el canon más genérico de la razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad y el error patente. Desde esta perspectiva la argumentación de la demandante de amparo no refleja sino su personal discrepancia sobre el momento en el cual las lesiones quedaron determinadas (momento que constituye el *dies a quo* del término del año previsto para formular la reclamación), valoración fáctica que fue efectuada por los órganos judiciales en el ejercicio de sus funciones y en la que no pueden ser sustituidos por este Tribunal.

...

Tampoco cabe apreciar indefensión alguna a partir de la circunstancia de que el Tribunal Supremo considerara la totalidad del material probatorio existente en el recurso Contencioso-Administrativo para hacer frente a la aparente contradicción que observaba en la Sentencia impugnada en casación. En primer término porque no se introdujeron elementos fácticos nuevos, sino que se completó el relato de los incorporados a la Sentencia, pero que ésta estimaba acreditados, con los provenientes de los informes médicos obrantes en las actuaciones, tal como autoriza el art. 88.3 LJCA.

En segundo lugar porque no es posible afirmar, como hace la demandante de amparo, que el respeto de sus derechos fundamentales exija necesariamente una interpretación del indicado precepto que, como propugna, restrinja su aplicación a aquellos supuestos en los que el ejercicio de tales facultades resulte beneficioso para quien ocupa la posición de recurrente en casación, desconectándolo de una finalidad global de facilitar un examen adecuado de la controversia sometida al Tribunal Supremo a través de los estrechos márgenes del recurso de casación. Finalmente, y esto resulta por sí solo definitivo, porque la demandante tuvo ocasión de alegar y probar en el curso del proceso acerca de la totalidad de los elementos considerados en la Sentencia del Tribunal Supremo para resolver las cuestiones suscitadas.

...

Al margen de las consecuencias que, en orden a enjuiciar la realidad de la lesión denunciada, cabría extraer de la disimilitud de las prestaciones económicas solicitadas con anterioridad a la reclamación de responsabilidad patrimonial que se encuentra en el origen de este proceso constitucional, lo cierto es que el planteamiento acabado de describir no fue realizado ante la jurisdicción ordinaria (y si lo fue no obtuvo contestación por el Tribunal Supremo, lo que hubiera exigido [«ex» art. 241 LOPJ] su planteamiento a través del incidente de nulidad aunque no fuese la única queja contenida en la demanda de amparo (ATC 400/2003). Pues bien, como venimos reiterando, la naturaleza subsidia-ria del recurso de amparo [art. 44.1 c) LOTC] impide que se planteen per saltum ante este Tribunal cuestiones que no fueron suscitadas ante la jurisdicción ordinaria habiendo tenido ocasión propicia para realizarlo y obtener así la reparación de las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales.

Resta añadir que, en cuanto a la denuncia de vulneración del derecho a la integridad física (art. 15 CE), que el demandante fundamenta en la pasividad de las autoridades de todo género en la investigación de los hechos y la reparación de sus consecuencias, además de que adolece de falta de invocación previa en vía judicial, tampoco se aprecia la realidad de tal vulneración, en la medida en que el proceso al que este recurso de amparo se contrae tuvo como objeto la concreta reclamación de responsabilidad administrativa formulada, quedando al margen las anteriores iniciativas promovidas por la demandante para ser beneficiaria de varias ayudas o pensiones públicas, y respecto a la apreciación de la prescripción ya se ha dicho que fue respetuosa con los derechos fundamentales en liza.

### III. ACUERDA

Inadmitir a trámite el presente recurso, por concurrir la causa prevista en el art. 50.1, apartados a y c) LOTC, en relación con lo dispuesto en el art. 44.1 c) de la misma norma.

### IV. COMENTARIOS

El no alegar ante la jurisdicción ordinaria argumentos, motivos y hechos básicos, impide que el T.C. pueda apreciar la indefensión alegada, máxime teniendo en cuenta su carácter salvaguardador de los valores constitucionales.



## JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Dra. Eva María Bru Peral  
*Magistrado, miembro del Cuerpo Jurídico en excedencia*

### I. MEDIO AMBIENTE

STS, SECCIÓN QUINTA, 25-10-2007, RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 9657/2003 (PONENTE D. RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE)

Se discute en esta sentencia la conformidad a derecho del Acuerdo de la Comisión de Gobierno del ayuntamiento de Gavá, adoptado en su sesión de fecha 12 de marzo de 1998, requiriendo al Gobierno Militar de la Cuarta Región Militar para el cese de la actividad de Campo de Tiro Militar, así como para la adopción de medidas de adecuación del entorno; indirectamente se impugnaba por el Ministerio de Defensa el Plan Especial de Protección del Medio Físico y del Paisaje del Espacio Natural del Garraf, aprobado en fecha de 29 de julio de 1986.

La Sala de instancia estimó el recurso contencioso administrativo, anulando el Acuerdo de requerimiento adoptado en su sesión de fecha 12 de marzo de 1998 por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Gavá, así como las disposiciones contenidas en el Plan Especial de Protección del Medio Físico y del Paisaje del Espacio Natural del Garraf incompatibles con el uso del campo de tiro y que ordenaban el cese de la actividad. Para ello reproduce la doctrina contenida en la STC 36/1994, de 17 de marzo (Mar Menor), así como en las SSTS de 15 de junio de 1993 (Polígono de Anchuras) y 23 de enero de 2002 (Bardenas Reales).

Así, por su interés, deben destacarse las conclusiones de la sentencia de instancia: «a) que en el supuesto de colisión entre las competencias estatales en materia de defensa y las autonómicas en materia planificadora urbanística o medioambiental, deben prevalecer las primeras, de carácter prioritario, debiendo en todo caso el ente titular de las segundas respetar las competencias ajenas con repercusión sobre el territorio, por las que queda condicionado, sin que pueda por ello el Estado pretender tampoco sustituir al titular de la competencia territorial, ni quedar dispensado de las normas en la materia dictadas por éste; b) que la titularidad estatal sobre las competencias relativas a la defensa nacional, si bien no impide las competencias que sobre el mismo ámbito correspondan a otros entes públicos, permite ejercitar al Estado facultades para determinar y aún gestionar determinados usos, pese a que en ningún caso pueda pretender por ello ordenar directamente el territorio sustituyendo al titular de esa competencia; c) que de ello, sin perjuicio del clima de respeto y colaboración mutuos que ha debido guiar siempre las relaciones competenciales entre las distintas Administraciones Públicas, no se sigue que la aprobación autonómica de los planes o normas de ordenación territorial requiriese de un genérico informe preceptivo y vinculante del Estado, al menos hasta la entrada en vigor de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, cuya disposición adicional primera ha sujetado finalmente la aprobación de los instrumentos de planificación territorial y urbanística a realizar en las zonas de que se trata al previo informe vinculante de la Administración General del Estado; d) que, en todo caso, y a tenor de los principios de colaboración y respeto mutuos, en circunstancias en que concurren varias Administraciones en el ejercicio de competencias legalmente atribuidas, debiera la Administración actuante ponderar adecuadamente, en el ejercicio de sus competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados en el caso, como para la Administración Local impone expresamente la citada Ley 7/1985, al proscribir toda actuación unilateral; e) que, con independencia de la mayor protección que pueda derivarse de la declaración de zona de interés para la defensa nacional, la misma existencia declarada de zonas de seguridad ya implica la de limitaciones derivadas de la aplicación de la Ley de 7/12 de marzo de 1975; f) que, no constando que la Administración del Estado tuviese oportuno conocimiento de la existencia y preparación del planeamiento de que se trata, o que se le hubiese dado audiencia o solicitado al respecto un informe que, si bien entonces no previsto en la normativa, aconsejaba el ya citado clima de respeto y colaboración mutuamente exigible, mal pudo haber formulado oportunamente la correspondiente oposición desde el trámite de información

*pública, para el caso de entender, como ahora entiende, que quedaron afectadas por tal planeamiento sus competencias exclusivas; y, g) que las relaciones arrendaticias privadas constituidas sobre el terreno donde radica el campo, en fin, son completamente ajenas a este proceso y a las declaraciones que corresponda hacer en él a esta Jurisdicción».*

Para la comprensión de la cuestión de hecho ha de partirse de que el campo de tiro que nos ocupa no es una Zona de Interés para la Defensa Nacional, sino una instalación militar de las contempladas en el Grupo Quinto del artículo 8 del citado Real Decreto 689/1978, que incluye a los campos de instrucción y maniobras, así como a los polígonos o campos de tiro o bombardeo. No obstante, como se indica en la sentencia de instancia, y se mantiene por el Tribunal Supremo, *«el concreto Campo de Tiro de el Garraf «es una instalación en todo caso representativa de tal interés, siendo notorio que constituye o puede constituir una base permanente o un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin».*

Además en este caso, tampoco se ha discutido ni invocado que la utilización de unos terrenos como Campo de Tiro no resulte compatible con una preservación medioambiental de futuro de gran parte de los mismos terrenos, por cuanto tal actividad excluye otras quizás más depredadoras de la zona. Esto es, en modo alguno se acredita, otra cosa será el disfrute, que la actividad que se discute suponga una oposición absoluta a la preservación medioambiental.

En estos casos el Tribunal Supremo mantiene como criterio reiterado, frente a la invocación de respetables intereses locales, que: *«El art. 137 de la Constitución delimita el ámbito de autonomía de los distintos entes territoriales en que se organiza el Estado, circunscribiéndolo a la gestión de sus intereses respectivos. La jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 17-11-1986, 14-3-1988, 13-7-1990 y 30-1-1991) ha utilizado el criterio del interés respectivo (STC 4/1981, de 2 febrero) para una definición positiva y negativa de la autonomía municipal, afirmando que –positivamente– la autonomía municipal significa un derecho de la comunidad local a la participación, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de las materias o asuntos de que se trate y –negativamente– que la autonomía no se garantiza por la Constitución para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la nación o sobre otros intereses generales distintos de los propios de la entidad municipal. Es claro, en efecto, que los intereses nacionales prevalecen, en caso de conflicto, sobre el interés municipal (SSTC 123/1988, de 23 junio, 170/1989, de 19 octubre, y 133/1990, de 19 julio)».*

A lo anterior se une que: *«También en forma reiterada ha afirmado este Tribunal, en supuestos de conflicto de actos municipales con las competencias exclusivas del Estado en materia de Defensa y Fuerzas Armadas (art. 149.1.4 CE), que la intromisión en las competencias que al Estado atribuye la Constitución no puede encontrar amparo en el principio de autonomía municipal consagrado en el art. 137 CE, debiéndose anular por vicio legal de incompetencia los actos que incurren en tal invasión (SSTS 30 abril, 13 junio, 21 julio y 3 noviembre 1986; 9 y 17 febrero 1987 y 3-2-1988). El mismo criterio se desprende de la STC 56/1986, de 13 mayo».*

Por ello concluye el Tribunal Supremo que: *«ni en el recurso seguido en la instancia ni ante este Tribunal se han acreditado intereses urbanísticos o medioambientales –locales o autonómicos– prevalentes a los de la defensa nacional que el Campo de Tiro del Garraf representa –y la sentencia de instancia proclama–, debiendo, como ya hemos señalado, rechazar el motivo invocado».*

En cuanto a la cuestión relativa a la impugnación indirecta del planeamiento, por falta de audiencia y petición de informe al Ministerio de Defensa, la sentencia comentada considera que: *«no nos encontramos ante un simple vicio o defecto del iter procedimental del Plan, sino ante la falta de comunicación de su misma tramitación, sin posibilidad alguna de audiencia y defensa, no obstante las importantes competencias desempeñadas en el ámbito del mismo».*

En relación con la alegación de vicios de procedimiento en este tipo de impugnaciones, la doctrina más reciente del Tribunal Supremo, sintetizada en las SSTS de 11 de octubre de 2005 y 10 de noviembre de 2006, ha establecido que: *«Sin embargo, este Tribunal consideró que el sentido de la Ley era que con ocasión de la aplicación de cualesquiera disposición general pudieran depurarse los vicios de ilegalidad en que pudiesen incurrir cuando dicha ilegalidad se proyectaba sobre el acto concreto de aplicación que se sometía a la revisión jurisdiccional, pues es precisamente en su aplicación concreta cuando más fácilmente se ponen de relieve consecuencias difícilmente advertibles en una consideración abstracta de la norma. Sin embargo, ello no suponía transformar la impugnación indirecta de los reglamentos en un procedimiento abstracto de control de normas permanentemente abierto y con independencia de que el vicio advertido se proyectase o no sobre el acto concreto de aplicación, como sucedería si a través de la impugnación indirecta se pudiesen plantear los vicios formales o de procedimiento en que pudiera haber incurrido la elaboración de una disposición reglamentaria. Por lo contrario, la impugnación de los vicios de procedimiento tiene su sede natural en los recursos directos y en los plazos para ellos establecidos, quedando el*

*recurso indirecto tan sólo para depurar con ocasión de su aplicación los vicios de ilegalidad material en que pudieran incurrir las disposiciones reglamentarias y que afecten a los actos de aplicación directamente impugnados. En suma, razones tanto del fundamento del recurso indirecto en el ámbito de las disposiciones reglamentarias como razones de seguridad jurídica, hacen preferible que los posibles vicios de ilegalidad procedimental de los reglamentos tengan un período de impugnación limitado al plazo de impugnación directa de la disposición reglamentaria (Sentencias de 17 de junio de 2005 y 21 de abril de 2003, con cita de otras anteriores)».*

Por estas razones, también en este aspecto el Tribunal Supremo da la razón al Ministerio de Defensa, por cuanto que: *«Pues bien, en el supuesto de autos, si resulta viable la impugnación del Plan Especial de Protección del Medio Físico y del Paisaje del Espacio Natural del Garraf, y su anulación en los términos y por los motivos por los que lo ha realizado la Sala de instancia. Como sabemos, y así lo expresa la sentencia, **el Ministerio de Defensa no fue informado de la inicial tramitación del Plan, ni de sus sucesivas modificaciones puntuales, pese a ubicarse los terrenos que tiene arrendados en el ámbito del mismo** y –lo que resulta mas significativo– pese a que el Plan, a partir de una determinada fecha, iba a implicar la desaparición de la actividad desarrollada por la Administración militar. Y, por otra parte, lo resuelto por la sentencia de instancia hace referencia, exclusivamente, a las determinaciones del Plan que afectan a la citada actividad de tiro desarrollada por el Ministerio de Defensa. Es dichos términos, y en el expresado ámbito de resolución, el motivo formal, cuya aplicación se rechaza en el recurso de casación, estuvo bien aceptado por la Sala de instancia. Se trata de un defecto cuyos efectos solo han afectado a quien lo ha utilizado en su impugnación y, por otra parte, la existencia del mismo –falta de audiencia y solicitud de informe– solo se ha detectado a partir del requerimiento municipal de cese de la actividad».*

*«El mismo criterio, en cuanto a la necesidad de notificación al Ministerio de Defensa, mantuvimos en la STS de 9 de marzo de 2004, en la que se ponía de manifiesto que dentro del ámbito territorial del Parque Natural de Doñana se encontraba la finca denominada «Médano del Loro», destinada a campo antiaéreo y grupo Hawk, con una superficie de 257 Hectáreas y de especial uso por el Ministerio de Defensa, y ante la falta de audiencia del citado Departamento en la tramitación de su Plan de Ordenación de Recursos Naturales, por la entonces Sala de instancia se declaró que «la falta de audiencia tratada debe determinar la nulidad del PORN impugnado si bien, por razones de congruencia, limitada tal declaración, conforme al petitum de la demanda, al art. 168.1.c) del mismo».*

Por último, recuerda también el Alto Tribunal que: *«En este orden de consideraciones debe advertirse, desde luego, que la utilización racional de los recursos naturales es un objetivo que debe informar todas las políticas públicas, entre ellas, también, la de defensa nacional, igualmente sometida a las exigencias del Derecho Comunitario, de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Pero dicho eso, no es ocioso recordar, sin embargo, que la indudable peculiaridad de la función de defensa ha dado lugar a algunas previsiones singulares en relación con el medio ambiente, como las normas internas del Ministerio de Defensa sobre protección del medio ambiente en el ámbito del Departamento, contenidas en una directiva de 2 de junio de 1997, desarrollada por la Instrucción de 3 de febrero de 1998, del Secretario de Estado de Defensa, que define las líneas fundamentales de política y estrategia medioambiental del Ministerio; o la creación, en el seno de éste, de la inicial Comisión de Defensa para la Protección Ambiental, bajo la dependencia del Secretario de Estado de Defensa, y, más tarde, de la Comisión Asesora de Medio Ambiente; o el establecimiento de un Sistema de Gestión Medioambiental uniforme a todos los niveles del Departamento, a modo de estructura organizativa que integra la asignación de responsabilidades, procedimientos, métodos y recursos necesarios para compatibilizar misiones y cometidos de las Fuerzas Armadas con los objetivos a alcanzar en la política medioambiental y en el aprovechamiento racional de los recursos naturales; o la regulación de la colaboración entre el Ministerio de Defensa y el de Medio Ambiente a través de la Orden de 21 de enero de 2000, en la que se reconoce la asunción por el Ministerio de Defensa de específicas funciones ambientales, se dispone que la colaboración entre ambos Departamentos se realizará a través de los correspondientes Convenios específicos, detallando el ámbito de estos, y se crea una Comisión Paritaria, adscrita en el Ministerio de Defensa a la Dirección General de Infraestructura y en el Ministerio de Medio Ambiente a la Secretaría General de Medio Ambiente, con posibilidad de constituir en su seno Comisiones de Seguimiento Sectorial para determinadas actuaciones».*

## II. REVERSIÓN. INFRACCIÓN DE PROCEDIMIENTO

STS, SECCIÓN SEXTA, DE 19-12-2007, RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 3389/2004 (PONENTE D. ENRIQUE LECUMBERRI MARTÍ)

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación presentado contra la STSJ, Sección Primera, de Murcia, de 22-1-2004 que confirmaba la

resolución de fecha 30 de octubre de 2000, del Ministro de Defensa, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Director General de Infraestructura, de fecha 15 de junio de 2000, que desestimó la solicitud de reversión formulada, sobre los terrenos donde radica el actual Aeródromo Militar de El Carmolí en Los Alcázares (Murcia).

La sentencia del Tribunal Supremo considera que **la presentación por la Administración demandada de documentos en un momento posterior al trámite de conclusiones en instancia, y que fueron tenidos en cuenta por el Tribunal sentenciador en el fundamento jurídico cuarto, in fine, de su sentencia, es causa para casar y anular la sentencia** reponiendo las actuaciones al estado y momento en que se cometió esta infracción, debiendo darse traslado a los recurrentes del documento presentado y sus anexos. Estos documentos detallaban minuciosamente las actividades militares realizadas en el aeródromo de El Carmolí.

### III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

STS, SECCIÓN SEXTA, DE 16-1-2008, RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 418/04 (PONENTE D. AGUSTÍN PUENTE PRIETO)

Los hechos que generan el expediente de responsabilidad patrimonial ocurren en 1997 cuando el recurrente, Brigada Especialista, sufrió accidente en acto de servicio, consistente en una fuerte descarga eléctrica, cuando se encontraba «manejando el ordenador del servicio de admisión de enfermos del hospital Militar de Melilla», para verificar las conexiones. Consecuencia de ello, permaneció en situación de pérdida temporal de condiciones psicofísicas hasta que el dictamen del Tribunal Médico Militar de Melilla, en el 2001, le declaró útil sin limitaciones. No obstante, el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, le reconoció la condición de minusválido con un grado del 50 %.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación sobre la base de que: *«la propia resolución administrativa tiene como fundamento esencial, desestimatorio de la responsabilidad indemnizatoria, el que al recurrente le incumbía la carga de probar la existencia del título de imputación resultando por el contrario, que el accidente se produjo en el ámbito de sus obligaciones profesionales en acto de servicio y que es al propio recurrente, en su condición de Brigada Especialista, a quien debe exigirse la diligencia correspondiente a un profesional, constando en el expediente que la descarga eléctrica se produjo cuando el mismo realizaba la*

*manipulación de un aparato eléctrico con las manos húmedas lo que, se afirma en la resolución recurrida, no parece adecuado a la lex artis exigible en este caso, por lo que entiende no acreditado que el hecho lesivo fuera imputable a la Administración ni procediera, por tanto, declarar su responsabilidad».*

Recogiendo jurisprudencia anterior se señala por la sentencia que: *«La responsabilidad del funcionario por daños sufridos por el mismo en el desempeño de sus funciones públicas ha sido enjuiciada ya por la jurisprudencia de esta Sala, que, en sentencia de 1 de febrero de 2003, ha partido para resolver el conflicto de la normalidad o deficiencia de la prestación del servicio y de si en este último supuesto dicha anormalidad es o no imputable al funcionario o servidor público, pues, si existe un funcionamiento normal del servicio público en cuyo ámbito se produce el daño por quien ha asumido voluntariamente el riesgo, éste tiene el deber jurídico de soportarlo con lo que faltaría el requisito de antijuricidad y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial, mientras que **en el supuesto de funcionamiento anormal del servicio público cabe distinguir los casos en que la deficiencia o anormalidad es consecuencia de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño y faltaría el nexo causal, o el supuesto en que el funcionario ninguna participación hubiese tenido en el resultado producido, en cuyo caso ha de ser resarcido del perjuicio sufrido por el mismo».***

*«En el presente caso, el recurrente, a quien correspondía la carga de la prueba, no ha solicitado ni siquiera el recibimiento a prueba para acreditar la anormalidad, bien de la instalación eléctrica o del aparato que manipulaba, por lo que **ha de partirse de la normalidad de la actuación administrativa**, constituyendo un riesgo derivado de la propia profesión del recurrente el que se deriva de la manipulación del aparato que, desde luego y por su conexión eléctrica, obligaba a no realizarlo con las manos húmedas, circunstancia ésta que resulta acreditada en las actuaciones y que hace que quiebre el principio de antijuricidad del daño que en la presente situación no resulta imputable a la Administración, ya que para no entenderlo así **el recurrente debió de haber acreditado una anormal funcionamiento del material** que manejaba como elemento único causante del perjuicio junto con una correcta manipulación del mismo, habiéndose apreciado por el Tribunal de instancia que ni una ni otra circunstancia concurrían en el presente caso, de donde resulta la falta de responsabilidad de la Administración, bien por ausencia del elemento de la antijuri-*

*cidad del daño o bien por falta del nexo causal roto por la propia conducta del recurrente que, al manipular indebidamente el aparato conectado con la toma de corriente eléctrica, ha de ser considerada como única causante del perjuicio sufrido por el recurrente.*

*«Todo ello sin olvidar, además, que en el presente caso el recurrente aparece curado de las lesiones, sin que al haber percibido sus retribuciones en el período en que se vio afectado por las mismas se le haya irrogado perjuicio indemnizable distinto al pretium doloris que reclama y que, por las razones antes mencionadas, fue correctamente denegado por el Tribunal de instancia».*

#### IV. PERSONAL.

##### CÓMPUTO DEL TIEMPO DE FUNCIÓN A EFECTOS DE ASCENSO

SAN, SECCIÓN QUINTA, 25-4-2007 (PONENTE D.<sup>a</sup> LUCÍA ACÍN AGUADO)

*La cuestión que se plantea en este recurso es «si procede computar como tiempo de función a efectos de ascenso el tiempo prestado como Letrada del Tribunal Supremo por doña María, Capitán Auditor del Cuerpo Jurídico de las Fuerzas Armadas, funciones que viene realizando desde el 15 de marzo de 1999».*

Por su claridad de exposición se reproduce íntegro el fundamento de derecho segundo de la sentencia citada:

*«La legislación aplicable para determinar si se cumple tiempo de función viene constituida por las normas vigentes en el periodo que realizó dicha actividad es decir la ley 17/99 y sus normas de desarrollo».*

*«El tiempo de función se define en el artículo 1 c) el Reglamento de Evaluaciones y Ascensos del Personal Militar Profesional, aprobado por Real Decreto 1.064/2001, de 28 de septiembre como «el tiempo necesario para el ascenso que tienen que cumplir los miembros de los Cuerpos de Intendencia, Ingenieros y Especialistas de los Ejércitos, así como los de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, o militares de complemento adscritos a los mismos, realizando cometidos propios de sus Cuerpos»*

*«Las funciones específicas del Cuerpo Jurídico Militar son según el artículo 39 de la Ley 17/99 «las que conforme al ordenamiento jurídico les corresponden en la Jurisdicción Militar y los de asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa y de sus Organismos Autónomos».*

*«En este caso en dicho destino no se desarrollan cometidos específicos del Cuerpo ya que la demandante como Letrada del Tribunal Supremo no ha realizado funciones propias de asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa y de sus Organismos autónomos. Tampoco dichas funciones se han desarrollado en la Jurisdicción Militar. En efecto, dicha jurisdicción militar a tenor de los Títulos II, III y IV de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; se compone de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, Tribunales y Juzgados Militares, Secretarías Relatorías y Fiscalía Jurídico Militar; mientras que según el certificado del Magistrado-jefe del Gabinete-Técnico del Tribunal Supremo, la actora estuvo adscrito a la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no en la Sala V de lo Militar del Alto Tribunal no siendo la materia que conoce dicha Sala Tercera la propia de la Jurisdicción Militar aún cuando algunos asuntos de los que ha conocido estén relacionados con el Ministerio de Defensa».*

*«Por otra parte el Real Decreto 207/2003 por el que se aprueba el Reglamento de Cuerpos, Escalas y Especialidades de las Fuerzas Armadas establece en el artículo 1 apartado 3 que «Los cometidos de los miembros de los cuerpos y las facultades profesionales que les correspondan dentro de su escala, serán de aplicación mientras se encuentren en los destinos definidos en los artículos 126 y 127 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, para los militares profesionales en situación administrativa de servicio activo. Los destinos previstos en los artículos 126 y 127 son destinos en a) las unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa, así como en sus órganos directivos, en b) puestos orgánicos relacionados específicamente con la defensa, en organizaciones internacionales, en la Presidencia del Gobierno o en otros Departamentos ministeriales c) la participación del militar profesional en misiones para mantener la paz y seguridad internacionales y d) en la Casa de Su Majestad el Rey. Dichos supuestos no encajan con el de Letrada del Tribunal Supremo».*

La audiencia nacional, tras el periodo de prueba, rechaza, una por una, las alegaciones de la recurrente. En este sentido, considera la sentencia que: *«El hecho de que diversos Tribunales de Justicia hayan declarado que los Letrados al Servicio del Tribunal Supremo deben continuar en servicio activo en sus respectivos Cuerpos no implica que debe computarse ese tiempo a efectos de tiempo de función sino sólo que deben permanecer en esa situación en aplicación del artículo 26.6 de la Ley 38/88 de 28 de diciembre de Demarcación y Planta Judicial».*

Por ello, se afirma, en contra del criterio mantenido por la recurrente que: *«Para cumplir tiempo de función en el Cuerpo Jurídico Militar no es suficiente estar en servicio activo sino que además es necesario realizar funciones propias de ese Cuerpo y que quedan ceñidas conforme al artículo 39 de la Ley 17/99 a las que les corresponden en la jurisdicción militar y los de asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa y de sus Organismos Autónomos o en su caso a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 207/2003 por el que se aprueba el Reglamento de Cuerpos, Escalas y Especialidades de las Fuerzas Armadas ocupar un destino de los previstos en el artículo 126 y 127 de la ley 17/99, no concurriendo en este caso ninguno de estos supuestos».*

Por ello se mantiene la resolución administrativa que aplicaba el artículo 27, apartado tercero, del Real Decreto 1064/2001, por cuanto que: *«el hecho de que haya sido declarada apta condicional no excluye que sea reordenada con su promoción siendo dos actos independientes: por una parte la declaración de apta condicional y por otra la reordenación de la promoción».*

Por último, se recuerda que: *«no cabe alegar el principio de igualdad ante la ilegalidad indicando que esta Sala en absolutamente todos los casos que ha conocido relativos al cumplimiento del tiempo de función de militares pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar ha mantenido siempre el mismo criterio y así ha considerado que no se cumple tiempo de función en sentencias de esta Sala de 27 de septiembre de 2006 (recurso 33/06) y 12 de julio de 2006 (recurso 1032/05)».*

ASCENSOS. CUERPO DE OFICINAS MILITARES

SAN, SECCIÓN QUINTA, 27-6-2007 (PONENTE FERNANDO F. BENITO MORENO)

Con carácter previo analiza la sentencia la normativa aplicable y la evolución del Cuerpo de Oficinas militares. Así:

1. *El Cuerpo Auxiliar de Oficinas Militares fue creado por el Decreto 16 octubre 1941 al objeto de hacerse cargo de los archivos ejerciendo su misión específica auxiliar en las Oficinas de los Centros y Dependencias que se determinen (artículo 1.º) siendo los empleos los de Archivero, asimilado a Comandante; Oficial primero, asimilado a Capitán; Oficial segundo, asimilado a Teniente; Oficial tercero, asimilado a Alférez y Ayudante de Oficina, asimilado a Brigada (artículo 3.º), obteniéndose los*

*ascensos por rigurosa antigüedad sin defectos, previa declaración de aptitud, alcanzada por el cumplimiento de los requisitos que se exigen.*

2. *La Orden de 10 octubre 1945 que aprueba el Reglamento de dicho Cuerpo, especifica cuales son los requisitos que se exigen para el ascenso señalando en el artículo 4 que los ascensos se producirán por rigurosa antigüedad, sin defectos, una vez alcanzada la efectividad normal que se requiera para los empleos a que estén asimilados de las restantes Armas y Cuerpos del Ejército.*

3. *La Ley de Bases 13/1974, de 30 marzo crea la Escala Básica de Suboficiales y la Escala Especial de Jefes y Oficiales para completar las funciones de mando, servicio y administración que desempeñaba la Escala Activa (base 1.ª), concede a los Jefes y Oficiales de las Escalas que declara a extinguir (entre ellas la de Oficinas Militares, disposición final 3.ª) el derecho a continuar en las mismas o integrarse en la nueva Escala especial de Jefes y Oficiales, salvo a los integrantes de la Escala de Oficinas Militares, pues el párrafo 1.º de la disposición transitoria 1.ª establece que «el personal del Cuerpo de Oficinas Militares continuará en su actual Escala.»*

4. *La Ley 48/1981, de 24 diciembre de Ascensos Militares establece un nuevo régimen de ascensos a través de tres procedimientos distintos: a) por elección con ocasión de vacante que se dé al ascenso; b) por clasificación y escalafonamiento basado en la antigüedad, con ocasión de vacante que se dé al ascenso y c) al cumplir un determinado número de años de efectividad en el grado (es decir, por antigüedad y sin necesidad de la existencia de vacante) (artículo 5.º) estableciendo en el artículo 9 los tiempos de efectividad que se exigen en cada empleo para ascenso al inmediato superior, cualquiera que sea el procedimiento de ascenso. Así, concretamente, en el número 1 del apartado f), se dispone que en la Escala Activa de Armas y de los Cuerpos de Intendencia y de la Guardia Civil el ascenso a Comandante por antigüedad y sin necesidad de vacante se produce al cumplirse trece años de efectividad entre los empleos de Teniente y Capitán, y en el apartado e) del número 2.º, se estatuye que en la Escala Activa de los Cuerpos Jurídicos, de Intervención, de Sanidad, de Farmacia y de Veterinaria el ascenso a Comandante por antigüedad y sin ocasión de vacante exige doce años de efectividad entre los empleos de Teniente y Capitán y en el número 8 del propio artículo 9, se establece que puede tener lugar el ascenso por antigüedad y sin ocasión de vacante desde el empleo de Teniente o Capitán, cuando se hayan prestado doce años de servicios en el empleo de Teniente, más no establece la posibilidad del ascenso por este sistema de Capitán a Comandante, dado que el*

*de Comandante es el empleo máximo de la Escala de Oficinas Militares, por lo que el ascenso a tal empleo requiere siempre vacante en virtud de lo establecido en el artículo 6.2 de la ley 48/1981 que establece que «se ascenderá por clasificación y escalafonamiento basado en la antigüedad, con ocasión de vacante que se de al ascenso, al empleo máximo de cada escala cuando ésta sea de categoría de Jefe u Oficial». Igualmente se establece en el en el número 8 del propio artículo 9 la posibilidad de ascenso con ocasión de vacante desde Capitán a Comandante de Oficinas Militares siempre que se hayan prestado al menos ocho años en el empleo de Teniente y cinco en el de Capitán. En cuanto a su ámbito de aplicación señalar que la disposición final 1.ª de la Ley 24 diciembre 1981, que estamos examinando, dice literalmente: «cuanto se establece en la presente Ley será aplicado en toda su extensión a quienes ingresen en las distintas Escalas a partir de la fecha de publicación de la misma» (tal Ley fue publicada en el BOE de 11 de enero de 1982). Por tanto, este régimen de ascensos no es aplicable a los que ya hubieran ingresado en las distintas escalas con anterioridad a la vigencia de esta Ley estableciendo la disposición transitoria cuarta que el régimen de ascensos del personal de las Escalas declaradas a extinguir por la Ley 13/1974, de 30 marzo, seguirá siendo el que se determine en su legislación específica.*

*5. La Ley 14/1982, de 5 mayo por la que se reorganiza la Escala Básica de Suboficiales y la Escala Especial de Jefes y Oficiales del Ejército de Tierra, incluye dentro de esta última a la Escala de Oficinas Militares (artículo 15) y dispone que el ascenso de Teniente a Capitán de Escala Especial de Jefes y Oficiales tendrá lugar bien con ocasión de vacante, bien al cumplir un máximo de efectividad de doce años y siempre que se reúnan una serie de condiciones, como no tener informe negativo, poseer aptitud psicofísica y haber cumplido ocho años de efectividad en dicho empleo (artículo 21), y el ascenso de Capitán a Comandante de Oficinas Militares sólo con ocasión de vacante y cinco años como mínimo en el empleo de Capitán (artículo 22). En cuanto a su ámbito de aplicación, señalar que esta Ley, es aplicable a los que «ex novo» se integren en la nueva Escala de Oficinas Militares, estableciendo en su disposición final 2.ª que a su entrada en vigor quedará derogada la Ley 13/1974, de 30 marzo, aunque continuarán vigentes la disposición adicional y la disposición final segunda en lo que se refiere al personal de la Escala a extinguir enumeradas en la disposición final tercera (dentro de la cual se enumera la Escala de Oficinas Militares) mientras exista personal afectado por la misma.*

*6. La Ley 20 julio 1989 sobre el Régimen del Personal Militar Profesional establece en su disposición adicional sexta número 3, que la Esca-*

*la Activa del Cuerpo de Oficinas declarada a extinguir con anterioridad a su entrada en vigor continuará en la misma situación.*

Hecha estas precisiones, la sentencia de la Audiencia Nacional, partiendo de que la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1994 estableció que *los Oficiales de la Escala de Oficinas Militares que se hayan integrado en la misma antes de la entrada en vigor de la ley 48/1981 se regirán por su legislación específica constituida por el Decreto 16 octubre 1941 que crea el Cuerpo de Oficinas Militares y la Orden de 10 octubre 1945 que aprueba el Reglamento de dicho Cuerpo sin que sea necesario para ascender la existencia de vacante siendo suficiente 13 años de efectividad en los empleos de Teniente y Capitán*, considera que en el presente caso: *«hay que tener en cuenta que en la fecha en la que el recurrente pretende el ascenso (9 de enero de 1994), la normativa mencionada no es aplicable ya que en dicha fecha estaba en vigor el Real Decreto 1928/1991, de 20 de diciembre por el que se adapta a las Escalas declaradas a extinguir el régimen de Personal Militar establecido en la ley 17/1989, de 19 de julio, aplicable de acuerdo con su artículo 1 a los militares pertenecientes a las escalas declaradas a extinguir relacionadas en los apartados 2 y 3 de la disposición adicional sexta de la ley 17/1989, entre las que se encuentra el Cuerpo de Oficinas Militares y siendo por tanto exigible vacante, al establecerlo el artículo 5 de dicho Real Decreto al señalar que «en las escalas a extinguir en las que exista más de un empleo, el ascenso al inmediato superior se regirá por el sistema de antigüedad que dispone la ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del Personal militar profesional, y con ocasión de vacante en la escala correspondiente». Por otra parte este Real Decreto derogó expresamente el Decreto 16 de octubre de 1941, en lo que no lo estuviese con anterioridad. De ello deriva que al no haberse acreditado el cumplimiento de los requisitos previstos para el ascenso en el artículo 5 del Real Decreto 1928/1991, de 20 de diciembre, deba desestimarse la pretensión del recurrente».*

Por ello, se concluye en la sentencia citada que: ***«desde la vigencia de la Ley 17/89, no puede producirse ningún ascenso en el Cuerpo de Oficinas Militares sin la existencia de vacante basándose en la legislación anterior, pues como señala el Tribunal Constitucional, «el funcionario que ingresa al servicio de la Administración pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos***

*en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando..., porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcionarial» (Sentencia del T.C. 99/87, de 11 de Junio)».*

## V. CUESTIÓN DE COMPETENCIA. IMPUGNACIÓN DE CONVENIO URBANÍSTICO

STS, SECCIÓN PRIMERA, DE 16-10-2007, DIECISÉIS DE OCTUBRE DE DOS MIL SIETE, CUESTIÓN DE COMPETENCIA NÚMERO 23/07 (PONENTE D. RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO)

Se resuelve en esta sentencia la cuestión de competencia negativa entre la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, la Sala del mismo orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional y el Juez Central n.º 8 para conocer del recurso interpuesto por la representación del Partido político «Foro de Izquierdas los Verdes» contra el Convenio urbanístico formalizado entre el Organismo Autónomo «Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Defensa», El Ayuntamiento de Salamanca y «El Corte Inglés» sobre los inmuebles del acuartelamiento Julián Sánchez «Charro» y el «Polvorín de Tejares».

El Tribunal Supremo atribuye la competencia a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional con base en las siguientes razones: *«Los recursos contencioso administrativos que se susciten en relación con los convenios entre Administraciones públicas no atribuidos a los Tribunales Superiores de Justicia, corresponden a la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, ex artículo 11.1.c) de la LJCA. De manera que la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional tiene una competencia residual respecto de los convenios entre Administraciones públicas, que expresamente no estén atribuidos a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia».*

*«Pues bien, las Salas de lo Contencioso administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia únicamente son competentes, en lo que hace al caso, para conocer de los recursos que se susciten en relación con los convenios «entre Administraciones públicas cuyas competencias se ejerzan en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma», según dispone el artículo 10.1.g) de la LJCA».*

*«Así las cosas, si tenemos en cuenta que en el caso examinado se impugna el Convenio suscrito entre dos Administraciones, a saber, una Entidad Local –Ayuntamiento de Salamanca–, y un Organismo Autónomo dependiente del Ministerio de Defensa –«Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Defensa»–, y una entidad privada –el Corte Inglés–, advertimos, por tanto, la intervención de una Administración –el citado organismo autónomo– cuya competencia excede del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, como exige el artículo 10.1.g) de la LJCA, y determina la aplicación del artículo 11.1.c) de la misma Ley jurisdiccional, que atribuye la competencia a la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, que es, en consecuencia, el órgano competente para conocer del recurso».*

# **DOCUMENTACIÓN**



## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz  
*Letrado del Consejo de Estado*

### I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

La promulgación de la Ley de Contratos del Sector público (LCSP) plantea numerosas cuestiones toda vez que la sistemática y los criterios informadores de esta norma difieren notablemente de los de la norma vigente anterior (LCAP).

La adecuación de los criterios sentados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y el Consejo de Estado a la nueva norma se presenta difícil y exige esfuerzo, pero es preciso hacerlo.

### I. LA DELIMITACIÓN DE LOS TIPOS CONTRACTUALES

#### **1. Contrato de obras**

Al igual que la LCAP, art. 120 a, que a la hora de delimitar el objeto del contrato de obras hace referencia a la naturaleza inmueble de los bienes sobre los que recae, la LCSP, art. 6.2 define la obra como el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha atendido en diversas ocasiones a la naturaleza del bien sobre el que se realizan las pres-

taciones del contrato para calificarlo como de obras cuando tal naturaleza es inmueble de acuerdo con la legislación civil o mercantil, y para descartar esta calificación en caso contrario. Así:

– En el informe 22/1991, 26-11-91, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa recuerda que el contrato de obras es sin duda la figura contractual más definida en el ámbito administrativo, al ser aquél que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o la sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio. Se analizan a continuación los trabajos forestales sobre cuya calificación se centra la consulta. A este respecto, partiendo de que los bienes a los que se refieren tales trabajos tienen la naturaleza de inmuebles, que es la de los montes o terrenos forestales y la que ha de atribuirse, según el CC art. 334.2.º, a los árboles y plantas y frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante del inmueble, se concluye que los trabajos de tratamientos selvícolas han de tramitarse como contratos administrativos de obras.

Al examinarse una cuestión semejante, en el informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 10/2003, 23-7-03, se reitera el criterio expuesto y se entiende que los trabajos relacionados con la acción sobre el terreno destinado a transformar activamente la realidad de una zona natural –como las labores de repoblación forestal de nueva planta o de recuperación ambiental de zonas degradadas–, han de ser calificados como contratos de obras, mientras que las labores de mero mantenimiento de hábitats que no supongan introducción de nuevos pies, alteraciones de paisaje, ni cambios en estructura de las masas vegetales –entre las que se comprenden los trabajos puntuales de retirada de residuos, podas simples sobre ramas muertas o trabajos similares–, son propias de contratos de servicios.

– El informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 51/1997, 2-3-98, señala que la naturaleza de bien mueble de los buques y barcos (admitida unánime y pacíficamente por la doctrina y jurisprudencia sobre la base de la declaración expresa del art. 585 CCom), determina que el contrato que tenga por objeto su construcción encaja plenamente en la definición del contrato de suministro y no en la del contrato de obras. Ahora bien, en cuanto al régimen jurídico de los contratos de suministro fabricación (de conformidad con lo previsto en la LCAP, art. 175.1, cuyo tenor coincide con el de la LCSP, art. 267.1), resultan directamente aplicables a los mismos las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo las relativas a su publi-

cidad que se acomodarán, en todo caso, al contrato de suministro. Mediante esta previsión el legislador ha configurado el contrato de suministro fabricación, en lo relativo a su régimen jurídico, como propio contrato de suministro, si bien teniendo en cuenta que sus especialidades lo acercan en cierta manera a un contrato de obras, aunque sobre bienes muebles.

## **2. Contrato de concesión de obras públicas**

A pesar de que, dada la reciente incorporación de este tipo contractual a la legislación de contratos administrativos (por medio de la L 13/2003), la Junta Consultiva de Contratación Administrativa no ha tenido apenas tiempo para examinar su regulación, cabe mencionar su informe 15/2006, 24-3-06. Según el mismo, es oportuno calificar de contrato de concesión de obras públicas el destinado a la construcción y subsiguiente explotación de aparcamientos subterráneos por reunir éste las características definitorias de la figura de referencia, a saber, contrato que tiene por objeto la construcción y explotación de una obra pública susceptible de explotación económica.

## **3. Contrato de gestión de servicios públicos**

Así como la calificación del contrato de obras depende en buena medida de la naturaleza del bien sobre el que recae, la calificación del contrato de gestión está condicionada por la configuración como servicio público de las prestaciones encomendadas por la Administración mediante el mismo. Así se desprende tanto de la LCAP, art. 154 como de la LCSP, art. 251.

Es habitual que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, con el objeto de dilucidar si la encomienda de determinadas prestaciones a un particular ha de encauzarse como un contrato de gestión de servicios públicos o como un contrato de servicios, acuda a la legislación sectorial. Sirven de ejemplo de ello los siguientes informes:

– El informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 37/1995, 24-10-95, estudia la cuestión de si prestaciones como la resonancia nuclear magnética o el transporte sanitario, las cuales, debiendo realizarse a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social, se encargan en virtud de un contrato a una persona física o jurídica, merecen o no el calificativo de servicio público en sentido estricto. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa funda la respuesta afirmativa en la regulación contenida en la L 14/1986 General de Sanidad, que atribuye dicho califi-

cativo a las prestaciones de los denominados servicios de salud integrados en el Sistema Nacional de Salud, en contraposición a las actividades sanitarias privadas. A esta conclusión contribuye el reconocimiento de la posibilidad de que las Administraciones Públicas Sanitarias establezcan conciertos en el ámbito de sus respectivas competencias para la prestación de servicios de salud con medios ajenos a ellas (L 14/1996 art. 90), toda vez que los conciertos son una modalidad de la contratación de la gestión de servicios públicos (LCAP, art. 156 c; LCSP, art. 253 c).

Por el contrario, aquellos contratos –como el que tenga por objeto la prestación de oxigenoterapia domiciliaria– en los que puede no existir prestación sanitaria alguna realizada por el adjudicatario a los beneficiarios de la Seguridad Social, sino la entrega de bienes o la realización de servicios a la Administración, el contrato habrá de ser calificado como de suministro o de servicios.

– El informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 27/2002, 23-10-02, indica que los contratos para la depuración de las aguas residuales son contratos de gestión de servicios públicos, pues tal depuración constituye una actividad de servicio público de conformidad con la legislación reguladora del régimen local y la legislación autonómica específica sobre la materia aplicable al caso (L 7/1985 arts. 26.1 y 86.3; L Asturias 1/1994).

#### **4. Contrato de suministro**

La calificación de un contrato como de suministro está vinculada, a juicio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a la naturaleza mueble del bien objeto de la transacción. En consecuencia, son contratos de suministro los destinados a la fabricación de barcos (informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 51/1997, 2-3-98), a la compra de semovientes (informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 21/1998, 30-6-98) o a la adquisición de bienes muebles que integren el Patrimonio Histórico Español (informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 55/1999, 21-12-99).

#### **5. Contrato de servicios**

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha sentado una extensa doctrina para distinguir entre el contrato de servicios y el de con-

sultoría y asistencia (entre otros, en el informe 50/2000, 21-12-00, conforme al cual estos últimos se caracterizan por la existencia de un componente predominantemente intelectual).

Dejando al margen dicha doctrina, dado que la referida distinción no pervive en la LCSP, lo más destacable de los informes en este ámbito es su casuismo. En consecuencia, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha resuelto numerosas consultas relativas de la posibilidad de tramitar como contratos de servicios muy distintas prestaciones, consultas a las que ha dado una solución cercana a cada caso. Es cierto que la LCSP, art. 10 deja pocas dudas sobre las actividades que pueden constituir el objeto de la mencionada figura, al remitirse a una lista de categorías incluidas en el anexo II. Aun así, conviene señalar algunas prestaciones cuya contratación, a juicio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, puede articularse a través del contrato de servicios:

- Los servicios de seguros (informe 31/1996, 30-5-96).
- Los préstamos bancarios (informe 34/1996, 30-5-96).
- Los servicios de transporte, almacenaje y subtítulo de películas, de mantenimiento, conservación, repaso y visionado de materiales cinematográficos y otros relacionados con estos materiales como el telecine, repicado de imágenes o la transcripción a vídeo (informe 41/1999, 12-11-99).
- La distribución editorial de publicaciones, cuando se encarga al contratista la venta al por mayor de tales publicaciones ya editadas abonando un precio de antemano convenido (informe 4/2000, 11-4-00, que reitera el criterio sostenido en el informe 40/1997, 10-11-97). Ahora bien, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa precisa que el contenido del contrato puede alterar su naturaleza jurídica, dejando de ser un contrato de servicios para convertirse en otro tipo contractual.
- Los trabajos puntuales de retirada de residuos, las podas simples sobre ramas muertas o trabajos similares (informe 10/2003, 23-7-03).
- Las tareas de asistencia a un funcionario en el ejercicio de la función recaudatoria (informe 8/2004, 12-3-04).

## **6. Contratos mixtos**

En su interpretación de la LCAP, art. 6 –de contenido semejante a la LCSP, art. 12–, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha subrayado dos ideas:

- a) Respecto del ámbito en el que puede apreciarse la existencia de un contrato mixto, éste solamente puede darse cuando concurren prestaciones

propias de contratos administrativos, cualquiera que sea su modalidad. *A contrario*, no es posible hablar de un contrato mixto si concurren prestaciones propias de contratos administrativos y privados, ya que la calificación del contrato como privado es previa y determina por sí sola el régimen jurídico aplicable al contrato (informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 58/2003, 12-3-04). En consecuencia, en el caso de que una de las prestaciones consideradas –por ejemplo, el alquiler de un local para el almacenamiento de productos– perteneciese al ámbito de la contratación privada, dicha prestación debería contratarse de forma independiente o integrarse como un requisito propio para el desarrollo del contrato, pero en ningún caso como parte de un contrato administrativo (informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 31/04, 12-11-04).

b) Para determinar el régimen jurídico de un contrato que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase, como recuerda el informe 58/2003 antes citado, rige la regla de la prestación principal de mayor valor económico, regla que ya estaba recogida en las directivas comunitarias de 1993 y en el Reglamento General de Contratación del Estado de 1975 (aunque referido únicamente a los contratos mixtos de obras y suministros). Dicho de otro modo, en los contratos mixtos la prestación más importante desde el punto de vista económico determina la aplicación total de las normas que definen su régimen jurídico, sin que quepa acudir a las relativas a otro tipo de contratos (informe 24/1996, 30-5-96).

## II. NEGOCIOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS

En el marco de los negocios y contratos excluidos del ámbito objetivo de la legislación de contratos del sector público, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha prestado especial atención a los convenios de colaboración, ya fueran celebrados entre entidades públicas (LCAP, art. 3.1 c; LCSP, art. 4.1 c), ya fueran suscritos por la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado (LCAP, art. 3.1 d; LCSP, art. 4.1 d).

i) En relación con los primeros, el informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 18/2001, 3-7-01, mantiene que los mismos constituyen el modo normal de relacionarse las Administraciones Públicas, los Organismos Autónomos y demás entidades públicas sujetas en su actividad contractual al régimen de la legislación de contratos, ya que, al no poder precisarse cuál de las partes debe actuar como órgano de contratación y cuál como contratista –unido a la dificultad de aplicar a la Admi-

nistración, organismo o ente que haya de considerarse que actúa como contratista preceptos legales concretos (capacidad y solvencia, clasificación, garantías)–, resulta obligado canalizar estas actuaciones por la vía del convenio de colaboración y no del contrato. De esta forma, en el caso de dos Entidades Locales (la Diputación Provincial de Sevilla y la Mancomunidad de Municipios del Guadalquivir, en el supuesto examinado en el informe 18/2001), la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sostiene que ninguna de ellas puede concurrir como licitadora a los concursos convocados por la otra.

ii) Respecto de los convenios de colaboración celebrados con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, estas personas pueden cumplir todos los requisitos exigidos legalmente a los contratistas, de modo que la nota determinante de la exclusión del ámbito objetivo de la legislación de contratos del sector público ha de consistir en que el objeto de tales convenios no esté comprendido en los contratos previstos en dicha legislación o en normas administrativas especiales.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa sitúa la razón de esta limitación en la idea de que el legislador no ha querido que, por la vía del convenio de colaboración, «huyan» de la aplicación de la ley relaciones que pueden perfectamente articularse por la vía del contrato administrativo (informe 42/1999, 12-11-99, en doctrina después reiterada en informe 33/2001, 13-11-01). Siguiendo este criterio, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa califica como negocio excluido (al amparo de la LCAP, art. 3.1 d) el convenio celebrado entre el Ayuntamiento de Irún y una fundación sometida al Derecho privado, toda vez que el objeto del mismo comprende distintas actividades (como el préstamo temporal de documentos, materiales y obras del artista que da nombre a la fundación, la creación de una beca de investigación estética o la organización de seminarios y talleres) que exceden el ámbito de cualquier tipo de contrato regulado en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas o en normas administrativas especiales.

Por último, conviene resaltar que la legislación de contratos del sector público sólo se aplica a los convenios de colaboración excluidos a través de sus principios con el fin de resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse (LCAP, art. 3.2; LCSP, art. 4.2). A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa recuerda en su informe 42/1998, 16-12-98, que es muy distinta la aplicación de principios de la aplicación concreta de preceptos, por lo que en los convenios excluidos no se requiere un acto formal y positivo de recepción o conformidad, sino que es suficiente la expedición de un certificado que acredite el cumplimiento de lo convenido.



# ESTADOS PARTES EN LOS CONVENIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO



ICRC

## State Parties to the Following International Humanitarian Law and Other Related Treaties

	Protection of Victims of Armed Conflicts
GC HV 1949	Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949. Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva, 12 August 1949. Convention (IV) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949.
AP I 1977	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts. Geneva, 8 June 1977.
<b>AP I Declaration art. 90</b>	Declaration provided for under article 90 AP I. Acceptance of the Competence of the International Fact-Finding Commission according to article 90 of AP I.
AP II 1977	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts. Geneva, 8 June 1977.
AP III 2005	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (Protocol III), 8 December 2005.
CRC 1989	Convention on the Rights of the Child. New York, 20 November 1989.
Opt Prot. CRC 2000	Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict. New York, 25 May 2000.
ICC Statute 1998	International Criminal Court
	International Criminal Court, 17 July 1998.
	<b>Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict</b>
Hague Conv. 1954	Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. The Hague, 14 May 1954.
Hague Prot. 1954	First Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. The Hague, 14 May 1954.
Hague Prot. 1999	Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. The Hague, 26 March 1999.
	<b>Environment</b>
ENMOD Conv. 1976	Convention on the prohibition of military or any other hostile use of environmental modification techniques. New York, 10 December 1976.
	<b>Weapons</b>
Geneva Gas Prot. 1925	Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and Warfare. Geneva, 17 June 1925.
BWC 1972	Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction. Opened for Signature at London, Moscow and Washington, 10 April 1972.
CCW 1980	Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects. Geneva, 10 October 1980.
CCW Prot. I 1980	Protocol on non-detectable fragments (I).
CCW Prot. II 1980	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of mines, booby-traps and other devices (II).
CCW Prot. III 1980	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of incendiary weapons (II).
CCW Prot. IV 1995	Protocol on Blinding Laser Weapons (Protocol IV to the 1980 Convention). 13 October 1995.
CCW Prot. IIa 1996	Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1996 (Protocol II to the 1980 Convention).
CCW Amdt 2001	Amendment to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (with Protocols I, II and III). Geneva 21 December 2001.
CCW Prot. V 2003	Protocol on Explosive Remnants of War to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (with Protocols I, II and III). Geneva, 28 November 2003.
CWC 1993	Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction. Paris 13 January 1993.
Ottawa Treaty 1997	Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction. Oslo, 18 September 1997.

Country		Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court			Protection of Cultural Property		Environment
Country	GC-IV 1949	API 1977	API Declaration art. 90	API II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976	
Afghanistan	26.09.1956					26.03.1994	24.09.2003	10.02.2003				22.10.1985	
Albania	27.05.1957	16.07.1993		16.07.1993	06.02.2008	27.02.1992		31.01.2003	20.12.1960	20.12.1960		19.12.1991	
Algeria	20.06.1960	16.08.1969	16.08.1969	16.08.1969		16.04.1993							
Andorra	17.09.1993					02.01.1996	30.04.2001	30.04.2001					
Angola	20.09.1984	20.09.1984				05.12.1990	11.10.2007						
Antigua and Barbuda	06.10.1986	06.10.1986		06.10.1986		05.10.1993		18.06.2001				25.10.1988	
Argentina	18.09.1956	26.11.1986	11.10.1986	26.11.1986		04.12.1990	10.09.2002	08.02.2001	22.03.1989	10.05.2007	07.01.2002	20.03.1987	
Armenia	07.06.1993	07.06.1993		07.06.1993		23.06.1993	30.09.2005		05.09.1993	05.09.1993	18.05.2006	15.05.2002	
Australia	14.10.1958	21.06.1991	23.09.1992	21.06.1991		17.12.1990	26.09.2006	01.07.2002	19.09.1984			07.09.1984	
Austria	27.08.1953	13.08.1982	13.08.1982	13.08.1982		06.08.1992	01.02.2002	28.12.2000	25.03.1964	25.03.1964	01.03.2002	17.01.1990	
Azerbaijan	01.06.1993					13.08.1982	03.07.2002		20.09.1993	20.09.1993	17.04.2001		
Bahamas	11.07.1975	10.04.1980		10.04.1980		20.02.1991							
Bahrain	30.11.1971	30.10.1986		30.10.1986		13.02.1992	21.09.2004						
Bangladesh	04.04.1972	08.09.1980		08.09.1980		03.08.1990	06.09.2000		23.06.2006	23.06.2006		03.10.1979	
Barbados	10.09.1968	19.02.1990		19.02.1990		09.10.1990		10.12.2002	09.04.2002				
Belarus	03.08.1954	23.10.1989	23.10.1989	23.10.1989		01.10.1990	25.01.2006		07.05.1957	07.05.1957	29.11.2005	07.06.1988	
Belgium	03.08.1952	20.05.1986	27.03.1987	20.05.1986		16.12.1991	06.05.2002	28.06.2000	16.09.1960	16.09.1960		12.07.1982	
Belize	29.06.1984	29.06.1984		29.06.1984	03.04.2007	02.05.1990	01.12.2003	05.04.2000					
Benin	14.12.1961	28.05.1986		28.05.1986		03.08.1990	21.01.2005	22.01.2002				30.06.1986	
Bhutan	10.01.1991					01.08.1990							
Bolivia	10.12.1976	08.12.1983	10.08.1982	08.12.1983		26.06.1990	22.12.2004	27.06.2002	17.11.2004				
Bosnia-Herzegovina	31.12.1992	31.12.1992	31.12.1992	31.12.1992		01.09.1993	10.10.2003	11.04.2002	12.07.1993	12.07.1993			
Botswana	29.03.1968	23.05.1979		23.05.1979		14.03.1995	04.10.2004	08.09.2000	03.01.2002				
Brazil	29.06.1957	05.05.1992	23.11.1993	05.05.1992		24.09.1990	27.01.2004	20.06.2002	12.09.1958	12.09.1958	23.09.2004	12.10.1984	
Brunei Darussalam	14.10.1991	14.10.1991		14.10.1991		27.12.1995							
Bulgaria	22.07.1954	26.09.1989	09.05.1994	26.09.1989	13.09.2006	03.06.1991	12.02.2002	11.04.2002	07.08.1956	09.10.1958	14.06.2000	31.05.1978	
Burkina Faso	07.11.1961	20.10.1987	24.05.2004	20.10.1987		31.08.1990	06.07.2007	16.04.2004	18.12.1969	04.02.1987			
Burundi	27.12.1971	10.06.1993		10.06.1993		19.10.1990		21.09.2004					
Cambodia	08.12.1958	14.01.1998		14.01.1998		15.10.1992	16.07.2004	11.04.2002	04.04.1962	04.04.1962			
Cameroon	16.09.1963	16.03.1984		16.03.1984		11.01.1993			12.10.1961	12.10.1961			
Canada	14.05.1965	20.11.1990	20.11.1990	20.11.1990	26.11.2007	13.12.1991	07.07.2000	07.07.2000	11.12.1998	29.11.2005	29.11.2005	11.06.1981	
Cape Verde	11.05.1984	16.03.1995	16.03.1995	16.03.1995		04.06.1992	10.05.2002					03.10.1979	
Central African Republic	01.08.1966	17.07.1984		17.07.1984		23.04.1992		04.10.2001					
Chad	05.08.1970	17.01.1997		17.01.1997		02.10.1990	28.08.2002	01.11.2006					
Chile	12.10.1950	24.04.1991	24.04.1991	24.04.1991		13.08.1990	31.07.2003						
China	28.12.1956	14.09.1983		14.09.1983		02.03.1992	20.02.2008					26.04.1994	
Colombia	08.11.1961	01.09.1993	17.04.1996	01.09.1993		14.08.1995	25.05.2005	05.08.2002	05.01.2000	05.01.2000		08.06.2005	
Comoros	21.11.1985	21.11.1985		21.11.1985		22.06.1993		18.08.2006	18.06.1998	18.06.1998			
Congo	04.02.1967	10.11.1983		10.11.1983		14.10.1993		03.05.2004					
Congo (Dem Rep)	24.02.1961	03.06.1982	12.12.2002	12.12.2002		27.09.1990	11.11.2001	11.04.2002	18.04.1961	18.04.1961			
Cook Islands	11.06.2001	07.05.2002	07.05.2002	07.05.2002		06.06.1997							

Country		Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court			Protection of Cultural Property			Environment
Country	GC HV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMDD Conv. 1976	Environment	
Costa Rica	15.10.1969	15.12.1983	09.12.1989	15.12.1983		21.08.1990	24.01.2003	07.06.2001	03.06.1998	03.06.1998	09.12.2003	07.02.1996		
Cote d'Ivoire	28.12.1961	20.09.1989	20.09.1989	20.09.1989		04.02.1991			24.01.1980					
Croatia	11.05.1992	11.05.1992	11.05.1992	12.10.1992	13.06.2007	12.10.1992	01.11.2002	21.05.2001	06.07.1992	06.07.1992	08.02.2006			
Cuba	15.04.1954	25.11.1982	23.06.1989	23.06.1989	27.11.2007	21.08.1991	02.09.2007		26.11.1957	26.11.1957		10.04.1978		
Cyprus	23.05.1962	01.06.1979	14.10.2002	18.03.1996	27.11.2007	27.02.1991		07.03.2002	09.09.1964	09.09.1964	16.05.2001	12.04.1978		
Czech Republic	05.02.1993	05.02.1993	02.05.1993	05.02.1993	23.05.2007	22.02.1993	30.11.2001		26.03.1993	26.03.1993	08.06.2007	22.02.1993		
Denmark	27.06.1951	17.06.1982	17.06.1982	17.06.1982	25.05.2007	19.07.1991	27.08.2002	21.06.2001	26.03.2003	26.03.2003		19.04.1978		
Djibouti	06.03.1978	08.04.1991	08.04.1991	08.04.1991		06.12.1990		05.11.2002						
Dominica	28.09.1981	25.04.1996		25.04.1996		13.03.1991	20.09.2002	12.05.2001				09.11.1992		
Dominican Republic	22.01.1958	26.05.1994		26.05.1994		11.06.1991		12.06.2005	05.01.1960	21.03.2002				
Ecuador	11.08.1954	10.04.1979		10.04.1979		23.03.1990	07.06.2004	05.02.2002	02.10.1956	08.02.1961	02.08.2004			
Egypt	10.11.1952	09.10.1992		09.10.1992		06.07.1990	02.06.2007		17.08.1955	17.08.1955	03.08.2005	01.04.1982		
El Salvador	17.06.1953	23.11.1978		23.11.1978	12.09.2007	10.07.1990	18.04.2002		19.07.2001	27.03.2002	19.11.2003			
Equatorial Guinea	24.07.1986	24.07.1986		24.07.1986		15.06.1992			19.11.2003					
Eritrea	14.08.2000				28.02.2008	03.08.1994	16.02.2005	30.01.2002	04.04.1995	17.01.2005	17.01.2005			
Estonia	18.01.1993	18.01.1993		18.01.1993		14.05.1981								
Ethiopia	02.10.1969	08.04.1994		08.04.1994		13.06.1993		29.11.1989						
Fiji	09.08.1971					14.05.1981								
Finland	22.02.1955	07.08.1980	07.08.1980	07.08.1980		20.06.1991	10.04.2002	29.12.2000	16.09.1994	16.09.1994	09.11.2004	12.05.1978		
France	28.06.1951	11.04.2001		24.02.1984		07.08.1990	05.02.2003	09.06.2000	07.06.1957	07.06.1957				
Gabon	26.02.1965	08.04.1980		08.04.1980		09.02.1994		20.09.2000	04.12.1961	04.12.1961	29.08.2003			
Gambia	20.10.1966	12.01.1989		12.01.1989		08.08.1990		28.06.2002						
Georgia	14.09.1993	14.09.1993		14.09.1993	19.03.2007	02.06.1994		05.09.2003	04.11.1992	04.11.1992		24.05.1983		
Germany	03.09.1954	14.02.1991	14.02.1991	14.02.1991		06.03.1992	13.12.2004	20.12.1999	11.08.1967	11.08.1967		22.06.1978		
Ghana	02.08.1958	28.02.1978		28.02.1978		05.02.1990		15.05.2002	09.02.1981	09.02.1981	20.04.2005	23.08.1983		
Greece	05.06.1956	31.03.1989	04.02.1998	15.02.1993		11.05.1993	22.10.2003		02.10.1985	19.05.1994	04.02.2005	21.03.1988		
Grenada	13.04.1981	23.09.1998		23.09.1998		05.11.1990			20.09.1960	11.12.1961				
Guatemala	14.05.1952	19.10.1987		19.10.1987	14.03.2008	06.06.1990	09.05.2002							
Guinea	11.07.1984	11.07.1984		11.07.1984		13.07.1990		14.07.2003						
Guinea-Bissau	21.02.1974	21.10.1986		21.10.1986		20.08.1990								
Guyana	22.07.1968	18.01.1988		18.01.1988		14.01.1991		24.09.2004						
Haiti	11.04.1957	20.12.2006		20.12.2006		08.06.1995								
Holy See	22.02.1951	21.11.1985		21.11.1985		20.04.1990	24.10.2001		24.02.1958	24.02.1958				
Honduras	31.12.1965	16.02.1995		16.02.1995	08.12.2006	10.08.1990	14.08.2002	01.07.2002	25.10.2002	25.10.2002	26.01.2003			
Hungary	03.08.1954	12.04.1989	23.09.1991	15.11.2006		07.10.1991		30.11.2001	17.05.1956	16.08.1956	26.10.2005	19.04.1978		
Iceland	10.08.1965	10.04.1987	10.04.1987	10.04.1987	04.08.2006	28.10.1992	01.10.2001	25.05.2000						
India	09.11.1950					11.12.1992			16.06.1958	16.06.1958		15.12.1978		
Indonesia	30.09.1958					05.09.1990			10.01.1967	26.07.1967				
Iran (Islamic Rep)	20.02.1957					13.07.1994			22.06.1959	22.06.1959	24.05.2005			
Iraq	14.02.1956					15.06.1994			21.12.1967	21.12.1967				
Ireland	27.09.1962	19.05.1999	19.05.1999	19.05.1999		28.09.1992	18.11.2002	11.04.2002				16.12.1982		

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment	
	GC HV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989		Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954		Hague Prot. 1954
Israel	06.07.1951				22.11.2007	03.10.1991	18.07.2005		03.10.1957	01.04.1958		
Italy	17.12.1951	27.02.1986	27.02.1986	27.02.1986		05.09.1991	09.05.2002	26.07.1999	09.05.1958	09.05.1958		27.11.1981
Jamaica	20.07.1964	29.07.1986	29.07.1986	29.07.1986		14.05.1991	09.05.2002					
Japan	21.04.1953	31.08.2004	31.08.2004	31.08.2004		22.04.1994	02.08.2004	17.07.2007	10.09.2007	10.09.2007	10.09.2007	09.06.1982
Jordan	29.05.1951	01.05.1979	01.05.1979	01.05.1979		24.05.1991	23.05.2003	11.04.2002	02.10.1957	02.10.1957		
Kazakhstan	05.05.1992	05.05.1992	05.05.1992	05.05.1992		12.08.1994	10.04.2003		14.03.1997	14.03.1997		25.04.2005
Kenya	20.09.1966	23.02.1999	23.02.1999	23.02.1999		30.07.1990	28.01.2002	15.03.2005				
Kiribati	05.01.1989					11.12.1995						
Korea (Dem. People's Rep.)	27.08.1957	09.03.1988	09.03.1988	09.03.1988		21.09.1990						08.11.1984
Korea (Republic of)	16.08.1966	15.01.1982	16.04.2004	15.01.1982		20.11.1991	24.09.2004	13.11.2002				02.12.1986
Kuwait	02.09.1967	17.01.1985	17.01.1985	17.01.1985		21.10.1991	26.08.2004		06.06.1969	11.02.1970		02.01.1980
Kyrgyzstan	18.09.1992	18.09.1992	18.09.1992	18.09.1992		07.10.1994	13.08.2003		03.07.1995			
Lao (People's Dem.)	29.10.1956	18.11.1980	30.01.1988	18.11.1980		08.05.1991	20.09.2006	28.06.2002	19.12.2003	19.12.2003		05.10.1978
Latvia	24.12.1991	24.12.1991	24.12.1991	24.12.1991		14.04.1992	19.12.2005	06.09.2000	01.06.1960	01.06.1960		
Lebanon	10.04.1951	23.07.1997	23.07.1997	23.07.1997		14.05.1991		22.09.2004				
Lesotho	20.05.1968	20.05.1994	20.05.1994	20.05.1994		10.03.1992	24.09.2003					
Liberia	29.03.1954	30.06.1988	30.06.1988	30.06.1988		04.06.1993						
Libyan Arab Jamahiriya	22.05.1956	07.06.1978	07.06.1978	07.06.1978		15.04.1993	29.10.2004		19.11.1957	19.11.1957	20.07.2001	
Liechtenstein	21.09.1950	10.08.1989	10.08.1989	10.08.1989		22.12.1995	04.02.2005	02.10.2001	28.04.1960	28.04.1960		
Lithuania	03.10.1996	13.07.2000	13.07.2000	13.07.2000		31.01.1992	20.02.2003	12.05.2003	27.07.1998	27.07.1998	13.03.2002	16.04.2002
Luxembourg	01.07.1953	29.08.1989	12.05.1993	29.08.1989		07.03.1994	04.08.2004	08.09.2000	29.09.1961	29.09.1961	30.06.2005	
Madagascar	18.07.1963	08.05.1992	27.07.1993	08.05.1992		19.03.1991	22.09.2004	14.03.2008	03.11.1961	03.11.1961		
Malawi	05.01.1968	07.10.1991	07.10.1991	07.10.1991		02.01.1991		19.09.2002				05.10.1978
Malaysia	24.08.1962					17.02.1995			12.12.1960	12.12.1960		
Maldives	18.06.1991	03.09.1991	03.09.1991	03.09.1991		11.02.1991	29.12.2004					
Mali	24.05.1965	08.02.1989	09.05.2003	08.02.1989		20.09.1990	16.05.2002	16.08.2000	18.05.1961	18.05.1961		
Malta	22.08.1968	17.04.1989	17.04.1989	17.04.1989		30.09.1990	09.05.2002	29.11.2002				
Marshall	01.06.2004					04.10.1993		07.12.2000				
Mauritania	30.10.1962	14.03.1980	14.03.1980	14.03.1980		16.05.1991						
Mauritius	18.08.1970	22.03.1982	22.03.1982	22.03.1982		26.07.1990		05.03.2002	22.09.2006			09.12.1992
Mexico	29.10.1952	10.03.1983	10.03.1983	10.03.1983		21.09.1990	15.03.2002	28.10.2005	07.05.1956	07.05.1956	07.10.2003	
Micronesia	19.09.1995	19.09.1995	19.09.1995	19.09.1995		05.05.1993						
Moldova (Republic of)	24.05.1993	24.05.1993	24.05.1993	24.05.1993		26.01.1993	07.04.2004		09.12.1999	09.12.1999		
Monaco	05.07.1950	07.01.2000	26.10.2007	07.01.2000		21.06.1993	13.11.2001		10.12.1957	10.12.1957		
Mongolia	20.12.1958	06.12.1995	06.12.1995	06.12.1995		05.07.1990	02.10.2004	11.04.2002	04.11.1964	04.11.1964		19.05.1978
Montenegro (Republic of)	02.08.2006	02.08.2006	02.08.2006	02.08.2006		23.10.2006	06.05.2007	23.10.2006	26.04.2007	26.04.2007	26.04.2007	
Morocco	26.07.1956					21.06.1993	22.05.2002		30.08.1968	30.08.1968		
Mozambique	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983		26.04.1994	19.10.2004					
Myanmar	25.08.1992					15.07.1991			10.02.1956	10.02.1956		
Namibia	22.08.1991	17.06.1994	21.07.1994	17.06.1994		30.09.1990	16.04.2002	26.06.2002				
Nauru	27.06.2006	27.06.2006	27.06.2006	27.06.2006		27.07.1994		12.11.2001				

Country		Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court			Protection of Cultural Property			Environment
Country	GC HV 1949	API I 1977	API Declaration art. 90	API II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976		
Nepal	07.02.1964					14.09.1990	03.01.2007							
Netherlands	03.08.1954	26.06.1987	26.06.1987	26.06.1987	13.12.2006	06.02.1995		17.07.2001	14.10.1958	14.10.1958	30.01.2007	15.04.1983		
New Zealand	02.05.1959	08.02.1988	08.02.1988	08.02.1988		06.04.1993	17.11.2001	07.09.2000				07.09.1984		
Nicaragua	17.12.1953	19.07.1999				05.10.1990	17.03.2005		25.11.1959	25.11.1959	01.06.2001	06.09.2007		
Niger	21.04.1964	08.06.1979	08.06.1979	08.06.1979		30.09.1990		11.04.2002	06.12.1976	06.12.1976	16.06.2006	17.02.1993		
Nigeria	20.06.1961	10.10.1988				19.04.1991		27.09.2001	05.06.1961	05.06.1961	21.10.2005			
Niue	( <sup>1</sup> )					20.12.1995								
Norway	03.08.1951	14.12.1981	14.12.1981	14.12.1981	13.06.2006	08.01.1991	23.09.2003	16.02.2000	19.09.1961	19.09.1961		15.02.1979		
Oman	31.01.1974	29.03.1984	29.03.1984	29.03.1984		09.12.1996	17.09.2004		26.10.1977					
Pakistan	12.06.1951					12.11.1990			27.03.1959	27.03.1959		27.02.1986		
Palau	25.06.1996	25.06.1996	25.06.1996	25.06.1996		04.08.1995								
Panama	10.02.1956	18.09.1995	26.10.1999	18.09.1995		12.12.1990	08.08.2001	21.03.2002	17.07.1962	08.03.2001	08.03.2001	13.05.2003		
Papua New Guinea	26.05.1976					02.03.1993						28.10.1980		
Paraguay	23.10.1961	30.11.1990	30.11.1990	30.11.1990		25.09.1990	27.09.2002	14.05.2001	09.11.2004	09.11.2004	09.11.2004			
Peru	15.02.1956	14.07.1989				04.09.1990	08.05.2002	10.11.2001	21.07.1989	21.07.1989	24.05.2005			
Philippines	06.10.1952	23.10.1991	02.10.1992	23.10.1991	22.08.2006	21.08.1990	26.08.2003		06.08.1956	06.08.1956		08.06.1978		
Poland	26.11.1954					07.06.1991	07.04.2005	12.11.2001	04.08.2000	18.02.2005				
Portugal	14.03.1961	27.05.1992	01.07.1994	27.05.1992		21.09.1990	19.08.2003	05.02.2002						
Qatar	15.10.1975	05.04.1988	24.09.1991	05.01.2004		03.04.1995	25.07.2002		31.07.1973		04.09.2000			
Romania	01.06.1954	21.06.1990	31.05.1995	21.06.1990		28.09.1990	10.11.2001	11.04.2002	21.03.1958	21.03.1958	07.08.2006	06.05.1983		
Russian Federation	10.05.1954	29.09.1989	29.09.1989	29.09.1989		16.08.1990			04.01.1957	04.01.1957		30.05.1978		
Rwanda	05.05.1964	19.11.1984	08.07.1983	19.11.1984		24.01.1991	23.04.2002		28.12.2000					
Saint Kitts and Nevis	14.02.1986	14.02.1986				24.07.1990		22.08.2006						
Saint Lucia	18.09.1981	07.10.1982				16.06.1993						27.05.1993		
Saint Vincent & Grenadine	01.04.1981	08.04.1983	08.04.1983	08.04.1983		26.10.1993		03.12.2002				27.04.1999		
Samoa	23.08.1984	23.08.1984	23.08.1984	23.08.1984		29.11.1994		16.09.2002						
San Marino	29.08.1953	05.04.1994	05.04.1994	05.04.1994	22.06.2007	25.11.1991		13.05.1999	09.02.1956	09.02.1956				
Sao Tome and Principe	21.05.1976	05.07.1996	05.07.1996	05.07.1996		14.05.1991						05.10.1979		
Saudi Arabia	18.05.1963	21.08.1987	28.11.2001	28.11.2001		26.01.1996			20.01.1971	06.11.2007	06.11.2007			
Senegal	18.05.1963	07.05.1985	07.05.1985	07.05.1985		31.07.1990	03.03.2004	02.02.1989	17.06.1987	17.06.1987				
Serbia (Republic of)	16.10.2001	16.10.2001	16.10.2001	16.10.2001		12.03.2001	31.01.2003	06.09.2001	11.09.2001	11.09.2001	02.09.2002			
Seychelles	08.11.1984	22.05.1992	08.11.1984	08.11.1984		07.09.1990			08.10.2003					
Sierra Leone	10.06.1965	21.10.1986				18.06.1990	15.05.2002	15.09.2000						
Singapore	27.04.1973					05.10.1995								
Slovakia	02.04.1993	02.04.1993	13.03.1995	02.04.1993	30.05.2007	28.05.1993	07.07.2006	11.04.2002	31.03.1993	31.03.1993	11.02.2004	28.05.1993		
Slovenia	26.03.1992	26.03.1992	26.03.1992	26.03.1992	10.03.2008	06.07.1992	23.09.2004	31.12.2001	28.10.1992	05.11.1992	13.04.2004	20.04.2005		
Solomon Islands	06.07.1981	19.09.1988				10.04.1995						19.06.1981		
Somalia	12.07.1962													
South Africa	31.03.1952	21.11.1995	21.11.1995	21.11.1995		16.06.1995		27.11.2000	18.12.2003	18.12.2003				
Spain	04.08.1952	21.04.1989	21.04.1989	21.04.1989		06.12.1990	08.03.2002	24.10.2000	07.07.1960	26.06.1992	06.07.2001	19.07.1978		
Sri Lanka	28.02.1959					12.07.1991	08.09.2000		11.05.2004			25.04.1978		

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment
	GC I-IV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989		Opt. Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Prot. 1954	
Sudan	23.09.1957	07.03.2006	13.07.2006	13.07.2006	03.08.1990	26.07.2005			23.07.1970		
Suriname	13.10.1976	16.12.1985	16.12.1985	16.12.1985	01.03.1993						
Swaziland	28.06.1973	02.11.1995	02.11.1995	02.11.1995	07.09.1995						
Sweden	28.12.1953	31.08.1979	31.08.1979	31.08.1979	29.06.1990	20.02.2003	28.06.2001		22.01.1985	22.01.1985	27.04.1984
Switzerland	31.03.1950	17.02.1962	17.02.1962	14.07.2006	24.02.1997	25.06.2002	12.10.2001		15.05.1962	15.05.1962	09.07.2004
Syrian Arab Republic	02.11.1953	14.11.1983	10.09.1997	13.01.1993	15.07.1993	17.10.2003	05.05.2000		06.03.1958	06.03.1958	
Tajikistan	13.01.1993	13.01.1993	15.02.1993	15.02.1993	26.10.1993	05.08.2002	20.08.2002		28.08.1992	28.08.1992	21.02.2006
Tanzania (United Rep.of)	12.12.1962	15.02.1983	15.02.1983	15.02.1983	10.06.1991	11.11.2004	20.08.2002		23.09.1971		
Thailand	29.12.1954				27.03.1992	27.02.2006			02.05.1958	02.05.1958	
The former Yugoslav Republic of Macedonia	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	02.12.1993	12.01.2004	06.03.2002		30.04.1997	30.04.1997	19.04.2002
Timor-Leste	08.05.2003	12.04.2005	12.04.2005	12.04.2005	16.04.2003	02.04.2004	06.09.2002				
Togo	06.01.1962	21.06.1984	21.06.1984	21.06.1984	01.08.1990	28.11.2005					
Tonga	13.04.1978	20.01.2003	20.01.2003	20.01.2003	06.11.1995						
Trinidad and Tobago	24.08.1963	20.07.2001	20.07.2001	20.07.2001	05.12.1991		06.04.1989				
Tunisia	04.05.1957	09.08.1979	09.08.1979	09.08.1979	30.01.1992	02.01.2003			28.01.1981	28.01.1981	11.05.1978
Turkey	10.02.1954	10.04.1992	10.04.1992	10.04.1992	04.04.1995	04.05.2004			15.12.1965	15.12.1965	
Turkmenistan	19.02.1981				22.09.1995						
Tuvalu	18.05.1964	13.03.1991	13.03.1991	13.03.1991	17.08.1990	06.05.2002	14.06.2002				
Uganda	03.08.1954	25.01.1990	25.01.1990	25.01.1990	28.08.1991	11.07.2005			06.02.1957	06.02.1957	13.06.1978
Ukraine	10.05.1972	09.03.1983	06.03.1992	09.03.1983	03.01.1997						
United Arab Emirates	23.09.1957	28.01.1998	17.05.1999	28.01.1998	16.12.1991	24.06.2003	04.10.2001				
United Kingdom	02.08.1955				08.03.2007						
United States of America	05.03.1969	13.12.1985	17.07.1980	13.12.1985	20.11.1990	09.09.2002	28.06.2002		24.09.1998	24.09.1998	16.05.1978
Uruguay	08.10.1983	08.10.1983	08.10.1983	08.10.1983	29.06.1984				21.02.1986		17.01.1980
Uzbekistan	27.10.1982	28.02.1985	28.02.1985	28.02.1985	07.07.1993	26.09.2007					26.05.1983
Vanuatu	13.02.1956	23.07.1998	23.07.1998	23.07.1998	13.09.1990	23.09.2003	07.06.2000		09.05.2005		26.08.1980
Venezuela	28.06.1957	19.10.1981	19.10.1981	19.10.1981	28.02.1990	20.12.2001			06.02.1970	06.02.1970	20.07.1977
Viet Nam	16.07.1970	17.04.1990	17.04.1990	17.04.1990	01.05.1991	03.02.2007					
Yemen	19.10.1966	04.05.1995	04.05.1995	04.05.1995	06.12.1991		13.11.2002				
Zambia	07.03.1983	19.10.1992	19.10.1992	19.10.1992	11.09.1990				09.06.1998		
Zimbabwe	194	167	70	163	28	193	120	106	118	97	73

**Palestine.** On 21 June 1989, the Swiss Federal Department of Foreign Affairs received a letter from the Permanent Observer of Palestine to the United Nations Office at Geneva informing the Swiss Federal Council "that the Executive Committee of the Palestine Liberation Organization, entrusted with the functions of the Government of the State of Palestine by decision of the Palestine National Council, decided, on 4 May 1989, to adhere to the Four Geneva Conventions of 12 August 1949 and the two Protocols additional thereto".

On 13 September 1989, the Swiss Federal Council informed the States that it was not in a position to decide whether the letter constituted an instrument of accession, "due to the uncertainty within the international community as to the existence or non-existence of a State of Palestine".

(\* ) **Niue.** As evidenced by paragraph 10(1) read together with sub-paragraph 10(3)(b) of New Zealand's 1958 Geneva Conventions Act adopted in anticipation of New Zealand's accessions (2 May 1959) to the Four Geneva Conventions of 1949, Niue's Geneva Conventions Act 1958 (Published most recently in Niue Laws 2006, vol. 2, p. 877), bearing in mind the rule as expressed in Article 29 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, and following discussions with relevant authorities, the International Committee of the Red Cross considers that the 1959 New Zealand accessions cover the territory of Niue.

Country		Weapons										
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Afghanistan	09.12.1986	26.03.1975									24.09.2003	11.09.2002
Albania	20.12.1989	11.08.1992	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	12.05.2006	12.05.2006	11.05.1994	29.02.2000
Algeria	27.01.1992	22.07.2001									14.08.1995	09.10.2001
Andorra											27.02.2003	29.06.1998
Angola	08.11.1990										05.07.2002	05.07.2002
Antigua and Barbuda	27.04.1989	29.01.2003									29.08.2005	03.05.1999
Argentina	12.05.1989	05.12.1979	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	21.10.1998	21.10.1998	25.02.2004		02.10.1995	14.09.1999
Armenia	07.06.1994										27.01.1995	
Australia	24.05.1930	05.10.1977	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	22.08.1997	22.08.1997	03.12.2002	04.01.2007	06.05.1994	14.01.1999
Austria	09.05.1928	10.08.1973	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	27.07.1998	27.07.1998	25.09.2003	01.10.2007	17.08.1995	29.06.1998
Azerbaijan		28.02.2004									29.02.2000	
Bahamas		26.11.1986										
Bahrain	09.12.1988	28.10.1988									28.04.1997	
Bangladesh	20.05.1989	13.03.1985	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000			25.04.1997	06.09.2000
Barbados	16.07.1976	16.02.1973									03.07.2007	26.01.1999
Belarus	04.12.1928	15.03.1979	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	13.09.2000	02.03.2004			11.07.1996	03.09.2003
Belgium		20.10.1986							12.02.2004		27.01.1997	04.09.1998
Belize											01.12.2003	25.04.1998
Benin	09.12.1986	25.04.1975	27.03.1989	27.03.1989		27.03.1989					14.05.1998	25.09.1998
Bhutan	19.02.1979	08.06.1978									18.08.2005	18.08.2005
Bolivia	13.08.1985	30.10.1975	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001			14.08.1998	09.06.1998
Bosnia-Herzegovina		15.08.1994	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	11.10.2001	07.09.2000	17.03.2008	28.11.2007	25.02.1997	08.09.1998
Botswana		05.02.1992									31.06.1996	01.03.2000
Brazil	28.08.1970	27.02.1973	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	04.10.1999	04.10.1999			13.03.1996	30.04.1999
Brunei Darussalam		31.01.1991									28.07.1997	24.04.2006
Bulgaria	07.03.1934	02.08.1972	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	03.12.1996	03.12.1996	28.02.2003	08.12.2005	10.08.1994	04.09.1998
Burkina Faso	03.03.1971	17.04.1991	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003		08.07.1997	16.09.1998
Burundi											04.09.1998	22.10.2003
Cambodia	15.03.1983	09.03.1983	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997			19.07.2005	28.07.1999
Cameroon	20.07.1989		07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006			16.09.1996	19.09.2002
Canada	06.05.1930	18.09.1972	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	05.01.1998	05.01.1998	22.07.2002		26.09.1995	03.12.1997
Cape Verde	15.10.1991	20.10.1977	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997			10.10.2003	14.05.2001
Central African Republic	31.07.1970										20.09.2006	08.11.2002
Chad											13.02.2004	06.05.1999
Chile	02.07.1935	22.04.1980	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	27.09.2007		12.07.1996	10.09.2001
China	13.07.1952	15.11.1984	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	04.11.1998	04.11.1998	11.08.2003		25.07.1997	
Colombia		19.12.1983	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000			05.04.2000	06.09.2000
Comoros											18.08.2006	19.09.2002
Congo		23.10.1978									04.12.2007	04.05.2001
Congo (Dem Rep)		16.09.1975									12.10.2005	02.05.2002
Cook Islands											15.07.1994	15.03.2006

Country		Weapons											
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1980	CCW Prot. II a 1986	CCW Amdt 2001	CCW V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997	
Costa Rica		17.12.1973	17.12.1988	17.12.1988	17.12.1988	17.12.1988	17.12.1988	17.12.1988			31.05.1996	17.03.1999	
Côte d'Ivoire	27.07.1970										18.12.1995	30.06.2000	
Croatia	18.12.2006	08.10.1991	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	27.05.2003	07.02.2005	23.05.1995	20.05.1998	
Cuba	24.06.1966	21.04.1976	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	17.10.2007		29.04.1997		
Cyprus	12.12.1966	06.11.1973	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	22.07.2003	22.07.2003	28.08.1998	17.01.2003	
Czech Republic	16.08.1938	05.04.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	06.06.2006	06.06.2006	06.03.1996	28.10.1999	
Denmark	05.05.1930	01.03.1973	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	15.09.2004	28.06.2005	13.07.1995	08.06.1998	
Djibouti			29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996			25.01.2006	18.05.1999	
Dominica		08.11.1978									12.02.2001	26.03.1999	
Dominican Republic	08.12.1970	23.02.1973									30.06.2000		
Ecuador	16.09.1970	12.03.1975	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982			06.09.1995	29.04.1999	
Egypt	06.12.1928		26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	13.09.2007	23.03.2006	30.10.1995	27.01.1999	
El Salvador		31.12.1991									25.04.1997	16.09.1998	
Equatorial Guinea	20.05.1989	16.01.1989									14.02.2000	27.08.2001	
Eritrea			20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	12.06.2003	18.12.2006	26.05.1999	12.05.2004	
Estonia	28.08.1931	21.06.1993									13.05.1996	17.12.2004	
Ethiopia	07.10.1935	26.05.1975									20.01.1993	10.06.1998	
Fiji	21.03.1973	01.10.1973											
Finland	26.06.1929	04.02.1974	08.05.1982	08.05.1982	08.05.1982	08.05.1982	11.01.1996	03.04.1998	22.06.2004	23.03.2005	07.02.1995		
France	10.05.1926	27.09.1984	04.03.1988	04.03.1988	04.03.1988	04.03.1988	18.07.2002	30.06.1998	10.12.2002	31.10.2006	02.03.1995	23.07.1998	
Gabon			01.10.2007	01.10.2007	01.10.2007	01.10.2007	01.10.2007	01.10.2007			08.09.2000	08.09.2000	
Gambia	05.11.1966	21.11.1991									19.05.1998	23.09.2002	
Georgia		22.05.1996	29.04.1996	29.04.1996	29.04.1996	29.04.1996	14.07.2006	14.07.2006			27.11.1995		
Germany	25.04.1929	07.04.1983	25.11.1992	25.11.1992	25.11.1992	25.11.1992	27.06.1997	02.05.1997	26.01.2005	03.05.2005	12.08.1994	23.07.1998	
Ghana	03.05.1967	06.06.1975									09.07.1997	30.06.2000	
Greece	30.05.1931	10.12.1975	28.01.1992	28.01.1992	28.01.1992	28.01.1992	05.08.1997	20.01.1999	26.11.2004		22.12.1994	25.09.2003	
Grenada	03.01.1989	22.10.1986									03.06.2005	19.08.1998	
Guatemala	03.05.1983	19.09.1973	21.07.1983	21.07.1983	21.07.1983	21.07.1983	30.08.2002	29.10.2001		28.02.2008	12.02.2003	26.03.1999	
Guinea											09.06.1997	08.10.1998	
Guinea-Bissau	20.05.1989	20.08.1976										22.05.2001	
Guyana											12.09.1997	05.08.2003	
Haiti											22.02.2006	15.02.2006	
Holy See	18.10.1966	04.01.2002	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	08.12.2002	13.12.2005	12.05.1999	17.02.1998	
Honduras	14.03.1979	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003			29.08.2005	24.09.1998	
Hungary	11.10.1952	27.12.1972	14.06.1982	14.06.1982	14.06.1982	14.06.1982	30.01.1998	30.01.1998	27.12.2002	13.11.2006	31.10.1996	06.04.1998	
Iceland	02.11.1967	15.02.1973									28.04.1997	05.05.1999	
India	09.04.1930	15.07.1974	01.03.1984	01.03.1984	01.03.1984	01.03.1984	02.09.1999	02.09.1999	18.05.2005		03.09.1996		
Indonesia	21.01.1971	19.02.1992									12.11.1998	20.02.2007	
Iran (Islamic Rep)	05.11.1929	22.08.1973									03.11.1997		
Iraq	08.09.1931	19.06.1991											
Ireland	29.08.1930	27.10.1972	13.03.1995	13.03.1995	13.03.1995	13.03.1995	27.03.1997	27.03.1997	08.11.2006	08.11.2006	24.06.1996	03.12.1997	

Country		Weapons											
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amtd 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997	
Israel	20.02.1969		22.03.1985	22.03.1985	22.03.1985	20.01.1995	30.10.2000	30.10.2000	01.09.2004		08.12.1995	23.04.1999	
Italy	03.04.1928	30.05.1975	20.01.1995	20.01.1995	20.01.1995	20.01.1995	13.01.1999	13.01.1999			08.09.2000	17.07.1998	
Jamaica	28.07.1970	13.08.1975									15.09.1995	30.09.1998	
Japan	21.05.1970	18.06.1982	09.06.1982	09.06.1982	09.06.1982	19.10.1995	10.06.1997	10.06.1997	10.07.2003		29.10.1997	13.11.1998	
Jordan	20.01.1977	27.06.1975	19.10.1995					06.09.2000			23.03.2000		
Kazakhstan											25.04.1997	23.01.2001	
Kenya	06.07.1970	07.01.1976									07.09.2000	07.09.2000	
Kiribati													
Korea (Dem. People's Rep.)	04.01.1989	13.03.1987											
Korea (Republic of)	04.01.1989	25.06.1987	09.05.2001	09.05.2001				09.05.2001	13.02.2003	23.01.2008	28.04.1997		
Kuwait	15.12.1971	26.07.1972									28.05.1997	30.07.2007	
Kyrgyzstan		12.10.2004									29.09.2003		
Lao (People's Dem.)	20.05.1989	25.04.1973	03.01.1983	03.01.1983	03.01.1983						25.02.1997		
Latvia	03.06.1931	06.02.1997	04.01.1993	04.01.1993	04.01.1993						23.07.1996	01.07.2005	
Lebanon	17.04.1969	26.03.1975											
Lesotho	10.03.1972	06.09.1977	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000						07.12.1984	02.12.1998	
Liberia	17.06.1927		16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005						23.02.2006	23.12.1999	
Libyan Arab Jamahiriya	29.12.1971	19.01.1982									06.01.2004		
Liechtenstein	06.09.1991	06.06.1991	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989						18.06.2004	12.05.2006	
Lithuania	15.06.1933	10.02.1998	03.06.1998	03.06.1998	03.06.1998						12.05.2003	29.09.2004	
Luxembourg	01.09.1936	23.03.1976	21.05.1996	21.05.1996	21.05.1996						15.04.1997	14.06.1999	
Madagascar	02.08.1967		14.03.2008	14.03.2008	14.03.2008						20.10.2004	16.09.1999	
Malawi	14.09.1970										11.06.1996	13.08.1998	
Malaysia	10.12.1970	06.10.1991									20.04.2000	22.04.1999	
Maldives	27.12.1966	02.08.1993	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000						31.05.1994	07.09.2000	
Mali		25.11.2002	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001						28.04.1997	02.06.1998	
Malta	21.09.1964	07.04.1975	26.06.1995	26.06.1995	26.06.1995						28.04.1997	07.05.2001	
Marshall											19.05.2004		
Mauritania													
Mauritius	12.03.1968	11.01.1973	06.05.1996	06.05.1996	06.05.1996						09.02.1998	21.07.2000	
Mexico	28.05.1932	08.04.1974	11.02.1982	11.02.1982	11.02.1982						09.02.1993	03.12.1997	
Micronesia											22.05.2003	09.06.1998	
Moldova (Republic of)		05.11.2004	08.09.2000	08.09.2000	08.09.2000						21.06.1999		
Monaco	06.01.1967	30.04.1989	12.08.1997	12.08.1997	12.08.1997						01.06.1995	08.09.2000	
Mongolia	06.12.1968	14.09.1972	08.06.1982	08.06.1982	08.06.1982						17.01.1995	17.11.1998	
Montenegro (Republic of)			23.10.2006	23.10.2006	23.10.2006						23.10.2006	23.10.2006	
Morocco	13.10.1970	21.03.2002	19.03.2002	19.03.2002	19.03.2002						28.12.1995		
Mezambique											15.08.2000	25.08.1998	
Myanmar													
Namibia													
Nauru			12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001						24.11.1995	21.09.1998	
											12.11.2001	07.08.2000	

Country		Weapons										
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Nepal	09.05.1969										18.11.1997	
Netherlands	31.10.1930	22.06.1981	18.06.1987	18.06.1987	18.06.1987	18.06.1987	25.03.1999	25.03.1999	19.05.2004	18.07.2005	30.06.1995	12.04.1999
New Zealand	24.05.1930	18.12.1972	18.10.1993	18.10.1993	18.10.1993	18.10.1993	08.01.1998	08.01.1998		02.10.2007	15.07.1999	30.11.1999
Nicaragua	05.10.1990	07.08.1975	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	06.09.2007	15.01.1900	05.10.1999	30.11.1998
Niger	05.04.1967	23.06.1972	10.11.1992	10.11.1992	10.11.1992	10.11.1992	18.09.2007	18.09.2007	18.09.2007		09.04.1997	23.03.1999
Nigeria	15.10.1968	09.07.1973									20.05.1999	27.09.2001
Niue											21.04.2005	15.04.1998
Norway	27.07.1932	01.08.1973	07.06.1983	07.06.1983	07.06.1983	07.06.1983	20.04.1998	20.04.1998	18.11.2003	08.12.2005	07.04.1994	09.07.1998
Oman	31.03.1992										08.02.1995	
Pakistan	15.04.1960	03.10.1974	01.04.1985	01.04.1985	01.04.1985	01.04.1985	05.12.2000	05.12.2000			28.10.1997	
Palau	03.02.2003										03.02.2003	18.11.2007
Panama	04.12.1970	20.03.1974	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	16.08.2004		07.10.1998	07.10.1998
Paraguay	02.09.1980	27.10.1980									17.04.1996	28.06.2004
Papua New Guinea	22.10.1933	09.06.1976	22.09.2004	22.09.2004	22.09.2004	22.09.2004					01.12.1994	13.11.1998
Peru	13.08.1985	05.06.1985	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	14.02.2005		20.07.1995	17.06.1998
Philippines	08.06.1973	21.05.1973	15.07.1996	15.07.1996	15.07.1996	15.07.1996	12.06.1997	12.06.1997			11.12.1996	15.02.2000
Poland	04.02.1929	25.01.1973	02.06.1983	02.06.1983	02.06.1983	02.06.1983	23.09.2004	14.10.2003	15.09.2006		23.08.1995	
Portugal	01.07.1930	15.05.1975	04.04.1997	04.04.1997	04.04.1997	04.04.1997	12.11.2001	31.03.1999	22.02.2008	22.02.2008	10.09.1996	19.02.1999
Qatar	18.10.1976	17.04.1975									03.09.1997	13.10.1998
Romania	23.08.1929	26.07.1979	26.07.1995	26.07.1995	26.07.1995	26.07.1995	25.08.2003	25.08.2003	25.08.2003	29.01.2008	15.02.1995	30.11.2000
Russian Federation	05.04.1928	26.03.1975	10.06.1982	10.06.1982	10.06.1982	10.06.1982	09.09.1999	02.03.2005	24.01.2007		05.11.1997	
Rwanda	11.05.1964	20.05.1975									31.03.2004	08.06.2000
Saint Kitts and Nevis	27.04.1989	02.04.1991									21.05.2004	02.12.1998
Saint Lucia	21.12.1988	26.11.1986									09.04.1997	13.04.1999
Saint Vincent & Grenadine	24.03.1999	13.05.1999										
Samoa												
San Marino		11.03.1975									09.09.2003	31.03.2003
Sao Tome and Principe		24.08.1978									09.06.1996	
Saudi Arabia	27.01.1971	24.05.1972	07.12.2007	07.12.2007	07.12.2007	07.12.2007	07.12.2007	07.12.2007			20.07.1998	24.09.1998
Senegal	15.06.1977	26.03.1975	29.11.1999	29.11.1999	29.11.1999	29.11.1999					29.11.1999	
Serbia (Republic of)	12.04.1929	13.06.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.06.2003	12.06.2003	11.11.2003		20.04.2000	18.09.2003
Seychelles	11.10.1979	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000			07.04.1993	02.06.2000
Sierra Leone	20.03.1967	29.06.1976	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	25.04.2001
Singapore		02.12.1975									21.05.1997	
Slovakia	16.08.1938	17.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	30.11.1999	30.11.1999	11.02.2004	23.03.2006	27.10.1995	25.02.1999
Slovenia		07.04.1992	06.07.1992	06.07.1992	06.07.1992	06.07.1992	03.12.2002	03.12.2002	02.07.2008	22.02.2007	11.06.1997	27.10.1998
Solomon Islands	01.06.1981	17.06.1981									23.09.2004	26.01.1999
Somalia												
South Africa	24.05.1930	03.11.1975	13.09.1995	13.09.1995	13.09.1995	13.09.1995	26.06.1998	26.06.1998			13.09.1995	26.06.1998
Spain	22.06.1929	20.06.1979	29.12.1993	29.12.1993	29.12.1993	29.12.1993	19.01.1998	19.01.1998	09.02.2004		03.08.1994	19.01.1999
Sri Lanka	20.01.1954	18.11.1986	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	19.08.1994	

Country		Weapons										
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amtdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Sudan	17.12.1980	17.10.2003									24.05.1999	13.10.2003
Suriname	06.01.1993										28.04.1997	23.05.2002
Swaziland	23.07.1991	18.06.1991									20.09.1996	22.12.1998
Sweden	25.04.1930	05.02.1976	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	15.01.1997	16.07.1997	03.12.2002	02.06.2004		17.06.1993	30.11.1998
Switzerland	12.07.1932	04.05.1976	20.08.1982	20.08.1982	20.08.1982	24.03.1998	24.03.1998	19.01.2004	12.05.2006		10.03.1995	24.03.1998
Syrian Arab Republic	17.12.1968											
Tajikistan		08.12.2004	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999			18.05.2006	11.01.1995	12.10.1999
Tanzania (United Rep.of)	22.04.1963										25.06.1998	13.11.2000
Thailand	06.06.1931	28.05.1975									10.12.2002	27.11.1998
The former Yugoslav Republic of Macedonia		14.03.1997	30.12.1996	30.12.1996	30.12.1996	19.03.2007	31.05.2005	11.07.2007	19.03.2007		20.06.1997	09.09.1998
Timor-Leste		05.05.2002									07.05.2003	07.05.2003
Togo	05.04.1971	10.11.1976	04.12.1995	04.12.1995	04.12.1995						23.04.1997	09.03.2000
Tonga	19.07.1971	28.09.1976									29.05.2003	
Trinidad and Tobago	31.08.1962										24.06.1997	27.04.1998
Tunisia	12.07.1967	06.06.1973	15.05.1987	15.05.1987	15.05.1987	23.03.2006	23.03.2006	02.03.2005	07.03.2008		15.04.1997	09.07.1999
Turkey	05.10.1929	04.11.1974	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005			12.05.1997	25.09.2003
Turkmenistan		11.01.1996	19.03.2004	19.03.2004	19.03.2004			19.03.2004			29.09.1994	19.01.1998
Tuvalu											19.01.2004	
Uganda	24.05.1965	12.05.1992	14.11.1995	14.11.1995	14.11.1995						30.11.2001	25.02.1999
Ukraine	07.08.2003	26.03.1975	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	28.05.2003	28.05.2003	15.12.1999	29.06.2005	17.05.2005	16.10.1998	27.12.2005
United Arab Emirates											28.11.2000	
United Kingdom	09.04.1930	26.03.1975	13.02.1995	13.02.1995	13.02.1995	11.02.1999	11.02.1999	25.07.2002			13.05.1996	31.07.1998
United States of America	10.04.1975	26.03.1975	24.03.1985	24.03.1985	24.03.1985	24.05.1999	24.05.1999				25.04.1997	
Uruguay	12.04.1977	06.04.1981	06.10.1994	06.10.1994	06.10.1994	18.08.1998	18.08.1998		07.08.2007		06.10.1994	07.06.2001
Uzbekistan		11.01.1996	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997				23.07.1996	
Vanuatu		12.10.1990									16.09.2005	16.09.2005
Venezuela	08.02.1928	18.10.1978	19.04.2005	19.04.2005	19.04.2005			19.04.2005			03.12.1997	14.04.1999
Viet Nam	15.12.1980	20.06.1980									30.09.1998	
Yemen	17.03.1971	01.06.1979									02.10.2000	01.09.1998
Zambia											09.02.2001	23.02.2001
Zimbabwe		05.11.1990									25.04.1997	18.06.1998
<b>Total</b>	<b>134</b>	<b>155</b>	<b>105</b>	<b>103</b>	<b>90</b>	<b>98</b>	<b>89</b>	<b>89</b>	<b>59</b>	<b>42</b>	<b>183</b>	<b>166</b>



# **BIBLIOGRAFÍA**



# **RECENSIÓN DE LIBROS**



**VV.AA. MORENO REBATO, Mar (coord.), Estudios jurídicos de Derecho urbanístico y medioambiental. Libro-homenaje al Profesor Joaquín M.<sup>a</sup> Peñarrubia Iza. Ed. Montecorvo, Madrid, 2007**

El volumen que presentamos reúne, a lo largo de novecientas páginas, casi una treintena de trabajos dedicados a la memoria de Joaquín Peñarrubia, nuestro recordado compañero del Cuerpo Jurídico Militar, miembro del Consejo de Redacción de la REDEM, Profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad Rey Juan Carlos y abogado. Su muerte, ciertamente prematura, nos sorprendió a todos y generó entre sus compañeros y amigos un justificado sentimiento de añoranza y el propósito de plasmar su recuerdo en un Libro-homenaje, que ahora ve la luz.

Fue en el área de Derecho Administrativo de la citada Universidad donde se gestó la idea del libro (patrocinado junto con la propia Universidad por la Asociación de Jóvenes Empresarios de Madrid) planteado –según se nos dice en la Presentación– «con una temática amplia pero común, «Estudios de Derecho Urbanístico y Medioambiental», que representan muy bien los campos de investigación desarrollados por nuestro querido compañero». Aún siendo cierta esta última afirmación, debemos reseñar aquí que Joaquín Peñarrubia dedicó varios y notables trabajos –empezando por su magnífica tesis doctoral sobre los principios constitucionales de la Función pública militar– a temas relacionados con la Defensa Nacional y su régimen jurídico.

En cualquier caso, la mayoría de los firmantes de los trabajos incluidos en el volumen pertenece al ámbito docente universitario, actividad a la que Joaquín se dedicaba de manera prioritaria en la última etapa de su vida, aunque no faltan colaboradores de su paso por puestos de responsabilidad política (Secretario General Técnico de la Consejería de Economía

y Empleo y Director General de Turismo de la Comunidad Autónoma de Madrid), así como una restringida –por criterio de los organizadores, dada la inevitable limitación de colaboradores– representación del Cuerpo Jurídico Militar.

El volumen se abre con una breve aportación del Catedrático, ex-Presidente del Tribunal Constitucional y fundador de la firma «Jiménez de Parga Abogados» (en la que J. Peñarrubia colaboraba), Manuel JIMÉNEZ DE PARGA, quien recuerda las circunstancias de su participación en la polémica y tan justamente criticada STC 61/1997 –en la que el autor formuló voto particular discrepante–, sobre el Texto Refundido de la Ley del Suelo, sentencia que produjo una verdadera «conmoción» en el Derecho urbanístico y graves consecuencias en la articulación del sistema de fuentes del ordenamiento español en la materia, además de marcar una línea interpretativa de resultados cuando menos perturbadores para la adecuada configuración del «modelo de Estado» diseñado por la CE: a esto se dedica, en definitiva, la mayor parte de la colaboración del Prof. Jiménez de Parga, como apunta ya desde el propio título de su trabajo («*Una crisis en la articulación del Estado*»). Lamentablemente –frente a lo que pedía el autor– la doctrina allí sentada no ha sido objeto de rectificación, sino que, como es bien conocido, la deriva en esa crucial cuestión no ha hecho más que incrementarse en estos últimos diez años y las perspectivas no son precisamente halagüeñas.

El arranque desde esa STC no puede ser más oportuno, puesto que de los trabajos y colaboraciones que siguen, la mayoría hace alguna referencia a ella a propósito de los diversos aspectos del Derecho Urbanístico que en ellos se estudian.

No podemos, claro está, glosar aquí todos y cada uno de los trabajos reunidos en el volumen. Entre los que podemos destacar aparece, en primer lugar, un estudio del Prof. COSCULLUELA MONTANER sobre «*Disciplina urbanística*», en el que se analizan las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la ordenación urbanística, esto es, el trascendental –y tan de actualidad– aspecto de las infracciones urbanísticas y sus sanciones, cuyos principios básicos, en rigurosa aplicación de los postulados que enmarcan la potestad sancionadora de la Administración, son desarrollados aquí, sin olvidar los efectos de carácter no estrictamente sancionador (reposición de las cosas al estado anterior a la conducta infractora).

El Profesor Ángel MENÉNDEZ REXACH colabora con un trabajo titulado «*Bienes de dominio público y equidistribución*», cuyo objeto, en palabras del autor, es «el estudio del régimen urbanístico de los terrenos de dominio público ya existentes que resulten afectados por actuaciones urba-

nísticas sistemáticas, por estar incluidos en la correspondiente unidad de ejecución» y, específicamente, el tratamiento de aquéllos a la hora del reparto de cargas y beneficios en el proceso urbanizador. Tras analizar la evolución legislativa –de la mano de la interpretación judicial– de la materia –hoy de competencia autonómica, tras la evocada STC 61/1997–, finaliza con unas interesantes consideraciones críticas y propuestas sobre la cuestión.

De interés resulta, igualmente, a nuestro juicio, el artículo de Eloísa CARBONELL PORRAS, Prof. titular de Derecho Administrativo (UCM), sobre «*El derecho de superficie en la legislación urbanística y su reforma*». En él se analiza la controvertida ubicación de este derecho real (derecho de naturaleza civil pero básicamente regulado en el ordenamiento urbanístico), con referencia a las modificaciones introducidas por la nueva Ley –Proyecto cuando escribe la autora– de Suelo, Ley 8/2007.

La coordinadora del libro, Profesora Mar MORENO REBATO, por su parte, nos ofrece un completo y oportuno repaso sobre la actual dispersión legislativa de la regulación urbanística, como consecuencia de la competencia exclusiva de las CC.AA. en la materia, con la consiguiente falta de *coordinación* –en sentido técnico-jurídico estricto: es decir, «reconducción a la unidad»– en la política de ordenación del territorio y, por ende, de gestión urbanística. Muy loables por ello las «*Consideraciones en torno a la necesidad de potenciar los títulos competenciales del Estado que inciden en el urbanismo y la ordenación del territorio...*», como anuncia ya el título del trabajo; tan oportunas como abocadas al fracaso, tal y como vienen las cosas.

Especial reseña merece, por nuestra parte, la aportación de Emilio FERNÁNDEZ-PIÑEYRO sobre «*Las limitaciones a la propiedad inmobiliaria y el artículo 30 de la nueva Ley orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional*», que estudia la situación actual de las «zonas de interés para la defensa nacional» y su incidencia en la propiedad inmobiliaria, tema (en el que el propio autor y su conocida monografía de 1995 son referente obligado) relativamente olvidado –o descuidado– en el planteamiento y desarrollo de las políticas urbanísticas y de ordenación territorial por parte de las Administraciones competentes. Nuevamente, la falta de un título competencial *específico* del Estado en esta materia –y la comprobada insuficiencia o ineficacia de los títulos «concurrentes»– genera problemas de aplicación práctica de una legislación sectorial de vital importancia, porque vital es su objetivo. Por más que, como nos expone minuciosa y sistemáticamente el autor, se haya procedido a la sucesiva actualización o adaptación de la regulación procedente de la vieja Ley 8/1975 y su reglamento de 1978.

El segundo bloque temático, dedicado al «Derecho medioambiental», se inicia con un trabajo del Profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO titulado «*El medio ambiente sonoro como preocupación urbanística*», que hace un apretado recorrido por la creciente presencia de actividades ruidosas en el ámbito urbano y la consiguiente exigencia social de su control, prevención y eventual sanción, como algo incardinado en los derechos de la persona, hasta llegar a la reciente Ley 37/2003, del Ruido, que, dice el autor, «a la vista de sus connotaciones de protección medioambiental y sanitaria, viene a ser, así mismo, una Ley sobre ordenación del territorio y, en concreto, sobre urbanismo».

Fernando LÓPEZ RAMÓN nos ofrece unas consideraciones sobre el «*Observatorio de políticas ambientales 1978-2006. Valoración general*». Se trata de una iniciativa, canalizada en forma de colaboración entre la Administración y entidades privadas, «constituida con el objetivo de analizar periódicamente las políticas en materia de medio ambiente del Estado y de las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta el contexto internacional, comunitario europeo y comparado». Ello da pie al Prof. López Ramón para un repaso, sintético pero muy completo, del *status quaestionis* de las políticas ambientales en marcha en todos los ámbitos, institucionales y geográficos, aludidos.

La colaboración del Prof. Jesús GONZÁLEZ SALINAS versa sobre «*Las alteraciones naturales de la costa en el Derecho histórico. Dominio público resultante y propiedad privada afectada*». Se efectúa en este trabajo un interesante recorrido histórico-legal por el concepto, alcance y régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre, así como sus alteraciones físicas y consecuencias jurídicas de ellas derivadas. La interpretación y tesis sostenidas son, en algún caso, polémicas, pero la situación de los terrenos lindantes con el mar ha estado siempre rodeada de problemas jurídicos: y sigue estándolo, sin duda complicados por los distintos títulos competenciales concurrentes sobre esos espacios...

Sobre «*La normativa medioambiental ante las nuevas tecnologías en materia de valorización*» escribe el también Profesor José Manuel SALA ARQUER, que expone, en un breve trabajo, los requerimientos de la legislación comunitaria en relación con la valorización de residuos, para terminar analizando críticamente el Real Decreto 653/2003, de 30 de mayo, por el que se realiza la trasposición de la materia al Derecho interno español.

También merece destacarse, entre los estudios medioambientales que en este libro se recogen, el del Profesor de Derecho Administrativo de la URJC José Luis MUGA MUÑOZ «*El nuevo régimen jurídico de los Parques Nacionales*», materia en la que la jurisprudencia del TC ha profundi-

zado, de manera cuando menos discutible, el desapoderamiento competencial del Estado a favor de las Comunidades Autónomas.

El volumen se cierra con la colaboración del miembro del Cuerpo Jurídico Militar y Letrado del TS Juan Carlos GONZÁLEZ BARRAL, quien se ocupa de *«La incidencia del principio comunitario de integración medioambiental en el modelo español de contratación administrativa»*, que a su interés intrínseco une ahora el derivado de la aprobación de la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Uno de los objetivos de esta norma es «la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE» (E. de M., I, párrafo tercero); Directiva entre cuyas novedades principales «destaca la incorporación de mecanismos de protección medioambiental al ámbito de la contratación pública», como señala González Barral, que efectúa un agudo y riguroso examen de su contenido y de su posible plasmación en el ordenamiento jurídico español de la contratación administrativa: así pues, se trata de un valioso referente para un análisis, en este punto, de la citada Ley de contratos.

En fin, otras interesantes colaboraciones se pueden encontrar a lo largo del libro, constituyendo de este modo una obra de gran utilidad para los más diversos aspectos y problemas jurídicos relativos a los dos sectores –por lo demás, tan complementarios– que se enuncian en el propio título.

Una obra de investigación jurídica, pues, digna del propósito con el que fue concebida: homenajear, con su recuerdo siempre vivo, a un jurista de gran valía, que nos legó, en su lamentablemente corta trayectoria vital, trabajos científicos de acreditado rigor en diversos campos y sobre todo nos deja el recuerdo de su calidad humana, como destacan expresamente la mayoría de los participantes en este homenaje y podemos ratificar quienes tuvimos el privilegio de ser amigos de Joaquín M.<sup>a</sup> Peñarrubia Iza.

**Antonio Mozo Seoane**



**AAVV. José Luis RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (coordinador)**  
**Derecho Internacional Humanitario (2.ª edición), Cruz Roja**  
**Española y Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 1006 págs.**

El presente libro es el vivo testimonio de la labor que el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario (CEDIH) de la Cruz Roja, viene desarrollando en España desde hace un par de décadas. Pues esta segunda edición del *Derecho Internacional Humanitario* no puede ser interpretada sino en clave del merecido éxito que el CEDIH viene cosechando en su tarea de divulgación e investigación en el ámbito de esta, cada vez más importante, rama del Derecho Internacional. Una tarea de difusión que, conforme a lo establecido en los propios Convenios de Ginebra de 1949, tiene el carácter de compromiso vinculante para los Estados Partes. Este compromiso de que los principios contenidos en los Convenios «sean conocidos del conjunto de la población y especialmente de las fuerzas armadas combatientes» (art. 47 del Convenio 1.º), tiene en la Cruz Roja a uno de sus principales agentes. Como medio imprescindible para ejecutar aquella obligación de difundir el Derecho Internacional Humanitario, hay que destacar los textos editados por la Cruz Roja, que sirven de base a los numerosos cursos que viene impartiendo desde hace años, tanto en el ámbito civil como el militar.

En 1999, el CEDIH de la Cruz Roja, en colaboración con la Diputación Provincial de Guadalajara, editó un *Curso de Derecho Internacional Humanitario* que constituye el germen del libro que ahora comentamos. Se trataba de un libro de 375 páginas, incluyendo textos legales, que, por su formato y estructura, tenía un carácter esencialmente didáctico. Tan solo tres años más tarde, y coeditado con la editorial Tirant lo Blanch, en su serie de monografías jurídicas, apareció la primera edición del *Derecho Internacional Humanitario*. Se trataba ya de un libro más académico, de

671 páginas, mucho más completo que el anterior y también mejor estructurado en siete partes y veinticinco temas, más una parte adicional dedicada a bibliografía. La buena acogida del libro hizo posible que se agotara en cinco años e hiciera necesaria esta nueva edición del 2007.

Esta segunda edición del *Derecho Internacional Humanitario* tiene ya 1006 páginas, es decir, que excede en un tercio la extensión de la primera. La estructura en siete partes, más una bibliográfica, se ha mantenido de acuerdo con el siguiente esquema: I. Parte General, II. Conducción de las hostilidades, III. La Protección de las víctimas de la guerra, IV Los conflictos armados internos, V. La protección penal de las víctimas de la guerra, VI. El Sistema de seguridad colectiva, VII. Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Humanitario y VIII. Bibliografía. Los antiguos capítulos han sido convenientemente actualizados, incorporando hechos acaecidos o disposiciones legales publicadas en los últimos años como, por ejemplo, la entrada en vigor de la Corte Penal Internacional que se produjo el 1 de julio de 2002, o la publicación de la Ley Orgánica 15/2003 del Código Penal español.

La principal novedad del libro consiste en siete capítulos de nuevo cuño, que se añaden a los veinticinco de la primera edición, y que son los siguientes: «Ámbito de aplicación y delimitación del Derecho Internacional Humanitario», «Terrorismo y Derecho Internacional Humanitario», «La ocupación bélica», «La prohibición de las armas químicas», «Los agentes biológicos y el Derecho Internacional Humanitario», «La protección de la mujer en Derecho Internacional Humanitario» y «Periodistas y Guerra». Asimismo, de la primera edición se ha suprimido, a mi juicio con acierto, el capítulo dedicado a la «Protección de las víctimas en los conflictos de carácter no internacional» que, sin duda, ofrecía demasiadas coincidencias y reiteraciones con el capítulo dedicado a «Los conflictos armados internos» muy bien tratado por el magistrado D. David Suárez Leoz. Igualmente, me parece acertada la sustitución en el encabezamiento de la palabra «Tema», utilizada en la primera edición, por la de «Capítulo», menos didáctica y más apropiada al carácter de un libro académico.

Del mero enunciado de los nuevos capítulos incorporados se observa con nitidez el propósito de adaptarse a las circunstancias planteadas en el ámbito internacional en los últimos años. Especialmente, tras la conmoción producida por los atentados del 11-S, se hacía imprescindible tratar de precisar cuál ha de ser la respuesta que el Derecho Humanitario debe dar a los problemas planteados por el terrorismo. Esto lo hace con solvencia y brillantez Don José Luis Rodríguez Villasante, en el capítulo 7 del libro que, a su vez, debe ser puesto en relación con el capítulo 5 consagrado a definir cuál debe ser el ámbito de aplicación del DIH. Si hay un

principio claro a tener en cuenta es que la aplicación del DIH no puede hacerse depender de la calificación legal de la acción armada emprendida (agresión o acción de legítima defensa). Asimismo, aunque la cuestión no haya sido pacífica, el DIH debe ser aplicado también a las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas, según se desprende del Boletín del Secretario General de la ONU de 6 de agosto de 1999. Tomando en cuenta disposiciones como el citado Boletín y la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales, como la establecida con el caso Tadic en la ex Yugoslavia, Rodríguez Villasante es partidario de extender lo máximo posible la protección ofrecida por el DIH, sin hacerla depender del cumplimiento de tradicionales formalidades como la declaración de guerra (p. 177). En coherencia con este presupuesto Rodríguez Villasante, siguiendo en esto la postura del Comité Internacional de la Cruz Roja, aboga por reconocer la condición de combatientes y, en consecuencia, el trato debido a los prisioneros de guerra, a los miembros de Al Qaeda capturados en Afganistán, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en el III Convenio de Ginebra. En cualquier caso esos requisitos no se pueden determinar de modo global, sino atendiendo a las circunstancias de cada supuesto individual. El reconocimiento de la condición de combatiente y el trato humano que de él se deriva, no pueden, sin embargo, aducirse como un motivo para dejar de castigar los crímenes que se hayan podido cometer. Por ello, Rodríguez Villasante insiste en que «la observancia del DIH no constituye en modo alguno un obstáculo en la lucha contra el terror y el crimen» (p. 241). En definitiva, el capítulo 5 y el 7 pueden ser considerados como los más novedosos, interesantes y actualizados de esta nueva edición del libro, constituyendo algo así como su argamasa teórica.

También muy interesantes y actualizados resultan el resto de nuevos capítulos incorporados. En el capítulo 9, el magistrado del Tribunal Supremo, Don Agustín Corrales, aborda el tema de la ocupación bélica, definiendo sus normas conforme a los Convenios de Ginebra y estudiando su aplicabilidad a operaciones de las Naciones Unidas o a las denominadas «administraciones civiles internacionales transitorias» como la de Kosovo. El análisis de los problemas jurídicos suscitados por la ocupación militar en conflictos como el de Afganistán, Haití o por el muro construido por Israel en territorio Palestino, resulta del máximo interés. Especial consideración merece la situación creada por la ocupación de Irak que Corrales califica como un triste caso «ejemplo de la habitualidad y de la presencia casi normalizada de la problemática de la ocupación bélica en el mundo actual» (p. 307).

Muy oportuna también es la inclusión de los capítulos 19 y 21, dedicados a la protección de dos colectivos como son las mujeres y los perio-

distas, que vienen a añadirse al ya existente sobre la protección especial de los niños. La profesora titular de Derecho Internacional Doña Rosario Ojina, nos ofrece un muy documentado estudio sobre los vigentes mecanismos de protección jurídica de la mujer en los conflictos armados. En particular, subraya y defiende los cambios de orientación con respecto a las agresiones sexuales a las mujeres, derivadas de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ad hoc. Por su parte, el General Don Gonzalo Jar realiza una amena exposición de los problemas suscitados por la creciente participación de los periodistas, en su afán de responder a las demandas sociales de seguir «las guerras en directo». Su exposición, en la que se echa de menos alguna referencia a la problemática jurídica derivada del caso Couso, trata de poner de manifiesto, muy acertadamente, la necesidad de incorporar el estudio del Derecho Internacional Humanitario a los programas de las facultades de Ciencias de la Información.

La perspectiva de la limitación del uso de determinadas armas que en la edición anterior ya contemplaba las armas convencionales de efectos indiscriminados, las minas antipersonal y el arma nuclear, se enriquece ahora con sendos capítulos dedicados a las armas químicas y a biológicas (capítulos 12 y 13). La profesora María José Cervell trata de mostrar las insuficiencias de los instrumentos jurídicos vigentes, incluida la Convención para la prohibición de armas químicas de 1993 o el Estatuto de la Corte Penal Internacional, para garantizar una sanción eficaz contra el uso, comercio o almacenamiento de armas químicas. Por esta razón se adhiere al Proyecto de Convención para la prohibición de armas químicas y biológicas según el Derecho Penal 396). En lo referente a la utilización de agentes biológicos, el neumólogo, Doctor Vicente Otero, si bien alude a la Convención de 1972, insiste preferentemente en una perspectiva sanitaria, definiendo las características generales de los agentes biológicos, en sus efectos patógenos y en los mecanismos de transmisión o prevención.

Las anteriores son breves consideraciones relativas a las principales novedades incorporadas a la nueva edición del libro; consideraciones que, evidentemente, no pueden extenderse a todos y cada uno de los 19 autores con cuyas aportaciones se construye la obra. Aparte de los autores ya citados, merece una mención especial Don José Luis Rodríguez Villasante, coordinador del libro y Director del CEDIH. Igualmente habría, al menos, que hacer referencia al Director Adjunto del citado Centro y catedrático de Derecho Internacional, Don Manuel Pérez González, que logra resumir en el primer capítulo del libro lo que puede ser considerado como su principio inspirador: «Una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto».

Ciertamente, no resulta fácil en una obra colectiva de estas características, en la que interviene casi una veintena de autores, mantener la armonía y coherencia internas que siempre suele ofrecer un autor individual. Es inevitable que se produzcan ciertas reiteraciones, pequeños desajustes o cambios de estilo y perspectiva. Así, la inclusión de un capítulo como el 25, consagrado al caso colombiano, rompe, desde mi punto de vista, el criterio sistemático del libro con un criterio geográfico. No, evidentemente, porque el capítulo carezca de interés, sino porque deja sin respuesta posibles objeciones acerca de la exclusión de la consideración de otros conflictos igualmente interesantes. Por otra parte, en la obra podemos encontrar capítulos de una gran densidad o precisión jurídica, como el capítulo 28, escrito por el General Consejero Togado, Don Fernando Pignatelli, sobre la protección de víctimas de guerra en el ordenamiento penal español, que subsisten con otros de carácter marcadamente operativo como el capítulo 8 sobre el proceso de decisión del Comandante, escrito por el Coronel de Aviación Don Javier Guisández. Asimismo, se alternan capítulos fundamentados en una apabullante documentación, como el ya citado de la profesora Ojinaga, con otros en los que no se utilizan notas a pie de página.

Pese a esos casi inevitables desequilibrios en una obra de 1000 páginas escrita por veinte autores, la obra conserva una inequívoca unidad de fondo y una sistemática inteligible. Además, la pluralidad de estilos y perspectivas que en ella se contienen, podría llegar a justificarse acudiendo al carácter interdisciplinar del DIH, una rama del Derecho en la que la perspectiva jurídica dominante, debe integrar otras vertientes operativas, sociológicas, médicas o de relaciones internacionales. Teniendo en cuenta, asimismo, la finalidad docente y divulgadora del DIH, y de esta obra en particular que se orienta en muchos casos a programas de formación, puede no estar de más la concesión a otras perspectivas. Dado que, en muchas ocasiones, el destinatario de este libro será el personal militar o civil no experto en cuestiones jurídicas, la inclusión de otros puntos de vista puede contribuir a equilibrar la aridez implícita en una perspectiva puramente jurídica orientada solo para juristas.

Lo que, según mi opinión, sí debería ser reformado en futuras (y esperamos que próximas) ediciones, sería el tratamiento del tradicionalmente llamado *ius ad bellum*. Es cierto que en el ya citado capítulo 5 sobre el ámbito de aplicación del DIH se distingue éste de la cuestión de *ius ad bellum* regulada por la Carta de las Naciones Unidas (p. 155). Pero también es cierto que el propio libro ha querido tratar esta cuestión, dedicándole la Parte VI y es al desarrollo de esta Parte al que se dirigen mis objeciones. Dicha Parte VI que lleva por título El sistema de seguridad colectiva y el Derecho Inter-

nacional Humanitario, está integrada por un solo capítulo sobre la Prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Dada la importancia del tema, el desarrollo de esta Parte parece un poco pobre y desequilibrado con respecto a la extensión y desarrollo en varios capítulos de las demás Partes. Además, el citado capítulo no ha sido actualizado para la presente edición, no pasando sus notas y referencias del año 1998. No parece que el principio de prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, o incluso el sistema de seguridad colectiva, puedan ser tratados hoy día sin entrar en debate con todos los planteamientos políticos y doctrinales, suscitados por las intervenciones militares en Kosovo, Afganistán e Irak o por la doctrina de la legítima defensa preventiva. Esta es, a mi juicio, la pequeña tacha que puede reseñarse en una obra, por lo demás excelente, tanto por su nivel teórico y ambición, como por su utilidad para el cumplimiento del objetivo de la difusión del Derecho Internacional Humanitario.

Por último, se puede constatar, con una cierta melancolía, que la aparición de este libro confirma una tendencia implícita del Derecho Internacional contemporáneo. Hemos visto cómo, en un período de tan solo ocho años, desde su origen en 1999, un libro de Derecho Humanitario como el actual ha aumentado en extensión un 200%, es decir, se ha triplicado. Ello, sin duda, es una muestra del interés que la materia suscita, de la aparición de nuevos Convenios internacionales, de los nuevos campos teóricos que se descubren, de la complejidad de las relaciones internacionales y de la facilidad de acceso a la documentación favorecida por internet. Efectivamente, los manuales de Derecho Internacional en general, y de Derecho Internacional humanitario en particular, no hacen más que crecer. No obstante, ese desarrollo teórico coexiste con el paralelo crecimiento de conflictos, agresiones, torturas, desplazamientos de población, descubrimiento de nuevas armas y demás violaciones de los principios de Derecho Internacional Humanitario. Esa constatación deja abierto, hoy más que nunca, el interrogante sobre la eficacia del Derecho Internacional. La respuesta a ese interrogante, aunque no sea empíricamente verificable, sí debe ser moralmente categórica. La fe en el Derecho Internacional Humanitario es hoy un imperativo moral, una afirmación, aunque más bien con forma de apuesta, de que el Derecho puede responder al desolador espectáculo de la guerra. Hay que reconocer, en este sentido, que la respuesta jurídica ha de apoyarse y completarse con la labor humanitaria que, sobre el terreno, viene desarrollando la Cruz Roja desde hace siglo y medio.

**Carlos Eymar**

**Antonio BERISTAÍN IPIÑA, Víctimas del Terrorismo. Nueva Justicia, sanción y ética, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 319 págs.**

Para todo aquel que no tenga conocimiento de la persona y de la obra del profesor Don Antonio Beristáin, el título de este libro podría sonarle casi a best seller, a uno de esos reclamos editoriales, más o menos oportunistas, que tratan de aprovecharse de la coyuntura política. Porque, efectivamente, el tema del terrorismo y de las víctimas ha sido uno de los que ha concitado en España mayores y más vivas polémicas en la anterior legislatura. Muy lejos de ser un improvisador y menos un oportunista, Antonio Beristáin, en este su último libro, se limita a dar una nueva expresión a un tema que le ha venido ocupando y preocupando desde hace varias décadas.

Nacido en Medina de Rioseco (Valladolid), en 1924, en el seno de una familia vasca, Antonio Beristáin ingresa muy joven en el noviciado de los jesuitas en Loyola y, tras una completa formación filosófica, teológica y jurídica en España y Alemania, se dedicará a la docencia, como profesor de Derecho Penal, en las Universidades de Deusto, Valladolid, Madrid, contando entre sus maestros a Don José María Rodríguez Devesa. En 1973 se incorpora a la Universidad del País Vasco como director del Departamento de Derecho Penal, siendo en la actualidad, a sus 84 años, presidente honorario del Instituto Vasco de Criminología del que fue fundador en el año 1976. Es por estas fechas cuando empieza a interesarse por el tema de las víctimas y por sus implicaciones para el Derecho Penal. Fue en el tercer Simposio Internacional de Victimología, celebrado en Münster (Westfalia) en el año 1979, en el que Beristáin, junto con un grupo de criminólogos, funda la Sociedad Internacional de Victimología.

Beristáin es, por tanto, uno de los pioneros mundiales de la Victimología y, en cuanto tal, ha sido invitado a impartir clases, cursos y conferencias en las

más variadas Universidades del mundo, fundamentalmente alemanas y sudamericanas, pues como él mismo dirá: «me he formado en Alemania y reformado en Latinoamérica». Entre los múltiples y prestigiosos reconocimientos de los que ha sido objeto pueden mencionarse, a título de ejemplo, los doctorados honoris causa recibidos por la Universidad de Pau en Francia o Lomas de Zamora en Buenos Aires, o el premio «Herman Manheim» de la Sociedad Internacional de Criminología. Muestra también de este reconocimiento es el hecho de que hace apenas dos años, en junio de 2006, la Universidad Carlos III crease la Cátedra Antonio Beristáin sobre el Terrorismo y sus víctimas.

Era necesario hacer una breve referencia a su currículo para mejor afrontar el análisis de este libro cuyo título coincide con el de la cátedra que lleva su nombre. Por otra parte, este libro puede ser puesto en relación con otro, publicado en 2004 por la misma editorial Tirant lo Blanch, titulado *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*. Como alguno de sus libros anteriores, el libro que comentamos está tejido con retazos de conferencias, artículos de periódico, comunicaciones o entrevistas, en los que se van desgranando sus principales obsesiones. Pese a que está estructurado en cuatro partes con una cierta entidad temática independiente, no siempre se logra ofrecer un conjunto bien trabado y armónico conforme a los cánones académicos. Pero es que Antonio Beristáin, pese a su condición de profesor universitario experimentado, está muy lejos del espíritu academicista. Tiene algo de anárquico, de unamuniano. Piensa a impulsos, sin pretensión de totalidad sistemática, va dejando que sus intuiciones fundamentales se vayan imponiendo. Es, también, un autor entusiasta, comprometido con el mundo que le rodea y con un inequívoco espíritu de utopía que algunos confundirán con ingenuidad. Busca la cercanía con las personas, predica la compasión, el perdón y la reconciliación, con una gran claridad ética, fustigando cuando lo considera oportuno, pero sin acritud.

Por todo lo anterior, seguir la propia sistemática que Beristáin ofrece en su libro, no ayudaría a comprender bien la riqueza de su mensaje. Desde mi punto de vista, creo que es mejor ofrecer sus claves interpretativas que tratar de seguirlo en un sentido lineal. Es esto lo que voy a intentar en las líneas que vienen a continuación.

Tras declararse amigo del autor, el Defensor del Pueblo, Don Enrique Múgica, en el Prólogo del libro, señala que la obra de Beristáin no resulta inteligible sin las experiencias del Holocausto por un lado y del terrorismo vasco, por otro. «Más acá de su fe y de su ministerio sacerdotal –dice Múgica– Auschwitz y Euskadi le han enseñado a amar y comprender al hombre como víctima».

Tal y como él reconoce, tras su primera visita a Auschwitz, allá por los años setenta, sus investigaciones en el campo del Derecho Penal, de la Criminología y Victimología, están atravesadas por una hermenéutica del holocausto. Beristaín proclama continuamente la obligación moral de que lo que sucedió en Auschwitz no caiga en el olvido, y de que aquel horror se haga presente en todos los tratados y manuales de Teología, Ética o Derecho Penal. Comparte este punto de vista con muchos otros autores como el célebre teólogo Joseph Metz, autor de una Teología después de Auschwitz y maestro de Reyes Mate, uno de los filósofos españoles que más han insistido en este deber de memoria. La proximidad de Beristaín a la «escuela» de Auschwitz y a todo el contexto cultural alemán, le lleva a profesar una gran admiración por figuras heroicas que demostraron un especial coraje moral en tiempos de la persecución nazi y de los campos de concentración: el teólogo protestante Dietrich Bonhoeffer, el sacerdote Maximilian Kolbe, el psiquiatra Víctor Frankl o el escritor judío superviviente y premio Nobel de la paz Elie Wiesel. Suscribe las palabras que el jurista Cherif Bassouri pronunció en la conferencia de clausura del Estatuto de Roma, en julio de 1998: «aquellos que olvidan las lecciones del pasado están condenados a repetir sus errores».

Es esta actitud de fondo, ese imperativo moral de memoria, los que se hacen también continuamente presentes al tratar el problema del terrorismo en el País Vasco. Su cercanía a las que él llama macrovíctimas del terrorismo de ETA, y a todas sus asociaciones y fundaciones, se ha hecho palpable a lo largo de toda la transición. Una buena muestra de ello son los escritos que se incorporan a la Cuarta Parte del libro que comentamos. En ellos se constata cómo Beristaín está comprometido en todos los actos de rememoración de las víctimas de ETA ya sean éstas procedentes del ámbito judicial: Carmen Tagle, Francisco Querol, Luis Portero..., del ámbito académico: Tomás y Valiente, Manuel Broseta, Fernando Buesa..., o se trate simplemente de amigos como José Luis López de la Calle o Joseba Pagazaurtundúa. No es extraño que por su actitud y por el apoyo y consuelo ofrecido a las víctimas, Beristaín sea un hombre querido y reconocido por ellas, a través de múltiples gestos o premios como el recibido del colectivo Víctimas del Terrorismo en el País Vasco. Con Waldman, sociólogo de Ausburgo experto en terrorismo, comparte la idea de que hasta que las víctimas no cuenten con el respaldo social mayoritario y la estima preferencial de la población, el terrorismo se mantendrá vivo. Él no considera que la paz pueda llegar a establecerse prescindiendo de la justicia y, por esta razón, desde publicaciones de Amnistía Internacional, de cuya sección en el País Vasco es fundador, defiende la medida de dispersión de los pre-

sos de ETA o se oponga a la concesión de un posible indulto a los mismos, caso de que la organización terrorista dejase las armas.

Por lo tanto hay que tener muy en cuenta esos dos grandes principios inspiradores: Auschwitz y Euskadi, a la hora de evaluar las posiciones doctrinales de Beristáin. Aunque haya sido catedrático de Derecho Penal, por esa su sensibilidad hacia los problemas de las personas que sufren, ha de ser considerado más criminólogo que penalista y más victimólogo que criminólogo. Sus posiciones teóricas son profundamente críticas con respecto a un Derecho Penal dogmático, configurado por la dogmática decimonónica, opaco a consideraciones presuntamente extrajurídicas. Un Derecho Penal dominado por una concepción retributiva de la pena, basada en la lesión de un bien jurídico protegido que solo el Estado aprecia. Un Derecho Penal, en fin, encerrado en un ámbito nacional que ignora muchos de los principios establecidos por órganos internacionales o supranacionales. Para resumirlo con sus propias palabras, se trataría de un «Derecho penal tradicional vindicativo que racionaliza lo nigromántico, teoriza el delito, neutraliza la víctima y «bendice» la venganza, la pena» (p. 98).

Beristáin considera que el Derecho Penal o el Procesal Penal, en sus actuales versiones, son adversarios (que no enemigos) de la Criminología. Para evitar sus actuales defectos, el Derecho Penal debería dejarse contagiar por los que él llama axiomas fundamentales de la criminología: a) axioma de humanidad, es decir, de decidida voluntad de repersonalizar a los delincuentes y reparar a las víctimas, b) axioma de evolución progresiva hacia un mayor papel de las víctimas en el proceso penal, c) axioma de responsabilidad universal compartida, contra una concepción individualista de la culpabilidad y c) axioma de la transdisciplinabilidad. No ya solo la multi o interdisciplinabilidad, sino la transdisciplinabilidad, es decir, la apertura a la religión y al misterio.

Pero Beristáin quiere ir más allá de la Criminología que ya ha sido reconocida en nuestro país como licenciatura universitaria por Real Decreto 858/2003. Él desea la próxima creación de una licenciatura en Victimología o, en su caso, el establecimiento de unos Institutos Universitarios de Victimología. Pues la Victimología es la ciencia capaz de dar un giro de ciento ochenta grados a la Criminología hasta situarla en sus propias antípodas, en un nuevo concepto de justicia conocido como justicia victimal. La pretensión de esta justicia es la de responder colectivamente a las víctimas y a los autores de la infracción, sin recurrir a una sanción vindicativa y creando, en su lugar, la reparación de los daños causados y la dignificación de todas las víctimas. Lo que se pretende, en definitiva, es una especie de injerto victimal en el Derecho Penal positivo, una nueva legiti-

mación del ejercicio del poder jurídico penal como contención del poder punitivo (Vid. p. 92).

El proyecto de consecución de una justicia victimal conlleva un total cambio de perspectiva en el proceso penal. Este ya no podría concebirse como una relación entre el delincuente que lesiona un bien jurídico y el Estado que ejercita su *ius puniendi*. El proceso habría de ser, por el contrario, un método para que el autor (victimario) y la víctima, en condición ambos de ciudadanos, actuaran sus respectivos derechos. Se habla incluso de una fiscalía especial para las víctimas y de la admisión en ciertos casos del principio *indubio pro victima*, sin excluir el de *indubio pro reo*. La finalidad última de la justicia victimal sería la de lograr un encuentro reparador entre el victimario y su víctima ya dentro de la prisión. Pero eso pasa por una previa atención y dignificación de las víctimas.

En torno al propósito de dignificar a las víctimas hay dos posturas encontradas. Hay quienes niegan que las víctimas en general, y las del terrorismo en particular, posean una dignidad personal superior a la de los demás ciudadanos. Hay otros, entre los que se incluye Beristáin, defensores de la tesis de que «las víctimas inculpables (que no han provocado la victimación) y pacientes (que ni después han reaccionado con violencia) adquieren y poseen una dignidad distinta y máxima» (p. 163). La diferencia que existe entre una victimología de mínimos, consistente en reparar el daño causado a la víctima, y una victimología de máximos que trata de buscar el reconocimiento de una dignidad preferencial para las víctimas, es la misma que puede existir entre el Buen Samaritano y el Siervo Sufriente de Isaías. A Beristáin le gusta contraponer esas dos figuras: la del Buen Samaritano que «ve» a la víctima y le presta una asistencia médica y económica, y la del Siervo Paciente que ensalza a la víctima por sus sufrimientos y le exalta por su abatimiento (Is 51 y Flp 2, 9). Para Beristáin hoy resulta exigible que nuestro modo de proceder supere los deberes contenidos en la parábola del Buen Samaritano.

En definitiva, la auténtica justicia victimal desemboca en una solución religiosa que puede adoptar la forma de postulado de transdisciplinabilidad en el Derecho Penal positivo, o de una revolución y transformación axiológicas que se abren al horizonte del perdón. Evidentemente esta exigencia será tachada por muchos como meta o transjurídica, como un resabio de teólogo metido a penalista, cuando no de penalista infectado por la Teología. Lejos de renegar de su fe por motivos metodológicos, Beristáin la proclama en cuanto penalista y jesuita, exhibiendo una curiosa y rica tradición de jesuitas penalistas que se remontan hasta Friedrich von Spee (Tréveris 1591-1635), autor de una *Cautio criminalis* u objeción jurídica al

proceso de brujas, de clara inspiración humanizadora. Asimismo recuerda cómo los jesuitas, por inspiración del propio San Ignacio, desempeñaron desde su fundación, una destacada labor en el proceso de humanización de las prisiones. Inscritas en dicha tradición, las propuestas de Beristáin adquieren un renovado sentido y, a la luz de algunos éxitos de sus predecesores, pueden ser vistas con mayor optimismo.

El Palacio de Justicia –dice Beristáin– tiene un tejado de cuatro aguas: Derecho Penal, Criminología, Victimología y Religión. Este podría ser el resumen de este libro que pese a algunas de sus propuestas, aparentemente utópicas, viene corroborado por un cuerpo de doctrina y un conjunto de resoluciones de organismos internacionales cada vez más numerosos. Así, como para acallar a sus críticos potenciales, Beristáin cierra el libro con la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 60/147 de 21 de marzo de 2006 que recoge los «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones». Podría, asimismo, haber incluido la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 18 de enero de 2000 sobre «El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas» o las Decisiones Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 sobre «el estatuto de la víctima en el proceso penal» o la Declaración del Consejo de Europa de 26 de marzo de 2004 que instituyó el 11 de marzo como «Día europeo de las víctimas del terrorismo». La lista podría extenderse, pero ello ya sería objeto de una especie de prontuario de Victimología positiva. En cualquier caso de lo que no cabe duda es de que, con tímidos pasos, tanto a nivel nacional como internacional, parece irse avanzando hacia esa justicia victimal que nos anuncia el autor.

Si la visibilidad de las víctimas es hoy un hecho incontrovertible, e inimaginable hace tan solo diez años, lo debemos en parte a hombres como Beristáin. Por eso, tal vez no resulte utópico pensar que las víctimas, a las que hoy ya se ve y se trata de reparar, sean en el futuro exaltadas y dignificadas en su condición de siervos sufrientes.

**Carlos Eymar**

# **NOTICIA DE LIBROS**



## NOTICIA DE LIBROS

Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández  
*Teniente coronel Auditor*

JOSE ANTONIO MORENO MOLINA y FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Estudio sistemático. La Ley 2007. Este libro, de reciente aparición, trata de manera sistemática, por materias y no por artículos, el contenido de la nueva Ley 30/2007, de 30 de junio, de Contratos del Sector Público. Esto facilita, ciertamente, la explicación de los cambios que introduce la nueva ley de manera, a veces, tan desordenada como prolija y detallista, sin que, por otra parte, la obra pierda el mérito de seguir, en mayor o menor medida, la secuencia de capítulos de la propia norma legal de modo que también aparecen abundantes comentarios y concordancias respecto de muchos de sus preceptos.

El resultado final es un estudio sistemático en el que son muy numerosas las remisiones en los distintos capítulos a otros en los que el mismo tema ya ha sido estudiado total o parcialmente y, aunque esto pudiera parecer a primera vista un defecto, acaba resultando una ventaja, pues ayuda a luchar contra la principal dificultad de la nueva ley que es, precisamente y sin duda alguna, su falta de sistemática. En efecto, en la nueva ley se hace realmente difícil en ocasiones encontrar a lo largo de todo el articulado las normas aplicables a cada contrato, que hay que buscar entre los distintos Libros, Títulos, Capítulos y Secciones, saltando constantemente de unos a otros para localizar y poder aplicar los preceptos más adecuados.

La obra incluye entre sus comentarios numerosas referencias a los Informes de las Juntas Consultivas de contratación administrativa y a la jurisprudencia tanto interna como comunitaria y da cumplida cuenta de las importantes sentencias del Tribunal de Luxemburgo que han obligado a introducir buena parte de las reformas más relevantes que se contienen en la nueva regulación.

FRANCISCO SOSA WAGNER. *El Contrato Público de Suministro*. Thomson-Civitas. 2.<sup>a</sup> Edición. Madrid. 2003. Esta monografía se ocupa del contrato administrativo más utilizado en el ámbito no solo del Ministerio de Defensa, sino en general de toda la Administración Pública y sigue siendo un instrumento útil para profundizar en él incluso con la, ya inminente, entrada en vigor de la nueva Ley 30/2007, de 30 de junio, de Contratos del Sector Público, pues es sabido que esta última norma legal no desvirtúa ni introduce grandes modificaciones en lo que se refiere a la caracterización jurídico-dogmática de cada uno de los contratos administrativos tradicionales. En este sentido, el libro incide en las distintas modalidades contractuales de variada naturaleza que incluyen, en la rúbrica dedicada al contrato de suministro, tanto el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como la nueva Ley 30/2007. También estudia las partes del contrato (Administraciones Públicas y contratista), el supuesto especial de fabricación de bienes por la propia Administración, los contratos menores de suministro, el expediente de contratación, con atención especial a los pliegos de cláusulas administrativas, la perfección, formalización, ejecución y extinción del contrato. No faltan tampoco los capítulos, donde más novedades hay que tener en cuenta a la vista de la nueva Ley, dedicados a la publicidad en la contratación, los procedimientos de adjudicación, la cesión del contrato y la subcontratación. Finalmente, el libro recoge las aportaciones, más relevantes hasta la fecha de su publicación, de la doctrina científica, la jurisprudencia, así como de la doctrina del Consejo de Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

# **RECENSIÓN DE REVISTAS**



**CRIMINOGENESIS, *Revista especializada en Criminología y Derecho Penal*, Núm. 1: «Derecho Penal Militar y Seguridad Pública», Litografía Ingramex, México DF, septiembre de 2007 (516 páginas)**

La revista *Criminogenesis* surgió «de la inquietud de un grupo de expertos en los diversos segmentos del sistema de Justicia Penal con el propósito de traer a manos de los actores del sistema elementos y mayores herramientas para mejorar desde diferentes puntos de mira los problemas que en la práctica enfrenta el Derecho penal». Así lo declaraba, en la presentación del número 0 de la publicación (enero de 2007), su director, el abogado y catedrático de Derecho penal militar de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) Alejandro Carlos Espinosa, quien destacaba, asimismo, como objetivo de esta revista cuatrimestral, el de «consolidar un diálogo permanente con las autoridades de y en la materia de la justicia penal para establecer puentes de retroalimentación, tan necesarios en estos tiempos, como un elemento más de contribución a los criterios de los legisladores, los doctrinarios, miembros del Poder Judicial y los responsables de procurar justicia a la par de erigirse en un instrumento de consulta de los interesados en las dinámicas evolutivas propias del derecho a castigar del Estado».

Pues bien, el primer número monográfico de esta publicación viene dedicado al Derecho penal militar y a la Seguridad pública, temas que, aunque por motivos diferentes, se consideran prioritarios en muchos foros jurídicos del país azteca. Y es el contenido jurídicomilitar de este número lo que justifica que del mismo demos cuenta en estas páginas, si bien sea de forma sucinta, señalando los artículos y notas que lo integran, todos ellos de interés, al menos como información comparada, para el jurista español.

Tras una breve nota del General Adolfo A. Guinart Avalos, encabeza el número un excelente apunte sobre «La evolución histórica de la legislación y doctrina militar en México» (pp. 19-40), del almirante, profesor universitario y buen amigo Renato de J. Bermúdez Flores, autor de un valioso *Compendio de Derecho Militar Mexicano* (2.<sup>a</sup> edición, Porrúa, México DF, 1998). Sigue el artículo «El Derecho Penal Militar» (pp. 41-60), en el cual el Dr. Rodolfo García García, catedrático de la UNAM, realiza una exposición de síntesis de las cuestiones nucleares (concepto, naturaleza, autonomía, la jurisdicción, el delito militar y la pena) del Derecho castrense. Más específica es la colaboración «El nuevo Sistema de Justicia Integral para adolescentes frente al Fuero de Guerra» (pp. 61-85) de los penalistas Israel Alvarado Martínez y Lorena Oliva Becerra.

Muy crítico con la actual extensión de la jurisdicción militar mexicana es el Dr. Agenor González Valencia, quien, en su trabajo, «Fuero de guerra sólo en tiempo de guerra» (pp. 113-137) propone la reforma del artículo 13 de la Constitución mexicana en el sentido de establecer la subsistencia del fuero castrense «sólo en tiempo de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar», sin que los tribunales militares puedan, en ningún caso y por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan a las fuerzas armadas.

Continúa este número monográfico con el trabajo «El margen de actuación del legislador para la tipificación del delito militar y su consagración en un Código penal militar» (pp. 139-186), del que es autor Christian Donayre Montesinos, profesor titular de Derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y, en mi opinión, uno de los más brillantes juristas militares en el ámbito latinoamericano.

Un alcance meramente expositivo presentan los trabajos «Los defensores de oficio militar y la importancia de su función en los Consejos de Guerra» (pp. 187-197), del Coronel de Justicia Militar Ismael González Vera, y «El ejercicio de la defensoría de oficio naval» (pp. 199-211), del Capitán de Fragata del Servicio de Justicia Alejandro M. Vázquez Hernández.

Por su parte, el propio director de la publicación, Alejandro Carlos Espinosa, Catedrático de Derecho militar de la UNAM, buen amigo desde hace años y autor de un prestigiado *Derecho militar mexicano* (2.<sup>a</sup> edición, Porrúa, México DF, 2000), contribuye con el artículo «Los recursos procedimentales ante el Supremo Tribunal Militar» (pp. 213-234), un trabajo esquemático y de utilidad práctica.

Sigue el comentario jurisprudencial «Análisis de la problemática de colaboración al fomento para posibilitar la ejecución de delitos contra la

salud», con implicación de miembros de las fuerzas armadas nacionales (pp. 235-260), del que es autor el magistrado Miguel Ángel Aguilar López.

En el ámbito del Derecho penitenciario militar se sitúa el trabajo, de cuestionables conclusiones, «La supresión constitucional de la pena de muerte y su impacto en el Código de Justicia Militar» (pp. 267-289), del Coronel Alberto I. Mercheyer y García Herrera.

Desde una perspectiva de política legislativa, resultan de interés los trabajos «Las fuerzas armadas, su legitimidad como apoyo en la seguridad pública del Estado» (pp. 355-364), del catedrático Eduardo Enrique Gómez García, «El papel de las fuerzas armadas en las labores de seguridad pública» (pp. 365-381), del penalista Gerardo García Silva, «Sistema de excepción para los militares que delinquen afectando la disciplina del Ejército» (pp. 401-410), de la secretaria judicial Rocío Cuesta Solano, y «La relación del Ejército mexicano con los derechos humanos» (pp. 411-425), del profesor Epigmenio Mendieta Valdés.

Completan este número monográfico, en lo que a trabajos respecta, las contribuciones de Miguel Ángel Ruiz Sánchez («La inseguridad pública y la reacción del Estado»: pp. 87-93), Gabriel Regino («Seguridad pública en México. Una aproximación al holocausto»: pp. 293-309), Pedro José Peñalosa («Seguridad pública: la crisis de un paradigma»: pp. 311-335), Gerardo O. Vargas Landeros («Seguridad pública y justicia penal, reflexiones para su modernización»: pp. 337-352), Eduardo Martínez Bastida («Fundamentos político criminales de la seguridad pública en el siglo XXI»: pp. 383-400), Marco Antonio López Valdez («Breves consideraciones sobre el concepto de seguridad nacional en México»: pp. 427-431) y Emma Mendoza Bremauntz («La investigación científica del delito»: pp. 435-465).

En el apartado final se incluyen tres reseñas más, publicadas en la última década, a las tres obras generales más divulgadas en el Derecho militar mexicano: el *Compendio de Derecho militar mexicano*, de R. de J. Bermúdez Flores, el *Derecho militar mexicano*, de A. Carlos Espinosa, y *Las fuerzas armadas y la ley. Una introducción al Derecho militar mexicano*, de J. M. Villalpando César (pp. 469-491). En el mismo apartado se inserta una entrevista al Dr. Matías Bailone sobre la reforma del Código de Justicia Militar de Argentina (pp. 493-497).

Concluye el número con una «Bibliohemerografía básica sobre Derecho militar» (pp. 501-512), en la que el maestro Ángel González Morales relaciona el material de Derecho militar de la Biblioteca «Licenciado Emilio Portes Gil» de la Procuraduría General de la República, de la que es director.

Se trata, pues, de un número monográfico bien concebido y materializado con rigor. Como en toda obra colectiva, pueden advertirse trabajos de desigual sentido, diferente alcance y distinta entidad, pero, en su conjunto, la valoración de este libro, topográficamente correcto y de buen diseño, debe ser positiva. Como se destaca en su nota introductoria, este número dedicado al Derecho penal militar y a la seguridad pública deja de manifiesto la inquietud por profundizar, ampliar y difundir el conocimiento de esta disciplina, poco estudiada y mal conocida, que, ciertamente, sigue ofreciendo un interés relevante en el ámbito de la propia seguridad interior y exterior del Estado.

**Antonio Millán Garrido**

*Universidad de Cádiz*

# **NOTICIAS DE REVISTAS**



## NOTICIAS DE REVISTAS

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz

### A) CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL

En el número correspondiente al año 2007 de la *Revista de Derecho Procesal*, se incluyen los siguientes trabajos de interés: «La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones» de Lorena Bachmaier Winter; «El tratamiento procesal de la competencia penal en los procesos ordinarios» de Ignacio Cubillo López; y «La evolución de la tutela cautelar desde una perspectiva internacional: hacia la autonomía de las medidas anticipatorias» de Alberto José Lafuente Torralba.

### B) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO

En la *Harvard Law Review*, número 7, del volumen 114 se insertan cuatro trabajos, dirigidos por Helen Hershkoff, intitulados: «The promises of international prosecution»; «Fair trials and the role of international criminal defense»; «Defining protected groups under the genocide convention» y «Corporate liability for violations of international human rights law».

El número 95 del *American Journal of International Law*, incluye diversos artículos publicados con ocasión del simposium celebrado sobre «Reconstrucción después de un conflicto civil». Payam Akhavan publica un artículo titulado «*Beyond impunity: Can International Criminal Justice prevent future atrocities*»; el de Lorna Mac Gregor tiene como rúbrica

*«Individual Accountability in South Africa: Cultural optimum or potical facade?»*. Los otros son los de Hansjörg Strohmeier (*«Collapse and reconstruction of a judicial system? The United Nations Mission in Kosovo and East Timor»*); el de Jennifer Widner, *«Courts and democracy in postconflict transitions: a social scientist's perspective on the African Case»*; el de Michael J. Matheson, *«United Nations Governance of post-conflict societies»*; el de Samuel H. Barnes, *«The Contribution of Democracy to Rebuilding postconflict societies»* y el de Allan Gerson, *«Peace building: The private sector's role»*.

# **INFORMACIÓN**



**EL DERECHO PENAL ENTRE LA GUERRA Y LA PAZ:  
JUSTICIA Y COOPERACIÓN PENAL  
EN LAS INTERVENCIONES MILITARES**

**Resumen y conclusiones del XV Congreso Internacional  
de la Asociación Internacional de Defensa Social<sup>1</sup>**

**I**

Pese al viejo brocardo «cuando las armas hablan el derecho calla», derecho y guerra no son realidades excluyentes. El proceso de acercamiento entre ambos mundos comenzó a fraguarse conceptual y jurídicamente con la Ilustración, con la distinción entre *ius in bello* y *ius ad bellum*, y se desarrolló en Europa a base de dolorosos casos prácticos durante los belicosos siglos XIX y XX. El final de las dos grandes guerras europeas marcó un importante punto de inflexión que se concretó en los procesos de Nüremberg y Tokio y en la firma de las Cuatro Convenciones de Ginebra. Estos acontecimientos alumbraron la primera generación de

---

<sup>1</sup> El presente trabajo constituye la relación de síntesis del XV Congreso Internacional de Defensa social, que con el mismo nombre, se celebró en Toledo durante los días 20 a 22 de Septiembre de 2007 (el programa puede verse en: [www.defensesocial.org](http://www.defensesocial.org). En esta Web puede encontrarse también los audios con las distintas intervenciones del Congreso.

Han participado en la confección de esta relación de síntesis: Emmanuela Fronza (Italia), Alicia Gil (España), Carmen López Peregrín (España), Masako Nakahira (España), Paola Ramirez (Colombia), Cristina Rodríguez (España), Pablo Galaín (Alemania-Uruguay), Claire Saas (Francia). La redacción final ha sido realizada por Adán Nieto (España).

Las conclusiones enunciadas en el apartado IV han sido discutidas y elaboradas por un grupo de trabajo integrado por: Luís Arroyo, Luigi Foffani, Stefano Manacorda, Manuel Maroto, Adán Nieto, Daniel Schuenemann y Joachim Vogel.

normas del derecho penal de la guerra que responden a una clara dicotomía: sancionar las conductas más intolerables que se producen durante la guerra y los ataques contra la paz. Estas Convenciones unidas a la Convención Universal de los Derechos del hombre, flanqueada por las diferentes convenciones regionales, representan los cimientos esenciales de la ética de la globalización, de la que nos habló *Delmas Marty*, reforzados, tras el cese de la guerra fría, con la aprobación del Estatuto de Roma y la puesta en marcha de la Corte penal internacional.

La solidez y consistencia de estos cimientos debe permitirnos afrontar y desarrollar el temario de nuevas cuestiones expuestas por *Stefano Manacorda* en su relación introductoria, y que responde en buena medida a la ruptura de la lógica binaria que conforma los ordenamientos jurídicos. Entre la paz y la guerra, entre enemigos combatientes y civiles inocentes han surgido realidades mucho más complejas. De un lado, las operaciones de mantenimiento de la paz responden a una sutil graduación, que va desde el mantenimiento de la paz a su imposición, lo que les aproxima a veces a fuerzas de mantenimiento del orden y otras a fuerzas armadas lanzadas a la conquista de un territorio o incluso a fuerzas de ocupación. La estructura internacional de estas fuerzas provoca además que su regulación jurídica sea un ejemplo de interlegalidad. Derechos nacionales, Convenciones mundiales, como las de derecho internacional humanitario, o regionales de derechos humanos, unidas al derecho propio de organismos internacionales como la OTAN, Naciones Unidas o la UE conforman un intrincado laberinto jurídico. De otro lado, en los conflictos bélicos han irrumpido nuevos actores: terroristas, mercenarios y corporaciones que buscan oportunidades de negocio en un ámbito tradicionalmente monopolizado por el Estado.

## II

Los problemas jurídicos que plantean las misiones de paz se centran en determinar las normas que deben regir su actuación. Ello implica establecer los límites bajo los cuales es admisible el empleo de la fuerza, lo cual se efectúa mediante las reglas de enfrentamiento (ROE), y las normas jurídicas que deben respetarse en el ejercicio de actividades, tan importantes en muchas misiones de paz, como son las policiales y de mantenimiento del orden público. Igualmente resulta imprescindible fijar su régimen de responsabilidad penal y la jurisdicción a la que quedan sujetas sus actuaciones, tarea esta que se realiza en buena medida a través de las SOFA (*Status of Forces Agreements*).

El régimen de responsabilidad de los integrantes de una misión militar en el exterior, tal como expuso *Kuniko Ozaki*, depende de si forman parte del staff de una organización internacional, como singularmente ocurre en el caso de Naciones Unidas con su personal propio y los observadores civiles o militares, o si en cambio son tropas militares nacionales cuyo estatuto jurídico se fija en sus correspondientes SOFA, aunque formen parte de la misión internacional dirigida por la organización internacional.

El caso de los abusos sexuales realizados por miembros de la misión de paz de Naciones Unidas en la República del Congo ha evidenciado las dificultades existentes en la actualidad para establecer la responsabilidad penal de los miembros de Naciones Unidas. Dado que estos casos quedan fuera del régimen general de inmunidad del personal de Naciones Unidas, establecido en la Convención de 1946 sobre privilegios e inmunidades y que se circunscribe a aquellos delitos cometidos en el ejercicio de las funciones y que no atienden a la búsqueda de un beneficio personal, en principio, la República Democrática del Congo hubiese sido competente para enjuiciar los hechos de acuerdo con su ordenamiento. Las dificultades aparecen cuando se constata que el sistema penal del *host state* o bien no es capaz de llevar a cabo la investigación y el proceso penal o bien se duda de que muchas de sus normas o prácticas sean compatibles con los derechos humanos. Ante la frecuencia de este tipo de situaciones, y con el fin de establecer un marco jurídico penal apropiado para asegurar la responsabilidad penal del personal de Naciones Unidas, el grupo de expertos encargado de elaborar un informe *ad hoc* sobre este supuesto, elaboró un proyecto de Tratado destinado a establecer la responsabilidad penal de los miembros de Naciones Unidas (*International Convention on the Criminal Accountability of UN officials and experts on mission*). El Proyecto se restringe únicamente a las modalidades más graves (dolosas) de los delitos contra la vida, integridad física y libertad sexual, con la finalidad de que, al menos cada Estado parte, adopte las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de su jurisdicción bien cuando los hechos han sido cometidos en su territorio, bien cuando han sido cometidos por uno de sus nacionales. El Proyecto invita además a los Estados firmantes a ampliar su jurisdicción a partir del principio de personalidad pasiva y en aquellos casos en que el autor reside habitualmente en su territorio. El art. 7 del Proyecto prescribe además la obligación de extraditar o juzgar. En Abril de 2007 el Comité de expertos decidió posponer la tramitación del Proyecto, con el fin de estudiar más en profundidad el tipo de delitos a los que podía extenderse la responsabilidad, en cuanto que resultaba injustificado, por ejemplo, excluir infracciones contra el patrimonio, mejorar el

sistema de reparación a las víctimas y el régimen de responsabilidad civil de Naciones Unidas.

La ponencia de *Pierini* se centró en los distintos modelos de SOFA mediante los que se establece el régimen jurídico aplicable, y por ende la responsabilidad penal, de los miembros de los contingentes nacionales. El primer modelo de SOFA es aquel que regula el estatuto de las fuerzas de un Estado en el territorio de otro que pertenece a una misma organización internacional, como es el caso de la OTAN. En este primer modelo, en lo que concierne a la responsabilidad penal, el Estado de acogida resulta competente para enjuiciar aquellas infracciones que únicamente resultan delictivas en atención a su ordenamiento; cuando existe una doble incriminación el conflicto de jurisdicciones se resuelva a favor del Estado que envía las tropas si la conducta guarda relación con las funciones realizadas, en el resto de casos opera atribuyendo la competencia al Estado que tiene un mayor interés en la sanción.

Más complejos son los supuestos en los que se trata de regular el estatuto de las fuerzas en un país tercero. La base jurídica aquí es mucho más confusa y el problema jurídico general se mezcla en ocasiones con la incapacidad del sistema judicial del Estado de acogida para enjuiciar determinados delitos. Igualmente delicados son aquellos supuestos en que algún soldado o nacional del Estado de acogida resulta muerto o lesionado por «fuego amigo», pues existe la sospecha de que el procedimiento en el Estado del país que envía las tropas tiene como finalidad garantizar la inmunidad, mediante una decisión que cierre el paso a un segundo procesamiento. *Kuniko Ozaki*, en su intervención, siguiendo alguna de las recomendaciones del grupo de expertos de Naciones Unidas sobre las agresiones sexuales del Chad, propone como posible solución la creación de cortes marciales mixtas ad hoc, que juzguen los hechos en el Estado de acogida que es en el que se encuentran la mayoría de las pruebas, los testigos y, por supuesto, las víctimas.

Descendiendo de los problemas jurídico penales más generales, a los más particulares que suscitan las intervenciones militares en el extranjero, deben exponerse ahora las reflexiones vertidas acerca de las reglas de enfrentamiento. Además de *Jean Paul Pierini*, que abordó el marco teórico general, los generales *José Antonio Fernández Tresguerres*, *José Elito Carvalho Siquiera* y *Silvain Fournier* ejemplificaron la importancia y los problemas jurídicos de las reglas de enfrentamiento en experiencias operativas concretas.

Como es conocido, la finalidad principal de las ROE radica en asegurar el control político sobre el uso de fuerza, por esta razón funcional y por

el modo en que son adoptadas, que no se corresponde con los requisitos derivados del principio de legalidad penal, resulta complejo su integración e invocación con el fin de completar el sistema de causas de justificación del derecho penal nacional, fijando la extensión de figuras como la legítima defensa. El problema resulta singularmente intrincado en el caso de misiones comandadas por organizaciones internacionales (ONU, OTAN, UE), donde no puede utilizarse un solo marco nacional como exclusiva referencia, y donde además es frecuente que tropas de un país actúen bajo el mando de otro distinto con reglas de enfrentamiento que quizás han sido confeccionadas de acuerdo con parámetros legales distintos.

*Silvain Fournier* ejemplificó en su intervención la forma en que la OTAN elabora sus reglas de enfrentamiento en esta marco de interlegalidad. Cada Estado interviene en su elaboración en situación de igualdad, sin que en ningún caso las reglas de enfrentamiento puedan limitar el derecho de legítima defensa tal como esté establecido en el ordenamiento nacional, permitiendo además que los Estados en determinados aspectos puedan no utilizarlas o restringir su utilización. Este *self restraint* se aprecia también en la ROE aprobadas por la Unión Europea, donde expresamente se indica que las reglas de enfrentamiento no tienen efecto alguno en la interpretación de las normas jurídicas que regulan el uso de la fuerza.

Con el fin de resolver estos interrogantes, *Pierini* plantea dos posibles modelos de concebir las ROE. De acuerdo con el primero su función sería regular el uso de la fuerza, a partir de las disposiciones de derecho internacional humanitario, como algo inherente a las intervenciones militares; en el segundo su cometido consiste en justificar el uso de la fuerza, dando por sentado de que éste es potencialmente delictivo y necesita ser justificado caso por caso (*criminal law centric*). En este modelo las ROE tendrían como función completar el sistema de causas de justificación o *defenses* de cada ordenamiento, por lo que su referente normativo sería el derecho penal interno.

Pensar en las ROE de acuerdo con este último modelo está condenado al fracaso, pues no tienen capacidad para derogar, concretar o exceptuar la normativa interna, representando a lo sumo causas de justificación putativas que pueden ser hechas valer como casos de error. Si las ROE se conciben, en cambio, como parte del derecho internacional, y no como una concreción de las reglas jurídicas de un determinado ordenamiento, su valoración varía substancialmente. La legitimidad de las ROE provendría de ser concreciones de normas de derecho internacional, a las que los ordenamientos jurídicos otorgan un rango jerárquicamente superior, concreciones que legitimarían la restricción de derechos fundamentales en

casos de conflicto, sin tener que ampararse para ello en el argumento de que estas restricciones representan supuestos de legítima defensa.

Concebir las reglas de enfrentamiento como especificaciones de la legítima defensa supone además desconocer los distintos marcos en que operan. La legítima defensa presupone una excepción al monopolio estatal sobre la violencia, las reglas de enfrentamiento sirven para regular situaciones que se caracterizan, precisamente, por la inexistencia de este monopolio, e igualmente el resto de los elementos de la legítima defensa, como la actualidad del ataque, el carácter injusto de la agresión o su restricción a determinados bienes, provocan demasadas zonas de fricción cuando se pretende legitimar las reglas de enfrentamiento sobre esta base, articulándolas como una causa de justificación.

*Giudicelli-Delage* abordó el análisis de los problemas jurídicos existentes en el desempeño de las funciones de policía judicial por parte de las Fuerzas Armadas en el extranjero, que se caracterizan por su diversidad institucional (Estados, organizaciones internacionales), normativa (Derecho internacional humanitario, Convenciones de derechos humanos, normas procedentes de la organización internacional responsable de la misión, derecho local, derecho del Estado del país al que pertenecen las tropas, derechos del Estado que dirige la misión...) y funcional, en cuanto que las funciones de policía judicial tienen que enfrentarse con diferentes tipos de criminalidad, desde crímenes internacionales, competencia de la Corte penal internacional, a criminalidad común, delitos militares, terrorismo o criminalidad organizada. El general *Fernández Tresguerres* expuso, en este sentido, los complejos problemas que desde el punto de vista interno del ordenamiento español, supuso la actuación de soldados españoles como fuerzas de orden público en la antigua ex Yugoslavia. Las tropas españolas tenían que desempeñar una función que tienen constitucionalmente vedada en su ordenamiento de referencia, consistente en disolver por ejemplo a la población civil que se oponía sin armas a la misión militar o cerrar emisoras de radio en Bosnia que incitaban a la «limpieza étnica». *Kuniko Ozaki*, abundando en la importancia del problema, subrayó que el ejercicio de las funciones policiales no resulta en absoluto marginal en los países inmersos en un conflicto. La destrucción de los controles sociales genera escenarios propicios para la aparición de muy diversas formas de criminalidad, incluidos comportamientos tan graves como la criminalidad organizada, la corrupción, el tráfico de seres humanos etc.

Con el fin de abordar la complejidad normativa e institucional, la solución apuntada por *Giudicelli-Delage*, con el fin de incrementar la eficiencia, la seguridad jurídica, el control judicial y las garantías, pasa por inten-

tar en la medida de lo posible, que su función consista en reforzar y asesorar la actuación de las autoridades policiales del Estado de acogida, corregidas en su caso por las Convenciones internacionales de derechos humanos. Esta orientación posee indudables ventajas: simplifica la complejidad normativa, restablece las fuerzas policiales internas, entrenándolas en el ejercicio de prácticas policiales conformes con el Estado de derecho, y representa además un aporte fundamental para la construcción de la paz, en una zona deteriorada por un conflicto. La actuación de las fuerzas de Naciones Unidas en Haití, tal como relató el Comandante de la Misión de Estabilización *Carvalho Siquiera* se guió por el principio de integración de abajo hacia arriba, colaborando con las autoridades policiales locales.

No obstante, en muchas ocasiones a corto o medio plazo no resulta posible ocupar un segundo plano, a causa de la debilidad de las policías nacionales. En estos casos, los soldados que ejercen estas funciones deberían contar con normativas sectoriales que regulasen las actividades más importantes de la actividad policial (detenciones, interrogatorios, registros etc.). La unificación a través de un Código procesal y penal tipo resulta hoy por hoy, sino imposible, si una tarea tremendamente compleja.

### III

Si las misiones de paz representan la primera de las zonas de complejidad para los ordenamientos jurídicos actuales, el segundo de los grandes retos es la entrada en escena de nuevos actores, singularmente terroristas y empresas privadas.

Las implicaciones entre el derecho de la guerra y el terrorismo fue el aspecto central de la intervención de *Ulrich Sieber*, quien diagnosticó que la transformación que en la actualidad experimentan la mayor parte de los ordenamientos jurídicos suponen la aparición de un nuevo Derecho de la seguridad integrado por el derecho penal, pero también por otros sectores como el derecho de extranjería, el de policía, el relativo a los servicios secretos, el derecho fiscal, de telecomunicaciones etc. En lo que concierne al derecho material y procesal penal ello ha supuesto la consagración de un modelo preventivo de criminalización en el ámbito previo, cuyo ejemplo podrían ser los nuevos delitos de organización, que permiten en materia de terrorismo la criminalización de los terroristas durmientes. En el derecho procesal penal el nuevo modelo plasma, una lógica similar a la del principio de precaución. Las nuevas medidas procesales tienen como objetivo la vigilancia de personas que responden a un perfil genérico de

sospechoso, pero sobre las que no existe una sospecha concreta en la participación de un hecho delictivo. Todo ello ha conducido a una deconstrucción de garantías tradicionales como las relativas a la duración del periodo de restricción policial. Más allá del ámbito penal, forma parte también de este nuevo derecho penal de la seguridad, la creación de *task forces* compuestas por policías, servicios secretos, autoridades de inmigración o de aduanas, que cuando trascienden del plano estatal y se conforman como formas de cooperación internacional resultan especialmente opacas y sin sujeción al poder judicial.

La manifestación más radical de este nuevo derecho de la seguridad deriva de la extensión del derecho de la guerra a la «guerra contra el terrorismo». Sus desarrollos más espectaculares han tenido lugar en Estados Unidos, donde la aplicación del derecho de la guerra ha permitido justificar la capacidad legislativa del ejecutivo a través de la *Presidencial Order*.

Aunque esta estrategia no ha alcanzado límites similares en Europa u otros países culturalmente próximos, no debe olvidarse por ejemplo el Proyecto de Ley que en Alemania justificaba el derribo de aviones capturados por terroristas, con un lógica propia del derecho de la guerra. En países como Israel se ha planteado la posibilidad de realizar legalmente asesinatos selectivos. Incluso, y tal como señaló *Delmas Marty*, las propias Naciones Unidas han contribuido a difuminar los límites entre el derecho penal y la guerra a través de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU de 12 y 28 de septiembre de 2001, que admitían que un Estado víctima de un atentado terrorista invoque la legítima defensa para decidir soberanamente la respuesta.

*William Laufer, Ryan Burg y Mark Pieth* se ocuparon de analizar algunos de los problemas más relevantes que plantea la intervención de empresas privadas en un ámbito antes reservado al monopolio absoluto del Estado como es el de la guerra. La guerra es un negocio atractivo. La opacidad que rodean muchas de las contrataciones de armamentos, la ausencia de controles judiciales y administrativos eficientes, la complejidad jurídica y la realización de negocios fuera del territorio nacional hacen que los negocios en la escena bélica sean rentables y propicien la aparición del fraude y la corrupción, como formas de maximizar beneficios. En este sentido la ponencia de *Mark Pieth* evidenció la importancia de la corrupción en situaciones de conflicto como consecuencia de la debilidad de los controles tanto del país sumido en la crisis, de los países que envían tropas y de las propias organizaciones internacionales que carecen de capacidad y competencias para realizar investigaciones. *Burg y Laufer* expusieron numerosos ejemplos de fraudes en la contratación por parte de empresas

que habían obtenido la concesión de importantes contratos públicos, ya sea en la reconstrucción, ya sea en el suministro de material militar.

Las soluciones propuestas con el fin de controlar las actividades empresariales en la guerra pasan por el incremento de la auditoría y la intervención del Estado con el fin de controlar la actividad y gestión financiera de las empresas, el cumplimiento de los términos contractuales y la calidad de los trabajos realizados. El fomento de la autorregulación empresarial resulta también aconsejable en este terreno. Finalmente deben tipificarse correctamente los fraudes empresariales en la guerra, estableciendo la responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas. Estas regulaciones deben ser de aplicación extraterritorial durante y después de la guerra. Una propuesta de estas características se está debatiendo en la actualidad en el Senado norteamericano.

#### IV

Ante una realidad tan compleja y novedosa como la que acaba de describirse resulta imprescindible preguntarse, primero, por las transformaciones que todo ello debe implicar en el derecho penal militar y en el derecho penal internacional, sectores del ordenamiento jurídico más afectados por las situaciones descritas, y segundo por el papel de los derechos humanos y del control judicial.

En lo que concierne al derecho penal militar, la pregunta clave es si hoy resulta legítimo o necesario o si constituye un residuo atávico del pasado, que convendría suprimir. *Jiménez Villarejo* y *Fiandaca* se ocuparon de dar respuesta a esta pregunta. Para el primero, desde la óptica del derecho positivo español, la razón de ser de la jurisdicción militar descansa en tres consideraciones: la indiscutible especialidad del derecho penal militar, cuando este se reduce a evitar conductas incompatibles con el buen desempeño de las misiones que constitucionalmente se atribuyen a las Fuerzas Armadas; la necesidad controlar el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de las autoridades y mandos militares; y en tercer lugar, el mantenimiento de la jurisdicción militar como parte del Ministerio de defensa, lo que impide que el gobierno de jueces civiles y militares se encomiende al mismo órgano.

No obstante, y tal como mostró *Jiménez Villarejo* la justicia militar se acerca cada vez más no sólo a los grandes principios, sino también a las disposiciones más concretas de la justicia civil, tanto penal como administrativa, en lo que concierne a las sanciones disciplinarias. Incluso la vin-

culación orgánica de los jueces militares con el Ministerio de Defensa se ha atenuado, dotando a los jueces militares de un status de independencia substancialmente similar a los civiles. De este modo, lo peculiar de la justicia y del derecho penal militar sería sobre todo la protección de las funciones constitucionales de las fuerzas armadas, lo que legitimaría una mayor extensión del derecho penal militar allí donde estas se muestran con toda su plenitud, es decir, en tiempo de guerra y en las intervenciones militares en el extranjero. En cualquier caso ni aun en tiempo de guerra el derecho penal militar puede apartarse de los principios fundamentales del derecho penal común, y deteriorar por ejemplo el principio de legalidad, para convertirse en un derecho penal del ejecutivo.

Esta última consideración es probablemente una de las lecciones principales que se extrae de la rica exposición de *Giovanni Fiandaca*. El derecho penal militar no puede estar destinado a la protección de los valores propios derivados de las particularidades sociológicas o políticas, que pudo encarnar el ejército en tiempos pasados: coraje, honor, espíritu de sacrificio, desprecio al peligro, disciplina, eficiencia burocrática etc. Este antiguo derecho penal militar, dotado de una fuerte impronta subjetiva, alejado de la protección de bienes jurídicos, y en el que el derecho penal y el disciplinario se entremezclaban hasta confundirse, no concuerda con el modelo de fuerzas armadas actuales, mucho más tecnocrático y profesionalizado que heroico. En este nuevo modelo de Ejército, si hay que buscarle una razón de ser al derecho penal militar sobre todo en tiempos de conflicto, lo que aunaría el derecho de guerra con el marco penal de las misiones de paz, ésta debe radicar no en buscar la «eficiencia» para ganar la guerra, sino en procurar el respeto de las reglas y usos de la guerra tendentes a humanizarla y hacerla menos violenta y lesiva. Desde este punto de vista pueden ser susceptibles de sanción penal conductas que infringen reglas técnicas que persiguen la adecuación y de eficiencia de la organización militar, e incluso, salvados los problemas derivados del principio de legalidad, la violación de las reglas de enfrentamiento, al igual que otro tipo de normas relativas a la seguridad personal en las operaciones que acercarían el derecho penal militar, en determinados aspectos, al derecho penal del trabajo.

*Antonio Intelisano* puso igualmente de relieve la complejidad de aplicar dos códigos penales militares distintos para tiempos de paz y de guerra en situaciones como la actual, en las que las misiones de paz resultan un *tertium genus* difícil de clasificar, y donde gobiernos y parlamentos evitan a toda costa, por razones políticas, el utilizar la palabra guerra para designar un conflicto bélico. En Italia una decisión política ha impedido la

aplicación del Código penal militar de tiempos de guerra a los delitos cometidos en misiones de paz, tal como era tradicional, lo que comporta importantes consecuencias prácticas.

Finalmente en la evolución del derecho penal militar, y tal como pusieron de relieve las ponencias de *Lascano* y *Nieto Martín*, han jugado un papel decisivo la jurisprudencia de las dos Cortes regionales de derechos humanos. El TEDH desde la célebre sentencia *Engel* (1976) ha igualado, en términos razonables, el ejercicio de los derechos fundamentales dentro y fuera de los cuarteles, dotando de garantías al derecho disciplinario y al derecho penal militar. Ambos derechos se consideran manifestaciones del *ius puniendi* estatal en materia penal, por lo que resultan de aplicación las garantías que se derivan del art. 6 y 7 del Convenio. No menos rica es la jurisprudencia del TEDH dirigida a garantizar la imparcialidad e independencia de los jueces militares. La Corte Interamericana ha subrayado el carácter restrictivo de la jurisdicción militar, con el fin de impedir que esta jurisdicción se ocupe de la represión política, tal como ha sido frecuente en muchas dictaduras militares.

Esta jurisprudencia sirve para conjurar los antiguos peligros, señalados por *Zaffaroni*, de la jurisdicción militar: las restricciones absurdas y peligrosas a las libertades y a las garantías de los militares sujetos a proceso, al confundirse el derecho disciplinario y el penal, o la actuación de jueces administrativos sujetos a una fuerte cadena de mando y por tanto carentes de imparcialidad. E igualmente sirve de suelo común y armoniza dos modelos de justicia militar que como expuso *Noon* en su intervención resultaban muy distantes, el modelo disciplinario de los países del common law y el modelo continental, más cercano al derecho panal.

## V

Las reflexiones relativas al derecho internacional y las situaciones de conflicto bélico conducen inevitablemente a preguntarse por la tipificación del delito de agresión, pues más allá de los problemas jurídicos que pueda plantear, su existencia constituye un presupuesto de legitimidad del derecho penal internacional. Difícilmente puede justificarse el castigo de comportamientos concretos, si el hecho detonante de un conflicto armado escapa a cualquier tipo de consideración jurídico penal. *Gehard Werle* expuso los ejes sobre los que gira el debate actual en torno al delito de agresión, que como se sabido, se encuentra en una situación de *stand by*. Previsto en el Estatuto de Roma, no ha sido aun definido. De la experiencia de *Nüremberg* y *Tokio*,

*Werle* extrae que no cualquier utilización ilegítima de la fuerza por parte de un país constituye un crimen de agresión, sino solo aquella que posea tres elementos: una cierta intensidad, la utilización intensiva de la fuerza militar a gran escala; la presencia de una clara intención de anexión o control de otro Estado; el tercero, un liderazgo en relación al sujeto activo. Con estas características, por ejemplo, la invasión de Irak no constituye un crimen de agresión. Esta visión estricta predomina también en los derechos nacionales que se han decidido a tipificar el crimen de agresión, donde o bien se exige un atentado a la independencia o soberanía de un Estado, o bien se efectúa una definición similar a la que resulta de *Nüremberg*.

Ciertamente Naciones Unidas podría establecer una definición más amplia de este delito, como ya propuso en 1973, y que puede desprenderse ya del propio tenor literal del art. 5 del Estatuto de Roma. Ante esta nueva tarea, *Werle*, coincide con la opinión expresada por *Rodríguez Villasante*, en el sentido de que la futura tipificación no debería hacer depender la existencia del delito de agresión de la opinión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, ya sea como elemento del tipo, ya sea como condición objetiva de procedibilidad. Esta conformación politizaría en exceso esta figura.

*Delmas Marty* apuntó otra perspectiva que necesariamente debe tenerse en cuenta para en una posible reforma o, al menos, reelaboración conceptual de los crímenes de guerra. Si la interdicción de las conductas que allí se señalan constituyen fundamentos de la ética universal, estos delitos deberían independizarse de las situaciones de conflicto armado, con el fin de ser aplicables también a las violaciones de las Convenciones de Ginebra o de la Haya que se producen en misiones de paz o en la lucha contra el terrorismo. Una modificación de este tipo puede servir de contrapeso al nuevo paradigma de la guerra contra el terrorismo.

El principio de justicia universal resulta generalmente de aplicación a los delitos que conforman los crímenes contra la humanidad. No obstante, en los últimos tiempos tanto legislativamente como doctrinalmente se asiste a un cierto replanteamiento de esta cuestión. Así, por ejemplo, *Werle* en relación al crimen de agresión manifestó sus dudas acerca de extender el principio de justicia universal a este delito. *Florian Jasseberger* comentó igualmente las restricciones que el § 153 f de la Ordenanza Procesal Penal Alemana ha introducido al principio de jurisdicción universal con el fin de reducir a términos razonables la aplicación de este principio, evitar el riesgo de *forum shopping* y la sobrecarga de la jurisdicción alemana. De acuerdo con esta disposición, que regula la discrecionalidad del Ministerio público a la hora de ejercer la acusación conforme con el principio de proporcionali-

dad, el Fiscal solo está obligado a acusar cuando existe un vínculo con Alemania, que la ley describe de manera estricta. En el resto de los casos el Fiscal puede utilizar el principio de oportunidad para no perseguir los hechos.

Este tipo de restricciones del principio de justicia universal no resulta incompatible con mantener la vigencia del principio de complementariedad como eje vertebrador de las relaciones entre la Corte penal internacional y las jurisdicciones nacionales. Tal como señaló *Delmas Marty*, la complementariedad no sólo tiene la ventaja política de preservar la soberanía nacional, sino que también es más operativa y tiene la ventaja ética, si se acompaña de medidas de armonización, de favorecer la emergencia de una comunidad judicial transcultural.

Tras estas cuestiones generales, *Gonzalo Jar* abordó un asunto más concreto, pero tampoco resuelto satisfactoriamente por el derecho internacional humanitario o penal, como es la protección de los periodistas que realizan su labor en situaciones de conflicto armado. Las cifras evidencian la importancia de esta cuestión: durante 2006 murieron más de 100 periodistas en conflictos armados la mayoría de ellos en Irak, muchos de ellos corresponsales nativos cuyas muertes no gozan de resonancia alguna en la prensa occidental. El problema en esencia es el siguiente: la visión que el Derecho internacional humanitario tiene del corresponsal de guerra se asociaba a la de un miembro más del contingente armado, cuya misión era la propaganda, por ello los Convenios de Ginebra de 1949 le asimilan a cualquier otro prisionero de guerra. Con la aparición del periodismo de guerra independiente, tras la guerra de Vietnam, aparece una nueva figura el «periodista en misión peligrosa» que en el Protocolo adicional primero a los Convenios de Ginebra de 1977 se asimila a la población civil, ello convierte en un crimen de guerra los ataques contra los periodistas infringiendo las disposiciones del derecho internacional humanitario.

## VI

Un tema transversal presente a lo largo de las distintas intervenciones del Congreso fue el valor de los derechos humanos a la hora de establecer los límites de las viejas y nuevas formas de conflicto bélico.

El primer aspecto a analizar en este sentido es el de las relaciones entre el derecho humanitario, o el derecho de la guerra y los derechos humanos. El Tribunal internacional de justicia en su decisión relativa a la construcción del muro con el fin de separar los territorios palestinos ha confirmado la tesis de que los derechos humanos consagrados en las Convenciones

internacionales y regionales rigen también en los conflictos bélicos. Aunque la doctrina, tal como mostró *Rodríguez Villasante*, considera que ambos cuerpos normativos resultan complementarios, lo cierto es que la jurisprudencia del TEDH relativa a conflictos bélicos fundamenta sus decisiones en exclusiva a partir de los derechos humanos reconocidos en el Convenio europeo, quizás por estimar que el Derecho internacional humanitario puede rebajar el grado de protección de algunos derechos humanos. La Corte interamericana, por su parte, ha señalado expresamente que carece de competencias para la interpretación del derecho internacional humanitario.

La efectividad de los derechos humanos en situaciones de conflicto bélico está además seriamente mermada por dos razones. La primera de ellas, que se evidencia con gran claridad en el caso *Bankovic* del TEDH, relativo al bombardeo de la radio televisión serbia por tropas militares de la OTAN, pertenecientes a países que forman parte del Convenio, es que el principio básico para determinar el ámbito de aplicación del Convenio y por tanto la competencia del TEDH es el territorial, circunstancia ésta que deja fuera de juego al Convenio en todas las misiones militares que se producen en países terceros. No menos limitadora de la eficacia del Convenio es la jurisprudencia *Saramati y Behrami*. En las intervenciones dirigidas por organizaciones internacionales, como Naciones Unidas o la OTAN, no es posible la aplicación del Convenio por no formar parte del mismo. Esta doctrina, tal como expuso *Nieto Martín*, debe ser revisada, en línea con las decisiones más innovadoras como *Loizidou, Issa* o la decisión de la Cámara de los Lores en el caso *Ali-Saeki*. Resulta extraño que el soldado «lleve todo el ordenamiento jurídico en su mochila» salvo las Convenciones más activas en la protección de los derechos humanos. Como señaló *Manacorda* estas restricciones obstaculizan además la función armonizadora del derecho penal militar y de la guerra que desempeñan los derechos fundamentales recogidos en las grandes Cartas.

La intervención de *Giovanni Grasso* evidenció la importancia de los derechos humanos en la cooperación penal que tiene lugar en el marco de los conflictos bélicos. La joven Cámara de derechos del hombre de Bosnia Herzegovina que es competente para señalar las violaciones al CEDH en este territorio, ha plantado cara a los aspectos más cuestionables de la legislación terrorista norteamericana. La mencionada Corte señaló que la entrega irregular de ciudadanos bosnios sospechosos de terrorismo a las tropas norteamericanas suponía una violación de la Convención. A partir de una de las líneas jurisprudenciales más progresivas e innovadoras de la CEDH, la sentada en el caso *Soering*, señaló que la cooperación con un

ordenamiento jurídico en casos en los que existía riesgo de imposición de la pena de muerte constituye una violación del art. 3 de la CEDH, donde se prohíben los tratos inhumanos y degradantes, y de sus protocolos adicional es que prohíben la pena de muerte. De consolidarse y extenderse esta jurisprudencia, tal como pretende el art. 19.2 del Proyecto de Constitución Europea, sería contrario a los Convenios internacionales de derechos humanos cualquier acto de cooperación judicial con el procedimiento de otro Estado donde exista el riesgo de que se produzca una violación de los derechos humanos del detenido.

Las jurisprudencias nacionales han conseguido abortar a partir de los derechos humanos algunos de los aspectos más intolerables de la legislación antiterrorista de los Estados Unidos o Israel. En el primer caso, tal como relató *Douglas Cassel*, el argumento de la necesidad militar ha conducido a eludir tras el 11 de septiembre tanto la aplicación del Derecho internacional humanitario, como los derechos fundamentales a los denominados como combatientes enemigos. La denominación de guerra a la lucha contra el terrorismo ha restringido la aplicación de los derechos humanos. Complementariamente, con el argumento de que el derecho internacional humanitario no resulta de aplicación a la guerra contra el terrorismo, por no tratarse ni de un conflicto interno ni de una guerra internacional entre Estados, se ha eludido también la aplicación de este conjunto normativo. Estos dos argumentos han situado los sospechosos de pertenecer a *Al Qaeda* en un limbo jurídico en el que no les es de aplicación, ni los derechos humanos, ni el derecho internacional humanitario, ni tan siquiera el derecho de los Estados Unidos al permanecer fuera de su territorio. El Tribunal Supremo, como es conocido, ha rechazado estas argumentaciones.

*Rodríguez Villasante* evidenció igualmente que el activismo judicial en pro de los derechos humanos ha sido igualmente decisivo en un contexto tan complejo como es el de Israel. La Corte Suprema de este país, mediante su decisión de 13 de diciembre de 2006, en relación a los asesinatos selectivos ha considerado, fundamentando su decisión en el derecho internacional humanitario, que el uso de la fuerza y, la posible privación del derecho a la vida, debe ser proporcional al riesgo causado por el afectado, lo que conduce a la ilegitimidad de este tipo de práctica.

En Italia tal como relató el Fiscal de Milan, *Armando Spataro* resulta de especial importancia la posición del Tribunal Constitucional, en relación a las *extraordinary renditions* en el caso Abu Omar. Frente a las alegaciones del gobierno italiano, señalando que la investigación del fiscal había violado secretos de Estado, la Corte objetó que no es posible utilizar

esta figura cuando los derechos fundamentales están en juego. Prueba igualmente de la «movilización» judicial en relación a este caso, es la eficaz cooperación que ha existido entre jueces alemanes, suizos y españoles sabedores de que una omisión en este punto bien pudiera constituir una violación al Convenio Europeo de Derechos Humanos que exige obligaciones positivas de investigación cuando están en juego violaciones graves a los derechos humanos.

## VII

A partir de cuanto acaba de exponerse, las distintas ponencias, debates e intervenciones permiten enunciar diez conclusiones en las que la Sociedad Internacional de Defensa Social invita a seguir trabajando y profundizando:

*Primera:* Los derechos humanos deben ser respetados en cualquier situación de conflicto armado. Para ello debe asegurarse su aplicación efectiva. Ello implica asegurar su aplicación extraterritorial en las intervenciones realizadas en terceros países, mediante un control efectivo por parte de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos.

La vigencia efectiva de los Derechos humanos requiere también su aplicación en aquellas misiones dirigidas por organizaciones internacionales. Ello puede lograrse bien mediante la adhesión expresa de las organizaciones a los Convenios internacionales, bien responsabilizando a los componentes nacionales del respeto a los derechos humanos en los conflictos armados en los que intervengan.

*Segunda:* La colaboración penal o policial con un sistema penal que no garantice el respeto de los derechos humanos debe considerarse una violación de los derechos humanos previsiblemente afectados. En ningún caso debe colaborarse con procedimientos en los que pueda resultar impuesta la pena de muerte.

*Tercera:* El crimen de agresión debe tener una definición más amplia que la que resulta del derecho consuetudinario procedente de Nuremberg y Tokio, sin convertir este delito en una norma penal dependiente de las decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

*Cuarta:* Los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado deben extenderse a las conductas similares realizadas en misiones de paz y la guerra contra el terrorismo.

*Quinta:* Resulta urgente la elaboración de una convención internacional que establezca la responsabilidad penal de los miembros de Naciones Unidas por los delitos cometidos en misiones de mantenimiento de la paz,

con una extensión similar a la de los miembros de los contingentes nacionales.

*Sexta:* Debe garantizarse la eficacia del derecho penal con el fin de castigar el fraude y la corrupción realizada por empresas que obtienen contratos para el suministro de armas o tendentes a la ejecución de obras públicas en zonas de conflictos. La intervención del derecho penal debe ir acompañada de la mejora de la transparencia de este tipo de contratos y del establecimiento de deberes rigurosos de auditoría.

*Séptima:* La especificidad del derecho penal militar radica en la protección de las funciones que las constituciones democráticas aseguran a las fuerzas armadas y, en especial, en procurar el respeto de los principios y normas tendentes a humanizar y hacer menos violentos los conflictos bélicos. La jurisdicción militar debe gozar de un grado de independencia idéntico a la jurisdicción civil y el proceso penal militar debe acomodarse a los principios del proceso justo.

Los ordenamientos que restrinjan el derecho penal militar a los tiempos de guerra o que dispongan de un Código penal específico para tiempos de guerra deben aplicarlo también a los delitos cometidos durante las misiones de mantenimiento de la paz.

*Octava:* La colaboración entre instituciones representa el modelo ideal para resolver los problemas de interlegalidad derivados de la presencia de tropas de un país en otro. De este modo los delitos cometidos por militares o civiles integrantes de una misión de paz en el Estado de acogida deberían juzgarse por tribunales mixtos compuestos por jueces del Estado de acogida y que envía las tropas. Igualmente, y allí donde resulte posible, la colaboración con las autoridades nacionales resulta el sistema de organización más adecuado para realizar las funciones policiales de mantenimiento de orden público y de investigación de hechos delictivos.

*Novena:* Los tribunales penales nacionales suelen dar eficacia normativa inmediata a las reglas de enfrentamiento (ROE), ya sea como concreciones de causas de justificación (legítima defensa, ejercicio de un derecho etc), ya sea como parte integrantes de aquellos tipos penales que remiten a elementos normativos ajenos a la ley penal. Esta eficacia de las ROE, que tiene normalmente como efecto limitar la responsabilidad penal de las fuerzas de combate, contrasta con la escasa legitimidad y transparencia de su proceso de elaboración, dominado por los Estados Mayores. La integración de las reglas de enfrentamiento, nacionales o internacionales, por el ordenamiento jurídico penal, debiera subordinarse «ex ante» a la existencia de un control parlamentario, a través por ejemplo de una comisión especial, y «ex post» a un control judicial efectivo, relativo a la compati-

bilidad de estas disposiciones no sólo con el derecho interno de cada país, sino con el derecho internacional humanitario.

*Décima:* Para incrementar la eficacia de la ley y los derechos humanos en las situaciones de conflicto debe fomentarse la autorregulación de los sujetos, públicos y privados, implicados. De este modo sería conveniente la elaboración de un código de conducta tipo que estableciese las normas de conducta a que deben someterse los soldados de un país cuando realizan funciones de policía. Igualmente, las empresas y ONG que participen en misiones de mantenimiento de la paz deben confeccionar sistemas de autorregulación específicos (*compliance programs*) a fin de respetar los derechos humanos, los laborales y prevenir el fraude y la corrupción.



MINISTERIO  
DE DEFENSA

SECRETARÍA  
GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE  
DOCUMENTACIÓN Y  
PUBLICACIONES