

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

# 93

ENERO  
JUNIO  
2009

IN MEMORIAM  
AGUSTÍN CORRALES ELIZONDO

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

---

Ministerio de Defensa



**REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO MILITAR**

**93** *ENERO  
JUNIO  
2009*

**IN MEMORIAM  
AGUSTÍN CORRALES ELIZONDO**

MADRID

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

Edita:



NIPO: 076-10-095-4 (edición en papel)

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de edición: mayo, 2010

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

NIPO: 076-10-096-X (edición en línea)





## ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 93 ENERO-JUNIO 2009

### PRESENTACIÓN

— Agustín Corrales Elizondo, <i>in memoriam</i> . Testimonio de una amistad. <i>Antonio Mozo Seoane</i> .....	11
— <i>Curriculum Vitae</i> de Agustín Corrales Elizondo .....	15
— Resumen de contenidos – Table of contents .....	21
— La ocupación bélica. <i>Agustín Corrales Elizondo</i> .....	37

### DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

— Algunas consideraciones sobre la aplicación de la Ley de Partidos Políticos. Jurisprudencia nacional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. <i>Ángel Calderón Cerezo</i> .....	65
— El <i>Justice</i> Oliver Wendell Holmes. « <i>The great dissenter</i> » de la <i>Supreme Court</i> . <i>Francisco Fernández Segado</i> .....	89
— El derecho fundamental de petición: contenido y régimen jurídico. Su regulación en el estatuto del personal militar. <i>Antonio Mozo Seoane</i> .....	131
— Delegación de competencias y delegación de firma. <i>José Leandro Martínez-Cardós Ruiz</i> .....	155
— Una nueva regulación europea específica de los contratos en materia de defensa y seguridad. <i>Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández</i> .....	163

### DERECHO INTERNACIONAL

— Problemas jurídico-penales e internacionales del crimen de piratería. Una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no decirlo?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional. <i>José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto</i> .....	187
— Acerca de la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. <i>Fernando Pignatelli Meca</i> .....	223

— El título IV de las Reales Ordenanzas a la luz del Derecho Militar Operativo. <i>Carlos Eymar Alonso</i> .....	287
— El Tratado de prohibición de las bombas de racimo. <i>Gonzalo Jar Couselo</i> .....	321
— La Convención del Derecho del Mar cumple sus bodas de plata con más sombras que luces. <i>José Cervera Pery</i> .....	353
— Diez propuestas para una actualización del Derecho de los conflictos armados en la mar. <i>Juan Carlos González Barral</i> .	361

## **DERECHO PENAL Y PROCESAL**

— Cuando la memoria tergiversa la Historia. <i>Jesús Ernesto Pe-ces Morate</i> .....	387
— El reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. Su homologación internacional. <i>Ignacio Sierra y Gil de la Cuesta</i>	415
— Acerca de la jurisdicción universal. <i>Luis B. Álvarez Roldán</i> ..	431

## **DERECHO MERCANTIL**

— El convenio concursal prejudicial y la transacción. <i>Eduardo Montull Lavilla</i> .....	443
— El alcance de la responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades: su extensión a las sanciones. <i>Juan Gon- zalo Martínez Micó</i> .....	465

# **PRESENTACIÓN**

**IN MEMORIAM, AGUSTÍN CORRALES ELIZONDO.  
TESTIMONIO DE UNA AMISTAD**

Antonio Mozo Seoane

«El arte de vivir se ha de aprender durante toda la vida. Y lo que quizá te pueda extrañar más, es que toda la vida se ha de aprender a morir»

SÉNECA: *«Diálogos. Sobre la brevedad de la vida»*

Como Director de la Revista, me corresponde presentar este número dedicado a la memoria del General Consejero Togado y Magistrado del Tribunal Supremo Agustín Corrales Elizondo. Ingrato deber, en todo caso. Pero especialmente ingrato, realmente doloroso, cuando, como es mi caso, se trata de rendir homenaje póstumo a un verdadero, entrañable amigo: de ahí el subtítulo de esta dedicatoria y el tono preferentemente personal –para el que pido licencia– de estos párrafos.

Han pasado ya varios meses desde su muerte, pero a sus amigos nos cuesta aceptar que se haya ido. Personalmente, no acabo de creérmelo, a pesar de que conservo viva la imagen de su inhumación en el cementerio de Saelices, la tierra de su padre, junto al que quiso ser enterrado; y a pesar también de la esquila del ABC, dato que –según le oí referir alguna vez al propio Agustín– constituye, al decir de nuestro compañero, y particular amigo suyo, Jesús Juan Garcés («el poeta»), la auténtica y definitiva prueba de que alguien se ha muerto.

Conocí a Agustín Corrales allá por los meses de octubre-noviembre de 1970, cuando opositábamos al Cuerpo Jurídico de la Armada. Casi cua-



renta años han pasado, por tanto, que, sin embargo, no han difuminado en (casi) nada las imágenes y recuerdos de aquéllos tensos días, con final feliz, puesto que aprobamos.

Nuestra amistad se gestó ya durante el cursillo de formación que realizamos en la Escuela Naval de Marín, entre enero y julio de 1971. Recuerdo nítidamente lo bien que lo pasamos nuestro primer día en Pontevedra, el 10 de enero de ese año, una vez hecha la presentación en la Escuela Naval, plenos de ilusión por la etapa que comenzábamos. Y lo seguimos pasando muy bien, a pesar de las revistas de uniformidad de cada tarde, antes de la salida diaria, una particular tortura para el bueno de Agustín (para sus amigos, ya el «Tete») en su lucha con el maldito «cuello duro» que entonces usábamos en la Armada.

Durante sucesivos fines de semana, con otros compañeros de promoción (inevitable recordar aquí a nuestro común amigo, el General CT José Espinosa Carmona, también fallecido apenas mes y medio antes) recorrimos diversos lugares de mi tierra gallega, más o menos próximos a Marín (Cambados, Rianxo, Padrón): conocer pueblos, lugares, paisajes nuevos era una verdadera pasión para Agustín Corrales, como él mismo confesaba; en sus viajes, no dudaba en desviarse de la ruta para cultivar esa afición y, de paso, tomarle el pulso a la zona visitada, incluyendo naturalmente la gastronomía del lugar... En fin, que congeniamos y nuestra amistad se mantendría a pesar de que, recibidos los despachos de Teniente Auditor, nuestros respectivos destinos nos alejaron: él se fue a San Fernando y yo a El Ferrol. Bastantes años tardaríamos en volver a coincidir, ya en Madrid.

Una de las cuestiones que de modo especial nos unió fue nuestra común afición al estudio y a la docencia y el proyecto que ambos teníamos –y terminaríamos realizando– de hacer el doctorado, Agustín en Derecho Mercantil y yo en Derecho Administrativo, materias que seguimos cultivando y enseñando a lo largo de toda nuestra carrera profesional, a pesar del esfuerzo que, en no pocas ocasiones, suponía compatibilizar ambas dedicaciones.

En cualquier caso, era fácil congeniar con Tete Corrales, persona esencialmente vitalista, inquieto, culto, conversador incansable, inteligente; organizador de eventos corporativos memorables, como aquellas capeas de San Agustín de Guadalix (donde se consagraron o se hundieron –taurinaamente, se entiende– algunos «primeros espadas» de nuestro viejo Cuerpo Jurídico de la Armada) y siempre dispuesto, en fin, a animar la convivencia con sus amigos y compañeros. De todo esto pueden dar fe no sólo quienes gozaron de su amistad, sino también todos los que compartieron destino y trabajo con él, ya sea como superiores, iguales o subordinados.

No es necesario destacar aquí sus sobresalientes cualidades como jurista en general y como jurídico-militar en particular. Su trayectoria profesional por tantos y tan variados destinos y la estela de prestigio dejada en todos ellos, lo acreditan sobradamente. Trayectoria que, en el ámbito militar, culminó como Asesor Jurídico General de la Defensa, donde tuve el honor de ser su Adjunto, para, posteriormente, sucederle, cuando fue promovido a Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, su último servicio profesional, desarrollado con la calidad técnica y la sabia prudencia que le caracterizaron siempre. También en el Alto Tribunal gozó del reconocimiento que sus dotes humanas y su rigor profesional merecían, como acredita la colaboración en este número de ilustres colegas suyos del Tribunal.

Hacía muchas más cosas, aparte de su dedicación a la función judicial en la Sala de lo Militar. Seguía escribiendo, daba cursillos, impartía conferencias; como colaborador habitual del Centro de Derecho Humanitario de la Cruz Roja Española, el Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos merecieron por su parte una atención preferente en los últimos años. En plena madurez, personal y profesional, con 64 años, la inexorable pero a veces –como ésta– inexplicable muerte se lo llevó.

En fin, le echamos de menos en muchos ámbitos. Desde luego, en el Consejo de Redacción de esta Revista, donde trabajaba con entusiasmo, aportando el buen criterio que le caracterizaba. Por eso, todos los que hacemos la REDEM no tuvimos ninguna duda de que nuestro homenaje no podía faltar. Y sabemos, además, que a él le satisfará especialmente, no sólo por su personal vinculación con nuestra publicación sino también por tratarse de un conjunto de trabajos de las más diversas ramas jurídicas hechos con el más cariñoso recuerdo por una nutrida –aunque necesariamente limitada– representación de amigos y compañeros del Cuerpo Jurídico Militar, de la Judicatura y de la Universidad que, de una forma u otra, compartimos con él ilusiones, inquietudes, trabajos, también frustraciones..., en fin, lo que ofrece la vida. Una vida que para Agustín Corrales fue pródiga en éxitos y satisfacciones y, por eso, lamentable e inoportunamente truncada. Pero, como seguramente diría él, *sic transit gloria mundi*.

Nos queda, en todo caso, su recuerdo y también lo que nos dio con su ejemplo y su trabajo. Gracias, Tete. Descansa en paz, mi General.

## CURRICULUM VITAE DE AGUSTÍN CORRALES ELIZONDO

Agustín Corrales nació en Bilbao, el 1 de septiembre de 1944. Aunque se trasladó, siendo todavía un niño, a Madrid con su familia, nunca olvidó sus orígenes y, por ello, no perdonaba su visita anual, generalmente en verano, a Trucíos (Vizcaya), el pueblo de su madre.

Se licenció en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, con la calificación de Sobresaliente y Premio extraordinario. En esta misma Universidad se doctoraría, con la calificación de Sobresaliente, siendo ya miembro del Cuerpo Jurídico de la Armada. En la propia UCM se diplomó también en Derecho Comparado y en Derechos Humanos. Estaba asimismo en posesión de los títulos de Diplomado en Derecho Marítimo por la Escuela de Estudios Jurídicos de la Defensa y en Derecho Internacional Humanitario por el CDIH de la Cruz Roja.

Ingresó en el Cuerpo Jurídico de la Armada en 1970 con el número 2 de su promoción. A lo largo de su carrera militar desempeñó múltiples destinos, tanto en el ámbito administrativo como judicial. Tras su paso por la Escuela Naval Militar, su primer destino como Teniente Auditor fue la Fiscalía de la Zona Marítima del Estrecho, de donde, en 1974, pasó a Juez Instructor, Asesor Jurídico y Juez marítimo Permanente de Valencia, destino que ocupó hasta el año 1978. En este año pasó destinado a Madrid, siendo su primer destino la Auditoría de la Jurisdicción Central de Marina, pasando en 1984 a la Asesoría Jurídica de la Dirección de Construcciones Navales Militares. Posteriormente fue destinado a la Dirección de Justicia y Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada y, en 1987, a la Asesoría Jurídica del ISFAS.

En 1988 se incorpora a la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa. Fue nombrado Subdirector General de Recursos e Información

Administrativa en 1994, puesto que desempeñó hasta su ascenso al empleo de General Auditor. Nombrado Fiscal de la Sala V, de lo Militar, del Tribunal Supremo en 1995, permanece en ese cargo hasta que, en enero de 1998 es ascendido a General Consejero Togado y nombrado Asesor Jurídico General de la Defensa, puesto que ocuparía hasta su nombramiento como Magistrado del Tribunal Supremo, en marzo del 2001.

Representó al Ministerio de Defensa en diversas reuniones internacionales, especialmente en materia de Derecho Internacional, Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos, participando en la redacción de Tratados y Convenios de diversa índole y como Ponente en varias Jornadas de estudios y Seminarios. Formó parte, junto a representantes de los Ministerios de Justicia y Asuntos Exteriores, de la Comisión Interministerial para el desarrollo del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Participó en diferentes Comisiones de redacción de textos normativos en el ámbito del Ministerio, en particular en los relacionados con la Justicia Militar.

Desde la Asesoría Jurídica General organizó y dirigió las I, II y III Jornadas de Asesoramiento Jurídico y Jurisdicción Militar en el ámbito de la Defensa, celebradas en Madrid, bajo la presidencia del Ministro y Subsecretario del Departamento, durante los años 1998, 1999 y 2000 sucesivamente, con participación, además de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, de Catedráticos de Universidad, Magistrados, Abogados del Estado y otros miembros de la Administración civil y de las FAS, cuyas Ponencias están publicadas por la Secretaría General Técnica.

Paralelamente a sus actividades profesionales como jurídico militar, Agustín Corrales desarrolló una constante actividad docente, por la que sentía verdadera vocación y entusiasmo. Fue Profesor Ayudante en la Universidad de Valencia, 1974-1978, y Profesor Asociado a la Universidad Complutense entre 1979 y 1992, así como Profesor Titular en el Centro de Estudios Universitarios (U. San Pablo), en la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, Escuela de Guerra Naval y Centro de Estudios Superiores de Intendencia de la Armada.

También fue Ponente y Conferenciante en los cursos sobre Derecho Administrativo, Internacional o Disciplinario de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Igualmente Ponente y Comunicante, en varios de los Cursos sobre Justicia Militar organizados en el seno del Consejo General del Poder Judicial y en los de la Fiscalía Togada. Formó parte como colaborador y conferenciante habitual del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja.

En el mes de junio del año 2004, en representación del Comité Internacional de la Cruz Roja, participó en sendas Jornadas en Lima (Perú) y

La Paz (Bolivia) sobre «Aspectos penales y procesales en la Reforma de la Justicia Militar en ambos países, con especial referencia a cuestiones relativas a derechos humanos y derecho internacional humanitario».

Asimismo, también en el mes de junio del año 2005, invitado por la Armada Argentina participó en Buenos Aires como Ponente en unas Jornadas sobre «El Derecho Internacional de los Derechos Humanos».

Formaba parte del Consejo de Redacción de la Revista Española de Derecho Militar y era colaborador habitual de la Revista «Actualidad Administrativa».

De la larga lista de sus publicaciones, referentes a casi todos los campos jurídicos, podemos destacar las siguientes:

- Tesis doctoral: «El abordaje: Aspectos penales, procesales y mercantiles». (Madrid, 1975).
- «La libertad de expresión en las Fuerzas Armadas». *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas* (obra colectiva). Instituto de Derechos Humanos. Universidad Complutense, Madrid, 1985, págs. 487 y ss.
- «Efectos de las penas». *Comentarios al Código Penal Militar* (obra colectiva). Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 479 a 495.
- «Los delitos contra el decoro». *Comentarios al Código Penal Militar* (Op. cit). Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 1.779 a 1.821.
- «Comentarios a la Ley Procesal Militar». En *R.E.D.M.*, Madrid, 1989.
- «Problemática de los créditos documentarios y del arbitraje en la contratación administrativa». *Revista Española de Derecho Militar (R.E.D.M)* 1990, número 56-57.
- «Eficacia de los actos presuntos en la Ley 30/1992 (Problemática del sistema en relación a la Administración Militar)». *R.E.D.M.* Madrid, 1993, número 62 (págs. 45 a 92).
- «Responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación de libertad sufrida a resultas de arresto militar por sanción posteriormente anulada». *R.E.D.M.* Madrid, 1995, número 65 (págs. 585 a 607).
- «Problemática del sobreseimiento provisional». *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1996.
- «Posible alcance actual de la reforma del Derecho Penal y Judicial Militar. La opción entre la extensión del Procedimiento Abreviado y la instauración de los denominados juicios rápidos (Ponencia presentada a las Jornadas del Consejo General del Poder Judicial de noviembre de 1996). *Cuadernos del C.G.P.J.*, Madrid, 1997.

- «El principio de jurisdicción penal universal». En «Jornadas sobre Tribunales Internacionales», organizadas por el Cuerpo de Abogados del Estado. Madrid, 1999.
- «Tres problemas en la aplicación de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante». *Revista General de Marina*, 1976 (R.G.M.).
- «El embargo preventivo de buques extranjeros». *R.G.M.*, 1980.
- «La regla proporcional en la Ley de Contrato de Seguro».
- *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, dirigidos por D. Evelio Verdera. Ed. Consejo Superior Bancario, 1982.
- «El condominio de buques y las empresas pesqueras mixtas». *Revista de Estudios Pesqueros*. Madrid, 1985.
- *Diccionario Jurídico Espasa*. Redacción de las voces de Derecho Mercantil Marítimo. Espasa Calpe, 1992.
- «La relación ordenante-banco en los créditos documentarios. Referencia a la contratación pública». *Estudios en Homenaje al Profesor Verdera*. Tomo I, Ed. La Ley, 1994.
- «El Ordenamiento y la actividad mercantil marítima de la Edad Media a la Edad Moderna». *Revista de Historia Naval*, 1994, número 47.
- «El practicaje en buques de guerra». *R.G.M.* Madrid, 1996.
- «Las diversas formas de privatización y sus distintos efectos en las empresas del ámbito de la Defensa Nacional». II Jornadas de Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la Defensa. Edición del Ministerio de Defensa, marzo 2000.
- «Problemática de las guardias y servicios y su análisis en la jurisdicción contencioso-administrativa». II Jornadas (cit. págs. 323 y sigs).
- «Problemática suscitada por las Disposición Adicional 5 y 6 de la L.O. 8/1998, de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas». II Jornadas, (cit., págs. 393 y sigs).
- «Las responsabilidades patrimoniales de la Administración, en operaciones militares fuera del territorio nacional». Jornadas organizadas por el grupo español de la sociedad internacional de Derecho militar y Derecho de la guerra, Edición del Ministerio de Defensa. Madrid, 2000, (págs. 173 a 196).
- «Ámbito subjetivo de aplicación del Régimen Disciplinario Militar». En «*Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas*» (L.O. 8/1998). Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, junio 2000.
- «Los recursos en la Ley Disciplinaria». *Comentarios a la Ley Disciplinaria...* cit. (págs. 1085 y sigs).

- «Las Disposiciones Adicionales 1.<sup>a</sup> a 3.<sup>a</sup> de la Ley. *Comentarios a la Ley Disciplinaria* (págs. 1097 y sigs.).
- «Consideración sobre un posible estatuto general de derechos y obligaciones del militar profesional, en el marco de la Ley 17/1999, de 18 de mayo». III Jornadas de Asesoramiento Jurídico en el Ámbito de la Defensa, celebradas en septiembre de 2000, Ministerio de Defensa, Madrid, 2001.
- «Reflexiones sobre las perspectivas de actuación en el derecho militar, judicial y penal. Enfoque desde el ángulo constitucional». III Jornadas de Asesoramiento Jurídico en el Ambito de la Defensa (cit.), Ministerio de Defensa, Madrid, 2001.

El General Corrales estaba en posesión de las siguientes condecoraciones:

- ORDEN DE SAN HERMENEGILDO (Gran Cruz, Placa, Encomienda y Cruz).
- MERITO NAVAL (Gran Cruz, Cruz de 1.<sup>a</sup> Clase y Cruz de 2.<sup>a</sup> Clase).
- MERITO MILITAR (Gran Cruz y Cruz de 1.<sup>a</sup> Clase).
- CRUZ DE PLATA DE LA GUARDIA CIVIL.

## RESUMEN DE CONTENIDOS – TABLE OF CONTENTS

### **La ocupación bélica.** *Agustín Corrales Elizondo*

La ocupación militar está incorporada como sujeta a la disposición de la Carta de la ONU, y su regulación normativa, desde el punto de vista del DIH, está comprendida en la IV Convención de La Haya de 1907. El mundo actual ofrece situaciones de ocupación, en las que se puede apreciar la dificultad de trasladar la regulación del DIH sobre la materia en plenitud. El General D. Agustín Corrales Elizondo dedicó este trabajo al análisis de la arquitectura jurídica de esta compleja institución.

### **Military occupation.** *Agustín Corrales Elizondo*

Military occupation is incorporated as based on the United Nations Charter and its normative regulation, under IHL point of view, is included in the Hague Convention IV of 1907. Our world offers today situations of occupation in which one can appreciate the difficulty of transferring the regulation of international humanitarian law in full. General D. Agustín Gozalez Elizondo dedicated this work to analyse juridical architecture of this complex institution.



**Algunas consideraciones sobre la aplicación de la Ley de Partidos Políticos. Jurisprudencia nacional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** *Ángel Calderón Cerezo*

Se abordan en el presente trabajo dos aspectos de la Ley Orgánica de Partidos Políticos; primero la innovación que la misma representó sobre su disciplina en el marco constitucional incorporando límites específicos a su funcionamiento en congruencia con lo previsto en el art. 6 CE, siempre referidos a actividades y conductas y en ningún caso a proyectos, programas y fines, puesto que todos ellos tienen cabida dentro de la Constitución, incluso los que pretendan su modificación porque en nuestro sistema no puede sostenerse la denominada «democracia militante» que rige en otros países.

En segundo lugar se trata de la aplicación jurisdiccional de la LOPP, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, que ha dado lugar a la creación de una jurisprudencia ya consolidada que ha merecido el reciente respaldo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los aspectos sustantivos sobre la justificación de la medida de disolución de partidos políticos en los términos del art. 11.2 del Convenio de Roma, y en la vertiente procedimental relativa a la aplicación de los trámites del recurso contencioso electoral a los casos de fraudulenta continuidad o sucesión de partidos ilegalizados y disueltos.

**Some considerations on the implementation of the Organic Law on Political Parties. National and European Court of Human Rights jurisprudence.** *Ángel Calderón Cerezo*

These are discussed in this paper two aspects of the Organic Law on Political Parties, first innovation that it represented on their discipline within the constitutional framework incorporating specific limits to its functioning consistent with the provisions of art. 6 Spanish Constitution, always referred to activities and behaviours and in no case for projects, programs and goals, since they all have a place within the Constitution, even those who intend amendment because in our system can not sustain the so-called «militant democracy», that prevails in other countries.

Secondly it is the judicial application of the Organic Law on Political Parties, both by the Supreme Court and the Constitutional Court, which

has led to the creation of a well-established case law that has received recent support from the European Court of Human Rights in substantive aspects of the justification of the extent of dissolution of political parties in terms of art. 11.2 of the Rome Convention and the procedural side on the implementation of the electoral dispute procedures of appeal to cases of fraudulent continuity or succession of parties outlawed and disbanded.

### **El Justice Oliver Wendell Holmes. «The Great Dissenter» de la Supreme Court. Francisco Fernández Segado**

La *dissenting opinion* es una institución que ha sido a lo largo de dos siglos el sello del Poder Judicial en Norteamérica. El nombramiento de John Marshall como Presidente del Tribunal Supremo supuso el abandono de las *seriatim opinions*, una herencia inglesa, y su sustitución por las *opinions of the Court*. Del mismo modo, las *dissenting opinions* iban a aparecer bajo la Corte presidida por Marshall. El Juez Oliver Wendell Holmes es considerado como el «gran disidente» del Tribunal Supremo, no sólo por el elevado número de sus votos particulares, sino por su impacto y por su enorme trascendencia. En efecto, un porcentaje muy poco común de sus *dissenting opinions* llegaron a convertirse en Derecho. La Corte posterior a 1937 adoptó, efectivamente, el criterio requerido por el Juez Holmes en su clásica serie de disidencias sostenidas durante las tres primeras décadas del siglo. Holmes fue, y aún lo es, la figura mejor conocida que siempre se ha vinculado con el Tribunal Supremo y una de las cuatro o cinco personas más admiradas de la historia del sistema de gobierno norteamericano. Ha sido llamado el «apóstol de la libertad» y considerado un gran liberal. Como el Juez Frankfurter dijo, la piedra filosofal que el Juez Holmes ha empleado constantemente para el arbitraje es la convicción de que nuestro sistema constitucional descansa sobre la tolerancia y de que su gran enemigo es lo absoluto. Holmes fue un decidido partidario del realismo legal. El común denominador de las teorías del realismo legal será la concepción del Derecho como un medio para los fines sociales y no como un medio en sí mismo. Nadie como Holmes combatió tanto la tiranía de los tópicos y las etiquetas. Su rechazo de la lógica y del método lógico es bien conocido. Para Holmes, ninguna proposición concreta sería «per se» evidente. Posiblemente, su *dissent* en el caso *Lochner* sea el más relevante en la Corte anterior a Roosevelt. En él, Holmes consideraría que la Constitución no debe entenderse que encarne

una teoría económica particular, sea la del paternalismo y la relación orgánica del ciudadano con el Estado, sea la del *laissez faire*. Su *dissent* en el caso *Lochner* fue un elemento decisivo en la legitimación del instituto de las *dissenting opinions*.

**Justice Oliver Wendell Holmes. «The Great Dissenter» of the Supreme Court.** *Francisco Fernández Segado*

The dissenting opinion is an institution that has been for some two centuries the hallmark of the American judiciary. The Mr. John Marshall's appointment as Chief Justice of the United States Supreme Court supposed the abandon of the *seriatim opinions*, an English inheritance, and its substitution for the *opinions of the Court*. In like manner, the *dissenting opinions* appeared under Marshall Court. Justice Oliver Wendell Holmes has been considered «the great dissenter» of the Supreme Court, not only for the high number of his dissents but for its impact and for its great importance. In fact, in uncommon degree, Justice Holmes' dissenting opinions became the law. The post-1937 Court in effect adopted the criterion urged by Mr. Justice Holmes in his classic series of dissents during the first three decades of the century. He was and remains the best known figure who has ever been connected with the Supreme Court and one of the four or five most widely regarded individuals in American government history. He has been named the Freedom's Apostle and was always considered a great liberal. As Justice Frankfurter said, the philosopher's stone which Mr. Justice Holmes has constantly employed for arbitration is the conviction that our constitutional system rests upon tolerance and that its greatest enemy is the Absolute. Holmes was a determined partisan of the legal realism. The common denominator of the legal realism theories is the conception of the law as a means to social ends and not as an end in itself. Nobody as Holmes fought so mucho the tyranny of tags and tickets. Its refusal of logic and of the logical method it is very well known. For Holmes, no concrete proposition would be self-evident. Perhaps, its dissent in the *Lochner* case be the most important in the pre-Rooseveltian Court. In this dissent Holmes would consider that a Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of *laissez faire*. His dissent in the *Lochner* case was a decisive element in the legitimation of the *dissenting opinion's* institution.

**El derecho fundamental de petición: contenido y régimen jurídico. Su regulación en el estatuto del personal militar.** *Antonio Mozo Seoane*

El derecho de petición, de remoto origen histórico, se ha integrado en el orden constitucional como uno de los derechos fundamentales. En la Constitución española de 1978 –como, en general, en el constitucionalismo comparado– está regulado como tal derecho fundamental en el artículo 29, y desarrollado por la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre. Se analiza aquí su régimen jurídico general (ámbito subjetivo, contenido, procedimiento de ejercicio y control judicial), con una especial referencia al ámbito militar, donde tiene ciertas limitaciones (como ocurre con otros derechos fundamentales) derivadas del postulado de la «neutralidad política» que se exige al personal militar: si bien, entre nosotros tiene hoy una regulación provisional y en parte preconstitucional, que se estudian en el texto.

**The fundamental right of petition: content and legal status. Its regulation in the status of military personnel.** *Antonio Mozo Seoane*

The right of petition, with a remote historical origin, has been integrated into the constitutional order as one of the fundamental rights. In the Spanish Constitution of 1978 –as, generally, in comparative constitutionalism– is regulated as such a fundamental right in Article 29, and developed by the Organic Law 4 / 2001 of 12 November. We analyze here the general legal regime (subjective scope, content, exercise procedure and judicial review), with special reference to military field, in which has some limitations (as other fundamental rights) derived from the postulate of «political neutrality» imposed to military personnel: although still today has a provisional regulation, partly pre-constitutional, which are discussed in the text.

**Delegación de competencias y delegación de firma.** *José Leandro Martínez-Cardós Ruiz*

La delegación de competencias es la transferencia del ejercicio de determinadas competencias administrativas que se realiza en favor de órganos inferiores. La delegación de firma, en cambio, no constituye una delegación en sentido técnico. En este trabajo se analizan las notas esenciales de ambas figuras, con abundantes referencias jurisprudenciales.

**Competence delegación and signature delegation.** *José Leandro Martínez-Cardós Ruiz*

Competence delegation is the transfer of the exercise of certain administrative competences performed for lower bodies. Signature delegation, however, does not constitute a delegation in a technical sense. This paper discusses the essential notes of both figures, with abundant references to case law

**Una nueva regulación europea específica de los contratos en materia de defensa y seguridad.** *Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández*

La Directiva 2004/18/CE, sobre contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, se aplicaba a los contratos públicos licitados por poderes adjudicadores en el ámbito de la defensa. Lo que existía era solo una previsión de reserva de excepción del régimen ordinario, que jurisprudencialmente se ha ido perfilando en los últimos años, recogida en el artículo 296 del Tratado CE.

En el Diario Oficial de la Unión Europea de 20 de agosto de 2009 (L 216/76) se ha publicado la nueva Directiva 2009/81/CE, sobre contratos en los ámbitos de la Defensa y la seguridad, aún pendiente de transposición al Derecho interno español, a la que se dedica el presente estudio.

**A new specific European regulation of defense and security contracts.** *Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández*

Directive 2004/18/EC on public works, supplies and services contracts, was applied to public contracts tendered by contracting authorities in the field of defense. What existed was only an exception reservation to the ordinary regime, which has been highlighted jurisprudentially in recent years, contained in Article 296 TEC.

In the Official Journal of the European Union of 20 August 2009 (L 216/76) has published the new directive 2009/81/CE on contracts in the fields of defense and security, still pending to be transposed to Spanish national law, to which is dedicated this study.

**Problemas jurídico-penales e internacionales del crimen de piratería. Una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no decirlo?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional.** *José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto*

Este trabajo estudia los problemas jurídico-penales e internacionales que plantea la represión del crimen de piratería. Se analiza la definición de piratería en relación con el lugar de ejecución y su comisión en la ZEE, diferenciándolo del «robo a mano armada». Se examinan los elementos de éste crimen y los aspectos internacionales de la visita, captura, apresamiento y enjuiciamiento de los piratas. Se da cuenta de la laguna existente en el vigente Código penal español, de las soluciones de la legislación comparada y de los problemas que presenta la aplicación del principio de jurisdicción universal y el Proyecto de modificación del Código penal de 2009, así como de la aplicación de la Convención de Roma de 1988. Se pone de manifiesto la indeterminación jurisdiccional para el enjuiciamiento estatal de la piratería y se proponen diversas soluciones normativas, inclinándose el autor por la modificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para incorporar a la piratería entre los crímenes de la competencia de la Corte.

**Legal-criminal and international problems of piracy. An unforgivable gap in our criminal code and, why not?, a crime within the jurisdiction of the International Criminal Court.** *José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto*

This paper studies the legal-criminal and international problems that generates the repression of piracy. It is reviewed the definition of piracy in connection with the place of execution and its commission in the EEZ, distinguishing from «armed robbery». It examines the elements of that crime and the international aspects of the visit, capture, arrest and prosecution of pirates. It highlights the existence gap in the current Spanish penal code, the solutions given by comparative law and the problems in implementing the principle of universal jurisdiction and the draft of the Criminal Code amendments of 2009, as well as the implementation of the Rome Convention of 1998. It shows the jurisdiccional indetermination for the judicial state prosecution of piracy and proposes different legislative solutions, opting the

author by the amendment of the Rome Statute of the International Criminal Court to include piracy among crimes within Court's jurisdiction.

**Acerca de la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.** *Fernando Pignatelli Meca*

En este trabajo se abordan determinadas cuestiones que, a partir de la STEDH de 2 de noviembre de 2006 –asunto *Dacosta Silva contra España*–, se han planteado en el orden interno español acerca de la reserva formulada por nuestro país en 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 en relación con la facultad que el artículo 25.3 de la Constitución atribuye a la Administración militar para imponer sanciones privativas de libertad a los miembros de las Fuerzas Armadas.

Tras el necesario análisis de diversas cuestiones generales relacionadas con la institución jurídica de la reserva, así como de las especificidades de esta en el ámbito de los tratados multilaterales de derechos humanos, se examina la regulación positiva que la formulación y retirada de reservas merece en el Derecho español, para abordar, a continuación, los efectos que, a resultas de la reciente jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, se derivan de la circunstancia del retraso en la actualización de la reserva española de 1979 al CEDH en relación con las sanciones privativas de libertad impuestas en aplicación de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, desde su entrada en vigor hasta la declaración de 2007 por la que se actualiza aquella reserva.

Finalmente, y a la vista de todo lo anterior, se plantea la problemática que deriva de la previsión de la Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, en cuanto que viene la misma a propiciar la aplicabilidad a los miembros del Instituto Armado de las sanciones privativas de libertad que se prevén en la Ley Orgánica 8/1998 en los supuestos de que se encuentren aquellos en el cumplimiento de misiones de carácter militar o integrados en unidades militares, lo que, dado el tenor de la STEDH de 2 de noviembre de 2006 y de la declaración española de 2007, comporta una modificación o ampliación de la reserva determinante de la falta de adecuación a los artículos 5 y 6 del CEDH de las eventuales sanciones privativas de libertad que pudieran imponerse a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil.

**About the 1979 Spanish reservation to Articles 5 and 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950.** *Fernando Pignatelli Meca*

In this paper we address certain issues that, from the SECHR of 2 November 2006 –case *Dacosta Silva v. Spain*–, raised in the domestic Spanish about the reservation made by our country in 1979 to articles 5 and 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 in relation to the power that Article 25.3 of the Constitution assigns to the military administration to impose freedom depriving penalties to members of the Armed Forces.

After the necessary analysis of various general issues relating to the reservation legal institution as well as its specificity in the field of multilateral human rights treaties, it examines the positive regulation that the formulation and withdrawal of reservations has under Spanish law to address, then, the effect that, as a result of the recent decision of the Fifth Chamber of the Supreme Court, derive from the delay in updating the 1979 Spanish reservation to the ECHR in relation to freedom depriving penalties imposed under the Organic Law 8 / 1998 of 2 December, of the Disciplinary Regime of the Armed Forces, since its entry into force until the declaration of 2007, updating this reservation.

Finally, by the above, arises the problem that stems from the sixth additional provision of the Organic Law 12/2007 of 22 October, of the disciplinary regime of the Civil Guard, that promotes the applicability of freedom depriving penalties provided in the Organic Law 8 / 1998 to members of the Armed Institute when in the performance of military missions or integrated into military units which, given the tenor of SECHR of 2 November 2006 and the Spanish declaration of 2007, involves a modification or extension of the reservation that determines the inadequacy of eventual freedom depriving penalties imposed on members of the Civil Guard Corps depriving penalties to Articles 5 and 6 of the Convention.

**El título IV de las Reales Ordenanzas a la luz del Derecho Militar Operativo.** *Carlos Eymar Alonso*

Este trabajo tiene por objeto establecer una relación entre el Título IV de las Reales Ordenanzas, relativo a las operaciones, y ciertas orientaciones del Derecho Militar Operativo, disciplina en cuyo nacimiento, desempeño un importante papel el Magistrado Don Agustín Corrales Elizondo.



do. Las normas de Derecho Internacional Humanitario contenidas en el Capítulo VI, así como muchos otros artículos del Título IV de las Reales Ordenanzas, participan de un doble carácter ético-jurídico, sin que resulte posible hoy día separar estos dos ámbitos. La ética militar operativa debe encontrarse necesariamente con el Derecho Militar Operativo.

**Title IV of the Royal Ordinances in the light of Operational Military Law.** *Carlos Eymar Alonso*

This work aims to establish a relationship between Part IV of the Royal Ordinances concerning the operations, and some trends of Operational Military Law, being a discipline in which, from its beginning, played an important role the Judge Don Agustín Corrales Elizondo. The rules of international humanitarian law contained in Chapter VI, as well as many other items of Title IV of the Royal Ordinances, participate of a dual legal-ethical character, being impossible today to separate these two areas. Operational military ethics must necessarily meet operational military law.

**El Tratado de prohibición de las bombas de racimo.** *Gonzalo Jar Couselo*

Las bombas de racimo están diseñadas para matar soldados y dañar las armas enemigas; sin embargo, lo que suele ocurrir en la práctica, de ahí su perversión, es que muchas de ellas, dispersas por el terreno, no explotan según lo previsto y permanecen allí durante décadas, como una amenaza mortal hasta que son manipuladas. El autor describe la génesis, contenido y estado de ratificación del Tratado para la prohibición de este tipo de armas.

**The Cluster bombs Ban Treaty.** *Gonzalo Jar Couselo*

Cluster bombs are designed to kill soldiers and to damage enemy weapons, but what usually happens, hence its perversion, is that many of them, scattered throughout the field, do not operate as intended and remain there for decades as a mortal threat until they are dismantled. The author describes the genesis, content and status of ratification of the treaty banning these kind of weapons.

## **La Convención del Derecho del Mar cumple sus bodas de plata con más sombras que luces.** *José Cervera Pery*

Tras este aniversario jubilar del Convenio de Jamaica existe un marco conceptual global en el cual se desenvuelve la disciplina del Derecho del Mar. El nuevo Derecho del Mar necesariamente deberá ser actualizado en aquellos aspectos en donde la costumbre y la práctica aconseje nuevos ajustes o modificaciones. Desde la inquietud o la esperanza, España tiene asignada una importante e irrenunciable misión en el nuevo contexto del Derecho del Mar y en el que puede ser un excelente enlace entre la Unión Europea y los países iberoamericanos.

## **The Law of the Sea Convention meets its silver anniversary with more shadows than lights.** *José Cervera Pery*

Following the Jubilee anniversary of the Convention of Jamaica there is an overall conceptual framework in which it develops the discipline of the Law of the Sea. The new Law of the Sea necessarily has to be updated in those areas where custom and practice advice on further adjustments or modifications. From concern or hope, Spain is assigned an important and indispensable mission in the new Law of the Sea and which can be an excellent liaison between the EU and Latin American countries.

## **Diez propuestas para una actualización del Derecho de los Conflictos Armados en la mar.** *Juan Carlos González Barral*

En las dos últimas décadas del siglo XX se produjeron determinados acontecimientos que reactivaron grandemente el interés académico por el estudio del Derecho de los Conflictos Armados en el mar, sacudiendo las bases del Derecho Internacional Humanitario. La doctrina ha destacado la necesidad de acabar con la incertidumbre en cuanto a las normas aplicables y de reformar esta rama del derecho, pero, pasados los años, sigue sin existir un texto normativo omnicompreensivo del Derecho de los conflictos armados en el mar, y lo que es todavía mas peor, ni siquiera se vislumbra esa posibilidad. El objetivo del autor es aprovechar todo el material académico que afecta a la materia, y construir una serie de propuestas integradoras sobre los diferentes problemas que plantea en nuestros días.

**Ten proposals for updating the Law of Armed Conflict at sea.** *Juan Carlos González Barral*

In the last two decades of the twentieth century certain events had taken place that greatly revived academic interest in studying the law of armed conflict at sea, shaking the foundations of international humanitarian law. The doctrine has emphasized the need to end uncertainty about the rules and to reform this area of law, but over the years, there is still no global text of the law of armed conflict at sea, and what is even worse, even that possibility looms. The author's aim is to use all scholarly material that affects the field and build an inclusive set of proposals on various problems today.

DERECHO PENAL Y PROCESAL

**Cuando la memoria tergiversa la historia.** *Jesús Ernesto Peces Morate*

Cuando la historia-relato se escribe desde la memoria, sin contrastarla con otras fuentes, la invención reconstruye los hechos a su medida, lo que ha ocurrido con *el episodio nacional de la memoria histórica* contemplada en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre. A través de la narración de dos concretas memorias familiares enfrentadas se trata de evidenciar la discriminación que esa Ley propicia con la implantación de una determinada memoria colectiva de espaldas a la historia, salvo que el derecho, expresamente reconocido a todos los ciudadanos para recuperar su memoria personal y familiar, sólo sea protegible cuando refleje fielmente los sucesos acaecidos, pues, de lo contrario, se ampararía una memoria inexacta.

La revisión de juicios celebrados por tribunales excepcionales está reservada a los tribunales de justicia. De residenciarse en sede administrativa, las reparaciones y reconocimientos quedarán siempre bajo sospecha de parcialidad.

**When memories misrepresents history.** *Jesús Ernesto Peces Morate*

When a story is written from memory, without contrasting it with other sources, invention reconstructs events to measure and that is what happened to the national episode of historical memory provided in the Law 52/2007, of 26 December. Through the relating of two divergent families memories, this work tries to show the discrimination situation that generates this Law because of the establishment of a particular collective memory behind

history's back, unless the right, expressly given to all citizens to recover his personal and family memory, is only protected when accurately reflects the events occurred, because, otherwise, would protect an inaccurate memory.

The trials review by special courts has to be reserved to courts. In case of impeachment at administrative bodies, reparations and acknowledgment will be always under suspicion of partiality.

### **El reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. Su homologación internacional.** *Ignacio Sierra y Gil de la Cuesta*

El sistema de reconocimiento y declaración de ejecutoriedad que se recoge en los instrumentos internacionales se caracteriza por acogerse a un sistema procesal de homologación, y no conflictual. Es, además, un sistema que responde a un modelo de exclusividad y se acomoda a los postulados de los modelos de justicia privada, por encima del modelo de soberanía. El presente estudio desgrana sus líneas esenciales.

### **The recognition and enforcement of judgments. Its international homologation.** *Ignacio Sierra y Gil de la Cuesta*

The system of recognition and the declaration of enforceability as set out in international instruments is characterized by being an homologation procedural system, not conflictual. It is also a system that responds to an exclusive model, conformed to the principles of private justice models, above sovereignty model. This study shells its essential aspects.

### **Acercas de la Jurisdicción Universal.** *Luis B. Álvarez Roldán*

La defensa del principio de justicia universal no puede ir frontalmente en contra del «nullum crimen, nulla poena, sine previa lege penale». Por su parte, el Estatuto de Roma, al establecer la subsidiaridad como criterio de competencia, permite, en casos, el ejercicio de la competencia por un Estado, pero ello no lleva a la jurisdicción universal sin más y sin ninguna limitación. En fin, la legislación hoy ya vigente en España, se opone a la doctrina decididamente proclive a la Jurisdicción Universal Absoluta. El autor entra en este interesante debate, pasando revista a las distintas posturas doctrinales y normativas.

## **About Universal Jurisdiction.** *Luis B. Álvarez Roldán*

Upholding the principle of universal justice can not go head on against the «*nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*». Meanwhile, the Rome Statute, establishing subsidiarity as a criterion of competence, allows, in some cases, the exercise of jurisdiction by a state, but this does not lead to universal jurisdiction without more and without any limitation. Finally, the Spanish legislation in force today, opposes the doctrine that decidedly proclaim absolute universal jurisdiction. The author goes into this interesting debate, reviewing the different positions and doctrinal rules.

## DERECHO MERCANTIL

### **El convenio concursal prejudicial y la transacción.** *Eduardo Montull Lavilla*

Se trata en este trabajo de entrar en el debate de una de las cuestiones atinentes a la caracterización jurídica del convenio concursal prejudicial. Cuando una persona física y jurídica acceda a una situación patrimonial tal que, en un momento determinado, no pueda pagar a todos sus acreedores (dos o más), el total de sus respectivos créditos, puntualmente, antes de una eventual declaración judicial de tipo concursal, el convenio de esta índole prejudicial no sólo es posible sino que cuenta con una evidente razón de ser sobre la base de un legítimo interés compartido y merecedor de tutela jurídica.

### **The prejudicial insolvency agreement and the settlement.** *Eduardo Montull Lavilla*

In this work is debated one of the issues pertaining to the legal characterization of the prejudicial insolvency agreement. Where a natural or legal person is in a such financial situation that, at any given time, can not pay all its creditors (two or more), the total of their claims, before a judicial declaration of such eventual insolvency, a prejudicial agreement of this nature is not only possible but has a clear rationale based on a legitimate interest, that deserves legal protection.

## **El alcance de la responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades: su extensión a las sanciones.**

*Juan Gonzalo Martínez Micó*

Una sociedad puede ser autora, exclusivamente o junto con otras personas físicas o jurídicas, del incumplimiento de las obligaciones tributarias y de la comisión de infracciones de la misma índole y, por tanto, susceptible de ser sancionada. El objeto del presente estudio es determinar el alcance de la responsabilidad tributaria de la sociedad, por infracción, a los administradores de la misma, solidaria o subsidiariamente; ello permite asegurar en la persona de los administradores la efectividad de las sanciones tributarias, siempre que el administrador haya participado en la comisión de la infracción.

La extensión de la responsabilidad tributaria a las sanciones es analizada en la época anterior a la reforma de la L.G.T. 230/1963 por la Ley 25/1995, en la reforma de la Ley 25/1995 –que avivó la polémica de la aparente contradicción entre el art. 37.3 y los arts. 38.1 y 40.1, párrafo primero– y en la nueva L.G.T. 58/2003, incluida la reforma de la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

El problema ofrece interés en el ámbito doctrinal y posee una indudable trascendencia práctica; de ahí la conflictividad a la que ha venido dando lugar en nuestros tribunales, cuyos pronunciamientos son objeto de especial atención, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

## **The scope of the tax liability of the Company managers: its extension to sanctions.** *Juan Gonzalo Martínez Micó*

A society can be author, exclusively or together with other natural or legal persons, of violation of tax obligations and other violations of the same nature and therefore liable to be punished. The purpose of this study is to determine the extent of the company's tax liability, for offences, to its managers, jointly or alternatively; it allows to ensure in managers the effectiveness of tax penalties, provided that the manager has participated in the commission of the offense.

The extension of tax liability to sanctions is discussed in the pre-reform era of the TGL 230/1963 by the Law 25/1995, in the reform of Law 25/1995 –which intensify the controversy of the apparent contradiction between art. 37.3 and the arts. 38.1 and 40.1, first paragraph– and the new

TGL 58/2003, including the reform of Law 36/2006, of measures for the prevention of tax evasion.

The problem offers interest in the doctrinal area and has an undeniable importance, hence the conflict which has been taking place in our courts, whose rulings are given special attention, with special reference to the Supreme Court's jurisprudence.

## LA OCUPACIÓN BÉLICA

Agustín Corrales Elizondo

### *SUMARIO*

I.- Introducción. II.- Concepto de ocupación bélica. III.- Régimen jurídico y consecuencias de la ocupación en el ámbito del DIH. IV.- Aplicación de la normativa de ocupación militar a las operaciones de organizaciones internacionales, en particular en los casos de operaciones de paz y de administraciones civiles transitorias de carácter internacional. V.- Problemas durante la ocupación: cambios de situación, movimientos de resistencia o acciones de combate en el territorio ocupado. Actos terroristas y de otras personas civiles. VI.- Consideración especial de la construcción de un muro en territorio palestino en el marco del conflicto entre Israel y Palestina. VII.- Reflexiones sobre la situación creada con motivo de la ocupación de Irak. VIII.- Consideración de las actuaciones en Afganistán y Haití. IX.- Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

Los propósitos y los principios que se establecen en los dos primeros artículos de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, Carta) están presididos por el mandato de mantener la paz y la seguridad internacionales tendiendo a garantizar que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común. Entre los principios del art. 2.º figura el de arreglar las controversias internacionales por medios pacíficos, absteniéndose de recurrir al uso de la fuerza contra cualquier otro Estado. Debiendo respetar (art. 2.4) la integridad territorial y la independencia política de tal Estado.

La Corte Internacional de Justicia, en Sentencia de 27 de junio de 1986, estableció que el art. 2.4 de la Carta constituye no solo una norma de



derecho positivo, sino también la articulación del derecho consuetudinario contemporáneo. Por tanto, el principio de interdicción del uso de la fuerza es vinculante también como costumbre internacional.

El mismo principio fue aprobado por la Asamblea General de las N.U. en la Resolución 2625 en la que, entre otros muchos aspectos, se determina lo siguiente:

«El territorio de un Estado no será objeto de ocupación militar derivada del uso de la fuerza, en contravención de las disposiciones de la Carta».

Pues bien: La Corte Internacional de Justicia entendió, en la Sentencia antes referenciada, que la Resolución 2625 expresaba una «opinio iuris» que no podía ser entendida como un simple recordatorio, sino como una adhesión al valor de las reglas declaradas por la Resolución, otorgándoles valor propio como Derecho Internacional.

Ello implica que la ocupación militar está indiscutiblemente incorporada y jurídicamente sujeta a las disposiciones de la Carta. En el presente trabajo analizaremos como, además de este encuadramiento en la Carta, la ocupación bélica se encuentra regulada, desde el denominado Derecho de La Haya, por las normas del Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH).

A estos efectos, la estructura del estudio parte del concepto de ocupación militar en sentido jurídico, para continuar con la regulación desde el prisma del DIH y contemplar luego su proyección normativa en las operaciones de organizaciones internacionales, en las de mantenimiento de la paz y en las administraciones civiles transitorias. A continuación consideraremos la incidencia de los movimientos de resistencia, acciones de combate y posibles actos terroristas en territorio ocupado, así como la confusión entre estos últimos y los actos de resistencia. Por último, abordaremos problemas específicos como la construcción del muro por Israel en el marco del conflicto palestino-israelí, la situación actual de Irak y las condiciones de actuación de las tropas internacionales en Afganistán y Haití.<sup>1</sup>

## II. CONCEPTO DE OCUPACIÓN BÉLICA

La definición de la ocupación se encuentra precisada en el Reglamento anexo a la IV Convención de La Haya de 1907 (en adelante, H.), que comprende las leyes de la guerra en tierra (Convención) y las costumbres

---

<sup>1</sup> Esta sistemática, a salvo de los últimos apartados, es la comúnmente seguida por la doctrina. Así, vide S. Vite: «La aplicabilidad del derecho internacional de la ocupación militar a las organizaciones internacionales», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 86; N.º 853; marzo, 2004, págs. 9 y sigs.

sobre la misma cuestión (Reglamento Anexo, cuya Sección 3.<sup>a</sup>, abordaba el problema bajo la rúbrica «De la Autoridad Militar sobre el territorio del Estado enemigo»). El art. 42 de esta Sección dice (H. IV, R, 42):

«Un territorio se considera ocupado cuando se encuentra sometido de hecho a las autoridades del ejército enemigo. La ocupación no se extiende más que a los territorios en los que dicha autoridad está establecida en condiciones de ser ejercida».

De la mentada descripción se colige que, una vez más, las normas del DIH, ya históricamente, trascendentalizan el principio de efectividad que ha de proyectarse aquí sobre la realidad de la ocupación con un carácter de cierta permanencia, que habrá de dar lugar a la virtualidad de relaciones directas entre la autoridad militar y la población civil de los territorios ocupados.

La definición pretérita ha sido precisada y refrendada por el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 (en adelante, G. IV), cuyo art. 2.1 especificará que el Convenio «se aplicará igualmente en todos los casos de ocupación de todo o parte del territorio de una Alta Parte contratante, aunque esta ocupación no encuentre resistencia militar», precepto éste —como es sabido— común, como los arts. 1 y 3, a los Cuatro Convenios de Ginebra.

En el precitado art. 2.1 (G. IV) se da por previsto el principio de efectividad con independencia del reconocimiento del estado de guerra o de conflicto entre los beligerantes y al margen de la posible resistencia por los habitantes o fuerzas del territorio ocupado. La precisión, respecto al art. 42 del Reglamento adjunto a la Cuarta Convención de La Haya (H. IV, 12), pretende en alguna medida hacer abstracción del requisito del «ejército enemigo» como sujeto activo de la ocupación, que normalmente concurrirá, pero sin que los términos estrictos puedan servir de límite para la aplicación del DIH.

Otra particularidad de los conceptos que estamos utilizando está constituida por el hecho de que la ocupación se establece en territorios pacificados o estabilizados militarmente hablando, en los cuales no tiene necesariamente que existir por ello tensión bélica en operaciones armadas en curso o que se estén librando. A ello se refiere el art. 42.2 (IV. H, R.) cuando concreta que la ocupación «no se extiende» a territorios al margen de aquellos en los que la autoridad militar está «establecida» y «en condiciones de ejercerse».

Y a este mismo extremo de «estabilidad», como complementario de la «efectividad» se refiere luego el art. 43 (IV. H., R) cuando imperativamente exige que: «Desde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, éste tomará todas las medidas que estén a su alcance

a fin de restablecer y conservar, en cuando sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país».

Lo que debe considerarse sujeto a interdicción para la potencia ocupante es dejar sin efecto el estatuto de protección de las personas protegidas. En este sentido ha de interpretarse el art. 47 (G. IV), que taxativamente mantiene dicha tutela de manera tan imperativa y rotunda para el ocupante que, especifica que los beneficios de las mismas no decaerán como obligación del ocupante «en ninguna circunstancia ni en modo alguno».

Todo ello implica que la ocupación presupone el efecto de la estabilidad real, con control efectivo, jurídico y militar, por parte de las fuerzas armadas ocupantes, sin que puedan configurarse en puridad las previsiones descritas cuando se den enfrentamientos entre fuerzas beligerantes dentro del territorio.<sup>2</sup>

### III. RÉGIMEN JURÍDICO Y CONSECUENCIAS DE LA OCUPACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DIH

De algunas de las anteriores reflexiones se desprende que el DIH pretende reorientar el «factum» de la ocupación ó la situación hacia la estabilidad, la normalización de relaciones; en definitiva a que, durante el periodo en que se desarrolle, los habitantes del territorio ocupado puedan desenvolverse en lo posible por los cauces de vida más llevaderos. Esta es la razón de que el Derecho Internacional en general y el DIH, en particular, trate de encorsetar en la mayor medida factible las obligaciones del ocupante, bajo la perspectiva del respeto a las normas, costumbres, régimen de vida y, sobre todo, derechos humanos de los habitantes que son los sujetos pasivos y, en principio, padecen la situación.

Conviene ahora, sistemáticamente, aproximarnos a la regulación jurídica vigente, contemplando para una mayor claridad en diversos apartados los diversos aspectos:

---

<sup>2</sup> Estas realidades se dan en las descripciones doctrinales sobre la ocupación militar. Así E. David, en «Principes de droit des conflits armés», Bruylant, Bruxelles 2002, pág. 497 afirma: «La ocupación supone... un conflicto armado entre dos Estados, la presencia armada de uno de los dos Estados sobre todo o parte del territorio del otro Estado, persistiendo el conflicto entre ambos». También E. Benvenisti: «The International Law of Occupation», Princenton University Press, Princenton, 1993, pág. 355 escribe que se da el presupuesto de la ocupación mediante «el efectivo control del poder (sea por uno o mas Estados o por una organización internacional) sobre un territorio respecto del cual no existe título de soberanía, sin la aquiescencia de quién ostentaba dicho título en el expresado territorio».

## A) DURACIÓN

El art. 6 (G.IV) estudia la cuestión de la duración de la ocupación. En su párrafo primero contempla el «dies a quo» o inicio, afirmando que el Convenio se aplicará «desde el comienzo de todo conflicto u ocupación». No se fija, pero es palmario que se pretende que desde la iniciación de la ocupación la normativa sea aplicable. En cuanto al «dies ad quem» o fin de la misma, el párrafo tercero del propio art. 6, distingue entre una fórmula general que fija dicho final o terminación «un año después del cese general de las obligaciones militares» y una exigencia concreta para que la Potencia ocupante observe un conjunto extenso de disposiciones del Convenio (arts. 1 a 22, 27, 29 a 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 al 77 y 143) «en tanto que esta Potencia ejerza funciones gubernamentales en el territorio de que se trata»<sup>3</sup>.

Como se observa, el art. 6 no hace previsiones para los casos en que la ocupación se haya producido sin ningún tipo de resistencia militar. Sin embargo la doctrina entiende<sup>4</sup> que, habida cuenta de que el territorio se considera ocupado, aunque el ocupante no haya encontrado la aludida resistencia, no debe haber excepción para la aplicación de la Convención. Se argumenta asimismo que el requisito de la efectividad, que es el que contemplaba la normativa consuetudinaria derogada por el art. 6 (G. IV), se da en cualquier tipo de ocupación, por lo que no deben existir distinciones en este punto.

La problemática ha sido contemplada también por el Protocolo adicional I, de 1977 (en adelante, P.I), cuyo art. 3 b) precisa que la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo cesará «al término de la ocupación», aunque salvaguardando la protección de las personas pendientes de «liberación definitiva, repatriación o reasentamiento». Sobre estos extremos, comenta VITE<sup>5</sup> que podrán concurrir circunstancias decisivas

---

<sup>3</sup> Como explica S. Vite, (cit. Pág, 12, nota 12), la razón de ser de esta disposición se encuentra en los casos y experiencias habidas con Alemania y Japón, tras la Segunda Guerra Mundial, toda vez que, después de un año, se comprobó que no era posible mantener rigurosamente inamovibles en tales territorios las normas del derecho de ocupación militar, tras el fin de las hostilidades, en consideración a los habitantes del territorio ocupado, al concurrir una menor necesidad de protección, siempre reservando en todo caso las disposiciones humanitarias, es decir, los principios básicos sobre el tratamiento de personas, contenidos en la Convención.

<sup>4</sup> J. Pictet: «La Convención de Ginebra relativa a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra», CICR, GINEBRA, 1956; pág. 70. En el mismo sentido, F. Mulinen: «Manual sobre el Derecho de la Guerra para las Fuerzas Armadas», CICR, GINEBRA, 1991, pág. 196.

<sup>5</sup> S. Vite. cit., pág. 13.

para el fin de la situación de ocupación y que afectarán al mismo, entre las que cita la reanudación de las hostilidades si las fuerzas ocupantes no pueden garantizar el control efectivo del territorio que es requisito conceptual esencial; la retirada de las tropas ocupantes o la conclusión de algún tipo de acuerdo que atribuya un estatuto especial a dichas fuerzas.

Sobre la primera de dichas circunstancias – reanudación de hostilidades – conviene apuntar aquí que cuando se libran combates en un territorio entre las fuerzas enemigas y las que defienden el territorio, no habiéndose producido, por tanto, o habiendo desaparecido el «control» del ejército de ocupación, en tal caso no nos encontramos ante una situación de ocupación, sino en la de «invasión».<sup>6</sup>

## B) PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DEL ORDEN JURÍDICO

La Potencia ocupante que ostenta la autoridad debe tomar las medidas a su alcance para restablecer y garantizar, en la medida de lo posible, las condiciones de vida y el orden público [Reglamento de La Haya (H IV), art. 43]. Las fuerzas armadas ocupantes serán las responsables de la aplicación del DIH (P. I, arts. 86 y 87), si bien, para beneficiarse de esta protección plenamente, los habitantes del territorio ocupado deben abstenerse de toda actividad hostil contraria a la seguridad de la Potencia ocupante (G. IV, art. 5).

A tal efecto, la Potencia ocupante debe respetar las leyes vigentes en el territorio con antelación al hecho de la ocupación, a no ser que resulte absolutamente imposible o las normas vigentes no se correspondan con el debido respeto a los derechos fundamentales (v.gr. si son discriminatorias) [Reglamento de La Haya (H. IV), art. 43].

En particular, el Reglamento (arts. 46 y 55) ordena el respeto a la propiedad privada.

En cuanto a los *asuntos penales*, seguirá en vigor la legislación penal vigente en el territorio ocupado (G. IV, art. 64), si bien el ocupante podrá

---

<sup>6</sup> Una de las más emblemáticas y originales situaciones, aunque atípica, «invasión», fue la constituida por la operación «Overlord» y el «Plan Bigot», es decir, el desembarco de los aliados en las costas de Normandía, el 6 de junio de 1944. Se dice que el general De Gaulle, enterado de la intención de las fuerzas de desembarco de «administrar las ciudades francesas que vayan siendo liberadas», según las instrucciones del mando aliado (AMGOT), como se hizo en Italia (ciertamente el caso era distinto, porque Italia estaba entre los países del «Eje» enemigo), comenzó a idear la estrategia para evitar a toda costa que esta «liberación» se volviera una verdadera «ocupación», a cuyo efecto movilizó a combatir a los franceses por radio el mismo día del desembarco.

derogar o suspender dicha legislación si constituye «una amenaza para la seguridad de la Potencia ocupante» o un obstáculo para la aplicación del DIH en lo referente a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Asimismo se prevén supuestos en que se pueden promulgar nuevas disposiciones penales, siempre sin efecto retroactivo, para la correcta administración del territorio y en garantía de la seguridad de los ocupantes (G. IV, art. 64 y 65) redactadas en la lengua hablada por los habitantes del territorio ocupado. En la aplicación de las antiguas normas funcionarán los Tribunales del lugar. Sin embargo, en la aplicación de las nuevamente promulgadas, la Potencia ocupante «podrá someter a los acusados a sus tribunales militares si éstos no son políticos y están legítimamente constituidos», a condición de que funcionen en el país ocupado. También se tratará de que los Tribunales de apelación, en tales casos, funcionen asimismo en el país ocupado. (G. IV, art. 66). Los habitantes no pueden ser procesados – sin embargo – por actos cometidos antes de la ocupación o durante una interrupción temporal de la misma, excepto por infracciones contra el derecho de la guerra (G. IV, art. 70). Asimismo la condena será siempre acorde con las normas de proporcionalidad de las penas no pudiendo ser excesiva con respecto al daño efectivamente causado (G. IV, art. 68). Excepcionalmente, en las disposiciones penales de la Potencia ocupante, se puede imponer la pena de muerte, únicamente para los delitos de espionaje, actos graves de sabotaje contra la Potencia ocupante e infracciones internacionales que hayan causado la muerte de personas. Sin embargo, es necesario que, en la legislación del territorio ocupado, vigente antes de comenzar la ocupación estuviera prevista la pena de muerte<sup>7</sup> para tales infracciones (G. IV, art. 68).

### C) FACULTADES ADMINISTRATIVAS DE LA AUTORIDAD MILITAR OCUPANTE

Pudiera entenderse que la obligación de restablecer y asegurar el orden y la vida pública deja un posible margen de maniobra tal vez excesivo a los ocupantes. Esta realidad es la que tiene presente tanto el Reglamento de la H. IV como el G. IV. Así, está prohibido que se modifique el estatuto de los

---

<sup>7</sup> El inciso de condicionar la aplicación de la pena de muerte, exclusivamente a los países que ya la tuviesen prevista para los delitos que se contemplan, es afortunado, dentro de la repulsa que dicha pena produce hoy afortunadamente en una elevada proporción de legislaciones penales, entre ellos España que la eliminó –a pesar de una primaria contemplación constitucional para tiempo de guerra, plasmada en nuestro Código Penal Militar de 1985– incluso en tales casos excepcionales.

funcionarios y de los magistrados del país ocupado, aunque podrán privar de su cargo a los titulares de funciones públicas (G. IV, art. 54).

Se establece también la cautela de que la policía del lugar no deba ser requerida para que ayude a ejecutar órdenes tendentes a emplear a la población civil con finalidad militar o para que participe directamente en las hostilidades (G. IV, art. 51); se limitan las requisas al ámbito sanitario, de transporte y de víveres y siempre que quede atendida la población civil (G. IV, arts. 55 y 57) y P. I (art. 14); se obliga al pago en efectivo de efectos requisados; se facilitará la recaudación de impuestos y contribuciones establecidos antes de la ocupación, admitiéndose en el Reglamento de 1907 (H. IV, art. 49) la posibilidad de contribuciones en efectivo «para cubrir las necesidades de las fuerzas de ocupación o de la administración del territorio ocupado». Se prevé la colaboración en materia sanitaria (G. IV, art. 56) en abastecimiento de la población (G. IV, art. 55); protección civil (P. I, art. 63) y salvaguarda y conservación de bienes culturales.

En el mismo sentido, serán principios orientadores de la política de ocupación respetar tanto las propias obligaciones como los derechos de las autoridades y habitantes del territorio, impartiendo directrices e instrucciones para la aplicación de medidas de seguridad y correcta administración.

#### D) SITUACIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL

La protección fundamental en situaciones de ocupación se dirige a la población civil (P. I. Art. 75) a la que no se privará de sus derechos (G. IV, art. 47); pudiendo internar a miembros desmovilizados de las fuerzas armadas del país, a los que se tratará como prisioneros de guerra (G. III, art. 4); no pudiendo retener a personas civiles en zonas peligrosas (G. IV, art. 49) respetando las convicciones religiosas y el culto (G. IV, art. 58); no forzando el alistamiento, quedando prohibida la acción de obligar a la población civil del territorio ocupado a integrarse en las fuerzas armadas ocupantes. Únicamente se podrá requerir a la población a realizar trabajos necesarios para las fuerzas de ocupación o por utilizada pública, abastecimiento, transporte o mantenimiento de la sanidad y salud pública; en ningún caso en operaciones militares y siempre con exclusión de los menores de dieciocho años (G. IV, art. 51). Por lo que se refiere a la regulación jurídica de la actividad laboral, seguirá aplicándose la vigente en el país ocupado en cuanto a las condiciones de trabajo (G. IV, art. 51).

De otra parte, no se permite a la Potencia ocupante evacuar o trasladar a la población civil (G. IV, art. 49), no pudiendo deportarla y sí únicamente

evacuarla por razones de seguridad de la misma y nunca fuera de los límites del territorio ocupado y con alojamientos en instalaciones adecuadas, en condiciones satisfactorias, sin separar a los miembros de una misma familia.

Únicamente por imperiosas razones de seguridad se puede imponer a los habitantes del país ocupado cualquier forma de residencia forzosa o internamiento, siempre de conformidad con el Derecho de Ginebra en materia de protección a las personas civiles (G. IV., arts. 78 y, especialmente de acuerdo con la profusa regulación sobre este extremo contenida en los arts. 79 al 135 G. IV).

#### IV. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE OCUPACIÓN MILITAR A LAS OPERACIONES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES, EN PARTICULAR EN LOS CASOS DE OPERACIONES DE PAZ Y DE ADMINISTRACIONES CIVILES TRANSITORIAS DE CARÁCTER INTERNACIONAL

Verdaderamente, la proyección actual de las Fuerzas Armadas en la comunidad internacional, al participar, especialmente en el marco de la Carta y del Derecho Internacional, en operaciones de mantenimiento de la paz o de carácter humanitario, que implican situaciones de ocupación del territorio en el que se desarrolla la misión, en muchos casos tras el desenlace o con la presencia latente de un conflicto armado de carácter interno, conlleva la cuestión que abordamos ahora. ¿Es aplicable la normativa que hemos resumido apretadamente en estos casos? ¿Qué especialidades comporta la actuación de fuerzas armadas de diversos países y de N.U., en su caso?

Cita VITE<sup>8</sup> a varios autores<sup>9</sup> a juicio de los cuales el estatuto de las fuerzas internacionales, desplegadas sobre el terreno en que desarrolla su misión, es distinto del que corresponde a una Potencia ocupante por lo que procede que se las contemple con un estatuto jurídico diferente, en razón a que carecen de los intereses específicos de un ejército de ocupación, centrándose exclusivamente en la defensa de la población local.

Otro grupo de autores<sup>10</sup> sostiene que, en las operaciones de N.U. dirigidas a la «imposición de la paz», en el marco del art. 42 de la Carta, habida cuenta de que las misiones se efectúan ejecutando un mandato de

---

<sup>8</sup> S. Vite. Cit. págs. 19 y sigs.

<sup>9</sup> D. Sarga: «Las N.U. como sujeto sometido al DIH», en «Coloquio con motivo del 50 aniversario de la ONU», París 1996 y BOTHE, Michael: «Peace Keeping» en la obra colectiva sobre «The Charter of the United Nations», Oxford University Press, 1995.

<sup>10</sup> D.W. Bowet: «Fuerzas de N.U. Un estudio legal», Londres, 1964; C. Emanuelli: «Las acciones militares de la ONU y el DIH» Montreal, 1995 y C. Greenwood: «Derecho Internacional Humanitario y operaciones militares de las N.U.», en «Anuario de DIH, vol. I, 1998».



la ONU, para cubrir las deficiencias que se hayan apreciado en las autoridades locales viniendo a ejercer un auténtico «control efectivo» militar en el territorio, parecen cumplirse todos los requisitos que, según hemos expuesto, constituyen el derecho regulador de la ocupación bélica en estas operaciones de «imposición» de la paz.

Distinta apreciación merece, por contraste, la oportunidad de dicha aplicabilidad en las operaciones de «mantenimiento» de la paz, que se llevan a cabo tras la conclusión de un acuerdo entre el Estado de acogida y la organización o representación que programa la misión en nombre de las N.U.

Si pasamos revista a la serie de operaciones – a veces fronterizas entre las situaciones de «imposición» y «mantenimiento» de la paz, no siempre nítidamente individualizadas, tales como las del Congo (años 1960 y sigs.); Camboya (1991); Somalia (1993) y Bosnia (1995), las N.U. no han buscado específicamente aplicar el «Derecho de la ocupación bélica». Sin embargo, en todos los casos, el marco de dichas normas y, en concreto, el Convenio G. IV constituye un fundamento válido de normas de actuación, precisamente por la imprecisión en la determinación de la naturaleza jurídica de la operación y también porquén no existe una regulación internacional con el apoyo unánime que implica el Derecho de Ginebra y el Derecho consuetudinario sobre la materia. Ello no significa que se implementen en cada caso las «reglas de enfrentamiento» y los pactos o acuerdos oportunos con las autoridades locales, siempre buscando los mismos fines que presiden las normas de ocupación militar, es decir la consecución de una paz inmediata, justa y duradera, con respeto a los derechos fundamentales, facilitando el desarrollo de sus organismos y administración, siempre con el fondo de la protección inspirador del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Quizás, sin embargo, ha de verificarse una matización, cual es que, en materia de derecho penal y funcionamiento de los Tribunales, a la que antes nos referíamos, ha de actuarse de manera muy cautelosa. Es obvio que las Fuerzas Armadas que actúan en el seno de una fuerza multinacional, bajo mandato de la ONU, no es factible que traten de instaurar un régimen de administración de justicia distinto del existente en el país y mucho menos promulgar normas con tipificación de nuevos delitos y constitución de Tribunales militares. Esa fórmula solo tendría y tiene sentido a nivel estrictamente internacional: la creación de Tribunales «ad hoc» ante acontecimientos que, con ocasión de criminalidad de guerra, lo requieran así. Tales situaciones han dado origen a los Tribunales Internacionales para la persecución de los crímenes de guerra de los conflictos de la ex-Yugoeslavia y de Ruanda y justifican, en definitiva la creación por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En definitiva, hay normas del Derecho de ocupación militar no extrapolables con lógica y eficacia a muchas operaciones internacionales. Sin embargo no puede olvidarse que, en la mayoría de sus vertientes, la normativa que contemplamos es útil y eficaz y, en todos los supuestos, constituye una herramienta válida invocable siempre a nivel interpretativo y susceptible de utilización para inspirar los acuerdos, directrices y relaciones con las autoridades del país ocupado.

Ello nos conduce a su admisión parcial con los condicionamientos expuestos. A esta orientación parece conducir también la Circular de la Secretaría General de la ONU de 6 de agosto de 1999<sup>11</sup> que contiene las orientaciones y reglas para que las fuerzas de las N.U. respeten en sus misiones las normas de DIH, en particular en lo que aquí interesa, el tratamiento de civiles y de las personas fuera del combate; trato a detenidos tratamiento de heridos y enfermos, organización de la actividad médico-sanitaria, etc. Sin embargo, parece claro que los Organos de la ONU no han pretendido «normativizar» una adaptación absoluta o plena, desde luego, de la regulación que hemos compendiado para sus fuerzas en misiones de paz, especialmente en situaciones de mero «mantenimiento».

Consideración especial merece el estudio de los denominados «administraciones civiles internacionales transitorias».

Estos supuestos particulares, entre los que la doctrina ha incluido las actuaciones en Timor Oriental y en Kosovo, contemplan las situaciones en las que el poder soberano existente con anterioridad otorga su consentimiento para la puesta en marcha de un nuevo régimen o sistema, sin que pueda hablarse de ocupación en sentido estricto, toda vez que no se produce oposición a la actuación de las Fuerzas Internacionales, sin perjuicio de que haya de aplicarse la normativa que proceda en materia de derecho internacional y derechos del hombre.

De cualquier manera no es posible asumir una doctrina general ni una equiparación de todos los supuestos, puesto que en cada uno de ellos concurren circunstancias especiales. En el caso de Kosovo, por ejemplo, describe Vité<sup>12</sup> que es difícil apartar la cuestión debatida de la validez del consentimiento otorgada por las autoridades yugoslavas para la actuación de las Naciones Unidas (MINUK y de la KFOR), consentimiento otorgado el 3 de junio de 1999 por el Parlamento Serbio y el Gobierno Federal de Yugoslavia, cuando aceptaron el despliegue civil y militar internacional en Kosovo, aunque la campaña de bombardeos estaba todavía presente;

---

<sup>11</sup> UN Doc ST/SGB/1999/13

<sup>12</sup> Cit., pág. 23 y sigs.

acuerdo el citado sobre cuyo contenido se interrogaba la doctrina a la luz del texto del art. 52 del Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, cuando pone en tela de juicio la validez de aquellos si se obtienen en el marco de una amenaza o con el empleo de fuerza.

Por otra parte, cuando las misiones están amparadas por resoluciones del Consejo de Seguridad, lo que presidía toda la actuación en Kosovo y cuando, además, la finalidad era el establecimiento de una administración autónoma y democrática en un territorio, elaborando un nuevo marco constitucional y de convivencia, parece que nos encontramos con lo que pudiéramos denominar un supuesto específico, típico y cualitativamente distinto de cualquier otro, a los efectos de imponer la aplicación de las reglas sobre la ocupación bélica, habiendo sido incluidas tales situaciones de una manera más genérica en formas de «internacionalización de territorios» al amparo del Capítulo VII de la Carta.

De cualquier forma nada puede contradecir la aplicabilidad en estos supuestos del art. 64.2 G. IV cuando hace referencia a la actuación de la Potencia ocupante que ha de someter a población del territorio ocupado «a las disposiciones que resulten indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y asegurar la administración regular del territorio así como la seguridad...». Es decir, nada ha de oponerse a las actuaciones dirigidas a favorecer el desarrollo normal de la convivencia y a la consecución de la paz y la estabilidad siempre guardando las obligaciones del DIH.

Quizás como conclusión podríamos hablar de la existencia de lazos entre el régimen de las administraciones civiles internacionales transitorias y el derecho de ocupación militar, aunque siempre partiendo de que es imprescindible en cada caso una adaptación que deberá partir siempre justamente del origen de la misión, es decir, de la delimitación precisada en la resolución del Consejo de Seguridad NU conforme a la cual se va a desarrollar y que constituye en definitiva su normativa aplicable específica, que podrá estar inspirada en alguna forma en lo que se ha venido en denominar aplicación «de facto» y no «de iure» del derecho de ocupación militar.

## V. PROBLEMAS DURANTE LA OCUPACIÓN: CAMBIOS DE SITUACIÓN, MOVIMIENTOS DE RESISTENCIA O ACCIONES DE COMBATE EN EL TERRITORIO OCUPADO. ACTOS TERRORISTAS Y DE OTRAS PERSONAS CIVILES

Para ser plenamente eficaz, el derecho de ocupación debe ser ejercitado con medidas apropiadas para su mantenimiento o reglas específicas que

vinculen y delimiten las actuaciones tanto de la Potencia ocupante como de las autoridades del territorio ocupado. Pero el «statu quo» creado puede alterarse en función del comportamiento de las fuerzas ocupantes y de las reacciones de las autoridades y de los habitantes del territorio ocupado. Será habitual que se pase de una coexistencia más o menos pacífica al planteamiento de tensiones y a que surjan actos de violencia o incluso terroristas, que puedan reconducir la situación a realidades o problemas cercanos o afines a los que se plantean en un conflicto armado.

Ello constituye la necesidad de medidas de control, que pueden variar según la evolución de los problemas en el territorio ocupado, siempre tendiendo obviamente al cumplimiento de los objetivos mediante la prudencia en las actuaciones por parte de todos los organismos y personas a quienes conciernen las diferentes funciones durante la ocupación.

El límite de los problemas aludidos serían las situaciones de violencia incontrolada o las provocaciones. Los ocupantes deberán impartir directrices a las autoridades locales y a los habitantes del territorio relativas a su comportamiento y formas de cooperación. A pesar de las cautelas, podrán presentarse movimientos de resistencia organizados por los habitantes del territorio ocupado. En tales casos, en principio, debería aplicarse el Derecho de Ginebra (G. III, art. 4 y P.I. arts. 43 y 44). Para que un movimiento de resistencia cumpla la condición de «Fuerza Armada» deberá constituirse como «movimiento de resistencia organizado, perteneciente a una parte contendiente y que actúe fuera o dentro de su propio territorio, aunque este territorio se halle ocupado, siempre que esas milicias o cuerpos organizados tengan las condiciones previstas en el G.III, art. 4», (que exista una persona responsable a su mando, que lleven un signo distintivo, que ostenten las armas y que actúen de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra).

Por otro lado, de acuerdo con los arts. 43 y 44 P.I., el estatuto del combatiente exige un «régimen de disciplina interna» y que se distingan de la población civil, llevando abiertamente las armas para no incurrir en perfidia.

En la hipótesis en que concurren todos estos requisitos, que previsiblemente no será la habitual, habría de reconocerse el estatuto del combatiente el derecho a participar en acciones de combate y al estatuto de prisionero de guerra, mas en tales situaciones el derecho de ocupación militar evoluciona a una regulación en el marco del derecho de los conflictos armados, al menos de forma temporal o en la zona o territorio donde se manifieste una acción de combate, dentro del total del territorio ocupado y en tales supuestos el DIH prevé la necesaria distinción entre objetivos

militares y personas o bienes civiles y, desde luego, el respeto a la regla de proporcionalidad.

En cualquier caso, resulta ciertamente problemático distinguir entre los expresados movimientos de resistencia surgidos contra una ocupación no deseada y, por tanto, en principio amparados en la legitimidad de sus fines y otras actuaciones que, transgrediendo las normas que acabamos de reflejar, vienen a constituir formas de destrucción o ataque indiscriminado y que, abandonando los objetivos militares, ponen en riesgo a la población civil, infringiendo el DIH que proclama en todo momento la distinción entre población civil y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares a los que únicamente pueden dirigirse las operaciones (P.I, art. 48). Junto a este principio de distinción habrá de exigirse siempre el principio de limitación, de acuerdo con el cual el conductor militar solo podrá emplear los medios y procedimientos de combate que no causen males superfluos y sufrimientos innecesarios (P.I. art. 35). Directamente vinculado al de proporcionalidad y, en los casos que aquí estamos contemplando, tratando de evitar acciones indiscriminadas.

Es evidente el progreso sustancial que constituyen las normas del Protocolo I de 1977 en la aplicabilidad de la normativa sobre combatientes y prisioneros de guerra a los movimientos de resistencia y a los movimientos organizados de liberación<sup>13</sup> que reúnan los requisitos aludidos (arts. 43 y 44 P.I). El art. 2.3 G. I, II, III, IV abrió ya la puerta a la aplicación del «ius in bello» a potencias que «no fuesen parte en los Convenios, si aceptaban y aplicaban sus disposiciones». Algunos autores<sup>14</sup> han interpretado que el término «potencia» es más amplio que el de Estado y puede asimilarse a otras entidades. Sin embargo, las dudas las solventó el P.I al extender su ámbito de aplicación a entidades que no son Estados admitiendo que los movimientos de liberación que luchan sobre todo contra una dominación colonial o los movimientos de resistencia que representen a un sujeto de derecho internacional preexistente pueden ser considerados «partes en el conflicto» si cumplen las exigencias previstas en el art. 96 P.I. Por ello, la noción de «parte en el conflicto» en el P.I., es abierta en el sentido expuesto facilitando su aplicabilidad a situaciones tipo como las señaladas. Ello podrá dar lugar a que el adversario de esa para él advenediza «parte del conflicto» le deniegue la condición

---

<sup>13</sup> Vid., sobre estas cuestiones: «Comentario del Protocolo I de 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949». C.I.C.R. y Plaza y Janés. Tomo I. Editores Colombia. Santa Fé de Bogotá, 2001; págs. 703 y sigs.

<sup>14</sup> V. gr. Schindler: «The different types of armed conflicts», ASDI, 1965, pág. 136. Cfr., también M. Veuthey: «Guerrilla et droit humanitaire», Ginebra, 1976; págs. 249-259.

de tal. Sin embargo, la intención del P.I., en contraste con los Convenios G., en los que – a salvo de interpretaciones sobre el término «potencia» – solo las fuerzas armadas regulares están legitimadas para representar al Estado y, por tanto, a una «parte en el conflicto», es que las entidades que no son Estados pero que deben ser sujetos de derecho internacional, al menos a título parcial, pueden eventualmente llegar a ser partes. Incluso puede suceder que distintas autoridades pretendan representar a una única parte del conflicto e intervendrían en él como tal si fuesen grupos o unidades armadas, organizadas bajo un mando responsable y con los antes aludidos requisitos de fondo y forma.

En el Derecho de La Haya, el estatuto de prisioneros de guerra no se extendía a los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios, quienes debían demostrar sobre el terreno que respetaban las normas del R.H. El Convenio G. III, art. 4, A, inciso 2 no modificó esta situación por lo que respecta a los movimientos de resistencia. Por tanto, la disposición verdaderamente impulsora de esta línea es el P. I., art. 44, que supone un avance sustancial respecto al art. 85 G. III.

Conviene también significar que dicho avance, que en estas cuestiones supuso el P.I, especialmente para la extensión de «estatuto de combatiente» y del de «prisionero de guerra», además de para la clarificación conceptual, especialmente en los arts. 43 y sigs. P.I. analizados y en otros preceptos, se ha dicho que pierde relevancia y la eficacia de su regulación queda disminuida por el hecho de su no ratificación por parte de Estados que participan en determinados conflictos (v.gr. no lo han ratificado EEUU, Afganistán, Israel, Irak, etc.). En este punto, gran parte de la doctrina interpreta que varias de las normas del P.I serían exigibles como integrantes del derecho internacional consuetudinario –«*ius cogens*» ó costumbre internacional– y otras por tratarse de normas reformadas o adaptadas, ya presentes en el D.I.H., precedente. A ello hay que añadir el contenido de la Cláusula MARTENS, obrante en los Preámbulos de los C.H y del P.I, que establece que «en los casos no previstos, las personas civiles y las no combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública». Este enfoque contribuye a que defendamos en principio la aplicación mayoritaria de los preceptos ó, al menos, del espíritu o la esencia del DIH a la inmensa mayoría de los conflictos, en sus diversas vicisitudes, así como a las situaciones de ocupación, si bien surgen dificultades ante las reticencias de varias potencias ante el P.I., a pesar de esta interpretación que describimos.

Ahora bien, el estatuto de prisionero de guerra, que pueden obtener los miembros de milicias y de movimientos de resistencia, se refuerza bajo la obligación de respetar el DIH, con posible castigo por su infracción. Por ello, el P.I, desde luego, no ampara ni incluye – como es lógico – en ningún caso la acción terrorista, entendiendo aquí el terrorismo como ataque sistemático a objetivos no militares, con el fin de obligar a los efectivos militares adversos a plegarse a la voluntad del atacante, por la vía del temor y la angustia que ocasionan esos ataques<sup>15</sup>. El Departamento de Estado de EEUU ha identificado el acto terrorista como «violencia perpetrada por grupos subnacionales clandestinos contra objetivos no combatientes», tratando de aproximarse a los últimos trágicos ejemplos que muestran una actuación con execrables atrocidades indiscriminadas con origen en ideologías extremistas étnicas o religiosas.

Esta dificultad conceptual y legal del término «terrorismo», hace que se haya considerado conveniente, en la línea de los estudios de GASSER<sup>16</sup> la preferencia por utilizar jurídicamente la expresión «acto terrorista» o «acto de terror», que implica el empleo de «violencia indiscriminada para aterrorizar a la población civil», que están prohibidos en todas sus formas por el DIH y sus autores o grupos organizados que los practican y ejecutan deben ser perseguidos por todos los Estados Partes, a pesar de la relativa atención específica en la normativa convencional que los contempla en los arts. 51.2 y 51.4 P.I, que describen formas de protección a la población civil contra los mismos. No obstante, el propio GASSER plantea que tales actos también pueden dirigirse contra objetivos militares legítimos, en cuyo caso constituirían un método de combate prohibido o pérfido, en la línea de las previsiones de los arts. 35 y 37 P.I.<sup>17</sup>. Esta proscripción de tales actos se extiende a los conflictos armados internos (art. 3 G.I, II, III, IV y arts. 4.2 d) y 13.2 P.II) y a las denominadas guerras de liberación nacional (arts. 43 y 44 P.I) antes aludidas.

La normativa del DIH obviamente no puede reconocer a estos grupos ni organizaciones mas que precisamente para su identificación criminal

---

<sup>15</sup> Sabida es la laguna que sobre el concepto de terrorismo mantiene el Derecho Internacional y las Organizaciones Internacionales, dudas que constituyen un obstáculo para su configuración como crimen contra la humanidad y para un futuro sometimiento de los actos de tal carácter a la Corte Penal internacional. No obstante, la polivalencia y el abuso en la utilización del término y su carga política dificultaran el avance. Estas cuestiones, tratadas en otros lugares de los presentes estudios, exigen y necesitan un enfoque técnico jurídico deseable y propuestas urgentes unificadoras.

<sup>16</sup> H.P. Gasser: «Acts of terror, «terrorism» and international humanitarian law», en R.I. de la Croix Rouge, septiembre 2002, vol. 84, págs. 553 y sigs.

<sup>17</sup> Cfr. sobre este punto J.L. Rodríguez Villasante y Prieto: «Actos de terror, conflictos armados y Derecho Internacional Humanitario»

y distinción de otros tipos de movimientos o grupos de resistencia que pueden actuar en los conflictos armados o surgir y desarrollarse en ellos como sujetos combatientes. Es misión del iusinternacionalista precisamente distinguir, separar y precisar rigurosamente los conceptos para evitar que el terrorismo puede ser acogido, en ninguna de sus formas de acción, como una actuación amparable en hipotéticas y siempre falsas causas de justificación.

Por último, en este punto, a la luz de los preceptos del DIH estudiados en materia de ocupación bélica, debe reflejarse sintéticamente la doctrina sobre las participaciones de personas civiles en las hostilidades, cuando no realicen actos terroristas, sino acciones directas (de lucha, enfrentamiento o colaboración esencial) e indirectas (de apoyo, aprovisionamiento o propaganda, entre otras). Al tratarse de civiles no ostentan la protección específica del combatiente, cuando, como es habitual no cumplan los requisitos de tal. Sin embargo la doctrina mayoritaria<sup>18</sup> asume, de conformidad con el art. 4 G. IV, en la interpretación del CICR, que los civiles que hayan tomado parte en las hostilidades y cumplan con los criterios de nacionalidad previstos en el G. IV siguen siendo personas protegidas en virtud de dicho Convenio. Los que no cumplan por su condición de extranjeros el criterio de nacionalidad únicamente tendrán el amparo del art. 3 G. I, II, III y IV y, en su caso, del art. 75 P. I, si bien se tiende a flexibilizar el concepto o la exigencia del requisito de nacionalidad a estos efectos<sup>19</sup>.

En el caso específico de ocupación, se darán por tanto los siguientes casos posibles: a) civiles combatientes con los requisitos de portar y abierta y claramente armas; b) civiles nacionales de una de las partes en conflicto y c) civiles extranjeros. Los primeros tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra (art. 44 P. I); los segundos se amparan en el G. IV y los últimos únicamente en el art. 3 G. I, II, III y IV y art. 75 P. I, pudiendo por ello hablarse siempre, cuando menos, en estos últimos casos de la denominada protección residual.

En este orden DORMÁN<sup>20</sup> acuña la expresión o concepto de «combatiente/beligerante ilegal/no privilegiado», en el que incluye «todas las personas que participan directamente en las hostilidades sin estar obligadas a hacerlo» y que por ello no pueden ser consideradas prisioneros de guerra

---

<sup>18</sup> J.L. Rodríguez Villasante y Prieto; cit. Tema 7.

<sup>19</sup> M. Pérez González y J.L. Rodríguez Villasante y Prieto: «El caso de los detenidos en Guantánamo ante el DIH y de los Derechos Humanos». Anuario de Derecho Internacional. Vol. 15, 1999, exponen ese punto de vista esgrimiendo en su apoyo la jurisprudencia del TP I para la ex-Yugoslavia.

<sup>20</sup> K. Dorman: ««La situación jurídica de los «combatientes ilegales/no privilegiados»», en Revista Internacional de la Cruz Roja; marzo, 2003; n.º 849; págs. 27 y sigs.



si caen en poder del enemigo. Entre ellas sitúa a las personas civiles que participan directamente en las hostilidades, los miembros de la milicia y de otros cuerpos de voluntarios y los componentes de movimientos de resistencia organizados, que no forman parte de las fuerzas armadas regulares pero que pertenecen a una parte en conflicto, reflejando que esa noción comprensiva de «combatiente ilegal» solo es pertinente «en el contexto de los conflictos armados internacionales». Precisa su protección por el G. IV, vía art. 4 del mismo, con los propios límites del párrafo segundo; no quedando extendida la cobertura a las personas que protegen los G. I y III y no abarcando, por ello, a:

-) los súbditos de un Estado que no sea parte en el Convenio; -) los súbditos de la parte o Potencia en cuyo poder están y -) los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un beligerante o de un cobeligerante.

También debe recogerse aquí el art. 5 G. IV, para concretar «derogaciones» a esta fórmula abstracta de protección, en los casos de personas protegidas que sean imputados como espías o saboteadores o que, de cualquier otra forma, actúan contra la seguridad del Estado, incluyéndose incluso las «sospechosas», casos en los que la Potencia ocupante puede limitar derechos en la medida «indispensable» para la seguridad militar, pero exigiéndose siempre trato humano y un proceso equitativo (art. 5 G. IV, párrafos segundo y tercero). De todo ello puede desprenderse la condición de personas protegidas (a la vista también de los arts. 45 y 75 P. I) del grupo de los que hemos incluido aquí como «combatientes ilegales», muy específicamente «si estos reúnen los requisitos de nacionalidad». El alcance de dicha protección se extenderá al que prevé el Título III G. IV: «Estatuto y trato de personas protegidas»: arts. 27 y sigs; y – en los territorios ocupados – los antes estudiados arts. 47 al 78 G. IV; a cuyo efecto significa DORMÁN que no debe distinguirse entre la etapa de invasión y el régimen estable de ocupación, sin fisuras respecto a los derechos de los civiles; sin olvidar –y este extremo debemos destacarlo– las garantías de trato ya presentes en el Derecho consuetudinario y las específicas de enjuiciamiento.

La conclusión del debate doctrinal es que la cobertura de protección del DIH se extiende a los civiles que toman parte en las hostilidades en general y en la ocupación bélica en particular, naturalmente con los límites de los actos terroristas y en todo caso, con el casuismo, excepciones o matices que hemos podido observar, aunque siempre con la cobertura, como «ultima ratio» de los derechos humanos y garantías penales y procesales.

## VI. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN MURO EN TERRITORIO PALESTINO EN EL MARCO DEL CONFLICTO ENTRE ISRAEL Y PALESTINA

Resulta oportuno en la problemática jurídica de la ocupación militar referirse a las cuestiones que plantea el expresado histórico conflicto y en la actualidad, en particular, a la decisión de promover la edificación de un muro en territorio ocupado, problema que ha sido objeto de análisis, mediante dictamen de la Corte Internacional de Justicia de 9 de julio de 2004.

La Corte Internacional de Justicia en un extenso dictamen en el que siete de los Magistrados han aportado opiniones separadas, concurrentes parcialmente en algunos puntos, llegó a la conclusión, tras determinar que tenía jurisdicción para transmitir la opinión consultiva requerida por la Asamblea General de la ONU, de que los asentamientos establecidos por Israel en el territorio palestino ocupado contravenían el Derecho Internacional y la construcción del muro y su régimen conexo constituían un hecho consumado sobre el terreno que puede pasar a ser permanente con el riesgo de la adhesión de facto, lo que daba lugar al grave obstáculo para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación. Se venía a precisar la imposibilidad de justificar la construcción del muro y su régimen asociado en necesidades de seguridad nacional u orden público o por imperativo militar, de donde se desprende la responsabilidad internacional de Israel que se separa de las obligaciones de ambas partes de observar escrupulosamente el DIH y la aplicación de buena fe de las resoluciones sobre la cuestión del Consejo de Seguridad en particular la 242, de 1967 y la 338 de 1973 en la que se integra la denominada «Hoja de Ruta». Desde el punto de vista del DIH es interesante constatar que aunque Israel no es parte en el IV Convenio de La Haya de 1907 y del Reglamento que hemos estado estudiando, las reglas de dicho instrumento normativo se prepararon como revisión de las leyes y usos generales de la guerra vigentes en ese momento y, con posterioridad, el Tribunal Internacional de Nuremberg determinó que las normas enunciadas en el Convenio «contaban con el reconocimiento de las naciones civilizadas y eran consideradas declarativas de las leyes y usos de la guerra, habiendo pasado a formar parte del derecho consuetudinario. Si a eso se añade que Israel es parte del Derecho de Ginebra y en particular del G.IV (lo ratificó el 6 de Julio de 1951) la cuestión que se plantea es que hay una interpretación divergente sobre este último, toda vez que, mientras Israel cuestiona la aplicabilidad de «iure» del Convenio al territorio palestino ocupado, argumentando el

no reconocimiento de la soberanía del territorio antes de su anexión por Jordania y Egipto y deduciendo de ello su no condición de territorio de una Alta Parte Contratante en virtud del Convenio; dicha versión no es compartida por el resto de las partes interesadas. Por su parte, Palestina formuló la declaración de 7 de Julio de 1982, expresando su compromiso unilateral de aplicar el G.IV, compromiso que admitió Suiza como válido, en su calidad de Estado depositario, aunque precisando que no estaba en condiciones de decidir si la solicitud presentada por el Movimiento de Liberación de Palestina podría considerarse como «instrumento de adhesión».

La Corte, bajo el principio de que los Tratados han de interpretarse de buena fe (art. 31 de la Convención de Viena) recuerda que, tras la Conferencia de 15 de julio de 1999, los Estados partes en el G. IV emitieron una declaración en la que reafirmaron que el G. IV era aplicable al Territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental, debiendo además ponderarse la opinión del CICR que reconoce la aplicabilidad de «iure» del G. IV a los territorios ocupados desde 1967 por Israel.

De la aplicabilidad de la expresada normativa al caso controvertido desprende la Corte que la construcción del muro es contraria al Derecho Internacional, la obligación de Israel de poner fin a su postura deteniendo las obras y desmantelando la estructura del muro y el reconocimiento por parte de los Estados de la ilegalidad de la situación.

En las votaciones de la opinión consultiva hubo, como hemos dicho, multitud de matices, si bien el único voto más específicamente contrario, que es el del Magistrado Buergenthal, tras expresar ciertas reflexiones sobre las invocaciones de Israel para defenderse de los ataques terroristas en el marco de un derecho inmanente de legítima defensa, concluye con consideraciones de carácter procesal en el sentido de que, a su juicio, la Corte debería haberse abstenido de ocuparse de este asunto y no emitir la opinión consultiva, significando que al no tratarse de una cuestión contenciosa, en la que cada parte tiene la obligación de probar sus argumentos, Israel renunció al derecho de aportar pruebas y a presentar información lo que, desde el punto de vista de la opinión del discrepante, hace que la Corte no haya podido establecer conclusiones tan rotundas jurídicamente como las que ha reflejado.

El muro es la última etapa de este supuesto atípico, específico y singular del Derecho de ocupación bélica con constantes excesos cometidos durante dicha situación por «ocupantes» y «resistencia», bien entendido que en el marco de un conflicto cuyo desenvolvimiento histórico y complejidad hace que sea de difícil calificación aunque, que duda cabe, en todo estudio sobre los aspectos jurídicos de la ocupación militar debe ser objeto de atención.

Como es sabido, Israel mantiene una presencia plural en la franja de Gaza y otra en Cisjordania, más dispersa, al margen de la planificación y parcial construcción del muro en esta última. En todos los casos se mantienen estas decisiones como fórmulas de protección de colonos o como obstáculo contra los atentados contra los que el muro, se sostiene, resulta especialmente eficaz. Palestina afirma que el muro es una medida para anexionar territorio. Los activistas de la organización palestina Hamás expresan que hay una «ocupación» y contra ella ejercen una «resistencia». Sin embargo, los métodos y medios de esa «resistencia» no escapan a la violencia terrorista sin exclusión de los ataques directos contra civiles. La histórica lucha es observada por la comunidad internacional con eterna esperanza. El pensamiento palestino se encierra en la frase «No renunciamos a lo que nos arrebataron en 1948». El ejército regular israelí y las milicias dispersas palestinas viven un enfrentamiento que una vez más se resiste a la catalogación de su naturaleza jurídica y el derecho aplicable. No se cumplen estrictamente los requisitos y características que justifican la normativa de la ocupación bélica, pero debería respetarse como básica. La atipicidad de las actuaciones desorbitadas israelíes y las acciones terroristas palestinas ofrecen transgresiones constantes del DIH. Solo el pacto, la vuelta a la Hoja de ruta puede indicar el comienzo de fases de solución del emblemático problema. En 2005, Sharon se ha comprometido a abandonar los asentamientos de la franja de Gaza, que ya se han iniciado habiendo obtenido los planes de evacuación, tanto de dicha franja como de las colonias del norte de Cisjordania, previstos para el próximo mes de agosto de 2005, un significativo asentimiento de la opinión pública israelí que, al parecer, apoya en más de un 50% dichas iniciativas. Por otro lado, la elección de Abu Mazen y del entorno de los nuevos dirigentes palestinos, tras el fallecimiento de Arafat, ofrece una imagen internacional favorable que no está sujeta a las servidumbres de este último, además del respaldo democrático y sobre todo del de la ONU que nunca ha conseguido influir eficazmente en el enfrentamiento. Esperemos el milagro del pacto, del cumplimiento de la normativa internacional, de la eficacia de las resoluciones de la ONU, de la constitución y respeto de las dos partes y, en definitiva, de la paz.

## VII. REFLEXIONES SOBRE LA SITUACIÓN CREADA CON MOTIVO DE LA OCUPACIÓN DE IRAK

No es objeto de contemplación en este punto la controvertida legalidad de la actuación de los EEUU y del Reino Unido en la denominada guerra y

ocupación de Irak concluida a finales de abril de 2003. La declaración del 1 de mayo de dicho año del Presidente Bush afirmando que se había producido el «fin de las hostilidades» en el territorio iraquí se encontraba bastante lejos de la realidad, aunque lo cierto es desde el punto de vista técnico jurídico si puede hablarse del cese del conflicto en sentido estricto y del paso a una situación de ocupación militar, que es la que vamos a considerar.

Durante la contienda, las Fuerzas de Irak estaban constituidas por fuerzas regulares (Guardia republicana, Guardia Republicana Especial y Ejército Regular de Irak) y Milicias, entre las que se encontraban los Mujaidines, Fedayines, Ejército de Mártires de Sadam (suicidas), Extremistas religiosos (suicidas) y Voluntarios (de países vecinos)<sup>21</sup>. Las Fuerzas regulares combatieron con los requisitos reglamentarios G.III art. 49 y P.I. art. 43, mientras que las Milicias cumplían desigualmente dichos requisitos, habiéndose denunciado también la participación de mercenarios.

Tras el fin de los enfrentamientos principales, se llegó a una realidad complicada que permanece con dificultades para responder a las necesidades principales de la población iraquí, con inseguridad permanente y progresiva, desorden público, dificultades en la sucesiva instauración de una administración creada al amparo de las orientaciones de la Potencia ocupante y con la ayuda de varios países en actuaciones de carácter humanitario. Nos encontramos ante una problemática difícil de seguridad y de consecución de una mínima estabilidad de futuro<sup>22</sup>. La necesidad de seguridad es el derecho de protección que confiere el DIH a ciertas categorías de personas durante mucho tiempo después del cese de las hostilidades principales. Las estructuras estatales actuales funcionan con deficiencias, sectores de población se encuentran en situación muy precaria y día a día la acción de grupos incontrolados provoca multitud de víctimas, además de encontrarnos con grandes problemas de protección de la población civil, debiendo tenderse sin duda a que el desarrollo del proceso electoral concluya cuanto antes y se origine al menos una apariencia de autoadministración que, sin embargo, nos tememos que no producirá una auténtica estabilidad.

Debemos considerar, además, que en la compleja situación iraquí no puede afirmarse que exista solamente una serie de movimientos de resistencia, que sin duda se dan, formados por personas fieles al régimen de Sadam, dentro del denominado genéricamente movimiento de «insurgen-

---

<sup>21</sup> Cfr.: C.H. Cerdá y A. Mendónça Lacour: «El Derecho Internacional Humanitario en la Guerra de Irak», en Revista Argentina de Derecho Militar y Derecho Internacional Humanitario, n.º 2, 2004, págs., 9 y sigs.

<sup>22</sup> Cfr.: M. Harroff-Tavel: «¿Cuándo acaba una guerra? La acción del CICR cuando las armas enmudecen», en Revista Internacional de la Cruz Roja, n.º 851, de 30.09.2003.

cia iraquí», al lado del cual, sin embargo, actúa el terrorismo internacional de Al-Qaeda que, según las últimas noticias<sup>23</sup>, ha propagado, a través de un reciente mensaje de Ben Laden, que dicha organización gasta 200.000 Euros cada semana en operaciones en Irák, dentro de una escalada de terror que ha abandonado las operaciones con objetivos militares y ataca de manera directa e indiscriminada a la población civil, con la excusa de que esta puede participar como colaboracionista; incluso recientemente emplea el sistema de la denominada «casa bomba», cuyos efectos demoledores y el elevado número de víctimas, con inclusión de mujeres y niños, aleja todos los conceptos de movimiento de resistencia y todo respeto por parte de los combatientes, cuando reúnen los requisitos jurídicos, al DIH.

Mas cercana tal vez a la condición ortodoxa de resistencia fue la que se produjo en Faluya, ciudad que se convirtió en símbolo de la resistencia suní a la ocupación norteamericana y que constituía una población dormitorio de más de 200.000 habitantes, gobernada por tribus, favorecida en el antiguo régimen por su fidelidad a Sadam Hussein. La ciudad no se había levantado en armas contra el «denominado invasor» en un primer momento ni se libraron grandes combates en sus alrededores. Sin embargo, pocas semanas después de la caída del dictador, en abril de 2003 y tras haberse instalado las tropas de los EEUU que verificaban registros y seguimientos, comenzó un movimiento incalculable de resistencia urdida en los cafés y en las mezquitas que hicieron de la ciudad el principal centro de la Yihad Internacional y epicentro del islamismo radical, con reinstauración de la Sharia o Ley Islámica y la actuación de un extraño gobierno compuesto por la alianza de clérigos suníes y los hombres de un dirigente que alcanzó notoriedad llamado Zarquai. La ciudad fue conquistada y destruida en gran parte, provocándose una huída en masa. Como consecuencia de las operaciones militares se reconoció el fallecimiento de ochenta marines de los EEUU y al menos, 1600 iraquíes. Hasta ahora, unas 8.000 personas han vuelto al único barrio al que se permite el regreso. En el año 2005, han continuado esporádicamente los enfrentamientos. En este último caso, como vemos, puede hablarse de un movimiento de resistencia, aunque tampoco en un sentido puro o estricto jurídicamente por las grandes irregularidades. El resto de la denominada insurgencia iraquí es una mezcla complejísima y atrabiliaria de facciones, grupos armados, terroristas y, en el fondo, una población inocente que padece un inacabable conflicto, cuyas consecuencias probablemente nunca se habían imaginado y cuyo final tampoco se adivina de forma estable, habiendo continuado a lo largo de 2005 una cons-

---

<sup>23</sup> Cfr. EL PAÍS, jueves 30.12.2004, pág. 8

tante acción terrorista, dirigida especialmente contra las fuerzas ocupantes, así como contra los miembros de la población que pretenden integrarse en las nuevas instituciones policiales o en los nuevos trabajos públicos, tras la elección del nuevo gobierno. Paralelamente se están presentando problemas regionales y solicitudes de niveles de mayor autonomía por parte de la región de Basora, además de la permanente del Kurdistán, apuntándose tendencias federalistas. A mediados del año 2005 no hay una perspectiva de estabilidad, aunque sí de una cierta regularización institucional.

La referencia aquí y ahora a la situación actual de Irak era necesaria, aunque triste, como ejemplo de la habitualidad y de la presencia casi normalizada de la problemática de la ocupación bélica en el mundo actual.

### VIII. CONSIDERACIÓN DE LAS ACTUACIONES EN AFGANISTÁN Y HAITÍ

Debemos contemplar, por último, dos misiones de paz, en las que participa España, patrocinadas respectivamente por la ONU (Haití) y la OTAN (Afganistán) con independencia de la de los Balcanes, amparada por la Unión Europea y a la que ya hemos hecho referencia.

En el caso de Haití, las Naciones Unidas se comprometieron en abril de 2004 a garantizar los derechos humanos, la estabilidad institucional y la seguridad de sus ocho millones de habitantes, alterada por vaivenes políticos y graves problemas de delincuencia violenta, además de una situación económica caótica y los problemas de obtención de medios para la mínima subsistencia de la población. La situación era tan grave que el Consejo de Seguridad previó la posible autorización del uso de la fuerza por parte de las tropas internacionales hasta la celebración de elecciones, previstas para principios de 2006. No se puede hablar ciertamente de notables avances y éxitos de los cascos azules y no parece que se haya avanzado de forma patente en la desaparición de la violencia ni en la recuperación de medios y fórmulas que ayuden a una sociedad totalmente deprimida económica y humanamente. España se ha planteado incluso la oportunidad del mantenimiento de la participación, al no recibirse la ayuda económica que posibilite que la actuación militar pueda tutelar un mínimo resurgir de esa nación olvidada. Este sería otro de los problemas de las situaciones similares a la ocupación. La indiscutible posibilidad de aplicación, a nuestro juicio, a estos casos, de la normativa que ha sido objeto de análisis, ha de verse acompañada, quizás con carácter previo, de una ayuda económica internacional que posibilite una cobertura de necesidades de partida para

combatir la hambruna, la mortandad infantil, la carencia total de infraestructuras y demás plagas propias de la extrema pobreza, porque el primer derecho humano es el de la vida que, en muchos casos, no es arrebatada violentamente, porque, de forma simple y llana, se extingue por inanición o enfermedades perfectamente curables en este siglo.

En la actuación en Afganistán, en la que la motivación jurídica tuvo su origen en la lucha organizada contra actuaciones terroristas surgidas, en principio, de actos preparatorios de tal carácter que tuvieron su amparo en el régimen talibán de la citada república, la comunidad internacional, aunque no de manera unánime, ha asumido la actuación de los países miembros de la OTAN, al margen de las expresadas razones expuestas, para la defensa e instauración de los mínimos derechos humanos, sin duda vulnerados en el extinto régimen. Desde el punto de vista técnico jurídico ello supone que la práctica internacional viene a asumir la responsabilidad indirecta de los Estados, en este caso de Afganistán, por hechos cometidos por personas o autoridades, que pudieron avalar, al parecer, acciones de carácter terrorista o bien ofrecerles apoyo, razón ésta última que vendría a explicar que los EEUU, atacados el 11-S, desplegaran la operación militar contra el Estado imputado como «organizador», al considerar probado que el territorio afgano había servido como campamento para las actividades previas del grupo terrorista, con tolerancia del gobierno talibán, lo que llevaría a motivar en la legítima defensa la acción internacional. Probablemente, la convicción del resto de los países participantes en las actuaciones en Afganistán encuentra una base de mayor entidad en la defensa de los derechos humanos y en el mantenimiento de la paz en el territorio, en el que las «reglas de enfrentamiento» tienen que prever actuaciones muy similares a las descritas en la normativa expuesta en este trabajo, que deberá ser ponderada por los mandos para la redacción de aquellas, sin duda inspiradoras de actuaciones militares como las expresadas.

## IX. CONCLUSIONES

1.º La ocupación militar está incorporada como sujeta a la disposición de la Carta de la ONU, de conformidad con la resolución 2625 de la Asamblea como forma de control del uso de la fuerza en el marco del art. 2.4 de la Carta.

2.º La regulación normativa, sobre ocupación militar, desde el punto de vista del DIH, está comprendida en la IV Convención de La Haya de 1907 y en su Reglamento anexo, cuyo art. 42 define cuando se considera un



territorio como ocupado. El Derecho de Ginebra analiza la problemática de la ocupación en el G. IV y en el P.I. de 1977, en el que se estructuran las referencias a los aspectos jurídicos a respetar por la Potencia ocupante, tanto en la esfera penal como en la administrativa.

3.º La aplicabilidad de la normativa sobre ocupación militar en materia de DIH a las operaciones de organizaciones internacionales se asume en particular, de algún modo, en las denominadas operaciones de «imposición de la paz», en ejecución de mandato de la ONU. Sin embargo, no es tan sencillo adaptar dicha normativa a las denominadas operaciones de «mantenimiento de la paz». Por lo que se refiere a las facultades de los llamados administradores civiles transitorios, habrá que estar a cada caso concreto, situación o problema, toda vez que no puede hablarse de una traslación íntegra de las normas reguladoras de la ocupación militar, en todo caso. No obstante, es un supuesto en el que, durante la implementación o búsqueda de la estabilidad, si parecen susceptibles de acogerse a las normas sobre ocupación.

4.º El P.I. de 1977 constituye un avance en la aplicabilidad de la normativa sobre combatientes y prisioneros de guerra a los movimientos de resistencia y a los movimientos organizados de liberación. Esa extensión de las normas del DIH ha de interpretarse cuidadosamente, evitando que células de acción o actividad de carácter terrorista pretendan amparar sus actos internacionalmente por hipotéticos fines aparentemente admisibles en el marco de una situación de conflicto, de ocupación o de otras invocaciones.

5.º El mundo actual nos ofrece de forma abundante situaciones de ocupación, en las que podemos apreciar la dificultad de trasladar la regulación del DIH sobre la materia en plenitud, habida cuenta especialmente de la incidencia que puede traer en dicha adaptación la actuación de fuerzas de resistencia y el resurgir de las situaciones de conflicto. En este orden, la construcción del muro en los territorios palestinos ocupados y la situación producida tras el establecimiento en Irak de los EEUU y Reino Unido muestran la complejidad para acertar con un tratamiento unitario, una solución unívoca o una apreciación ortodoxa ante realidades tan polivalentes. En otro orden de cosas, en determinadas operaciones de mantenimiento o implementación de la paz es, a nuestro parecer, absolutamente evidente la aplicabilidad de la normativa del DIH en materia de ocupación bélica, siendo ejemplos paradigmáticos a los que hemos hecho alusión los de Afganistán y Haití, en los que está presente la participación española.

**DERECHO  
CONSTITUCIONAL  
Y ADMINISTRATIVO**

# **ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE PARTIDOS POLÍTICOS. JURISPRUDENCIA NACIONAL Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

Ángel Calderón Cerezo  
*Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo*

## *SUMARIO*

I.- La disciplina legal de los partidos políticos según LO. 6/2002. II.- Su aplicación por la Sala Especial prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el Tribunal Constitucional. III.- Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de ilegalización y disolución de partidos políticos. La STS.27.03.2003 sobre ilegalización de «Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna». IV.- Algunas cuestiones de procedimiento. V.- Respaldo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la jurisprudencia nacional. Bibliografía.

## **I. LA DISCIPLINA LEGAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS SEGÚN LO. 6/2002**

1. La vigente Ley Orgánica de Partidos Políticos 6/2002, de 27 de junio (LOPP), sustituyó a la que con igual objeto rigió la misma materia durante casi un cuarto de siglo. La ley derogada 54/1978, de 4 de diciembre, era una norma preconstitucional fruto de una época en que el legislador no tenía una idea cabal del protagonismo que en el inmediato sistema constitucional estaba reservado a los partidos como piezas esenciales del pluralismo político, tras un largo paréntesis de carencias demo-

críticas entre nosotros. En su escueto contenido, de solo seis preceptos, el art. 5 establecía que *«la suspensión y disolución de los partidos políticos solo podrá acordarse por decisión de la autoridad judicial competente»* (art. 5.1); así como que la disolución solo podría declararse: *«a) cuando incurran en supuestos tipificados como de asociación ilícita en el Código Penal; b) Cuando su organización o actividades sean contrarias a los principios democráticos»* (art. 5.2. a y b). No tenemos constancia de que las genéricas previsiones del apartado b) llegaran a tener aplicación, las cuales posiblemente afectarían a los principios de legalidad y su complemento de tipicidad en materia sancionadora, de seguridad jurídica y de proporcionalidad por no corresponderse tan drástica medida disolutoria con un correspondiente catálogo de supuestos de concreta ilegalidad democrática.

2. El legislador de 2002 parte en la nueva regulación de lo que se dispone en los arts. 22 y 6 CE., en cuanto que los partidos políticos constituyen una determinada manifestación del más genérico derecho fundamental de asociación reconocido a nivel supranacional en Convenios y Tratados suscritos por España (vid. arts. 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 04.11.1950, y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19.12.1966), que por consiguiente forman parte de nuestro derecho interno (art. 96 CE.). El reconocimiento de este derecho a nivel constitucional (art. 22.1 CE.) conlleva enseguida la previsión de su posible ilegalidad, si bien que referida únicamente a los supuestos en que *«persigan fines o utilicen medios tipificados como delito»* (art. 22.2); cuya declaración se reserva a la autoridad judicial (art. 22.4). Y, efectivamente, el Código Penal declara punibles las asociaciones en las que concurran alguno de los elementos típicos del art. 515, en cuyo caso los Jueces y Tribunales acordarán la disolución de la asociación y, en su caso, cualquiera de las consecuencias accesorias del art. 129 del mismo texto legal (art. 520 CP.).

Sin embargo, el art. 6 CE. se refiere expresamente a los partidos políticos como especificación de aquel derecho asociativo en el ámbito político: *«Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos»*. A partir de esta formulación se pone de manifiesto que, aún sin haberse precisado la naturaleza jurídica de los partidos, consta el reconocimiento constitucional de los mismos en cuanto a su carácter funcional, sobre todo en

orden a la formación y manifestación de la voluntad de los ciudadanos, y luego instrumental para la participación en la vida política del país concurriendo a las confrontaciones electorales. No participan de la naturaleza de los poderes públicos ni son órganos del Estado como en alguna ocasión se ha sostenido (vid. STS., Sala 3.<sup>a</sup>, 14.01.2000), pero ciertamente son entidades públicas de base asociativa y ostentan relevancia constitucional. Tienen configuración institucional dentro de la Constitución, por lo que su regulación más flexible se defiere al desarrollo legislativo. Su condición de instituciones jurídico – políticas ya fue destacada por el TC en Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, y su innegable naturaleza asociativa aparece en la temprana STC. 3/1981, de 2 de febrero, y se repite en STC. 56/1995, de 6 de marzo, junto a la afirmación según la cual en su disciplina jurídica deben tenerse en cuenta la interpretación conjunta de los arts. 6 y 22 CE.

En cualquier caso es innegable que ocupan un papel esencial en nuestro sistema democrático, en la «arquitectura constitucional» se dice en la Exposición de Motivos de la LO. 6/2002, y asimismo se dice que son «instrumentos fundamentales en la acción del Estado», y ese «plus» asociativo que los mismos incorporan requiere de un estatuto jurídico regulador de tan peculiares asociaciones con el objetivo, sigue la Exposición de Motivos, de *«garantizar el funcionamiento del sistema democrático y las libertades esenciales de los ciudadanos, impidiendo que un partido político pueda, de forma reiterada y grave, atentar contra ese régimen democrático de libertades, justificar el racismo y la xenofobia o apoyar políticamente la violencia y las actividades de bandas terroristas»*.

La aparición de la LO. 6/2002 se justifica en la necesidad de establecer un régimen jurídico propio y específico de las asociaciones políticas, del que naturalmente forma parte la libertad de creación y afiliación (art. 1) junto con la sumisión a los principios democráticos y de legalidad en su organización, funcionamiento y actividad (art. 6); y al lado de este contenido adquiere especial significación la necesidad de establecer sus límites y controles en defensa, como se acaba de destacar, del orden constitucional y del sistema político democrático, con el fenómeno terrorista como telón de fondo que el legislador del año 2002 tampoco oculta.

3. Aparte lo dicho resulta obligado hacer dos consideraciones sobre las que luego habrá que insistir. La primera referida al necesario añadido a los controles penales previstos para el régimen asociativo en general, de otros concebidos para los partidos y basados en su consideración institucional de entidades jurídico políticas y la función que están llamados

a cumplir, derivados de la obligación de atender a la defensa del orden constitucional. Y la segunda, concretamente, si estos límites y controles sobre los partidos responden al concepto que, en terminología del Tribunal Constitucional Federal Alemán, se denomina «democracia militante» (combativa o beligerante). Este es un tema recurrente en nuestra doctrina que, con alguna excepción, se había descartado entre nosotros pero que ha resurgido al hilo de la vigencia de la LO. 6/2002 en el sentido de si, en contemplación a lo que se dispone en su art. 9, pudiera sostenerse que a los partidos se les impone no solo un deber de respeto hacia los valores constitucionales expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos, sino aún de adhesión positiva a los mismos, a la Constitución en definitiva, en términos análogos con lo establecido en la Ley Fundamental de Bonn (art. 21.1).

Decididamente no es así, y esta declaración contraria a la «democracia militante» entre nosotros forma parte de la doctrina constitucional, (desde STC. 48/2003, que decidió el Recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno Vasco frente a LO 6/2002), y de la jurisprudencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 Ley Orgánica del Poder Judicial (desde su Sentencia 27.03.2003, sobre ilegalización y disolución de los partidos «Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna»); en el sentido de que ciertamente la organización y desenvolvimiento interno de los partidos ha de ajustarse a términos democráticos, pero su ilegalización no está prevista en realidad por razones ideológicas, de programas o fines, sino únicamente en consideración a las acciones, conductas y medios inconstitucionales y antidemocráticos que se empleen en su funcionamiento, entendido como tal la realización de la actividad política y, además, no por acciones aisladas o esporádicas sino con fundamento en conductas llevadas a cabo de forma reiterada y grave (vid. art. 9.2). Porque en cuanto a los fines todos están permitidos y los únicos que se prohíben son los que adquieran relevancia punible. Todo lo demás entra dentro del ámbito protegido por el derecho a la libertad ideológica (art. 20.1. a. CE.), porque la Constitución protege a todos sin excluir a quienes discrepan de sus contenidos. A lo que sirve de fundamento el dato, destacado por la STC. 48/2003, de que toda la Constitución es modificable sin que estén previstas cláusulas de intangibilidad respecto de todo o parte de sus preceptos (vid. art. 168 CE), esto es, no existe cualquier «núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional» (STC. 48/2003). Como se dice en STC. 11/1981, de 8 de abril «*la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo*».

## II. SU APLICACIÓN POR LA SALA ESPECIAL PREVISTA EN EL ART. 61 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. La LO. 6/2002 entró en vigor el 29.06.2002 y acerca de la misma se ha elaborado abundante y, con frecuencia, brillante literatura jurídica de inexcusable consulta para quien pretenda profundizar en la rica problemática que la misma suscita. La Sala Especial prevista en el art. 61 LOPJ, es el órgano jurisdiccional competente para su aplicación por la vía de la suspensión (por ahora inédita) o ilegalización y consiguiente disolución de los partidos (arts. 10 y 11), o bien para la apreciación de improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido ya disuelto mediante otro de nueva creación, o la utilización de otro ya inscrito en el Registro correspondiente que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto (art. 12.1.b), 2 y 3), o bien para decidir el Recurso contra la proclamación o exclusión de candidaturas presentadas por Agrupaciones de electores, (en los términos previstos en el art. 49.5 en relación con art. 44.4 LO. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, –LOREG– preceptos modificados por la Disposición Adicional Segunda LO. 6/2002).

2. Hasta la fecha, la dicha Sala Especial ha dictado tres Sentencias sobre ilegalización de los siguientes partidos: «Herri Batasuna, Euskal Herriarrok y Batasuna» (Sentencia 27.03.2003); «Acción Nacionalista Vasca (ANV)» (Sentencia 22.09.2008), y «Partido Comunista de las Tierras Vascas» (Sentencia 22.09.2008).

Resolviendo Recursos electorales frente a la proclamación de candidaturas presentadas por Agrupaciones de electores, ha dictado la STS. 03.05.2003 («Plataforma de Agrupaciones de Electores AUB para elecciones municipales y forales del País Vasco y al Parlamento de Navarra»); la STS. 05.10.2003 (Agrupaciones Batzarraen y otras por anulación de las candidaturas a que se refiere la anterior Sentencia); STS. 21.05.2004 (Agrupación «Herritarren Zerrenda». Elecciones al Parlamento Europeo); STS. 26.03.2005 (Agrupación «Aukera Guztiak». Elecciones al Parlamento Vasco); STS. 05.05.2007 (Agrupación «Abertzale Sozialistak» Elecciones locales y forales en el País Vasco y al Parlamento Navarro); y STS. 08.02.2009 (Agrupaciones con denominador común «D3M». Elecciones al Parlamento Vasco de 2009).

En procedimiento de incidente de ejecución de Sentencia por continuidad o sucesión de partidos ya ilegalizados y disueltos, se han dictado Auto 05.05.2007 (presentación de candidaturas a través del Partido «Acción Nacionalista Vasca», en elecciones a Juntas Generales en el País Vasco, Auto-

nómicas en Navarra y municipales); Auto 21.05.2007 (sobre denegación de la constitución del Partido «Abertzale Sozialisten Batasuna ASB», como continuador de «Batasuna»); Auto 08.02.2009 (presentación de candidaturas a través del Partido «Askatasuna»); y Auto 16.05.2009 (candidaturas al Parlamento Europeo presentadas por la Coalición electoral. «Iniciativa Internacionalista-Solidaridad entre los Pueblos».

3. Sin embargo fue el Tribunal Constitucional el que dictó sobre la LOPP la primera Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, desestimando el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra la mayor parte de su articulado. Mediante dicha Sentencia quedó despejado el camino para que pudieran celebrarse las elecciones convocadas para ese mismo año, con la concurrencia o exclusión de los partidos cuya ilegalización y disolución había sido instada por el Gobierno de la Nación y el Ministerio Fiscal, en demandas presentada en septiembre 2002 pendientes de decidir por la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 LOPJ. El Tribunal Constitucional concluyó en la desestimación de cuantas objeciones de inconstitucionalidad alegó la parte recurrente sobre las siguientes cuestiones: a) Falta de fundamento constitucional de la Ley por establecer para los partidos políticos otras limitaciones distintas de las previstas para las asociaciones en el art. 22 de la Norma Fundamental; b) Vulneración del principio «non bis in idem» por cuanto que la LOPP resultaba redundante respecto de las tipologías contenidas básicamente en los arts. 515 y 520 del Código Penal; c) Falta de proporcionalidad de la disolución prevista como única medida consecutiva a la ilegalización de los partidos; d) Vulneración de la debida seguridad jurídica por la ambigüedad de los términos en que se expresan en el art. 9.2 y 3 LO. 6/2002 las causas de ilegalización, que comportan imprevisibilidad de sus contenidos; e) Tratarse de una ley singular o de caso único dictada en contemplación de determinados partidos políticos; y f) Incurrir en retroactividad de las normas sancionadoras, proscrita por el art. 9.3 CE.

Los planteamientos suscitados en los sucesivos procedimientos seguidos ante el Tribunal Supremo, y ante el Tribunal Constitucional al conocer de los Recursos de Amparo consiguientes a las Sentencias y Autos dictadas por el Alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria, reproducen en lo esencial estas mismas cuestiones propuestas como dudas sobre la constitucionalidad del texto legal. A propósito de la ilegalización y disolución de partidos políticos, en lo relativo a la justificación de esta drástica medida que pudiera adoptarse en un sistema democrático, el Tribunal Constitucional ya tuvo muy en cuenta el estado de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), surgida a partir del año 1998 sobre todo



en relación con los procedimientos seguidos contra Turquía, por violación de los arts. 10 y 11 del Convenio Europeo, todos ellos resueltos en sentido estimatorio de las demandas con la excepción representada por el caso «Partido de la Prosperidad» (Sentencias 31.07.2001 y de la Gran Sala de 13.02.2003). Dicha jurisprudencia del Tribunal Europeo no ha dejado de invocarla el Tribunal Supremo, en cuantas ocasiones ha debido aplicar la LOPP para decidir procesos de ilegalización y consiguiente disolución.

A la STC. 48/2003 han seguido las dictadas por este Alto Tribunal en los Recursos de Amparo frente a las correspondientes decisiones del Tribunal Supremo. La lista comienza con las SSTC. 5/2004 y 6/2004, ambas de 16 de enero, que desestimaron, respectivamente, las demandas de los partidos «Batasuna» y «Herri Batasuna» ya ilegalizados por la Sentencia 27.03.2007, y termina con STC. 21.05.2009 en que, por primera vez, se otorgó el Amparo contra Auto de la Sala Especial del art. 61 LOPJ de fecha 16.05.2009, sobre anulación de candidaturas presentadas por determinada Coalición Electoral, al discrepar el Tribunal Constitucional sobre la valoración de los indicios aportados y tomados en consideración por el Tribunal Supremo para concluir en aquel sentido anulatorio, por utilización fraudulenta de las candidaturas presentadas por la Coalición, declarando vulnerado el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). Cierta asimismo que la Sala del Tribunal Supremo no decidió esta vez por unanimidad, como sucedió en todos los casos anteriores, sino con la opinión discrepante de cinco de los dieciséis Magistrados que la integran, el ponente entre ellos, quienes no llegaron a formular voto particular sin perjuicio de lo cual la postura minoritaria sobre la calidad de la prueba indiciaria enseguida se difundió.

4. El presente repaso jurisprudencia hace preciso mencionar siquiera el enojoso proceso de ejecución de la primera Sentencia de ilegalización de «Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna», en cuanto a la posterior disolución del Grupo Parlamentario constituido en la Cámara Vasca, consecuencia no prevista en la LOPP y sobre la que tampoco se pronunció la STS. 27.03.2003, sino el posterior Auto 24.04.2005 dictado de conformidad con lo pedido por la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal en trámite de ejecución de Sentencia.

Del insólito enfrentamiento surgido entre el Supremo Tribunal y la Mesa del Parlamento Vasco, dan testimonio los reiterados requerimientos jurisdiccionales y otras tantas respuestas del Presidente de la Cámara sin cumplir lo acordado en resolución judicial firme, hasta el extremo de tenerlo que ejecutar subsidiariamente el órgano jurisdiccional (Auto 18.06.2003), declarando la nulidad de pleno derecho de las resoluciones

administrativas de la Cámara contrarias a lo decidido por el Tribunal Supremo (Auto 01.10.2003). Asimismo que, en realidad, el Grupo Parlamentario no dejó de actuar hasta que se concluyó la legislatura en el año 2004, y en último término que los apercibimientos de incurrir en responsabilidad penal por delito de desobediencia, dirigidos a la persona del Presidente del Parlamento y dos miembros de su Mesa, dieron lugar a un peculiar proceso en el que destacan las sucesivas resoluciones exculporias, luego revocadas, recaídas en fase de instrucción y en un primer enjuiciamiento ante el Tribunal Superior de Justicia, competente por causa del aforamiento de las personas acusadas, con resultado absolutorio en razón a la inviolabilidad por la actuación parlamentaria, con criterio no compartido por la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, que dispuso el nuevo enjuiciamiento a cargo del Tribunal Superior competente para que éste decidiera en cuanto al fondo, dándose lugar a la segunda absolución frente a la que recurrió en Casación la acusación popular que actuó como única parte acusadora en todo el proceso.

La Sentencia 54/2008, de 8 de abril, puso fin a este aparatoso episodio condenando definitivamente a los tres acusados como autores responsables del mismo delito de desobediencia tipificado en el art. 410. 1 del CP. A la Sentencia del Pleno de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo se formularon cuatro votos particulares, dos de ellos referidos a la inexistencia del delito finalmente apreciado, otro discrepante del cambio jurisprudencial que en la misma se operaba sobre el ámbito de actuación autónoma de la acusación popular en cuanto a obtener por sí sola la apertura del Juicio Oral en contra de lo solicitado por el Ministerio Fiscal (Sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre); y el cuarto por ambas razones.

### III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE ILEGALIZACIÓN Y DISOLUCIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS. LA STS.27.03.2003 SOBRE ILEGALIZACIÓN DE «HERRI BATASUNA, EUSKAL HERRITARROK Y BATASUNA»

1. A punto de cumplirse ocho años de vigencia de la LOPP, y siete años después de que el Tribunal Supremo dictara la primera sentencia de ilegalización y consiguiente disolución de tres partidos, y asimismo de que acordara las primeras anulaciones de proclamación de candidaturas de Agrupaciones de electores presentadas con carácter fraudulento para dar continuidad a la actuación electoral de partidos declarados ilegales, y más recientemente (años 2007 y 2009) se pronunciara sobre la utilización de

partidos políticos inscritos a modo de Agrupaciones de electores desnaturalizadas, para presentar candidaturas como medio de eludir la eficacia de la Sentencia de ilegalización; puede decirse sin rodeos que el pluralismo político, que es valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), y que se materializa en la existencia y actuación de los partidos, se asienta en una interpretación jurisprudencial conforme al mandato de la Norma Suprema, en el sentido de que en nuestro sistema democrático caben todas las opciones políticas, cualquiera que sean sus fines, programas u objetivos mientras no pretendan imponerlos a través de medios violentos o con vulneración de los derechos fundamentales.

2. En esta línea, de la señora STS. 27.03.2003 forman parte las siguientes declaraciones básicas: a) No hay democracia sin pluralismo político, por lo que deben protegerse cuantas opciones políticas quieran constituirse y articularse en la realidad social. No se trata de la mera tolerancia del pluralismo sino de su misma defensa como bien jurídico a proteger; b) El pluralismo se vincula al sistema de partidos en los términos del art. 6 CE. (con cita de la STC. 15/2000, de 20 de enero, y STEDH. 25.05.1998 «Partido Socialista contra Turquía»); c) Para el desenvolvimiento de sus funciones de relevancia constitucional, esto es, para transmitir sus planteamientos a la sociedad, los partidos políticos requieren de un amplio espacio de libertad de expresión. Por eso la libertad de expresión y de asociación están estrechamente relacionadas; d) Nuestro ordenamiento constitucional no ha establecido un modelo de «democracia militante», en que se imponga no ya el respeto sino la adhesión positiva al ordenamiento jurídico y a la Constitución en primer lugar; e) En nuestro sistema constitucional tienen cabida todas las ideas y todos los proyectos políticos, incluso aquellos que «ofenden, chocan o inquietan» (SSTEDH 07.12.1976 caso «Handyside contra Reino Unido» y 13.02.2003 «Partido de la Prosperidad contra Turquía». Gran Sala). Desde luego tienen cabida las ideas contrarias al sistema constitucional, incluso las que pretendan su sustitución o derogación, o postulen una organización territorial distinta a la elegida por el constituyente, siempre que se actúe desde el respeto a la legalidad y a través de los cauces democráticos, en ningún caso por medio de la violencia ni cercenando los derechos fundamentales; f) La LOPP no es una ley represiva de la disidencia política, sino que garantiza la supremacía de la Constitución y los principios democráticos en la actividad de los partidos, dentro del marco de los derechos que protege el Convenio Europeo y de las líneas establecidas por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del TEDH; g) El derecho de asociación de cuyo género los partidos políticos son especificidad, tampoco es absoluto e ilimitado. La invocación de la violencia, su justificación o aparente

cobertura autorizan la adopción de medidas restrictivas en la actividad de los partidos y en su libertad de expresión. La lucha contra el terrorismo, sus instrumentos políticos y las organizaciones que lo amparan y apoyan justifican las limitaciones en el ejercicio de estos derechos; h) Los partidos demandados se hallaban vinculados entre sí, formaban una sola realidad y estaban sometidos a los designios de la organización terrorista ETA, según las funciones de apoyo político asignadas por ésta en el desdoblamiento funcional y coordinación de cometidos y responsabilidades entre la política y la actuación terrorista, de manera que el control de las organizaciones políticas que se fueron sucediendo en el tiempo, siempre lo tuvo ETA. Dentro del consciente reparto de tareas, todo el entramado formaba parte de una estrategia marcada desde el terrorismo en actuación coordinada para la obtención de objetivos violentos y lesivos de los derechos fundamentales; i) No se toman en consideración para decidir la ilegalización los actos previos protagonizados por los partidos demandados, sino únicamente los realizados con posterioridad a la entrada en vigor de la LOPP. La actuación anterior solo se tiene en cuenta para apreciar la «trayectoria» a que se refiere el art. 9.4 de la ley. Y no han sido actos aislados o esporádicos los que llevan al Tribunal Supremo a esta conclusión ilegalizadora, sino los ejecutados de forma reiterada y grave; j) La Sala también valora la sistemática negativa a condenar los hechos violentos protagonizados por la organización terrorista, como forma de «apoyo omisivo» a la misma. El silencio también puede tomarse como hecho concluyente de aceptación de la violencia, como método de actuación para conseguir determinados fines, cuando se produce en circunstancias en que su rechazo es exigible o esperable. Nuestro sistema, dicho una vez más, no es el de «democracia militante» de adhesión al mismo y a la Constitución en primer lugar, pero sí que exige el respeto a las normas democráticas, por eso la constante negativa a condenar la violencia equivale a exteriorizar su legitimación.

Enseguida vamos a comprobar (vid. «infra», apartado V.) hasta que punto los argumentos y las conclusiones de esta primera Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo, frente a la que no prosperó la solicitud de amparo constitucional, han merecido la confirmación del Tribunal con sede en Estrasburgo.

#### IV. ALGUNAS CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

1. También parece conveniente a este trabajo aludir a los aspectos procedimentales previstos en la LOPP para su aplicación jurisdiccional.

Ningún reparo merece, en mi opinión, el procedimiento ordinario previsto para sustanciar los procesos de ilegalización que se regula en el art. 11, por cuanto que la necesaria celeridad que rige la tramitación se produce sin merma de los principios esenciales propios del proceso debido, con todas las garantías y sin padecer indefensión, en que se asegura a las partes la plena contradicción con posibilidad de alegar y probar cuanto convenga en defensa de sus respectivos intereses.

En la STS. 27.03.2003 se califica de proceso preferente y sumario en el que se respetan las garantías de defensa y contradicción: *«Es, sin duda, la importancia que nuestro legislador atribuye a un proceso destinado a ilegalizar un partido político lo que justifica que los plazos y la estructura del proceso permitan obtener una decisión en un plazo razonable de tiempo, sin merma de la seguridad jurídica y de las garantías de las partes, pues no sería aconsejable que iniciado un proceso destinado a ilegalizar a un partido político, por su presunta participación en actividades contrarias al funcionamiento del sistema democrático y a los derechos y libertades de los ciudadanos, se prolongase en el tiempo permitiendo que su actividad siguiese lesionando los derechos y libertades que se tratan de proteger; y, al mismo tiempo, tampoco sería razonable para el propio partido político, sus afiliados y sus votantes que la sospecha, exteriorizada con la presentación de una demanda tendente a su ilegalización, no tuviere una respuesta adecuada en un corto periodo de tiempo que disipe las dudas surgidas al respecto».*

2. La LOPP establece otro procedimiento incidental específico por la vía de la ejecución de la Sentencia de ilegalización (art. 12.3), para evitar la fraudulenta ineficacia del pronunciamiento jurisdiccional mediante la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro que continúe o suceda la actividad del declarado ilegal y disuelto (art. 12. 1. b), en cuyo caso la Sala sentenciadora, previa audiencia de las partes, podrá inferir y declarar la improcedencia de aquella continuidad o sucesión conforme a criterios valorativos estructurales, organizativos y de funcionamiento o bien subjetivos en cuanto a las personas que los integran, representan o administran, la procedencia de la financiación y cualesquiera otras circunstancias relevantes que permitan considerar aquella continuidad o sucesión en contraste con los datos y documentos obrantes en el proceso en el que se decretó la ilegalización y disolución (art. 12.3).

3. Y como fórmula de cierre, para salir al paso de estrategias elusivas de la ilegalización, la propia LOPP en su Disposición Adicional segunda, propicia la modificación de la LOREG en el doble sentido de prohibir que las Agrupaciones de electores presenten candidaturas que den continui-

dad a la actividad de partidos ilegalizados y disueltos (art. 44.4), y luego extendiendo a este objeto el ámbito del control judicial de los procesos electorales a través del recurso contencioso electoral, a deducir ante la Sala Especial del Tribunal Supremo por los mismos sujetos legitimados para demandar la ilegalización de los partidos (art. 49.5).

La necesidad de atemperar cronológicamente el desarrollo de ambos procesos –electoral y judicial– para que el calendario electoral no se vea perjudicado, determina que en este caso los plazos sean extraordinariamente breves –dos días para recurrir el acuerdo de la correspondiente Junta Electoral y otros dos días para dictar Sentencia–, incluso para acudir en Amparo constitucional –otros dos días para demandar y tres para dictar sentencia– (vid. art. 49.1 y 4 LOREG)

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del denominado recurso contencioso electoral (STC. 24.02.2000), también en esta específica extensión realizada por la LOPP (STC. 85/2003, de 8 de mayo) para salir al paso del fraude que representa acudir a la figura de las Agrupaciones electorales y burlar los efectos de la disolución de un partido ilegalizado. Así declara el Tribunal Constitucional que *«es constitucionalmente inobjetable que el legislador prevea tal reducción en los plazos (establecidos en el art. 49 en relación con art. 44 LOREG), cuando tal decisión responda a una finalidad razonable y necesaria acorde a los principios que han de regir el procedimiento correspondiente. Tal necesidad de equilibrio entre los valores en juego requiere que todos los intervinientes (también por supuesto del órgano judicial) una extremada diligencia puesto que se ha decidido hacer compatible el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes con la necesidad de cumplir los plazos establecidos para, a su vez, cumplir los de la globalidad del proceso electoral correspondiente»* (STC. 43/2009, de 12 de febrero).

4. Acudir al recurso contencioso electoral con sus indudables limitaciones procesales, para solventar los casos de pretendida continuidad en fraude de los partidos ya disueltos, por la vía de la presentación de candidaturas formadas a través de Agrupaciones de electores, puede resultar adecuado a las características de este instrumento del ejercicio directo del derecho de participación política, por la dificultad de controlar administrativamente una figura de esta clase que normalmente se constituye «ad hoc» para tomar parte en un concreto proceso electoral, lo que dificulta sobremanera su seguimiento y promover su ilegalización siquiera por la vía del incidente de ejecución de sentencia, pero esta vía procesal no está prevista para el caso en que con igual finalidad defraudatoria el partido disuelto logre introducir en otro legal una parte de las candidaturas presentadas

por éste. Tal y como se produjo en las elecciones a celebrar en el mes de mayo de 2007 a las Juntas Generales en el País Vasco, Autonómicas en la Comunidad Foral de Navarra y Municipales, en que la Abogacía del Estado y la Fiscalía demandaron la anulación de 133 candidaturas de las 256 que formaban la lista presentada por el partido «Acción Nacionalista Vasca». El representante del Gobierno promovió abiertamente recurso contencioso electoral, mientras que el Ministerio Fiscal escogió una fórmula combinada de «recurso contencioso electoral en incidente de ejecución de sentencia», con lo que la primera cuestión que debió despejar la Sala en su Auto 05.05.2007, fue la correspondiente al cauce procedimental adecuado al caso e incluso decantar su propia competencia por razón de la materia. La situación (reproducida en Auto 08.02.2009 «Azkatasuna»), difería de los precedentes en que la continuidad de «Batasuna» se había intentado hasta entonces a través de la fórmula de las Agrupaciones electorales, mientras que la pretensión actual estaba encaminada a la invalidación de diversas candidaturas presentadas por el partido ANV lo cual no estaba previsto en el ámbito del recurso contencioso electoral, en que la actuación del Juzgado de lo Contencioso Administrativo competente por razón del territorio se traslada a la Sala Especial, en casos de candidaturas presentadas por Agrupaciones electorales y con la justificación de mantener la virtualidad de lo ejecutoriado según la Sentencia de ilegalización, frente al intento de sortear de este modo los efectos de la misma. La LOPP no contiene un precepto equivalente al art. 49.5 LOREG para cuando las candidaturas forman parte de la lista aportada por un partido político, ni cabe hacer una interpretación de la norma que conduzca a variar su sentido como sería equiparar las Agrupaciones de electores y los partidos políticos que, por varias razones, no son realidades equivalentes y ni siquiera equiparables como se dice en la STC. 85/2003, de 8 de mayo. El régimen estatutario de los partidos se encuentra en la LO. 6/2002, que no rige para la otra figura cuya disciplina se encuentra en la LOREG, en la cual no se contiene ninguna fórmula procesal válida para el control de candidaturas y candidatos de partidos, como no sea acudiendo ante el correspondiente Juzgado de lo Contencioso Administrativo. Lo cual no es ningún olvido del legislador, sino que resulta coherente con la idea rectora según la cual ante la hipótesis de que un partido llegara a presentar candidaturas, con la finalidad abusiva de continuar con la actividad de otro disuelto quebrantando la sentencia ilegalizadora, el cauce que el ordenamiento jurídico reserva es promover la ilegalización del mismo o bien acudir al incidente de ejecución previsto en el art. 12.3 LOPP, instando la declaración de improcedencia de la continuidad o sucesión del ya disuelto.

No obstante lo cual la Sala, para evitar las consecuencias que se derivarían de la declaración de incompetencia por razón de la materia, y en consideración a que la LOPP atribuye exclusivamente al Ministerio Fiscal y al Gobierno de la Nación la legitimación para solicitar la declaración de improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido previamente ilegalizado, acaba afirmando su propia competencia decidiendo, previa audiencia de las partes, que el cauce adecuado para solventar las pretensiones de los actores debe enmarcarse dentro del proceso de ejecución de la Sentencia de ilegalización de «Batasuna», según la fórmula mixta o combinada propuesta por la Fiscalía, consistente en seguir los trámites del recurso contencioso electoral en el seno del incidente de ejecución de aquella Sentencia 27.03.2003, por cuanto *«Puede el Tribunal actuar de oficio para velar porque se garantice la válida constitución de la relación jurídico – procesal, con pleno sometimiento a la ley, tanto en lo que se refiere a la competencia como a la adecuación del procedimiento que se promueve a las pretensiones que realmente se ejercitan»*.

El criterio fue doblemente salvado en STC. 112/2007, de 10 de mayo, primero, al declarar *«que se ha aplicado un cauce procesal existente, el citado de ejecución previsto en la ley, y cuya aplicación a este caso concreto, además de no haber causado indefensión, no trasciende el ámbito de la estricta legalidad ordinaria y no puede considerarse arbitraria, irrazonable o incurso en error patente, como se desprende de la motivación explicitada en el referido Auto»*. (FJ. 2); y en segundo lugar al decidir la tramitación del amparo constitucional por el procedimiento específico del art. 49 LOREG, *«lo que... solo ha tenido el efecto de acortamiento de los plazos... pero no la privación de las garantías inherentes al proceso constitucional de amparo»* (FJ. 2).

Ni siquiera el respaldo recibido del Tribunal Constitucional resulta enteramente satisfactorio, si se advierte que se ha operado una extensión funcional de dicho procedimiento para el apartamiento de los partidos políticos de los procesos electorales, cuando *«la exclusión de un partido político exige la ponderación de la Sala de toda una serie de elementos de sucesión, de carácter objetivo y subjetivo, que aconseja eliminar la turbadora influencia de un plazo perentorio que, es cierto, no elimina las posibilidades de alegación y prueba, pero que obliga al órgano jurisdiccional a un reforzamiento de las cautelas precisas para que cualquier atisbo de indefensión sea eliminado»*. (Memoria del Tribunal Supremo correspondiente al año 2008, publicada en 2009, pag. 198 y ss.).

Desde el Alto Tribunal se sugiere *«una regulación más depurada de los procedimientos de ejecución, sobre todo, cuando el mandato de exclusión*



*pretende ser eludido mediante la presentación de agrupaciones electorales que camuflan verdaderos partidos políticos o partidos políticos que se disfrazan de agrupaciones electorales... La convivencia de una reforma que encuentre un adecuado punto de equilibrio entre las necesidades de ordenación cronológica de la campaña electoral y las exigencias impuestas por el funcionamiento de una Sala del Tribunal Supremo, no admite ya demoras. El plazo vigente es manifiestamente perturbador para una elemental regulación de las secuencias preclusivas que integran el procedimiento. El tiempo propio de una medida cautelar se ha convertido en la referencia cronológica de un proceso principal, en el que la complejidad de la pretensión se explica con facilidad por su conexión con el pluralismo político como valor constitucional».*

## V. RESPALDO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. Recientemente el TEDH, ha dictado tres Sentencias de la misma fecha 30.06.2009 (n.º 70, 71 y 72) decidiendo en sentido desestimatorio las demandas presentadas por violación, en lo que interesa, de los arts. 10, 11 y 13 del Convenio en que se proclaman, respectivamente, los derechos a la libertad de expresión, de asociación y al recurso efectivo, supuestamente causada por otras tantas Sentencias procedentes de la Sala Especial de nuestro Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en la medida en que en su momento se denegó el Amparo frente a lo declarado en aquellas resoluciones, todas ellas dictadas en aplicación de lo previsto en LOPP y LOREG y que versan, la n.º 70/2009, sobre la ilegalización y consiguiente disolución de los partidos «Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna» (STS. 27.03.2003 y del TC. 5/2004 y 6/2004, ambas de 16 de enero), y la 71/2009 sobre anulación de candidaturas presentadas por Agrupaciones de electores para las elecciones del año 2003 a las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, al Parlamento de Navarra y varios municipios de Navarra y del País Vasco (STS. 03.05.2003 y STC. 85/2003, de 8 de mayo). La n.º 72/2009, se contrae asimismo a la anulación de candidaturas presentadas por la Agrupación de electores «Herritarren Zerrenda» para concurrir a las elecciones al Parlamento Europeo convocadas para el año 2004. En estos dos últimos casos por aplicación de lo dispuesto en el art. 44.4 LOREG (STS. 21.05.2004 y STC. 99/2004, de 25 de mayo), sobre prohibición de presentar candidaturas las Agrupaciones de electores que vengán a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto.

Aunque el foco de interés se centra lógicamente en la primera de las Sentencias, se traen a colación las otras dos por las declaraciones que ambas contienen sobre la no vulneración del derecho al recurso debido al haberse seguido en cada caso el procedimiento previsto en la LOREG, esto es, el recurso contencioso electoral para la anulación de las candidaturas elusivas de los efectos de la Sentencia de ilegalización de los partidos.

2. La jurisprudencia del TEDH, sobre ilegalización de partidos políticos se ha construido básicamente en relación con los procesos en que el país demandado ha sido Turquía, Sentencias 30.01.1998, «Partido Comunista Unificado de Turquía»; 25.05.1998, «Partido Socialista»; 08.12.1999, «Partido de la Libertad y la Democracia»; 31.07.2001 y 13.02.2003, «Partido de la Prosperidad»; 09.04.2002; «Yazar y otros»; y 10.12.2002 «Dicle para el Partido de la Democracia». A las que pueden añadirse, entre otras, las Sentencias 03.02.2005 «Partidul Comunistilor (Nepererecisti) y Ungurenau contra Rumanía»; 13.04.2006 «Tsonev contra Bulgaria»; y 07.12.2006 «Linkov contra la República Checa».

Las reiteradas declaraciones recaídas al respecto pueden resumirse siguiendo la STEDH «Linkov» (apartados 34 y ss.) en estos términos: a) Los partidos políticos desempeñan un papel primordial en un régimen democrático, en el que gozan de las libertades y los derechos reconocidos por los arts. 10 y 11 del Convenio; b) Representan una forma de asociación esencial para el buen funcionamiento de la democracia puesto que tienen la capacidad de ejercer una influencia en el conjunto del régimen del país; c) Dado que sus actividades participan en el ejercicio colectivo de la libertad de expresión, pueden pretender la protección del art. 10 del Convenio; d) La libertad de asociación no es absoluta y hay que admitir que cuando una asociación por sus actividades o las intenciones que declara expresa o implícitamente en su programa, pone en peligro las instituciones del Estado o los derechos y libertades ajenos, el art. 11 del Convenio no priva a las autoridades de un Estado de poder proteger estas instituciones y personas; e) Ello se deriva tanto del apartado 2 del art. 11 como de las obligaciones positivas que corresponden al Estado en virtud del art. 1 del Convenio, de reconocer los derechos y libertades de las personas dependientes de su jurisdicción; f) Sin embargo, el Estado debe hacer uso de este poder con mesura (parsimonia) ya que las excepciones a la regla de la libertad de asociación requiere una interpretación estricta, pues solamente unas razones convincentes e imperativas justificarían una restricción de esa libertad; g) Un partido político puede hacer campaña a favor de un cambio de legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado bajo dos condiciones: 1. los medios utilizados al efecto deberán ser desde todos los

puntos de vista legales y democráticos; 2. el cambio propuesto deberá ser compatible con los principios democráticos fundamentales; h) De ello se deriva necesariamente que un partido político cuyos responsables inciten a recurrir a la violencia, o propongan un proyecto político que no respete una o más reglas de la democracia o que contemple la destrucción de ésta, así como el desprecio de los derechos y libertades que reconoce, no podrá aprovecharse de la protección del Convenio contra las sanciones impuestas por estos motivos; i) Las excepciones contempladas en el art. 11 requieren, respecto de los partidos políticos, una interpretación estricta sirviendo únicamente de justificación para la restricción a la libertad de asociación, unas razones convincentes e imperativas; j) Para juzgar la existencia de una necesidad en el sentido del art. 11.2, los Estados a quienes corresponde apreciar en primer lugar la existencia de necesidad social imperiosa, disponen de un margen de apreciación reducido que se duplica con un control europeo riguroso que afecta a su vez a la ley y a las decisiones que la aplican, incluidas las de un Tribunal independiente; k) Cuando se pronuncia el TEDH, su tarea no es la de sustituir a los Tribunales competentes, sino verificar desde el punto de vista del art. 11 las decisiones que hayan dictado en virtud de su poder de apreciación. De ello no se desprende que el TEDH deba limitarse a examinar si el Estado demandado ha usado dicha facultad de buena fe, cuidadosa y razonablemente; deberá considerar la injerencia enjuiciada a la luz del conjunto del caso para determinar si era proporcional al fin legítimo perseguido, y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarlas eran pertinentes y suficientes (vid. asimismo STEDH «Tsonev», apartados 51 y 52).

A propósito de la justificación de la medida de disolución de partidos políticos el Tribunal con sede en Estrasburgo, viene exigiendo como condición de su ajuste al Convenio, que se cumplan los siguientes requisitos: a) previsión legal de los supuestos y causas de disolución; b) legitimidad del fin perseguido; y c) el carácter necesario de la disolución en una sociedad democrática.

3. Los actores fueron los partidos políticos Herri Batasuna y Batasuna, (Euskal Heritarrok no apuró la tutela nacional acudiendo en Amparo ante el Tribunal Constitucional), y sus demandas fueron acumuladas por la evidente conexidad entre ellas. Alegaron que su disolución había comportado la violación de sus derechos a la libertad de expresión, consagrada en el art. 10 del Convenio, y a la libertad de asociación proclamada por el art. 11. La queja se extendía al carácter inaccesible e imprevisible de la LOPP, tratarse de ley «ad hoc», la aplicación retroactiva de la misma y la ausencia de finalidad legítima, de la injerencia, por cuanto que el objeto de la medida habría sido eliminar el debate político en el territorio del País Vasco. Adu-

jeron, asimismo, que la medida adoptada en su contra no era necesaria en una sociedad democrática y contravenía el principio de proporcionalidad.

Los Hechos de la Sentencia refieren un amplio relato de los antecedentes del caso representados por el contenido de la LOPP, sobre todo de su Capítulo II que establece las reglas básicas para garantizar el mandato constitucional de que la organización, funcionamiento y actividad de los partidos políticos deben ser democráticos y ajustarse a lo dispuesto en la Constitución y en las Leyes (apartados 8 a 14). Asimismo se relatan los pormenores sobre la creación de ambos partidos y su proceso de disolución, dando cuenta del Recurso de inconstitucionalidad contra la LOPP y los términos en que fue resuelto en STC. 48/2003; del procedimiento seguido ante la Sala Especial del Tribunal Supremo concluido mediante STS. 27.03.2003, de cuyos pronunciamientos también se deja extensa constancia y del resultado de los Recursos de Amparo interpuestos por los ahora demandantes, que dieron lugar a las SSTC. 5/2004 y 6/2004 (apartados 15 a 49).

4. Después de transcribir la normativa aplicable al caso, el Tribunal centra su atención en el examen de la invocada violación del art. 11 del Convenio (apartados 51 a 94) según el cual:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación...

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos...».

El esquema seguido es el habitual cuando se trata de verificar la justificación de la injerencia en el derecho fundamental de que se trate, en los términos a que antes nos referíamos (vid. «supra» V.2).

a) **Previsión legal** requirente no solo de que la medida enjuiciada tenga su base en el derecho interno, sino que se refiere también a la **calidad de la ley** en el sentido de que la norma debe ser **accesible y previsible**, esto es, ha de estar formulada con la suficiente concreción de manera que el destinatario de la misma pueda adaptar su conducta a lo que en ella se establezca. La superación de este primer filtro no ofrece dificultad al Tribunal, porque la LOPP entró en vigor el 29.06.2002, mientras que las demandas de ilegalización se presentaron en septiembre de dicho año y la Sentencia ilegalizadora es de fecha 27.03.2003. En sus preceptos están definidos (arts. 9 y 12) con claridad y precisión las conductas susceptibles de provocar la

disolución, y, finalmente, no puede hablarse de aplicación retroactiva de la norma no solo por la razón formal de que la irretroactividad garantizada por el art. 7.1 del Convenio se refiere únicamente a los procesos penales, sino en cuanto al fondo porque los hechos tomados en consideración por la Sala Especial del Tribunal Supremo se cometieron en el periodo temporal comprendido entre las fechas de entrada en vigor de la Ley y de interposición de las demandas iniciadoras del procedimiento judicial.

b) **Fin legítimo.** Los demandantes mantienen su invariable discurso, en el sentido de que la finalidad perseguida con la ilegalización fue siempre excluir de la vida política y democrática la «corriente política independentista vasca», mientras que el Gobierno reitera que la disolución se justifica en cuanto medio para preservar la democracia, evitando que los partidos de que se trata actúen contra el sistema democrático y las libertades fundamentales de los ciudadanos, apoyando la violencia y las actividades de determinada organización terrorista, recordando que varios partidos políticos «separatistas» coexisten pacíficamente en varias comunidades autónomas españolas. Y el Tribunal aprecia que los demandantes no han llegado a demostrar que la medida estuviera determinada por razones distintas de las apreciadas por los Tribunales internos de España.

c) **Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida.** Como principios generales el Tribunal recuerda su propia doctrina de la que antes se dejó constancia, y así reitera ahora que no hay democracia sin pluralismo; que la democracia se nutre de la libertad de expresión; el papel esencial que cumplen los partidos políticos en el mantenimiento del pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia; que el control del Tribunal no tiene como tarea sustituir a los Tribunales internos competentes, sino verificar desde el punto de vista del art. 11 las decisiones que hayan dictado en virtud de su facultad de apreciación; que el Tribunal no se limita a examinar si el Estado demandado ha usado sus facultades de buena fé y de forma razonable, sino que ha de considerar la injerencia enjuiciada a la luz del conjunto del asunto y determinar si era proporcional al fin legítimo perseguido, y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla eran pertinentes y suficientes. Las excepciones del art. 11 requieren una interpretación estricta y para juzgar la existencia de una necesidad en el sentido del art. 11.2, los Estados solo disponen de un margen de apreciación reducido que se duplica con un control europeo riguroso. La medida severa de disolución de un partido político, solo puede aplicarse a los casos más graves. Las condiciones en que los partidos políticos pueden promover un cambio de legislación o de las estructuras constitucionales del Estado, en cuanto a los medios utilizados y el cambio propuesto han de

ser compatibles con los principios democráticos. Los estatutos y los programas de un partido político no pueden tomarse como único criterio para determinar sus intenciones, sino que es preciso compararlo con los actos y toma de posición de sus miembros y dirigentes. No obstante el Estado puede impedir razonablemente la realización de un proyecto político incompatible con el Convenio, y esa potestad de intervención preventiva del Estado es conforme a las obligaciones positivas que recaen sobre las Partes Contratantes en el marco del art. 1 del Convenio.

5. Haciendo aplicación al caso de los anteriores principios generales básicos, el Tribunal se ocupa en primer lugar de verificar si la disolución de los demandantes obedecía a una **necesidad social imperiosa**, y luego valora si la sanción era **proporcional a los fines legítimos perseguidos**.

El punto de que se parte es que ambos partidos eran «un único sujeto real», a través de cuyas actividades razonablemente apreciadas por el Tribunal Supremo se puede concluir que eran instrumentos al servicio de la estrategia terrorista de ETA. De los elementos indiciarios tomados en consideración para alcanzar esta conclusión forma parte la negativa a condenar la violencia terrorista, en lo que el TEDH coincide con el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en que constituye conducta de apoyo tácito al terrorismo. Concurren pluralidad de actos y conductas graves y reiteradas, de las que racionalmente cabe inferir un compromiso con el terror y contra la convivencia organizada en un Estado democrático. Afirma el TEDH que aunque la disolución se fundara también en este elemento –el apoyo tácito al terrorismo– ello no sería contrario al Convenio «*puesto que la conducta de los políticos engloba normalmente no solamente sus actos o afirmaciones, sino también, en ciertas circunstancias, sus omisiones y silencios, que pueden equivaler a tomas de posición y ser expresión de todo acto de apoyo expreso*» (apartado 88 «in fine»).

Por consiguiente, el Tribunal comparte los argumentos de los Tribunales nacionales y «*considera que los actos y afirmaciones imputables a los partidos políticos demandantes forman un todo revelador que da una imagen del modelo de sociedad propuesta por éstos y que estaría en contradicción con el concepto de sociedad democrática*» (apartado 91).

Sobre la **proporcionalidad de la medida enjuiciada** el Tribunal zanja enseguida la cuestión en sentido positivo, a partir de lo antes dicho sobre que la injerencia obedecía a una necesidad social imperiosa, porque los partidos políticos demandantes contradicen el concepto de sociedad democrática y comportan un grave riesgo para la democracia española.

En conclusión el TEDH declara que no ha habido violación del art. 11 del Convenio, por cuanto que la disolución de los partidos demandantes se

puede considerar «necesaria en una sociedad democrática», en particular para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades ajenos, en el sentido de lo previsto en el art. 11.2.

En lo que concierne a la denunciada violación del art. 10 del Convenio, el Tribunal llega a igual conclusión desestimatoria, sin extenderse en el examen de este apartado cuyas cuestiones considera ya tratadas en el ámbito del art. 11, según el planteamiento efectuado por los demandantes.

6. Las SSTEDH 71/2009 y 72/2009, ambas de 30 de junio, dan respuesta a las demandas deducidas por Agrupaciones de electores que en su momento vieron anulados los actos de proclamación de sus candidaturas, en aplicación de lo dispuesto en el art. 44.4 LOREG. Se quejan los demandantes por la violación del art. 10 del Convenio (libertad de expresión), 3 del Protocolo 1. (sobre organización periódica de elecciones parlamentarias libres), y por violación asimismo del art. 13 del Convenio según el cual *«Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales»*.

Nos vamos a ceñir a este último extremo de las demandas, conectado a las consideraciones de índole procedimental para la aplicación de las previsiones de la LOPP que antes se hicieron (vid. «supra», apartado IV), si bien que el sentido de nuestro comentario crítico, al hilo de las reflexiones expuestas en la Memoria del Tribunal Supremo correspondiente al año 2008, se refería no tanto a la aplicación de los perentorios trámites del recurso contencioso electoral para resolver los supuestos contemplados en el art. 44.4 LOREG., de utilización fraudulenta de las Agrupaciones de electores, por las características propias de este instrumento de directa participación política, sino a la propagación funcional del fugaz procedimiento a los supuestos atípicos de candidaturas que se incluyen en las listas de un partido político inscrito, mediante las que se pretende igual continuidad o sucesión fraudulentas y elusivas de lo ejecutoriado, que son los casos tratados y resueltos en AATS. 05.05.2007 (ANV) y 08.02.2009 (Askatasuna), en que la Sala Especial decidió según la ya expuesta fórmula procedimental combinada, tramitar las pretensiones anulatorias en el seno del incidente de ejecución de la Sentencia 27.03.2003 por el cauce del expresado recurso contencioso electoral; criterio reiteradamente respaldado por el Tribunal Constitucional (SSTC. 112/2007, de 10 de mayo y 43/2009, de 12 de febrero).

Mediante estas SSTEDH se salva el dicho reparo en lo concerniente a las Agrupaciones de electores, en la línea de lo declarado por el Tribunal Constitucional sobre todo en Sentencia 85/2003, incluso sobre la posibilidad extraordinaria de formular los actores nuevas alegaciones aprovechando la vía del Amparo constitucional. El Tribunal con sede en Estrasburgo ha tomado en consideración la falta de unanimidad entre los Estados en cuanto a los plazos previstos para las impugnaciones electorales, de breve duración en todos los casos (aún en el marco de las recomendaciones de la Comisión de Venecia), resaltando la coincidencia de nuestra legislación con la de países tan próximos como Francia, Italia y Portugal sobre los breves dos días para recurrir la decisiones de las Comisiones electorales, y con este último país en cuanto a la singular previsión de acudir en Amparo ante el Tribunal Constitucional, estimando que este Recurso de Amparo puede considerarse una vía de recurso efectivo en el sentido del art. 13 del Convenio.

No obstante, en las Sentencias se zanja la cuestión advirtiendo el TEDH que su papel no consiste en analizar en abstracto la legislación procesal interna en función de la mayor o menor duración de los plazos previstos, sino los efectos que de ello se deriva a la luz de las circunstancias particulares de cada ocasión. Y en ambos casos la celeridad del procedimiento, justificada por el Tribunal Constitucional en la necesidad de garantizar la celebración de las elecciones en el tiempo previsto, no constituyó un obstáculo para el respeto del principio de contradicción, y, en efecto, las demandantes pudieron presentar cuantas alegaciones tuvieron por conveniente, sin que en la instancia europea hayan precisado cuales fueran las que entonces se les impidió plantear o las pruebas que no pudieron proponer.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ CONDE, Enrique.- El Derecho de Partidos. Colex. 2004.
- ALVAREZ CONDE, Enrique y CATALA I BAS, Alexandre.- «La aplicación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos. Crónica inacabada de la ilegalización de Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herriarrok», en Foro Nueva Época. Año 2004.
- CARRASCO DURAN, Manuel.- «Grupos parlamentarios y ley de partidos. La organización interna de la Cámara y el Poder Judicial», en Parlamento Vasco, 2007.
- DAGNINO GUERRA, Alfredo.- «El régimen de disolución y suspensión judicial de los partidos políticos en el ordenamiento jurídico español», en Revista de Derecho Procesal n.º 13, 2003.



- ECHARRI CASI, Fermín.- Disolución y suspensión judicial de partidos políticos. Dykinson. Sevilla 2003.
- ESPARZA OROZ, Miguel.- La ilegalización de Batasuna: el nuevo régimen jurídico de los partidos políticos. Cizur Menor, Aranzadi, 2004.
- FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos.- «El derecho de la democracia a defenderse: la ilegalización de partidos políticos», en libro homenaje al Prof. Carrillo Salcedo. Sevilla 2005.
- IGLESIAS BAREZ, Mercedes: La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento jurídico español. Comares. Granada 2008.
- NARVAEZ RODRIGUEZ, Antonio.- «Iniciativa Internacionalista: el primer desencuentro en la aplicación de la Ley de Partidos», en Derecho y Fiscales n.º 7, mayo/junio 2009.
- TRIBUNAL SUPREMO. Memoria correspondiente al año 2008. Gabinete Técnico. Madrid 2009.
- VIRGALA FORURIA, Eduardo.- «El recorrido jurisprudencial de la suspensión y disolución de Batasuna: agosto de 2002 a mayo de 2007», en Revista Española de Derecho Constitucional n.º 81, septiembre-diciembre 2007. Madrid, 2007.

## EL JUSTICE OLIVER WENDELL HOLMES. «THE GREAT DISSENER» DE LA SUPREME COURT

Francisco Fernández Segado  
*Catedrático de Derecho Constitucional*  
*Universidad Complutense de Madrid*

### SUMARIO

I.- Introducción: el *dissent*, «the hallmark of the American judiciary». II.- La «Marshall Court», las *opinions of the Court* y los primeros *dissents*. III.- El paradigma de los «*dissenters*»: Oliver Wendell Holmes y el realismo legal: A) Holmes, el apóstol de la libertad. B) Holmes, «The Great Dissenter». C) Holmes y el realismo legal. D) Los grandes *dissents* de Holmes: a) El *dissent* en el *Child Labor case* (1918). b) El *Lochner case* (1905): a) La posición de la Corte: La reconducción a la cláusula del *due process of law* de la *liberty of contract*. La absolutización de esta libertad y sus bases intelectuales. b) El *dissent* de Holmes y su trascendencia.

### I. INTRODUCCIÓN: EL *DISSENT*, «THE HALLMARK OF THE AMERICAN JUDICIARY»

Un instituto de notabilísimo interés con el que nos encontramos en ciertos países al abordar las decisiones constitucionales es el de la *dissenting opinion*, voto particular, *opinione dissenziente*, *Sondervotum*, *opinion dissidente* o *voto de vencido*, que con todas estas denominaciones se le reconoce. La trascendencia de su acogida o rechazo es notable, pues no cabe ignorar que se trata de un instituto bivalente, que aun cuando presenta una naturaleza jurídico-procesal, ofrece asimismo unos perfiles políticos indiscutibles.

Es opinión absolutamente común, como reconocen todos los comparatistas<sup>1</sup>, que la publicidad de las opiniones disidentes de los jueces representa la tradición inglesa recepcionada en los países de *common law* y después en los de la *Commonwealth*, pero no corresponde por el contrario a los países del llamado Derecho continental europeo. Esta idea tan sólo puede ser aceptada como punto de partida, aunque no absolutizada, pues lo cierto es que el instituto procesal en cuestión ha sido recepcionado en bastantes países con sistemas jurídicos de *civil law*, España entre ellos.

En cualquier caso, si el *dissent* se ha identificado con algún país, ése es sin duda los Estados Unidos, hasta el extremo de que bien puede afirmarse que si la *judicial review* es uno de los rasgos más identitarios del sistema jurídico norteamericano («constitutional review by courts –ha escrito Ginsburg<sup>2</sup>– is an institution that has been for some two centuries our nation's hallmark and pride»), el *dissent* es a su vez el sello de calidad de las *opinions* o sentencias, muy particularmente de las de la *Supreme Court*<sup>3</sup>, y, por lo mismo, bien podría sustentarse que del conjunto del sistema judicial norteamericano. Hasta tal punto se valora el instituto del *dissent* en los Estados Unidos que se ha llegado a afirmar que «America was founded in dissent»<sup>4</sup> o que «America would not be America without dissenting opinions», pues es a través de una constante y crítica supervisión como se descubren las goteras del tejado «the leak in the roof», como aparecen las roturas en las presas «the break in the dam» y como se ponen al descubierto los desgarreros en el ropaje de la justicia «the rent in the garment of justice»<sup>5</sup>.

En sintonía con todo ello, se constata la familiaridad con la que los *judicial dissents* se han incorporado desde el primer día al sistema judicial

---

<sup>1</sup> Entre otros muchos, Gino GORLA: «Le opinioni non segrete dei giudici dissenzienti nelle tradizioni dell'Italia preunitaria», en *Il Foro Italiano*, Anno CVII, Vol. CV, Roma, 1982, pp. 97 y ss.; en concreto, p. 97.

<sup>2</sup> Ruth Bader GINSBURG: «Speaking in a judicial voice», en *New York University Law Review*, Vol. 67, No. 6, December 1992, pp. 1185 y ss.; en concreto, p. 1205.

<sup>3</sup> Para el actual *Associate Justice* Antonin Scalia, nombrado Juez del Tribunal Supremo en 1986, el sistema de las separate opinions ha convertido al Tribunal Supremo en el foro central del debate legal. Antonin SCALIA: «Remarks on dissenting opinions», en la obra *L'opinione dissenziente*, a cura di Adele ANZON, Giuffrè Editore, Milano, 1995, pp. 411 y ss.; en concreto, p. 421. No distinto es el juicio de un autor foráneo como el italiano Vigoriti, para quien «le opinioni dissenzienti dei giudici supremi rappresentino, per la qualità delle stesse e la posizione dell'organo, la manifestazione più nota ed articolata dell'istituto, e quindi il punto di riferimento naturale di qualunque indagine sul tema». Vincenzo VIGORITI: «Corte costituzionale e dissenting opinions», en *Il Foro Italiano*, Anno CXIX, n.º 7-8, Luglio/Agosto 1994, pp. 2060 y ss.; en concreto, p. 2061.

<sup>4</sup> Edward C. VOSS: «Dissent: Sign of a Healthy Court», en *Arizona State Law Journal*, Vol. 24, 1992, pp. 643 y ss.; en concreto, p. 643.

<sup>5</sup> Michael A. MUSMANNO: «Dissenting opinions», en *Kansas Law Review*, Vol. 6, 1957-1958, pp. 407 y ss.; en concreto, pp. 408-409.

norteamericano<sup>6</sup>, lo que a su vez se ha puesto en conexión, de un lado, con el énfasis del individualismo y de la libertad de expresión que impregna el *American spirit*<sup>7</sup>, lo que ha tenido a su vez como lógica consecuencia la consideración del *dissent* como un auténtico derecho del juez «the right to dissent»<sup>8</sup> y de otro, con la idea de que no existe un permanente y básico dogma constitucional, lo que a su vez se traduce en que el principio vital de la *Supreme Court* sea no el de la unidad, sino el de la diversidad<sup>9</sup>. Esta idea ya había quedado perfectamente expresada por otro de los grandes *Justices* de la Corte Suprema, el Juez Douglas, quien, nombrado por el Presidente Roosevelt en 1939, desempeñaría su cargo por un dilatadísimo período (hasta 1975). En un *speech* pronunciado en 1948, ya expresó con toda claridad que la certeza y la unanimidad en la interpretación del Derecho sólo son posibles bajo los sistemas fascistas y comunistas<sup>10</sup>. Pero, por supuesto, nadie como ese gran *Justice* que fue Oliver Wendell Holmes ha puesto de relieve con mayor intensidad y con perfecta coherencia en su extraordinaria obra judicial, cuán ilusoria es la búsqueda de certeza por parte de los juristas. Pero a ello nos referiremos en un momento ulterior.

Es cierto, en cualquier caso, que no puede ignorarse el importante rol jugado al efecto por las preferencias ideológicas o políticas de cada Juez<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> «It is plainly evident –afirmaba Roberts hace más de un siglo– that the public has been familiar with judicial dissents from the first days of our American judiciary and that such opinions were viewed with no alarm by either the profession or laity». V. H. ROBERTS: «Dissenting Opinions», en *American Law Review*, Vol. 39, 1905, pp. 23 y ss.; en concreto, p. 29.

<sup>7</sup> Voss alude al «irrepressible instinct of expression» que, aplicado a los jueces, se manifestaría en las dissenting opinions. Edward C. VOSS: «Dissent: Sign of a Healthy Court», op. cit., p. 647.

<sup>8</sup> Brennan, nombrado *Associate Justice* en 1956 por el Presidente Eisenhower, cargo que ejercería durante 34 años, calificaría el dissent como un derecho, tildándolo como «one of the great and cherished freedoms that we enjoy by reason of the excellent accident of our American births». William J. BRENNAN, Jr.: «In Defense of Dissents», en *The Hastings Law Journal*, Vol. 37, 1985-1986, pp. 427 y ss.; en concreto, p. 438.

<sup>9</sup> Charles AIKIN: «The role of dissenting opinions in American Courts», en *Il Politico*, Anno XXXIII, 1968, n.º 2, pp. 262 y ss.; en concreto, pp. 264-265.

<sup>10</sup> William Orville DOUGLAS: «The Dissent: A Safeguard of Democracy». (Address before the ABA Section of Judicial Administration, Seattle, Wash., 1948). Inicialmente publicado en *Journal American of Judicial Society*, Vol. 32, 1948, pp. 104 y ss. Nosotros manejamos el mismo trabajo publicado bajo el título de «In Defense of Dissent», en la obra *The Supreme Court: Views From Inside*, edited by Alan F. WESTIN, W.W. Norton & Company, Inc., New York, 1961, pp. 51 y ss.; en concreto, p. 52. Existe una versión italiana de este trabajo bajo el título «Il «dissent»: una salvaguardia per la democrazia», publicada en la obra *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, a cura di Costantino MORTATI, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 105 y ss.

<sup>11</sup> De ello se ha hecho eco con algún detenimiento Lawrence BAUM: *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, pp. 192 y ss.

Otro clarividente Juez, el *Justice* Cardozo, en 1921, antes de acceder al Tribunal Supremo (sería nombrado Juez del mismo en 1932 por el Presidente Hoover), expresaba con sencillas e irrefutables palabras el notable peso de la tendencia filosófica o ideológica de cada Juez: «There is in each of us a stream of tendency, whether you choose to call philosophy or not, which gives coherence and direction to thought and action. Judges cannot escape that current any more than other mortals»<sup>12</sup>. No debe extrañar por lo mismo que los niveles de acuerdo entre los magistrados sean más elevados entre quienes mantienen posiciones ideológicas más próximas.

La adecuada comprensión del instituto del *dissent* no puede prescindir de la consideración relativa a la naturaleza del sistema jurídico norteamericano. Nos hallamos como es de sobra conocido ante un sistema de *common law* históricamente connotado por el carácter personalizado de las decisiones judiciales, de las que constituye buena muestra la práctica inicial de la formulación de las sentencias a través de las llamadas *seriatim opinions*, que sólo quebraría con la llegada a la Corte Suprema como *Chief Justice*, de John Marshall (4 de febrero de 1801). Ello iba a suponer que los *dissents* encontraran perfecto encaje en un sistema judicial personalizado, bien diferente del modelo judicial burocrático, unitario e impersonal de los sistemas de *civil law*, en los que la salvaguarda de la unidad colegial, protegida por el principio del secreto de las deliberaciones, obscurece todo atisbo personalista.

Al margen de ello, innecesario sería decirlo, la preferencia de los sistemas de *common law* por las *dissenting opinions* se debe también a la particular estructura de sus normas jurídicas y al rol que en relación a ellas ha venido desempeñando la jurisprudencia y, de modo muy particular, la fundamentación de las sentencias. En los sistemas de *civil law* el Derecho se halla codificado y, por lo tanto, vertebrado en un sistema orgánico de reglas precisa y rigurosamente formuladas; por lo mismo, la fundamentación de una sentencia opera en el ámbito de este conjunto de normas cuya existencia no está controvertida. La motivación –ha escrito Sereni<sup>13</sup>– consiste en un conjunto de silogismos que, partiendo de reglas fácilmente verificables, tiene por objeto dar una justificación lógico-jurídica a la decisión de un caso concreto. Por el contrario, en los sistemas de *common law*, en los que el Derecho no se halla codificado, el juez, ante un caso concreto, debe

---

<sup>12</sup> Benjamin N. CARDOZO: *The nature of judicial process*, Yale University Press, twenty-seventh printing, New Haven and London, 1967, p. 12.

<sup>13</sup> Angelo Piero SERENI: «Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux», en *Revue générale de droit international publique*, 1964, pp. 819 y ss.; en concreto, pp. 827-828.

con frecuencia entregarse a la delicada y compleja función de búsqueda de las reglas jurídicas vigentes («finding the law»); quiere ello decir que el juez, antes de interpretar la regla, ha de buscarla, con lo que desarrolla una función creadora más consciente e intensamente que el juez de los sistemas de *civil law*. Así las cosas, los *dissents* cumplen una función que se relaciona con la que es propia de la motivación en tales sistemas jurídicos. El juez de *common law* viene obligado, de resultas del peculiar rol que ha de cumplir, a invocar con mucha mayor frecuencia que su homólogo de los sistemas europeo-continental principios generales que aún no han alcanzado el estadio de la sistematización y rígida enunciación en forma escrita o, al menos, positivada. En tal contexto, los *dissents* encuentran su principal justificación en la posibilidad de que sean enunciadas (y en su día aplicadas) reglas diferentes de las que se invocan en la fundamentación de la sentencia.

Dicho lo que antecede, quizá convenga añadir una matización conceptual. Las *dissenting opinions* de que venimos hablando pueden incluirse dentro de una categoría más general, las *separate opinions*, que no sólo engloban el supuesto de disidencia, sino también el de concurrencia, pues en ocasiones la opinión disidente, técnicamente, se trata de una *concurring opinion*, o lo que es igual, de un desacuerdo con el razonamiento de la mayoría (*reasoning*)<sup>14</sup>, pero no con la parte dispositiva de la decisión; dicho de otro modo, la *concurring opinion* llega a iguales conclusiones que la posición mayoritaria, pero fundándose en un razonamiento diferente<sup>15</sup>. Esta perspectiva de las *separate opinions* no deja de ofrecer un aspecto problemático, patológico incluso; nos referimos al caso en que el razonamiento mayoritario, esto es, el sostenido por el mayor número de jueces, no alcan-

---

<sup>14</sup> A su vez, dentro del *reasoning* se plantea la problemática de la distinción entre *holding* y *dictum*, un sub-aspecto del problema atinente al referente del *decisis*, de especial relevancia en los sistemas de *common law* si se tiene presente el principio *stare decisis*. Abordando la cuestión, Hardisty escribía: «under rule stare decisis, decisis refers only to those precedential rules of law labeled «holdings» (or *rationes decidendi*) not those labeled «dicta». «A «dictum» –añadía poco después– is a judicial statement of a legal rule which was not «necessary» to the judicial result». En definitiva, *holding* será aquella «rule of law» necesaria para el fallo o parte dispositiva de la decisión y, por lo mismo, será vinculante (*stare decisis*). Pero el problema, en ocasiones, puede seguir en pie a la vista de la dificultad que a veces suscita determinar lo que es «necessary». Cfr. al respecto, James HARDISTY: «Reflections on Stare Decisis», en *Indiana Law Journal*, Vol. 55, 1979-1980, pp. 41 y ss.; en concreto, pp. 57-58.

<sup>15</sup> «Broadly speaking –escribe Abraham en su ya clásica obra, en alusión a las *concurring*– it usually signifies the concurrence of its author in the decision, but not reasoning of the Court». Henry J. ABRAHAM: *The Judicial Process (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France)*, seventh edition, Oxford University Press, New York/Oxford, 1998, pp. 225-226.

za, sin embargo, una mayoría en el tribunal, lo que se traduce en que dicha *opinion*, no obstante ser mayoritaria, carezca de autoridad suficiente para establecer un precedente vinculante en el futuro, lo que en un país en que el principio *stare decisis* tiene una notable relevancia no deja de ser una grave disfunción. Nos hallamos, en definitiva, ante el fenómeno de las *plurality opinions*, también conocidas como las *no-clear-majority decisions*<sup>16</sup>.

En el dispar conjunto argumental que precede puede encontrar su sustento el hecho de que, frente a las prácticas restrictivas de otros sistemas legales, las tradiciones del *American Judiciary* nunca han insistido en que los *justices sitting in banc* oculten la existencia de divisiones entre ellos tras una fachada de pretendida unanimidad. Los jueces que disienten de una decisión de sus colegas pueden expresar su disenso y dar sus razones. Y esta práctica, señalaría un constitucionalista tan relevante como Pritchett<sup>17</sup>, ha tenido un incommensurable efecto en el crecimiento del Derecho y en la promoción de un principio de personalización de la responsabilidad del juez.

Para darnos una idea aproximada de la relevancia que en el plano constitucional presentan los *dissents*, recordaremos que en los debates académicos que periódicamente han tenido lugar en Norteamérica acerca de qué textos podían ser considerados canónicos, esto es, «canons of constitutional law», no faltan autores que defienden la inserción de los *dissents* dentro de estos cánones, aunque sea más bien con el perfil de anti-cánones. En tal sentido, Primus entiende<sup>18</sup> que la noción de un «canonical dissent» requiere de una explicación que se asienta en dos ideas, una acerca de la naturaleza del *dissent* y otra acerca de la forma del «constitutional canon». La idea tradicional es la de que los *dissents* son declaraciones de puntos de vista («statements of positions») rechazados por el Derecho, a lo que se une la idea de que el canon está compuesto de aquellos textos a los que el

---

<sup>16</sup> «Plurality decisions, also called no-clear-majority decisions, are those in which a majority of the Court agrees upon the judgment but not upon a single rationale to support the result. Thus, there is no «opinion of the Court» in the ordinary sense. Plurality decisions are to be distinguished from affirmances by an equally divided Court, when there is no majority agreement even on the result, and from per curiam opinions in which a majority of Justices expresses at least summary agreement on the reasoning». Con esta claridad se pronuncia Novak, una de las autoras que más certeramente ha estudiado esta problemática. Cfr. al respecto, Linda NOVAK: «The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions», en *Columbia Law Review*, Vol. 80, No. 4, May 1980, pp. 756 y ss.; en concreto, p. 756, nota 1.

<sup>17</sup> C. Herman PRITCHETT: «The divided Supreme Court, 1944-1945», en *Michigan Law Review*, Vol. 44, 1945-1946, pp. 427 y ss.; en concreto, p. 427.

<sup>18</sup> Richard A. PRIMUS: «Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent», en *Duke Law Journal*, Vol. 48, 1998-1999, pp. 243 y ss.; en concreto, p. 301.

Derecho ha dado autoridad. Sin embargo, para el mencionado autor, el canon es actualmente más amplio («more capacious»). Su estructura es dual y su trayectoria anticanónica da asilo a muchas posiciones rechazadas. Por lo mismo, hay un sentido en el que es erróneo pensar que las posiciones expresadas en un *dissent* han quedado rechazadas. «Because the constitutional canon is dual, its authorities always keep us mindful of the set of their possible replacements».

En definitiva, la escritura de *dissenting* o *minority opinions* se ha convertido en una fase normal del modelo de acción judicial norteamericano, utilizando los *Justices* numerosas vías para la formulación de su desacuerdo, tal y como recuerda la doctrina<sup>19</sup>: *separate opinion, concurring opinion, concurring in the result, dissent in part, dissent from a per curiam...*

El hecho de que el instituto en cuestión se considere en nuestro tiempo «a regular component of Supreme Court decision making»<sup>20</sup> no debe hacer olvidar que no siempre en la vida del Tribunal Supremo fue visualizado así. Bien al contrario, en el curso de los primeros años de la *Marshall Court*, el Tribunal desarrolló una regla institucional que favorecía fuertemente las «opiniones únicas», viéndose las «opiniones disidentes» como una forma de desobediencia institucional, siendo por lo mismo desaconsejadas. Y aunque tal visión no dejara de ser fugaz, y, progresivamente, el *dissent* fuera incorporándose al paisaje natural del *American judiciary*<sup>21</sup>, es lo cierto que no han faltado, ni faltan, percepciones críticas acerca de la institución. Como significara uno de los grandes Jueces norteamericanos, *Chief Justice* de la Corte Suprema de California, Roger Traynor<sup>22</sup>, algunos miran la *dissenting opinion* como «l'enfant terrible of appellate practice». Sería otro bien relevante Juez, el *Judge Learned Hand*, quien formulara las más duras críticas hacia este instituto procesal<sup>23</sup>, al tildar de desastrosa la división de la opinión de un tribunal que se anuda a un *dissent*, en cuanto que con él

---

<sup>19</sup> Charles AIKIN: «The United States Supreme Court: The Judicial Dissent», en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 18, 1969, pp. 467 y ss.; en concreto, p. 468.

<sup>20</sup> Matthew P. BERGMAN: «Dissent in the judicial process: discord in service of harmony», en *Denver University Law Review*, Vol. 68, 1991, pp. 79 y ss.; en concreto, p. 79.

<sup>21</sup> Tan es así que, como destaca Abraham, un simple *dissent* sin explicación, tal como «Mr. Justice Butler dissents» (en *Palko v. Connecticut*, 1937), representa un voto en el lado opuesto a la opinión mayoritaria. Henry J. ABRAHAM: *The Judicial Process*, op. cit., pp. 222-223. Demás está añadir que ello presupone la innecesariedad de la motivación de los *dissents*.

<sup>22</sup> Roger J. TRAYNOR: «Some open questions on the work of State Appellate Courts», en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 24, No. 2, Winter 1957, pp. 211 y ss.; en concreto, p. 218.

<sup>23</sup> Learned HAND: *The Bill of Rights*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1958, pp. 72-73.



se anula «the impact of monolithic solidarity on which the authority of a bench of judges so largely depends». Y hace más de un siglo (en 1895), el Justice Edward White, en el caso *Pollock v. Farmer's Loan*, afirmaba: «The only purpose which an elaborate dissent can accomplish, if any, is to weaken the effect of the opinion of the majority, and thus engender want of confidence in the conclusions of the court of last resort». El argumento de que el *dissent* quiebra la autoridad del tribunal y de sus decisiones, engendrando la ausencia de seguridad, sigue siendo hoy el más repetido entre las minorías opuestas al mismo.

En cualquier caso, las consideraciones críticas no han hecho palidecer la trascendencia del instituto, en el que muchos ven una de las razones más relevantes, si es que no la que más, del secreto del éxito de los tribunales en el sistema norteamericano<sup>24</sup>.

## II. LA «MARSHALL COURT», LAS *OPINIONS OF THE COURT* Y LOS PRIMEROS DISSENTS

1. Una opinión por entero compartida por los historiadores es la de que la llegada de John Marshall a la presidencia de la *Supreme Court* en 1801 supuso el inicio del desarrollo de un nuevo proceso de deliberación del órgano, que, postergando las *seriatim opinions*, heredadas de la tradición inglesa, que entrañaban el pronunciamiento individualizado de cada uno de los jueces, vino a consagrar las *opinions of the Court*<sup>25</sup>. No cabe la más mínima duda de que la filosofía de Marshall se encaminó a fortalecer la Corte como una entidad con voz propia frente a un órgano concebido como la resultante de una suma de voces individuales. Ello fue acompañado de un dato especialmente significativo: el *Chief Justice* se convirtió en el principal portavoz de la *Supreme Court*.

Y junto a todo ello, ha de tenerse muy presente la adelantada visión que Marshall tuvo de la Constitución. El *Chief Justice* siempre se opuso a un entendimiento de la Carta de 1787 que condujera a equipararla a un mero código legal. «We must never forget –aduciría en el trascendental caso *McCulloch v. Maryland* (1819)– that it is a constitution we are ex-

---

<sup>24</sup> «In the dissent, –escribía Ganoe en 1941– perhaps, lies the secret of the success of the Court in the American system». John T. GANOE: «The passing of the old dissent», en *Oregon Law Review*, Vol. XXI, 1941-1942, pp. 285 y ss.; en concreto, p. 295.

<sup>25</sup> «Enjoying a relatively homogeneous court –escribe Voss– Chief Justice Marshall developed the process of delivering an «opinion of the court», an opinion usually presented by the Chief Justice with the majority's assent». Edward C. VOSS: «Dissent: Sign of a Healthy Court», op. cit., p. 645.

pounding». En esta familiar frase, diría quien habría de ser otro gran Juez, el *Justice* Frankfurter<sup>26</sup>, Marshall expresó «the core of his constitutional philosophy». Cualesquiera que fueren las esperanzas de los *framers* con el texto, Marshall asumió que ellos habían querido que el mismo permaneciera «for ages to come»<sup>27</sup>. De ahí que el *Chief Justice* asumiera como tarea propia «to fix for all times the basic meanings of the Constitution, to establish the constitutional system so clearly and so authoritatively that attempts at deviation would prove futile»<sup>28</sup>.

Marshall, escribiría Garfield<sup>29</sup>, se encontró con la Constitución de papel e hizo de ella poder; se encontró con un esqueleto y lo revistió de carne y hueso, o lo que es igual, le dio naturaleza humana. Marshall fue quien estableció el trascendental rol de la *Supreme Court* como intérprete autorizado de la Constitución («authoritative expounder of the Constitution») y fue él asimismo quien asumió la función de asentar los fundamentos jurídicos de una nación fuerte, dotada de la autoridad necesaria para permitir gobernarla eficazmente.

El *rule of law* significa para toda persona que vive en una sociedad políticamente organizada, que ha conseguido un relativamente alto grado de objetividad e imparcialidad en su Derecho sustantivo, rasgos que resultan a su vez vitalizados por la existencia de un poder judicial independiente guiado por el procedimiento del *due process* y fiel a la perspectiva de que tanto el gobierno como los funcionarios públicos están sujetos al *rule of law*. Pues bien, la influencia de Marshall respecto de estos tres vitalizadores elementos resultó sustancial y muy beneficiosa. Quien fuera Decano de la «Law School» de la Universidad de Pennsylvania compendiaría en la idea «equal justice under law» la aportación de Marshall al «American rule of law»<sup>30</sup>.

La Corte de Marshall, contra lo que pudiera pensarse por lo dicho, está lejos de presentarse como monolítica. Si acaso, por el alto grado de unanimi-

---

<sup>26</sup> Felix FRANKFURTER: «John Marshall and the judicial function», en *Harvard Law Review*, Vol. 69, No. 2, December 1955, pp. 217 y ss.; en concreto, p. 218.

<sup>27</sup> «A Constitution—escribe Marshall en el caso *Cohens v. Virginia* (1821)—is framed for ages to come, and is designed to approach immortality as nearly as human institutions can approach it».

<sup>28</sup> Donald G. MORGAN: «The Origin of Supreme Court Dissent», en *The William and Mary Quarterly*, Vol. 10, No. 3, July 1953, pp. 353 y ss.; en concreto, p. 361.

<sup>29</sup> *Apud* Bernard SCHWARTZ: «The Judicial Ten: America's Greatest Judges», en *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 4, 1979, pp. 405 y ss.; en concreto, p. 408. Existe versión española de este trabajo con el título: *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1980.

<sup>30</sup> Jefferson B. FORDHAM and Theodore H. HUSTED: «John Marshall and the rule of law», en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104, 1955-1956, pp. 57 y ss.; en concreto, p. 68.

dad alcanzado en las controversias suscitadas en cuestiones relativas al poder nacional, o federal, si así se prefiere, se podría visualizar como «an ideological monolith» hasta 1823<sup>31</sup>, pero nunca, desde luego, más allá de esa fecha. Por lo demás, las tensiones en la Corte fueron abundantes desde el primer momento de la llegada de Marshall a la presidencia, entre otras razones, por el complejo proceso de acomodo de las diversas filosofías en presencia.

Fue en el caso *Talbot v. Seeman* (1801) donde Marshall puso fin a la práctica de las *seriatim opinions*. A partir del mismo, la *Supreme Court* escribió como «a single unit», quedando toda disensión producida en su seno en secreto, circunstancia que se ha considerado<sup>32</sup> como una importante condición previa para la hábil asunción de poder por la *Supreme Court* en el celeberrimo caso *Marbury v. Madison* (1803)<sup>33</sup>. De esta forma, se establecía el que iba a convertirse en uno de los postulados básicos del *American case-law system*: «the decision of a majority determines the result and establishes a precedent for use in subsequent adjudication (...). The result plus the reasoning found in the «opinion of the Court» determine the precedent value of any particular case»<sup>34</sup>.

La unanimidad del Tribunal presidido por Marshall no se iba a prolongar mucho tiempo. La llegada de William Johnson a la Corte (nombrado por el Presidente Thomas Jefferson en 1804, ejercería el cargo de *Justice* hasta 1834), que ha sido considerado<sup>35</sup> como «his most independent colleague», tuvo mucho que ver con ello. Johnson, efectivamente, formulaba la primera *separate opinion*, no bajo la forma de *dissenting*, sino de *concurring*, en el caso *Huidekoper's Lessee v. Douglas* (1805). Pero al tratarse de una «concurrancia» y no de una «disidencia *stricto sensu*», la doctrina ha venido a considerar de modo bastante generalizado que la primera quiebra

---

<sup>31</sup> En tal sentido, Robert G. SEDDIG: «John Marshall and the origins of Supreme Court leadership», en *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 36, No. 4, Summer 1975, pp. 785 y ss.; en concreto, p. 813.

<sup>32</sup> Matthew P. BERGMAN: «Dissent in the judicial process: discord in service of harmony», op. cit., p. 81.

<sup>33</sup> Ello no obstante, hay quienes consideran que la primera *opinion of the Court* pronunciada por la *Marshall Court* se produjo en el caso *United States v. Schooner Peggy* (1801). Así se sostiene, por ejemplo, en el artículo que aparece dentro de las «Notes» de la *Harvard Law Review* (en adelante aludiremos a la autoría de este tipo de artículos bajo la rúbrica de «Harvard-Note»), Vol. 94, No. 5, March 1991, pp. 1127 y ss.; en concreto, p. 1127, nota 1.

<sup>34</sup> «Supreme Court no-clear-majority decisions. A study in stare decisis», Comments, en *The University of Chicago Press* (en adelante nos referiremos a la autoría de este tipo de artículos bajo la rúbrica de «Chicago-Comment»), Vol. 24, 1956-1957, pp. 99 y ss.; en concreto, p. 99.

<sup>35</sup> David P. CURRIE: «The Constitution in the Supreme Court: The Powers of the Federal Courts, 1801-1835», en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 49, 1982, pp. 646 y ss.; en concreto, p. 647.

formal de la tradición de unanimidad establecida con Marshall tuvo como responsable no a Johnson, sino al *Justice* William Paterson (que el Presidente Washington nombrara en 1793)<sup>36</sup>, quien en el caso *Simms & Wise v. Slacum* (1806) suscribió el primer auténtico *dissent*.

Tras las dos decisiones aludidas, que entrañaban la quiebra de la concepción de la disciplina judicial sustentada por el *Chief Justice*, los *dissents* dejaron de ser una rareza, Bien es verdad que hasta los primeros años del siglo XX su porcentaje fue bastante bajo. Evans<sup>37</sup>, en un análisis que abarca el período que media entre 1789 y 1928, lo cifra en un 15, 21 por 100 del total de las *Supreme Court decisions*. En ninguna etapa de este período de tiempo, próximo al siglo y medio, el porcentaje de *separate opinions* superó el 20 por 100 del total de *opinions of the Court*, no llegando en muchos años ni siquiera al 10 por 100. El contraste de estos porcentajes con los de etapas sucesivas es impactante, creciendo las *separate opinions* de modo imparable en la Corte post-rooseveltiana<sup>38</sup>, hasta alcanzar su cima en la *Burger Court* (1969-1986), en la que tan sólo el 21, 6 por 100 de las decisiones se adoptaron por unanimidad.

En la etapa de la Corte Suprema que algún autor ha denominado «the golden age of constitutional interpretation (1811-1825)<sup>39</sup>, de las 492 decisiones dictadas, tanto en cuestiones constitucionales como en cualesquiera otras, sólo en 43 de ellas se suscribieron *separate opinions*, lo que supone un porcentaje relativamente bajo, de un 8, 7 por 100 del total de resoluciones. La incorporación a la Corte de un grandísimo jurista como Joseph Story (en febrero de 1812, por nombramiento del Presidente Madison) iba a ser de enorme utilidad para Marshall porque Story se convertiría quizá en el mejor aliado del *Chief Justice*. De hecho, en 1818, Story mostraba claramente su preferencia por las reglas establecidas por Marshall y por el *Justice* Washington<sup>40</sup>, y en una carta dirigida a Henry Wheaton escribía:

---

<sup>36</sup> Entre otros, Karl M. ZoBELL: «Division of opinion in the Supreme Court: a history of judicial disintegration», op. cit., p. 195. Asimismo, William J. BRENNAN, Jr.: «In Defense of Dissents», en *The Hastings Law Journal*, Vol. 37, 1985-1986, pp. 427 y ss.; en concreto, p. 434.

<sup>37</sup> Evans A. EVANS: «The Dissenting Opinion. Its Use and Abuse», en *Missouri Law Review*, Vol. III, 1938, pp. 120 y ss.; en concreto, p. 139.

<sup>38</sup> Cfr. al respecto, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*, tomo I, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, en especial, pp. 347 y ss.

<sup>39</sup> Robert G. SEDDIG: «John Marshall and the origins of Supreme Court leadership», op. cit., p. 810.

<sup>40</sup> Bushrod Washington, sobrino del Presidente Washington, sería nombrado *Associate Justice* en 1799 por el Presidente Adams, permaneciendo en el cargo hasta 1829. Su actuación no dejaría de ser polémica en algún momento, como cuando, ofendiendo el sentido del decoro y oportunidad de una función como la judicial, descendió del *bench* a la arena política para hacer campaña activa en favor de un candidato a un cargo político. Cfr. al

«At the earnest suggestion (I will not call it by a stronger name) of Mr. Justice Washington, I have determined not to deliver a dissenting opinion in *Olivera v. The United Insurance Co.* The truth is, I was never more entirely satisfied that any decision was wrong, than that this is, but Judge Washington thinks (and very correctly) that the habit of delivering dissenting opinions in ordinary occasions weakened the authority of the Court, and is of no public benefits»<sup>41</sup>.

La última etapa de la *Marshall Court*, que inicia su andadura en 1826, es la que muestra un mayor grado de disidencia. Según los datos que facilita Seddig<sup>42</sup>, de las 461 decisiones dictadas por la *Supreme Court*, 60 de ellas irán acompañadas de, al menos, un *dissent*, lo que supone un 13 por 100 del total.

La muerte del *Justice* Washington (en noviembre de 1829) asestó un fuerte golpe a la *Marshall Court*. En lugar del viejo Federalista, el Presidente Andrew Jackson nombró a Henry Baldwin, «an erratic individual whose behavior contributed greatly to increase internal disruption»<sup>43</sup>. A tal circunstancia se unirían otras bien diferentes que contribuirían a explicar el progresivo incremento de la disidencia. La nueva importancia de las cuestiones de naturaleza constitucional en la agenda de la Corte y la propia actitud de los *Justices*, bien distinta de la adoptada por los integrantes del órgano de los primeros años de la presidencia de Marshall, son algunas de las razones aducidas al efecto<sup>44</sup>.

De cuanto se acaba de exponer puede extraerse la conclusión de que no sería acorde con la realidad de la *Marshall Court* una visión monolítica de la misma, pues tal visualización no sólo ignoraría importantes cambios en la interpretación constitucional, sino, lo que ahora importa más, también alteraciones significativas en el liderazgo del *Chief Justice*, no obstante lo cual, en 1835, la desaparición de Marshall dejaba en herencia una posición para el presidente del Tribunal Supremo de la máxima importancia en el sistema político norteamericano.

---

respecto, George L. HASKINS: «Law versus Politics in the early years of the Marshall Court», en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130, 1981-1982, pp. 1 y ss.; en concreto, pp. 3-4.

<sup>41</sup> Carta de Joseph Story a Henry Wheaton, fechada el 8 de abril de 1818. Recogida en la obra *Life and Letters of Joseph Story*, W. Story ed., 1851, pp. 303-304. Cit. por Robert G. SEDDIG: *John Marshall and the origins...*, op. cit., p. 814.

<sup>42</sup> Robert G. SEDDIG, en *Ibidem*, p. 800.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 824.

<sup>44</sup> Igor KIRMAN: «Standing Apart to Be Part: The Precedential Value of Supreme Court Concurring Opinions», en *Columbia Law Review*, Vol. 95, No. 8, December 1995, pp. 2083 y ss.; en concreto, p. 2087.

2. El examen del recurso a las *separate opinions* en el período que media entre 1810 y 1910 revela la aparición de un histórico tipo peculiar de la *American jurisprudence*, el *dissenting Justice*<sup>45</sup>, que difiere no sólo de la opinión de la mayoría, sino también del espíritu que la informa, aun cuando en este período la literatura del *dissent* esté dominada por el trabajo de muy pocos hombres.

Muchos han sido los *dissents* expresados en la vida del Tribunal Supremo y muy numerosos también los jueces disidentes. Sin embargo, son pocos los que han pasado a la historia, circunstancia que, en gran medida, se ha debido a su visión profética. En expresión de Barth<sup>46</sup>, se trata de los «Prophets with Honor». Se trata, dicho de otro modo, de los *dissents* que a menudo revelan la congruencia percibida entre la Constitución y los «evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society»<sup>47</sup>.

Profética sería la visión del *Justice* John Marshall Harlan (nombrado en 1877 por el Presidente Hayes, permaneciendo en su cargo hasta 1911, año de su muerte) en el celeberrimo caso *Plessy v. Ferguson* (1896), en el que, frente a la infame doctrina de la Corte, que apoyó la segregación racial impuesta por algunos Estados en base a la denigrante doctrina de que un trato «separado pero igual» no violaba el derecho de los ciudadanos a la igual protección ante la ley, el *Justice* Harlan escribió unas memorables palabras: «Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens». El *dissent* de Harlan se convertiría medio siglo después en la doctrina unánime de la *Supreme Court* en el no menos célebre caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), que deshizo la doctrina «separate but equal». Harlan representó la quintaesencia de la voz que grita en el desierto<sup>48</sup>, pero esa voz resultó a la postre ser profética.

En forma análoga, por recordar otro caso histórico, Oliver Wendell Holmes, en su bien conocido *dissent* en el caso *Lochner v. New York* (1905), se convirtió en el guía de la crítica emitida por la generación siguiente respecto de la doctrina del *substantive due process* y de la libertad de contrata-

---

<sup>45</sup> Karl M. ZoBELL: «Division of opinion in the Supreme Court...», op. cit., pp. 195-196.

<sup>46</sup> Alan BARTH: *Prophets with Honor: Great Dissents and Great Dissenters in the Supreme Court*, 1974. Cit. por William J. BRENNAN, Jr.: «In Defense of Dissents», op. cit., pp. 430-431.

<sup>47</sup> *Trop v. Dulles* (1958). En esta sentencia, decidida el 31 de marzo de 1958 por una escasa mayoría de 5 votos a favor frente a 4 en contra, en la que se acoge esa alusión a los «standards de decencia que el progreso de las sociedades va imponiendo», el Tribunal decidió que la expatriación por cualquier razón constituía un «cruel and unusual punishment» prohibido por la Octava Enmienda. Consecuentemente, el Congreso no podía imponer ese castigo sin violar la mencionada cláusula de la VIII Enmienda.

<sup>48</sup> William J. BRENNAN, Jr.: «In Defense of Dissents», op. cit., p. 431.

ción, pero de ello nos ocuparemos en detalle más adelante. En 1937, el argumento esgrimido por Holmes, del que puede recordarse ahora su famosa afirmación de que «la XIV Enmienda no ha constitucionalizado la teoría de los equilibrios sociales de H. Spencer», se convirtió en doctrina mayoritaria cuando la *Supreme Court*, en un trascendental *overruling*, derribó el precedente *Lochner*, que entrañaba la renuncia a toda interferencia judicial en el control de constitucionalidad de la legislación industrial y laboral de los Estados, en el bien conocido caso *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), sentencia de la que sería ponente el *Chief Justice* Charles Evans Hughes.

Es verdad que aunque uno de los fines del *dissent*, quizá el más relevante, sea el de persuadir a los colegas con vistas a que en el futuro puedan adscribirse a la posición sustentada en la disidencia, no siempre es ése el objetivo perseguido, o por lo menos la finalidad primigenia. De ello ilustra con nitidez la siguiente reflexión de Curtis<sup>49</sup>: «Dissents serve a large purpose than either to cover scruples of conscience or to save your judicial reputation as a good lawyer. Dissents are competing opinions in their own right. They are what the dissenter would have said if he had persuaded enough of his colleagues to agree with him». En definitiva, aunque la finalidad persuasiva<sup>50</sup> con vistas al futuro sea de enorme relevancia, en muchas ocasiones, el *dissent* revela la profunda convicción del disidente en torno a una determinada interpretación o postulado jurídico, a veces, incluso, por razones de conciencia, si bien es en algunos de estos casos cuando el *dissent* adquiere su más profunda proyección profética. Como escribe Kelman<sup>51</sup>, «deep conviction is the fuel that drives dissent past the limits of hope, beyond appeal to the intelligence of a future day, and into the realm of the quixotic».

Junto a los grandes *Justices* a que antes hemos aludido, que han marcado la historia del sistema judicial norteamericano, muchos otros han tenido un rol relevante en relación con el instituto en cuestión. Los hay, sin más, que han destacado por su enorme prolijidad en la formulación de *separate opinions*, aunque es cierto que, en ocasiones, los grandes *dissenters* no han sido especialmente prolíficos en las disidencias. Un Juez del «United States Circuit Court of Appeals» (Seventh Circuit, Chicago), el *Judge* Evans, en un artículo publicado en 1938, procedió a computar el número de *opinions*,

---

<sup>49</sup> Charles CURTIS: *Lions Under the Throne*, 1947, pp. 74-75. Cit. por Maurice KELMAN: «The Forked Path of Dissent», en *Supreme Court Review*, Vol. 1985, 1985, pp. 227 y ss.; en concreto, p. 239.

<sup>50</sup> «The majority —escribe el propio Curtis (Ibidem)— exercise all the powers of the Court, but the minority have a curious concurrent jurisdiction over the future. For a dissent is a formal appeal for a rehearing by the Court sometime in the future, if not on the next occasion».

<sup>51</sup> Maurice KELMAN: «The Forked Path of Dissent», op. cit., p. 257.

*dissents* y *concurrences* de la Corte Suprema, sistematizándolo en función de los volúmenes en los que se recogen las *opinions of the Court* (que agrupa, a partir del décimo volumen, de diez en diez) y englobándolos en tres grandes bloques: del volumen 5 al 100 (cronológicamente llega hasta 1879 y en esta etapa se contabilizan 5.419 *opinions*, 716 *dissents* y 142 *concurrences*); del volumen 101 al 187 (período que va de 1880 a 1902, en el que se computan 5.635 *opinions*, 649 *dissents* y 113 *concurrences*), y en fin, del volumen 188 al 279 (que se corresponde cronológicamente con los años 1903 a 1928, en el que Evans cuenta 6.065 *opinions*, 799 *dissents* y 184 *concurrences*)<sup>52</sup>.

Al margen ya de los datos precedentes, nos interesa aludir a lo que Evans denomina<sup>53</sup> «Justices Dissenting Record», esto es, a los Jueces que mayor número de *separate opinions* formularon en el largo período estudiado (hasta 1928). Ese ranking, que el mencionado autor no ordena, podemos estructurarlo por nuestra parte como sigue: 1.º *Justice* Edward Douglas White (Juez entre 1894 y 1910), con un total de 285 *separate opinions*; 2.º *Justice* John Marshall Harlan (Juez entre 1877 y 1911), con un total de 284 *separate opinions*; 3.º *Justice* Stephen Johnson Field (miembro del Supremo entre 1863 y 1897), que totaliza 270 *separate opinions*; 4.º *Justice* David Josiah Brewer (Juez de la *Supreme Court* entre 1890 y 1910), con un total de 269; 5.º *Justice* Oliver Wendell Holmes (Juez de la Corte entre 1902 y 1932), con un montante total de 205 *separate opinions*; 6.º *Justice* Louis Dembitz Brandeis (Juez entre 1916 y 1939), con 197 *separate opinions*, como es obvio, hasta la fecha computada (1928); 7.º *Justice* Samuel Freeman Miller (Juez del Supremo entre 1862 y 1890), con 162 *separate opinions*; 8.º *Justice* James Clark McReynolds (Juez entre 1914 y 1941), con un total (hasta 1928) de 158; 9.º *Justice* Joseph P. Bradley (en el Tribunal entre 1870 y 1892), con un total de 154 *separate opinions*; 10.º *Justice* Nathan Clifford (Juez del Supremo entre 1858 y 1881), que totaliza 141, y finalmente, 11.º *Justice* John Hessin Clarke (Juez de la Corte entre 1916 y 1922), con un total de 107 *separate opinions*.

De los datos precedentes destacaríamos el hecho de que, con dos únicas excepciones (las de los *Justices* White y Clifford), todos los Jueces enumerados han ocupado el cargo por un período de veinte o más años, no obstante lo cual es sorprendente que quien encabeza el ranking tan sólo desempeñara su función de Juez del Supremo durante 16 años, lo que presupone que suscribiera un promedio de casi 18 *separate opinions*

---

<sup>52</sup> Evans A. EVANS: «The Dissenting Opinions—Its Use and Abuse», op. cit., pp. 138-139.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 140.



anuales. Por lo demás, el hecho de que los cálculos llevados a cabo por Evans y plasmados hasta ahora lleguen tan sólo hasta 1928, se traduce en que, en algunos supuestos, particularmente en los de los Jueces Brandeis y McReynolds, el ranking deba ser modificado. En efecto, con los datos que adicionalmente ofrece el mismo autor acerca de las *dissenting opinions* en el período que media entre el 8 de octubre de 1929 y el 1 de junio de 1937 (volúmenes de recopilación de *opinions* de la *Supreme Court* números 280 a 301), Brandeis, que en esta última etapa acumula 91 *separate opinions*, pasaría a ocupar el primer puesto de esa escala, totalizando 288 *separate opinions*. Y también ascendería en ella McReynolds, que entre 1929 y 1937 acumula 79 *separate opinions*, lo que le hace totalizar 237.

Tan sólo añadiremos que, si nos circunscribimos a esa última etapa computada por Evans, los cinco *Justices* que en ella acumulan mayor número de *separate opinions* son, por este orden: Harlan Fiske Stone (*Associate Justice* entre 1925 y 1941, año en que sería promovido por el Presidente Roosevelt al cargo de *Chief Justice*); Louis Dembitz Brandeis (Juez, como antes se dijo, entre 1916 y 1939); Benjamin Nathan Cardozo (*Justice* entre 1922 y 1938); James Clark McReynolds (como asimismo dijimos, Juez entre 1914 y 1941), y Pierce Butler (Juez del Supremo entre 1923 y 1939).

No vamos a detenernos más en estos datos numéricos, que en todo caso se cierran aproximadamente en el momento del triunfo de la que se conoce como «Revolución constitucional». Ya se ha señalado que el número de disidencias irá progresivamente en aumento a partir de 1937, encontrándonos en los años subsiguientes, a lo largo del siglo, con *Justices* que superarán de largo el número de disidencias del Juez Brandeis, que dijimos que era quien encabezaba ese escalafón, por así llamarlo. Así, por poner algunos ejemplos, el Juez John Marshall Harlan, o el segundo *Justice* Harlan, como también se le conoce, (Juez entre 1955 y 1971), aún teniendo en cuenta que las cifras de cómputo de los distintos autores que de ello se han ocupado no concuerdan por entero, escribió más de 400 *separate opinions*, y un número aún superior sería el que suscribiría el *Justice* William Joseph Brennan, Jr. (Juez de la Corte entre 1956 y 1990), que supera el medio centenar.

Todo ello deja meridianamente claro que el *Justice* Oliver Wendell Holmes, del que vamos a pasar a ocuparnos de inmediato, no fue ni de lejos el mayor disidente, si se atiende a los datos cuantitativos, pero pocos dudan de que nadie como él merece el título de «the great dissenter», no por la cantidad de sus *separate opinions*, sino por la enorme trascendencia e impacto de sus votos particulares. Ningún otro Juez vería sus posiciones

disidentes convertidas, tan rápidamente y en tan gran número, en la doctrina oficial de la Corte a través lógicamente del pertinente *overruling*.

Posiblemente, ningún otro fue tan original, y al unísono tan rupturista en sus planteamientos, como este inconmensurable jurista. En él nos centramos.

### III. EL PARADIGMA DE LOS «DISSENTERS»: OLIVER WENDELL HOLMES Y EL REALISMO LEGAL

#### A) HOLMES, EL APÓSTOL DE LA LIBERTAD

Nacido en Boston (1841) e hijo de un médico, profesor de Anatomía y Psicología de la Universidad de Harvard<sup>54</sup>, Oliver Wendell Holmes fue *Justice* de la Corte Suprema de Massachusetts (1882-1899) y Presidente de la misma (1899-1902) inmediatamente antes de ser nombrado por el Presidente Theodore Roosevelt, el 8 de diciembre de 1902, *Associate Justice* de la *Supreme Court*, cargo en el que permanecería hasta su retirada el 12 de enero de 1932, habiendo, pues, celebrado su nonagésimo cumpleaños como *Justice*, en plenitud de facultades, innecesario es decirlo. Fallecería en 1935. Holmes, diría ZoBell<sup>55</sup>, «was and remains the best known figure who has ever been connected with the Supreme Court and one of the four or five most widely regarded individuals in American government history».

La llegada de Holmes al Tribunal Supremo anuncia una nueva era, la del llamado *liberal dissent*<sup>56</sup>, lo que sin ningún género de dudas debe de ponerse en íntima conexión con su mismo talante. En el muy relevante homenaje que le dedicó la *Harvard Law Review* con ocasión de su nonagésimo cumpleaños<sup>57</sup>, Cardozo –que al año siguiente, tras su retiro, sustituiría a Holmes en la *Supreme Court*, ubicándose, como se ha subrayado generali-

---

<sup>54</sup> Como recuerda Kurland, en su comentario bibliográfico a la obra de Mark De Wolfe Howe, *Justice Oliver Wendell Holmes: The Shaping Years, 1841-1870* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1957), la profesión jurídica no fue, sin embargo, completamente ajena a su familia, pues su abuelo materno fue un distinguido Juez de la *Supreme Judicial Court of Massachusetts*. Philip B. KURLAND: «Portrait of the Jurist as a Young Mind» (Book Reviews), en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 25, 1957-1958, pp. 206 y ss.; en concreto, p. 216.

<sup>55</sup> Karl M. ZoBELL: «Division of opinion in the Supreme Court...», op. cit., p. 201.

<sup>56</sup> John T. GANOE: «The passing of the old dissent», en *Oregon Law Review*, Vol. XXI, 1941-1942, pp. 285 y ss.; en concreto, p. 287.

<sup>57</sup> *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 677-696. Colaboraciones de Charles Evans Hughes, C. Sankey, W. A. Jowitt, Benjamin Nathan Cardozo y Sir Frederick Pollock.

zadamente<sup>58</sup>, en la misma tradición— recordaba de Holmes que «Men speak of him as a great Liberal, a lover of Freedom and its apostle», para apostillar de inmediato: «All this in truth he is, yet in his devotion to Freedom he has not been willing to make himself the slave of a mere slogan»<sup>59</sup>. El título de «gran liberal y apóstol de la libertad», en último término, como el propio Cardozo reconocía, no era sino el resultado de un hecho inequívoco: nadie como Holmes había trabajado más incesantemente para demostrar la verdad de que los derechos nunca son absolutos, aunque siempre se encuentran en lucha y encaminados a que sean declarados en sí mismos como tales. A este respecto, es paradigmático el último párrafo del *dissent* que Holmes presentó en el caso *Truax v. Corrigan* (1921)<sup>60</sup>: «Debo añadir una consideración general. No hay nada que lamente más que la utilización de la Decimocuarta Enmienda más allá de la estricta fuerza de sus palabras para evitar la realización de experimentos sociales que una parte importante de la comunidad desea, como manifiesta en los distintos Estados, aunque esos experimentos puedan parecerme a mí y a aquellos cuya opinión más respeto fútiles o incluso nocivos».

En los años veinte, tras la incorporación de Brandeis a la Corte Suprema (en 1916 exactamente), las palabras «Justice Holmes and Brandeis dissent» llegaron a ser un estribillo familiar («a familiar refrain») en las discusiones acerca del trabajo de la Corte, y poco tiempo después, tras la llegada al Tribunal de Stone (en 1925), un nuevo estribillo se consolidó: «Holmes, Brandeis, and Stone dissenting», convirtiéndose, como escribe Swisher<sup>61</sup>, en «the hallmark of liberalism with respect to constitutional issues».

Algunos autores han subrayado la importancia de Brandeis en el liberalismo de Holmes. Así, Konefsky llega a decir que hay quienes sospechan que Holmes era en el fondo («at heart») un conservador y que su liberalismo fue, de largo, producto de la influencia que Brandeis ejerció sobre él<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> «Cardozo —escribe, por ejemplo, Griswold— was appointed in his place and carried on the same tradition, though with his own lustre». Erwin N. GRISWOLD: «Owen J. Roberts as a Judge», en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104, 1955-1956, pp. 332 y ss.; en concreto, p. 335.

<sup>59</sup> Benjamin N. CARDOZO: «Mr. Justice Holmes», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931 (No. 5, March 1931), pp. 682 y ss.; en concreto, p. 687.

<sup>60</sup> A efectos de los dissents de Holmes, manejamos, indistintamente, estas dos obras: *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes*, estudio preliminar y traducción de César ARJONA SEBASTIÀ, Iustel, Madrid, 2006, y la obra publicada en Italia, Oliver WENDELL HOLMES: *Opinioni dissenzienti*, a cura di Carmelo GERACI, Giuffrè Editore, Milano, 1975.

<sup>61</sup> Carl Brent SWISHER: «The Supreme Court—Need for Re-Evaluation», en *Virginia Law Review*, Vol. 40, No. 7, November 1954, pp. 837 y ss.; en concreto, p. 842.

<sup>62</sup> Samuel J. KONEFSKY: «Holmes and Brandeis: companions in dissent», en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 10, 1956-1957, pp. 269 y ss.; en concreto, p. 269.

Incluso, se dice que el *Chief Justice* William Howard Taft (que presidió el Tribunal Supremo entre 1921 y 1930, y del que, como dato peculiar, recordaremos que, al margen de otros muchos y muy relevantes cargos, a fines de 1908 había sido elegido Presidente de los Estados Unidos, cargo que ejerció durante cuatro años, siendo derrotado al final de su mandato por el demócrata Wilson), a través de su correspondencia privada, fue parcialmente responsable de alimentar «el mito de la completa dependencia de Holmes respecto a Brandeis»<sup>63</sup>. Innecesario es decir que es imposible entrar a valorar tales especulaciones. Con todo, algunos datos objetivos sí pueden ser traídos a la memoria. Brandeis se incorporó a la Corte casi catorce años después que Holmes. Éste, al margen ya de su importante labor judicial ejercida en Massachusetts, era bien conocido por sus *dissents* en la *Supreme Court* de corte inequívocamente liberal con anterioridad a la llegada de Brandeis. Pensemos, por poner un único, aunque realmente paradigmático, ejemplo, en su celeberrima disidencia en el caso *Lochner v. New York* (1905). Y todo ello, al margen ya de sus bien conocidos escritos, entre ellos su famoso libro *The Common Law*, cuya 1.ª edición es de 1881, y su célebre artículo «The path of the law», que publica la *Harvard Law Review* el 25 de marzo de 1897<sup>64</sup>, y que a su vez reproducía una conferencia pronunciada el 8 de enero de ese mismo año con ocasión de la inauguración del nuevo «Hall» de la *Boston University School of Law*. A nuestro juicio, sería una trivialización hacer depender unilateralmente el liberalismo de Holmes del influjo de Brandeis, sin que ello deba entenderse en el sentido de que queramos negar toda influencia del último sobre el primero.

Por lo demás, las diferencias de carácter y de talante entre los dos grandes *Justices* parece que eran notables, incluso abismales. De Holmes se ha dicho<sup>65</sup> que era un «scholar and philosopher», cuyo escepticismo respecto del hombre y de la sociedad lo convirtió en desdeñoso de los impulsos hacia delante y hacia atrás de los reformistas. Y de Brandeis, que era por naturaleza un luchador por las causas («a fighter for causes»), cuya confianza en las posibilidades de una regeneración social derivó de su creencia en que a través del empleo de la inteligencia, los hombres pueden aprender a controlar su destino. Desde una óptica bien distinta, Freund marcó con gran agudeza las diferencias entre uno y otro. «Holmes and Cardozo

---

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 270.

<sup>64</sup> Oliver Wendell HOLMES: «The path of the law», en *Harvard Law Review*, Vol. X, 1896-1897, pp. 457 y ss.

<sup>65</sup> Samuel J KONEFSKY: «Holmes and Brandeis: companions in dissent», *op. cit.*, p. 281.

—escribía hace poco más de medio siglo el connotado Profesor de Harvard<sup>66</sup>— belonged to the school of Shakespeare, Brandeis to that of Balzac and Anatole France».

B) HOLMES, «*THE GREAT DISSENTER*»

Muchos han otorgado a Oliver W. Holmes el título de «*The Great Dissenter*»<sup>67</sup>; sin embargo, y de ello ya nos hicimos eco, la realidad estadística nos muestra que Holmes no fue un gran disidente, por lo menos desde una óptica puramente cuantitativa. Los datos que ofrece la doctrina al efecto son significativos. Schwartz<sup>68</sup> recuerda que mientras Holmes ocupó su puesto en el Supremo, éste dictó unas 6.000 sentencias; Holmes sólo formuló *dissents* o se adhirió a los escritos por otros jueces en 70 ocasiones. Mello, a su vez, precisa<sup>69</sup> que durante sus treinta años en la Corte, Holmes escribió 975 *opinions of the Court*, 72 *dissenting opinions* y 14 *concurring opinions*; además, Holmes disintió sin formalizar por escrito su disidencia en un centenar de ocasiones. Los datos, como puede apreciarse, no son exactamente coincidentes, algo muy normal entre la doctrina norteamericana cuando se atiende a sus recuentos de disidencias o concurrencias de los Jueces del Supremo, pero la divergencia no es significativa. Sí lo es, por contra, si confrontamos los datos de Evans, ya transcritos en un momento precedente, que, recordémoslo, cuantifica en un total de 205 las *separate opinions* de Holmes. Este dato nos parece en exceso exagerado, y sólo admisible si se presupone que el autor ha tomado en cuenta las disidencias de Holmes que éste, finalmente, no plasmó por escrito. Pero incluso aunque se admitiera el número de dos centenares de *dissenting y concurring*, todavía el número total de disidencias de Holmes sería muy inferior al de otros grandes disidentes de la Corte. En definitiva,

---

<sup>66</sup> Paul A. FREUND: «Mr. Justice Brandeis. A Centennial Memoir», en *Harvard Law Review*, Vol. 70, No. 5, March 1957, pp. 769 y ss.; en concreto, p. 776.

<sup>67</sup> Así lo reconocen, entre otros muchos, Karl M. ZoBELL, en su clásico y documentadísimo trabajo, «Division of opinion in the Supreme Court: a history of judicial desintegration», en *Cornell Law Review*, Vol. 44, 1958-1959, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 202. En idéntico sentido y dentro ya de la doctrina europea, Carmelo GERACI, en la «Introduzione» a la obra del propio Oliver Wendell HOLMES: *Opinioni dissenzienti*, op. cit., pp. VII y ss.; en concreto, p. XI. En este libro se recoge, en lengua italiana, gran parte de la obra escrita de Holmes, incluyendo su célebre artículo «La via del Diritto» («The Path of the Law»).

<sup>68</sup> Bernard SCHWARTZ: «The Judicial Ten: America's Greatest Judges», op. cit., p. 421.

<sup>69</sup> Michael MELLO: «Adhering to our views: Justices Brennan and Marshall and the relentless dissent to death as a punishment», en *Florida State University Law Review*, Vol. 22, 1994-1995, pp. 591 y ss.; en concreto, p. 627.

Holmes nunca podría ostentar el título que se le atribuye en atención al puro dato cuantitativo.

Lo que acabamos de decir ha sido puesto de relieve muchas veces y desde tiempos lejanos. Buen ejemplo de ello lo encontramos en las reflexiones que realizara el relevante Profesor londinense Sir Frederick Pollock, gran amigo de Holmes, en el monográfico de homenaje al último que la *Harvard Law Review* le tributara con ocasión de convertirse en no-nagenario, ejerciendo en plenitud las funciones de su cargo de *Justice*, un hecho, desde luego, digno de encomio y de admiración. «Some people –escribía Pollock<sup>70</sup>– seem to think that Mr. Justice Holmes is always dissenting. Does he really dissent much oftener than his learned brethren, or is the impression due to the weight rather than the number of the dissents?». Es innecesario responder a la pregunta que precede. En la propia interrogación ya está implícita la respuesta. No puede caber duda alguna de que la fama que siempre acompañó al *Justice* Holmes como *dissenter* es consecuencia del impacto, de la fuerza de sus *dissents*. Como señala Aikin<sup>71</sup>, si sus *dissents* fueron relativamente pocos, por el contrario, «his dissent were both challenging and powerful»<sup>72</sup>. Por todo ello, no puede aceptarse el criterio sustentado por algunos autores, en el sentido de que se habría exagerado notablemente el rol de disidente de Holmes. En cuanto asentado en un puro criterio numérico, tal juicio es erróneo, pues, como bien se ha dicho, «la evaluación de un fenómeno de profundidad intelectual y de significado histórico, no podría hacerse con base en las meras estadísticas»<sup>73</sup>.

La misma fuerza de los *dissents* de Holmes permite explicar que un elevado número de ellos se convirtieran antes o después, a través del pertinente *overruling*, en Derecho vigente. ZoBell ha hecho hincapié<sup>74</sup> en el dato harto elocuente, de que el número de *dissents* de Holmes que llegaron a convertirse en Derecho es notablemente superior a la media de los que lo logran («un uncommon degree, Justice Holmes' dissenting opinions «became the law»): algo menos de un 10 por 100 de los 173 *dissents* que

---

<sup>70</sup> Frederick POLLOCK: «Mr. Justice Holmes», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, No. 5, March 1931, pp. 693 y ss.; en concreto, p. 695.

<sup>71</sup> Charles AIKIN: «The United States Supreme Court: The Judicial Dissent», en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 18, 1969, pp. 467 y ss.; en concreto, p. 470.

<sup>72</sup> No deja de tener interés recordar la apreciación hecha por quien habría de ser otro gran *Associate Justice*, Felix Frankfurter, que ejerciera el cargo entre 1939 y 1962. «To consider Mr. Justice Holmes' opinions –decía Frankfurter antes de su acceso a la *Supreme Court*– is to string pearls». Cit. por Frederick POLLOCK: «Mr. Justice Holmes», op. cit., p. 695.

<sup>73</sup> Samuel F. KONEFSKY: «Holmes and Brandeis: companions in dissent», op. cit., p. 277.

<sup>74</sup> Karl M. ZoBELL: «Division of opinion...», op. cit., p. 211.

cuantifica este autor (lo que da pie para pensar que, al igual que Evans, contabiliza las disidencias no escritas de Holmes) fueron reconocidos en su sustancia con posterioridad, o subsecuentemente declarados Derecho vigente. Si por establecer una comparación, se confronta este dato con el porcentajes de *dissents* del Justice Harlan –otro gran disidente– que llegaron a ser Derecho vigente, la confrontación revela no sólo un más elevado porcentaje a favor de Holmes, sino, lo que también resulta significativo, que esa conversión se produjo en un más reducido espacio de tiempo. «The post-1937 Court –escribe al respecto McCloskey, en la que es una de las obras clásicas sobre la Corte Suprema<sup>75</sup>– in effect adopted the criterion urged by Justice Holmes in his classic series of dissents during the first three decades of the century»<sup>76</sup>.

Mientras hubo de pasar una generación tras su muerte para que el gran Justice John Marshall Harlan, el primer Harlan (Juez entre 1877 y 1911), autor de uno de los más célebres *dissents* de la historia judicial norteamericana, del que ya nos hemos hecho eco, el formulado en la infame sentencia del caso *Plessy v. Ferguson* (decidido el 18 de mayo de 1896), fuera realmente (desde un plano jurídico) redescubierto, al producirse el *overruling* de *Plessy* en el no menos célebre caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (decidido el 17 de mayo de 1954), tan sólo tres años después del famoso *dissent* holmesiano en *Lochner v. New York* (1905), el Tribunal fundamentaba una excepción frente a la rotunda decisión del caso *Lochner*, al enfrentarse a una norma legal que regulaba las horas de trabajo de las mujeres. Como recuerda McCloskey<sup>77</sup>, la Corte razonó en el sentido de

---

<sup>75</sup> Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, 2nd ed. (revised by Sanford LEVINSON), The University of Chicago Press, Chicago & London, 1994, pp. 124-125.

<sup>76</sup> Bien significativa de este cambio de tendencia, en perfecta ósmosis con el pensamiento de Holmes, será la sentencia dictada en el célebre caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938), que escribe como *opinion of the Court* el muy relevante Justice Harlan Fiske Stone, posteriormente nombrado *Chief Justice*. En ella puede leerse lo que sigue:

«Sólo podemos declarar inconstitucionales las leyes que afecten a las transacciones comerciales ordinarias en caso de que, a la luz de los hechos conocidos o que puedan tenerse por ciertos, pueda descartarse que se fundamenten en una base racional, dados el conocimiento y la experiencia de los legisladores».

El Tribunal sentaba de esta forma un auténtico principio de presunción de la constitucionalidad, que aunque en la muy trascendental nota a pie de página núm. 4 de la sentencia («a footnote that has become more important than the text», dirá de ella J. M. BALKIN, en «The Footnote», en *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, 1988-1989, pp. 275 y ss.; en concreto, p. 281) se vea un tanto aminorado, cuando la ley de que se trate parezca a simple vista referirse a alguna de las prohibiciones expresamente contenidas en la Constitución, como, por ejemplo, las establecidas en las diez Primeras Enmiendas (el conocido como *Bill of Rights*), regla que también puede extenderse a la Enmienda XIV, lo cierto es que ni tan siquiera en esos casos se prescinde por entero del referido principio.

<sup>77</sup> Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, op. cit., p. 104.

que «the social and physical characteristics of women put them at a special disadvantage in the struggle for subsistence, and it is therefore reasonable for the state to limit the hours they can be worked». Pocos años después, en 1917, el caso *Bunting v. Oregon* suponía el *overruling* de la doctrina *Lochner*; en la línea defendida por el *dissent* de Holmes, al que nos referiremos con algún detalle más adelante. Y el conocidísimo caso *West Coast Hotel v. Parrish* (decidido el 29 de marzo de 1937) supondrá el punto de inflexión del Tribunal Supremo en su jurisprudencia sobre el *New Deal* rooseveltiano, tan combatida por Holmes, y con ello el triunfo de la que se conoce como «Revolución constitucional».

La procedencia de Oliver W. Holmes de la Corte Suprema de Massachusetts no dejó de condicionarlo en su posicionamiento en torno al *dissent*. En Massachusetts era muy raro que los jueces disidentes hicieran público su *dissent*. No debe extrañar por ello que en su primer *dissent* en la *United States Supreme Court*, en el caso *Northern Securities Co. v. United States* (1903), afirmara Holmes: «I am unable to agree with the judgment of the majority of the Court, and although I think it useless and underisable, as a rule, to express dissent, I feel bound to do so in this case and to give my reasons for it»<sup>78</sup>.

Por otra parte, su propia filosofía, tendente al compromiso y al intercambio de ideas, de la que encontramos una manifestación paradigmática en su conocido *dissent* en el caso *Abrams v. United States* (1919)<sup>79</sup>, le conducirá a una inequívoca posición de *self restraint*. Y así podrá afirmar<sup>80</sup> que «imitation of the past, until we have a clear reason for change, no more

---

<sup>78</sup> Kurt H. NADELMANN: «The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy», en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 8, 1959, pp. 415 y ss.; en concreto, p. 419. Este artículo, uno de los más importantes sobre el tema del *dissent*, puede verse asimismo en versión italiana, «Il «dissenso» nelle decisioni giudiziarie (pubblicità contro segretezza)», en la obra *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, a cura di Costantino MORTATI, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 31 y ss. Asimismo, en versión alemana, «Das Minderheitsvotum im Kollegialgericht – Bekanntgabe oder Geheimhaltung?», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 86. Band, Heft 1, Juli 1961, pp. 39 y ss.

<sup>79</sup> Bien significativas al respecto son las siguientes reflexiones de Holmes en el *dissent* que suscribe en el mencionado caso, *Abrams v. United States* (1919): «Pero cuando los humanos se han dado cuenta de que el tiempo ha frustrado muchas doctrinas, pueden llegar a creer, incluso más de lo que creen en los fundamentos mismos de su conducta, que la mejor manera de alcanzar el bien último es a través del libre intercambio de ideas, que el mejor test para la verdad es que la idea pueda ser aceptada en la competición del mercado, y que la verdad es la única base sobre la que sus deseos pueden realizarse. Esa es al menos la teoría de nuestra Constitución».

<sup>80</sup> Oliver Wendell HOLMES: «Holdsworth's English Law», en *Collected Legal Papers*, 1920, pp. 285 y ss.; en concreto, p. 290. Cit. por Herbert WECHSLER: «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», en *Harvard Law Review*, Vol. 73, No. 1, November 1959, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 17.



needs justification than appetite». En su voto disidente en el caso *Baldwin v. Missouri* (1930), refleja de modo inequívoco esta llamada a la prudencia: «Ahora bien, no creo que el constituyente haya entendido darnos carta blanca para introducir nuestras convicciones económicas o morales en sus prohibiciones»<sup>81</sup>.

### C) HOLMES Y EL REALISMO LEGAL

El *Justice* Holmes, a través de sus sucesivos pronunciamientos, muy particularmente de sus *dissents*, se convertirá en el más destacado abandorado de la Corte a favor del realismo legal, o lo que es igual, de un abandono de la búsqueda del significado auténtico de las normas constitucionales y su sustitución por el acomodo de los principios constitucionales a las necesidades sociales y a los valores mutantes de cada momento histórico.

Holmes mostró un inequívoco escepticismo frente a los dogmas y las opiniones dogmáticas. «No hay una sola proposición general que valga lo más mínimo», escribía en una carta dirigida a su amigo Sir Frederick Pollock en 1919, tal y como ya tuvimos oportunidad de mencionar. Nadie, dirá Cardozo<sup>82</sup>, combatió más eficazmente que él la represión de una fórmula y la tiranía de las etiquetas («the Tyranny of tags and tickets»). En la misma dirección, Frankfurter señalaba en 1916<sup>83</sup> que en los más variados casos el *Justice* Holmes mostraba el mismo realismo, el mismo rechazo a dejarse derrotar por la lógica formal, idéntica mirada hacia las necesidades y costumbres locales, la misma deferencia hacia el conocimiento del hecho local. Holmes reconoce que el gobierno significa necesariamente experimentación, y mientras lo esencial de las limitaciones constitucionales es confinar el área de experimentación, las limitaciones no vienen definidas «per se» y han sido proyectadas para permitir el gobierno. Necesariamente, por tanto, la puerta no estaba dirigida a ser cerrada a la prueba y al error. «Constitutional law –escribía nuestro *Justice* en el caso *Blinn v. Nelson*– like any other mortal contrivance, has to take some chances».

Las *dissenting opinions* de Holmes son mucho más que la notabilísima obra interpretativa de un gran Juez; son, como bien se ha dicho, una

---

<sup>81</sup> Puede verse el texto de este dissent en Oliver W. HOLMES: *Opinioni dissenzienti*, op. cit., pp. 250-252.

<sup>82</sup> Benjamin N. CARDOZO: «Mr. Justice Holmes», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 682 y ss.; en concreto, p. 688.

<sup>83</sup> Felix FRANKFURTER: «The constitutional opinions of Justice Holmes», en *Harvard Law Review*, Vol. XXIX, 1915-1916, pp. 683 y ss.; en concreto, pp. 691-692.

auténtica obra de filosofía jurídica<sup>84</sup>, lo que no debe extrañar si se advierte la sólida formación filosófica de Holmes desde sus años más jóvenes<sup>85</sup>. No es, por lo demás, una obra aislada, sino que debe conectarse estrechamente con sus escritos anteriores.

En su trascendental trabajo «The Path of the Law», retomando la idea que ya expresara en su obra más relevante y emblemática, *The Common Law*<sup>86</sup>, cuya 1.ª edición fue publicada en 1881, reiteraba<sup>87</sup> la falacia de la noción de que «the only force at work in the development of the law is logic»<sup>88</sup>. Holmes aduce que aunque en un sentido amplísimo es cierto que el Derecho es un desarrollo lógico como cualquier otra cosa, existe un peligro evidente a su juicio, que no se encuentra en admitir que los principios que gobiernan los otros fenómenos gobiernen también el Derecho, sino en la idea de que un determinado sistema pueda ser tratado «like mathematics from some general axioms of conduct». Es éste un error propio de las distintas escuelas, si bien el error no queda aquí confinado. Recuerda Holmes haber escuchado en una ocasión a un eminente juez afirmar no haber dictado jamás una decisión de cuya justicia no estuviese absolutamente seguro.

Este modo de pensar lo concibe enteramente natural, pues la formación de los juristas es una formación en la lógica. Los procedimientos de analogía, diferenciación y deducción son los más habituales. «The language of judicial decision –añade nuestro *Justice*– is mainly the language of log-

---

<sup>84</sup> César ARJONA, en su «Estudio Preliminar» a la obra *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes*, op. cit., pp. 11 y ss.; en concreto, p. 39.

<sup>85</sup> Kurland se ha hecho eco del profundo interés del joven Holmes por la filosofía, de lo que constituirían buena prueba sus lecturas de Platón, Comte, Fichte, Butler («Ancien Philosophy»), Vaughan («Hours with the Mystics») y Spencer, entre otros. Philip B. KURLAND: «Portrait of the Jurist as a Young Mind», op. cit., p. 212.

<sup>86</sup> De esta obra diría Jowitt que era «one of the few legal textbooks which the courts have recognized». W. A. JOWITT: «Mr. Justice Holmes. On behalf of the English Bar», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, No. 5, March 1931, p. 681.

<sup>87</sup> Oliver Wendell HOLMES: «The Path of the Law», en *Harvard Law Review*, Vol. X, No. 8, March 25, 1897, pp. 457 y ss.; en concreto, p. 465.

<sup>88</sup> En el origen de este dominio de la lógica hay que retrotraerse a la rígida y dogmática concepción medieval, según la cual la jurisprudencia, que en cuanto norma de vida se reconducía a una de las especies de la filosofía, en tanto que *interpretatio verborum*, se insertaba en la lógica. De ahí que, como puede leerse en el Cod. Haenel, siempre «quod tractat de interpretatione verborum supponitur loice». Cfr. al efecto, Mauro CAPPELLETI: «L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico» (Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale), en *Scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. terzo, CEDAM, Padova, 1958, pp. 83 y ss.; en particular, cfr. el punto relativo a «conferme desunte dalle critiche alla teoria dell'interpretazione giuridica come «pura» attività logica o conoscitiva» (pp. 132-138).

ic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind»<sup>89</sup>. Sin embargo, este deseo de certeza y de tranquilidad es un tanto inconsistente, pues la certeza es generalmente ilusión y la tranquilidad no pertenece al destino del hombre. Es por ello por lo que Holmes entiende<sup>90</sup> que ninguna proposición concreta es «per se» evidente: «No concrete proposition is self-evident, no matter how ready we may be to accept it, non even Mr. Herbert Spencer´s. Every man has a right to do what he wills, provided he interferes not with a like right on the part of his neighbors».

Aunque los primeros teóricos del realismo jurídico norteamericano, Karl N. Llewellyn, Profesor de la *Columbia Law School*, y el Decano Roscoe Pound, de la *Harvard Law School*<sup>91</sup>, no formalizarán, por así decirlo, su posición sino hasta los últimos años de la década de los veinte, o incluso en

---

<sup>89</sup> Oliver Wendell HOLMES: «The Path of the Law», op. cit., pp. 465-466.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 466.

<sup>91</sup> Especialmente sugestiva sería la trayectoria de Roscoe Pound. En el homenaje que la *Harvard Law Review* le rindió en 1964, con ocasión de su fallecimiento, el *Justice* de la Suprema Corte Thomas Campbell Clark subrayaba la paradoja de que un Doctor en Botánica sea recordado imperecederamente «as an architect of the law». Tom. C. CLARK: «A Tribute to Roscoe Pound», en *Harvard Law Review*, Vol. 78, No. 1, November 1964, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 1.

Desde que en 1896 publicara en *The Green Bag* su primer artículo, «Dogs and the Law», hasta su desaparición en 1964, un millar de títulos vieron la luz, los cuales eran considerados por Griswold, en el mismo homenaje, como sus monumentos, «more durable than bronze and granite» (Erwin N. GRISWOLD: «Roscoe Pound—1870-1964», en *Harvard Law Review*, Vol. 78, No. 1, November 1964, pp. 4 y ss.; en concreto, p. 4). «The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice», «The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence», «Interpretations of Legal History» y «The Spirit of the Common Law», este último traducido al español por José Puig Bretau (El espíritu del «common law», Bosch, Barcelona, 1954).

En el Prefacio que el mismo Pound hacía de la mencionada edición española (escrito en Boston, en abril de 1954), el autor, en pocas palabras, condensaba lo que había sido su permanente visión del Derecho. Tras poner de relieve los enormes cambios producidos en la sociedad (la urbanización), en la economía (la industrialización, la mecanización total, la unificación económica...) y, de resultas de todo ello, en el propio Estado (el Estado se ha convertido en una empresa de servicios), desde que se publicara la 1.ª edición de su libro (en 1921) hasta el momento en que escribe este Prefacio, Pound señalaba que, ello no obstante, «tenemos motivos para confiar en que la técnica del *common law*, la manera de aplicar la experiencia a nuevas situaciones, de buscar su desarrollo de manera racional y de someter la obra de la razón a la prueba de la ulterior experiencia, permitirán al jurista americano triunfar en la empresa de situar al *common law* a la altura de las necesidades de esta hora». Tras recordar unas conocidas palabras de Holmes («la continuidad histórica no es un deber, es una necesidad»), Pound concluye: «No tenemos ninguna obligación de conservar las normas y los dogmas del pasado en la forma que los hemos recibido, pero nos incumbe el deber de trabajar con la experiencia del pasado y con el mismo espíritu del Derecho que nos la ha proporcionado» (Roscoe POUND, Prefacio a la traducción española antes mencionada, pp. 7-9; en concreto, p. 9).

los primeros años de la década inmediata posterior<sup>92</sup>, sin embargo, como el propio Llewellyn admitía, desde el inicio del nuevo siglo, los seguidores de esta nueva forma de entender el Derecho se habían visto emulados por el fermento que había supuesto el liderazgo del Decano Roscoe Pound.

En su formulación de los puntos comunes de partida del realismo<sup>93</sup>, Llewellyn se hará eco, entre otros, de un punto que queremos ahora recordar: «The conception of the law as a means to social ends and not as an end in itself». Y Pound, en su esbozo de «a program of relativist-realist jurisprudence», que funda en siete puntos<sup>94</sup>, incluirá entre ellos: una actitud funcional que, por ejemplo, supone el estudio no sólo de lo que los preceptos, doctrinas e instituciones son y de cómo han llegado a serlo, sino de cómo operan<sup>95</sup>, y un reconocimiento del significado de cada caso individual, en contraste con el absoluto universalismo del pasado siglo, sin perder de vista el significado de las generalizaciones y conceptos como instrumentos encaminados hacia los fines del orden jurídico. Y en definitiva, a modo de último *item* omnicompreensivo, «a recognition that there are many approaches to juristic truth and that each is significant with respect to particular problems of the legal order»<sup>96</sup>.

La lectura de estos rasgos referenciales del *realistic movement*, por utilizar la identificación que le da Llewellyn, revela bien a las claras la ubicación de Oliver W. Holmes. Bastante tiempo después, Bobbio, refiriéndose a aquellas corrientes sociológicas o neo-realistas que insisten de modo particularmente polémico en la separación entre lógica y Derecho, considerando que les compete el combate histórico por la «liberazione definitiva della giurisprudenza dall'abbraccio mortale con la logica», ubicará a Holmes como abanderado de esta corriente al señalar: «Il motto di questa corrente può essere considerato una della più famose battute del giudice Holmes, le parole con cui inizia l'opera sulla *Common Law*: «Vita del

---

<sup>92</sup> En 1931, Llewellyn reafirmaba que no existía una escuela de realistas, que no había un grupo con un credo oficial aceptado, ni tan siquiera emergente. «There is, however, a movement in thought and work about law. The movement, the method of attack, is wider than the number of its adherents». Karl N. LLEWELLYN: «Some Realism about Realism—Responding to Dean Pound», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 1222 y ss.; en concreto, pp. 1223-1224.

<sup>93</sup> Cfr. al efecto, Karl N. LLEWELLYN: «Some Realism about Realism...», op. cit., pp. 1235 y ss.

<sup>94</sup> Cfr. al respecto, Roscoe POUND: «The call for a realist jurisprudence», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 697 y ss.; en concreto, pp. 710-711.

<sup>95</sup> «... our new realist in jurisprudence will urge particularly study of concrete instances of rules or doctrines or institutions in action». Roscoe POUND: «The call for a realist jurisprudence», op. cit., p. 710.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 711.

diritto non fu la logica, ma l'esperienza»<sup>97</sup>. Cuando Holmes escribe esta reflexión («the life of the law has not been logic: it has been experience»), y a ella añade que el Derecho encuentra su filosofía en «considerations of what is expedient for the community concerned», está haciendo sonar, dirá Schwartz<sup>98</sup>, el clarín de la jurisprudencia del siglo XX<sup>99</sup>.

La desconfianza de Holmes en la lógica y en la «mathematical nicety» de las soluciones jurídicas se iba a traducir en su doctrina del significado vital, que no formal, de la Constitución, y en el acento que iba a poner sobre las cuestiones de grado o condición social<sup>100</sup>. Esa visión contraria a una jurisprudencia mecánica y, por lo mismo, abierta a la sociedad, a la realidad, que puede comprenderse perfectamente si se atiende a lo que muchos años después aducía otro enorme jurista, Calamandrei, para quien «la realtà è sempre più ricca di ogni previsione»<sup>101</sup>, y por lo mismo, «il giurista non è infatti un conservatore di vecchie formule fuori d'uso, quasi come chi dicesse il conservatore di un museo di anticaglie»<sup>102</sup>, tendrá su vivo reflejo en los *dissents* de Holmes.

Recordaremos a este respecto dos ejemplos bien significativos. El primero lo encontramos en el caso *Coppage v. Kansas* (1915), desencadenado por el despido de un guardagujas por una compañía ferroviaria por negarse a renunciar a su afiliación sindical, lo que acontece en 1911, despido que una ley de Kansas de 1909 consideraba una falta. Holmes, en un conciso *dissent*, expuso su visión hermenéutica abierta a la sociedad: «En las condiciones actuales, no es extraño que un trabajador piense que sólo perteneciendo a un sindicato puede asegurarse un contrato justo (...). Si esa

---

<sup>97</sup> Norberto BOBBIO: «Diritto e Logica», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Anno XXXIX, fascicolo I-III, Gennaio/Giugno 1962, pp. 9 y ss.; en concreto, pp. 11-12. Añadamos, aunque sea de modo marginal, que en este clásico trabajo, Bobbio postulará la distinción entre lógica del Derecho y lógica de los juristas, análoga a la que postularía Kalinowski entre lógica de las normas y lógica jurídica.

<sup>98</sup> Bernard SCHWARTZ: «The Judicial Ten...», op. cit., p. 424.

<sup>99</sup> En palabras de uno de los más brillantes realistas, Felix S. Cohen, formuladas en su etapa final, «las vivas ficciones y metáforas de la jurisprudencia tradicional no son más que poéticas y nemotécnicas estratagemas para formular decisiones sustentadas con base en otros fundamentos». L. K. COHEN, ed.: *The Legal Conscience—Selected Papers of Felix S. Cohen*, Yale University Press, New Haven, 1960, p. 37. Cit. por Alexander M. BICKEL: *The Least Dangerous Branch (The Supreme Court at the Bar of Politics)*, 2nd ed., Yale University Press, New Haven and London, 1986 (first published, 1962, by the Bobbs-Merrill Company, Inc.), p. 79.

<sup>100</sup> Análogamente, Carmelo GERACI, en su «Introduzione» a la obra de Oliver W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, op. cit., p. XXXIX.

<sup>101</sup> Piero CALAMANDREI: «La funzione della giurisprudenza nel tempo presente», en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, Anno IX, n.º 2, Giugno 1955, pp. 252 y ss.; en concreto, p. 258.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 253.

creencia, sea correcta o errónea, puede mantenerla una persona razonable, considero que puede ser impuesta jurídicamente para garantizar la igualdad entre las partes que fundamenta la libertad contractual». «No me incumbe decidir si la promulgación de este tipo de leyes resultará a largo plazo beneficiosa o no para los trabajadores, pero opino firmemente que no hay nada en la Constitución de los Estados Unidos que lo impida». Frente a tal posición, el *Justice* Mahlon Pitney, escribiendo la *opinion of the Court*, y con fundamento en el derecho a comprar y vender mano de obra, entendió que el trabajador había tenido libertad de elección, por lo que su despido empresarial no podía ser considerado una falta.

Bien significativo será asimismo el posicionamiento de Holmes en el caso *Gitlow v. New York* (1925). El Sr. Gitlow había sido acusado de promover «anarquía criminal», que una ley de Nueva York definía como aquella doctrina que postulaba que el gobierno organizado fuera derrocado por la fuerza. La causa de la acusación era un panfleto escrito por el Sr. Gitlow, «The Left Wing Manifesto», publicado por el ala izquierda del partido socialista en Nueva York, en junio de 1919. El *Justice* Edward Terry Sanford, redactor de la *opinion of the Court*, reconoció que la ley no castigaba doctrinas abstractas, pero entendió que en su última frase («La Internacional Comunista llama al proletariado del mundo a la lucha definitiva») el manifiesto contenía un lenguaje de instigación directa. Ante la cuestión realmente relevante de si la ley newyorkina privaba a Gitlow de su libertad de expresión en violación de la cláusula del *due process of law* de la Decimocuarta Enmienda, Sanford afirmó que había peligro «en una simple chispa revolucionaria» y confirmó la constitucionalidad de la ley.

En su *dissent*, suscrito conjuntamente con el *Justice* Brandeis, Holmes consideró que la decisión debía ser revocada. Tras reivindicar la aplicación del criterio utilizado por la Corte en el caso *Schenck v. United States* (1919) (atender a las circunstancias para apreciar si se ha creado realmente un peligro claro e inminente que el Estado tiene el derecho de impedir) y relativizar la diferencia entre la expresión de una opinión y una instigación (en sentido estricto, la única diferencia es el entusiasmo del orador en relación con el resultado), Holmes sostendrá: «Si las creencias expresadas a través de la dictadura del proletariado están destinadas a ser aceptadas por las fuerzas dominantes de la comunidad, el único sentido de la libertad de expresión es que se les conceda su oportunidad y puedan abrirse camino». La grandeza del pensamiento holmesiano aún se puede apreciar en mayor medida si se recuerda que no tenía ninguna simpatía respecto de la ideología comunista. Pero la tolerancia y el rechazo de cualquier absolutismo marcarían toda su vida. Felix Frankfurter, que habría de ser otro de los

grandes *Justices* de la *Supreme Court*, así lo subrayaba en 1931, cuando concluía un estudio introductorio a la publicación de varios de los trabajos de juventud de Holmes, afirmando: «The philosopher's stone which Mr. Justice Holmes has constantly employed for arbitrament is the conviction that our constitutional system rests upon tolerance and that its greatest enemy is the Absolute»<sup>103</sup>.

Las reflexiones precedentemente transcritas en su *dissent* en el caso *Gitlow* no son sino una muestra más de su pragmatismo, de su rechazo de toda visión intransigente y absoluta y, en último término, de su visión de la Constitución como una norma abierta hacia el futuro, como a *living Constitution*.

#### D) LOS GRANDES *DISSENTS* DE HOLMES

##### a) El *dissent* en el *Child Labor case* (1918)

Hemos de ocuparnos finalmente de dos de los *dissents* más célebres, y a la par trascendentes, de Holmes. Su disidencia en el conocido como el *Child Labor case*, a la que se unieron los Jueces Brandeis, McKenna y Clarke, y la que quizá ha suscitado mayores comentarios de todas las opiniones divergentes expresadas por Holmes: su *dissenting opinion* en el caso *Lochner*.

En el caso *Hammer v. Dagenhart* (1918), también conocido como el *Child Labor case*, la Corte consideró que el Congreso había sobrepasado sus límites constitucionales al aprobar en 1916 una ley (la conocida como *Keating-Owen Child Labor Act*) prohibiendo el transporte interestatal de mercancías producidas con la ayuda del trabajo de los niños. La mayoría interpretó que la ley no pretendía regular el transporte interestatal, sino establecer un standard acerca de la edad a partir de la cual los niños podían ser empleados<sup>104</sup>. Los Jueces de la mayoría vinieron a entender que si la ley relativa al trabajo de los niños fuera apoyada, «the American system of dual governmental powers might be practically destroyed».

---

<sup>103</sup> Felix FRANKFURTER: «The early writings of O. W. Holmes, Jr.», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 717 y ss.; en concreto, p. 724.

<sup>104</sup> En la *opinion of the Court*, escrita por el *Justice* William Rufus Day, se puede leer lo que sigue: «The Act in its effect does not regulate transportation among the States, but aims to standardize the ages at which children may be employed in mining and manufacturing within the States. The goods shipped are of themselves harmless... When offered for shipment, and before transportation begins, the labor of their production is over, and the mere fact that they were intended for interstate commerce transportation does not make their production subject to federal control under the commerce power».

El *dissent* de Holmes en este caso es, ante todo, un argumento contra la inserción en las decisiones judiciales de puntos de vista personales sobre aspectos de política social. Significativamente, Holmes mencionaba en su disidencia la afirmación del *Chief Justice* Salmon P. Chase (que, nombrado por Lincoln, ocupó la presidencia de la Corte entre 1864 y 1873), realizada medio siglo antes, en el sentido de que «the judicial cannot prescribe to the legislative department of the governmental limitations upon the exercise of its acknowledged powers».

El motivo colateral para la anulación de la *Child Labor Act* fue su supuesto impacto sobre la economía interna de los Estados, consideración que el disidente juzgó por entero irrelevante, pues, a juicio de Holmes, «the Act does not meddle with anything belonging to the States». Los Estados «pueden regular sus asuntos internos y su comercio interior («domestic commerce») como ellos quieran». Pero cuando los Estados traten de enviar sus productos más allá de la demarcación estatal, entonces estarán yendo más allá de sus derechos. Si no hubiera Constitución ni Congreso, sus poderes para traspasar tal demarcación dependerían de sus vecinos. Pero, añade Holmes, «under the Constitution such commerce belongs not to the States but to Congress to regulate. It may carry out its views of public policy whatever indirect effect they have upon the activities of the States».

En fin, en el *Child Labor case*, Holmes insistió en que los jueces no se encontraban en libertad para preocuparse por sí mismos de los motivos que pudieran inspirar una determinada legislación. Como dijera Konefsky<sup>105</sup>, «his call for judicial objectivity was stern and even sardonic». Algunas de las reflexiones del gran disidente corroboran tal apreciación:

«The notion that prohibition is any less prohibition when applied to things now thought evil I do not understand –escribe Holmes en su *dissent*–. But if there is any matter upon which civilized countries have agreed –far more unanimously than they have with regard to intoxicants and some other matters over which this country is now emotionally aroused– it is the evil of premature and excessive child labor. I should have thought that if we were to introduce our own moral conceptions where in my opinion they do not belong, this was preeminently a case for upholding the exercise of all its powers by the United States.

But I had thought that the propriety of the exercise of a power admitted to exist in some cases was for the consideration of Congress alone and that this Court always has disavowed the right to intrude its judgment upon questions

---

<sup>105</sup> Samuel J. KONEFSKY: «Holmes and Brandeis: companions in dissent», op. cit., p. 286.



of policy or morals. It is not for this Court to pronounce when prohibition is necessary to regulation if it ever may be necessary—to say that it is permissible as against strong drink but not so against the product of ruined lives».

El rechazo de Holmes a que la Corte impregne su pronunciamiento de consideraciones políticas o morales es manifiesto, y constituirá una de las constantes de su posicionamiento judicial.

El Congreso reaccionaría con rapidez frente a la desafortunada decisión de la Corte, aprobando una segunda *federal Child Labor law*, utilizando para ello su *taxing power* para aplicar a los fabricantes los mismos standards normativos incluidos en la *Keating-Owen law*. La Corte, imperterrita, y dando una vez más muestra de su absoluta insensibilidad social, volvió a derribar la nueva ley protectora de los niños, en esta ocasión en el caso *Bailey v. Drexel Furniture Co.* (1922). Sin embargo, el tiempo terminaría dando la razón a Holmes dos décadas más tarde. En efecto, en el caso *United States v. Darby Lumber Co.*, una sentencia decidida por unanimidad el 3 de febrero de 1941, escribiendo para la Corte el Justice Harlan Fiske Stone, que justamente cinco meses después (el 3 de julio) sería nombrado *Chief Justice* por el Presidente Roosevelt, y en la que Stone aludiría de modo explícito al «poderoso y ahora clásico *dissent* de Holmes», la Corte llevaba a cabo el *overruling* de la doctrina sentada en el *Child Labor case*, considerando plenamente conforme con la Constitución la *Fair Labor Standards Act* (también llamada la *Wages and Hours Act*), aprobada en 1938, y considerada el texto legal principal de la *New Deal legislation*. Añadamos que esta ley establecía un marco de salarios mínimos y de unos máximos de horas de trabajo para los empleados de las industrias cuyos productos fueren transportados y utilizados para el comercio interestatal. Poco más de 22 años después, la posición de Holmes en este punto, tan relevante socialmente, se convertía en la doctrina oficial de una Corte unánime, dato este último bien revelador del cambio de posicionamiento de sus miembros, nuevos en su gran mayoría.

## b) El *Lochner case* (1905)

La sentencia del caso *Lochner*, que Rehnquist, quien fuera hasta su fallecimiento hace muy pocos años *Chief Justice* del Tribunal, calificara como una de las más desafortunadas decisiones de la Corte<sup>106</sup>, representa

---

<sup>106</sup> William H. REHNQUIST: *The Supreme Court. How It Was How It Is*, Quill/William Morrow, New York, 1987, p. 205.

uno de esos momentos de la historia de la *Supreme Court* en el siglo XX en que los jueces, temporalmente, se hicieron la ilusión de que el movimiento de progresiva normación de la vida social y laboral podía ser interrumpido más que retrasado por los pronunciamientos judiciales. Las excepciones que los jueces admitieron en sus decisiones frente a las leyes reguladoras de los horarios laborales (*hours laws*), particularmente el principio relativo a las ocupaciones insalubres, no podían ocultar, como reconocería McCloskey<sup>107</sup>, el hecho de que una rigurosa línea había sido trazada.

De los muchos *dissents* que escribió Holmes, ninguno tan celebrado y conocido como el que formularía en un caso no menos comentado y, desde luego, emblemático de la reticente actitud de la Corte frente a la legislación social, como sería el *Lochner case*. El caso *Lochner v. New York* fue decidido el 17 de abril de 1905 por el voto de 5 frente a 4 Jueces, escribiendo la *opinion of the Court* el Justice Rufus W. Peckham y presentando sus *dissents* los Jueces Holmes y Harlan (uniéndose al del último los Jueces Edward D. White y William R. Day). La mejor comprensión de las posiciones de la Corte y de los disidentes creemos que exige hacer unas reflexiones previas sobre el que venía siendo (y sería hasta el triunfo en 1937 de la Revolución constitucional) el posicionamiento de la *Supreme Court* desde fines del siglo XIX en torno a los temas socio-económicos, absolutamente condicionado por el desmesurado y absolutista enfoque que, al amparo de la cláusula del *due process of law*, iba a dar a la *liberty of contract*. Ello puede contribuir a explicar, que no a justificar, el sistemático rechazo de la Corte a las leyes integrantes del *New Deal* rooseveltiano.

a') *La posición de la Corte: La reconducción a la cláusula del due process of law de la liberty of contract. La absolutización de esta libertad y sus bases intelectuales*

1. En el tramo final del siglo XIX, la Corte Suprema había elaborado laboriosamente un «set of doctrines» que podía ser utilizado para el control judicial de las relaciones atinentes a los asuntos de gobierno. Con arreglo a estas doctrinas, las medidas económicas quedaban ahora sujetas a revisión judicial, con la particularidad de que esta supervisión, como señala McCloskey<sup>108</sup>, podía ser estricta y constante o laxa y ocasional, como el Tribunal prefiriera. Esta libertad de opción en el control fue inherente, entre

---

<sup>107</sup> Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, op. cit., p. 103.

<sup>108</sup> Robert G. McCLOSKEY: *The American Supreme Court*, op. cit., p. 108.

otras doctrinas, a las *tax doctrines*, a las *commerce doctrines* y, sobre todo, a las *due process doctrines*.

La cláusula del *due process of law* fue contemplada por la Enmienda V y reproducida más tarde por la sección primera de la Enmienda XIV<sup>109</sup>, visualizándose inicialmente dentro del ámbito del *criminal process* en un doble sentido: *procedural due process* y *substantive due process*, lo que no significaba un abandono del ámbito procesal penal, sino tan sólo que dentro del mismo algunas garantías tenían un contenido más sustantivo, como la no obligación de responder por un delito «unless on a presentment or indictment of a Grand Jury». Sin embargo, ya antes de la Guerra Civil, y el caso *Dred Scott* (1857) es un buen ejemplo de ello, comenzó a acudirse a la V Enmienda como una garantía sustantiva de determinados derechos de propiedad.

La nueva jurisprudencia iba a consolidarse en 1897, en el caso *Allgeyer v. Louisiana*, decidido por unanimidad, escribiendo la *opinion of the Court* el Juez Peckham. En esta sentencia, la Corte, por primera vez, consideró inconstitucional una ley estatal (de Louisiana) por el hecho de que privaba a una persona de su derecho a contratar, de su libertad contractual. La Corte establecía de esta forma la *liberty of contract*, entendiendo que la libertad garantizada por la Constitución incluye el derecho de una persona «to be free in the enjoyment of all his faculties, to be free to use them in all lawful ways; to live and work where he will; to earn his livelihood by any lawful calling; to pursue any livelihood or avocation, and for that purpose to enter into all contracts» que puedan ser apropiados para la realización de tales objetivos<sup>110</sup>. La ley en cuestión, en pocas palabras, prohibía actuar como intermediarios de seguros a empresas que no estuviesen autorizadas para realizar operaciones en el Estado de Louisiana.

---

<sup>109</sup> Recordemos la dicción de esta bien conocida norma constitucional: «All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws». La Enmienda XIV, a cuya sección 1.ª pertenece el texto transcrito, fue ratificada en 1868, y forma parte del trío de Enmiendas (XIII, XIV y XV) que se ratificaron tras la Guerra Civil (en 1865, 1868 y 1870, respectivamente). En cualquier caso, ya el texto de la Enmienda V —que en cuanto integrante de las diez primeras Enmiendas (ratificadas en 1791) constituye el llamado *Bill of Rights*, que inicialmente se consideró de aplicación tan sólo a la Unión— incluye la cláusula del *due process of law* («No person... be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...»).

<sup>110</sup> Cfr. al efecto, Charles Evans HUGHES: *The Supreme Court of the United States (Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation)*, Columbia University Press, New York, 1928, pp. 204-205. Existe asimismo una edición en español, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, 2.ª ed. española, México, 1971.

Progresivamente, el contenido sustantivo de la Quinta y Decimocuarta Enmiendas se acentuó, lo que, innecesario es decirlo, incrementó notablemente el activismo judicial. La *liberty of contract* se convirtió en algo sagrado, con la sola excepción de los «business affected with a public interest», anudándose a tal visión la consideración de que cualquier interferencia gubernamental con las relaciones económicas esenciales, tales como los precios o los salarios, violaba esa misma libertad de contrato.

El caso *Adair v. United States*, decidido el 27 de enero de 1908 por 7 votos frente a 2, expresando Harlan la *opinion of the Court*, y manifestándose en *dissent* Holmes y McKenna, es verdaderamente paradigmático de este posicionamiento de la Suprema Corte. En este caso se enjuició la llamada *Erdman Act* de 1898, que trataba de prevenir la ruptura del comercio interestatal de resultas de disputas laborales. John Marshall Harlan, escribiendo para la Corte, razonaría como sigue: «The right of a person to sell his labor upon such terms as he deems proper, is in its essence, the same as the right of the purchaser of labor to prescribe the conditions upon which he will accept such labor from the person offering to sell it. So the right of the employee to quit the service of the employer, for whatever reason, is the same as the right of the employer, for whatever reason, to dispense with the services of such employee (...). In all such particulars the employer and the employee have equality of right, and any legislation that disturbs that equality is an arbitrary interference with the *liberty of contract*, which no government can legally justify in a free land».

El Justice Joseph McKenna, en su disidencia, clamó en favor del *judicial realism*, mientras que Oliver W. Holmes se hizo eco de la posición que ya había manifestado con toda nitidez en su *dissent* en el *Lochner case*. Para Holmes, no cabía duda: el legislativo era el árbitro adecuado de las políticas públicas y, en cuanto tal, podía razonablemente limitar la libertad de contrato. Añadamos que Roscoe Pound consideraría esta sentencia como el emblema de la «mechanical jurisprudence», en cuanto que, a su juicio, la misma recurría a tecnicismos y conceptualizaciones («technicalities and conceptualizations») cuyo fin último no era otro que hacer fracasar los fines exigidos por la justicia.

Los sociólogos y los partidarios de un enfoque realista del Derecho se situarían a años luz del enfoque del *Adair case*. «Much of discussion about *equal rights* –escribe Ward, un conocido sociólogo<sup>111</sup>– is utterly hollow. All the ado made over the system of contract is surcharged of fallacy». Pound,

---

<sup>111</sup> WARD: *Applied Sociology*, p. 281. Cit. por Roscoe POUND: «Liberty of contract», en *Yale Law Journal*, Vol. XVIII, 1908-1909, pp. 454 y ss.; en concreto, p. 454.

de cuya dura crítica a la sentencia acabamos de hacernos eco, se situaba de modo inequívoco en la misma posición. A su juicio<sup>112</sup>, para cualquier persona bien informada acerca de las actuales condiciones de la industria, la precedente afirmación no tenía vuelta de hoja («goes without saying»). ¿Por qué entonces los tribunales persisten en la falacia? ¿Por qué imponen muchos de ellos una teoría económica de la igualdad frente a las condiciones reales de desigualdad?

2. Creemos de interés ahora detenernos brevemente en las bases intelectuales y en el proceso histórico que conducen a una visión tan irreal del Derecho.

Como soporte último de esta visión nos encontramos con la teoría del *laissez faire*, que, como recordara uno de los mayores constitucionalistas norteamericanos, Corwin<sup>113</sup>, dominó el pensamiento de la *American Bar Association*, fundada en 1878, y posteriormente el de la propia *Supreme Court*. Se trataba de una construcción pretenciosa y compleja que se presentó de la noche a la mañana al pueblo norteamericano como si de una nueva doctrina de Derecho natural se tratase, una doctrina que, innecesario es decirlo, otorga al mantenimiento de la competitividad económica el «status of a preferred constitutional value».

En el trasfondo de todo ello hemos de remontarnos a Adam Smith (1723-1790) y a su obra clave, *Wealth of Nations* (Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones), publicada en Londres en 1776, en la que, a partir de la sencilla idea de que la fuente de toda riqueza es la actividad, el trabajo del hombre, de resultados de la cual, la mejor organización económica se alcanza de modo espontáneo cuando el hombre puede actuar bajo el impulso de su interés personal, se vienen a fijar unos principios del orden económico llamados a asegurar automáticamente el bienestar social. En 1857, John Stuart Mill, en su *Political Economy*, planteaba una visión revisada de la obra smithiana, proponiendo el principio del *laissez faire* como un principio útil tanto para la política como para la legislación. Esta filosofía era seguida asimismo por Charles Darwin (1809-1882) en su obra capital, *Origins of Species* (1859), e igualmente por el sociólogo y filósofo Herbert Spencer (1820-1903), —objeto en los *dissents* de Holmes de algunas célebres referencias— en cuya obra *Justice* (1891) se planteará por vez primera con cierta amplitud la cuestión de si «the right to free contract» podía ser considerado como un derecho fundamental.

---

<sup>112</sup> Roscoe POUND: «Liberty of contract», op. cit., p. 454.

<sup>113</sup> Edward S. CORWIN: «John Marshall, Revolutionist malgré lui», en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104, 1955-1956, pp. 9 y ss.; en concreto, p. 17.

En Norteamérica, uno de los discípulos de Spencer, John Fiske, contribuiría a que se reforzara la noción de la «governmental passivity». Spencer vino a deducir de su doctrina, comúnmente conocida como del *laissez faire*, su formulación de la justicia, de modo tal que llegó a ser un principio fundamental del credo de quienes pretendían minimizar las funciones del Estado, que la más trascendente de sus funciones era reforzar a través del Derecho las obligaciones creadas por los contratos. Sin embargo, como recordaba Pound<sup>114</sup>, no cabía olvidar que con su filosofía los individualistas ingleses pretendían abolir un cuerpo institucional anticuado que impedía el progreso humano. A tal efecto, «the freedom of contract» pareció ser el mejor y más operativo instrumento. Ello, por supuesto, propició que el *common law* llegara a ser completamente individualista. Pero es obvio que las circunstancias de fines del siglo XIX eran muy distintas a las de un siglo antes, no obstante lo cual tal concepción iba a mantenerse en las instituciones clave de la vida jurídica norteamericana<sup>115</sup>. De esta forma, como pusiera de relieve Corwin<sup>116</sup>, tras algunas vacilaciones, la *Supreme Court* iba a terminar admitiendo que «the term *liberty* of the «due process» clause was intended to annex the principles of *laissez faire* capitalism to the Constitution and put them beyond reach of state legislative power»<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Roscoe POUND: «Liberty of contract», op. cit., p. 457.

<sup>115</sup> Edward S. CORWIN –en *The Twilight of the Supreme Court (A History of our Constitutional Theory)*, Archon Books (first edition by Yale University Press, 1934), 1970, pp. 20-21– se hace eco de cómo el principio del *laissez faire* también interfirió sobre «the power to regulate commerce in the sense of governing it», lo que ocurrió por vez primera en el *Sugar Trust case*, que concernía a la *Sherman Anti-Trust Act* de 1890.

<sup>116</sup> *Ibidem*, pp. 77-78.

<sup>117</sup> Quizá no deba extrañar por ello mismo que en 1913 Beard, en su célebre libro *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, incluyera entre sus conclusiones la siguiente: «La Constitución es fundamentalmente un texto económico que parte del principio según el cual los derechos esenciales de propiedad son anteriores a todo gobierno y moralmente se hallan fuera del alcance de las mayorías populares». Manejamos la versión francesa de la obra. Charles A. BEARD: *Une Relecture Économique de la Constitution des États-Unis*, Economica, Paris, 1988, p. 297.

En sintonía con la idea precedente, aún debe extrañar menos que Beard sostuviera en su obra que la separación entre legislativo y ejecutivo formalizada en la Constitución de 1787 fuera en último término la resultante de que los propietarios, los capitalistas, quisieran asegurarse frente a la supremacía del legislativo, impidiendo así que pudiera atentar contra sus intereses de resultas de los impulsos democratizadores del pueblo. Ello, por supuesto, no significaba postergar la influencia de Montesquieu, sino tan sólo, como bien adujera Cotta, explicar que tras la aceptación del célebre principio de Charles Louis de Secondat existía un puro determinismo económico. Cfr. a este respecto, Sergio COTTA: «Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la Constitution Fédérale des États-Unis», en *Revue Internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, 1951, pp. 225 y ss.; en concreto, p. 245.

b') *El dissent de Holmes y su trascendencia*

1. El conocido como «caso de las panaderías» (*bakeshop case*) se produjo a raíz de una ley del Estado de Nueva York que estableció la prohibición de que los panaderos trabajaran más de diez horas al día o sesenta a la semana. Hacia fines del siglo XIX no era infrecuente que los trabajadores cualificados de las panaderías trabajaran más de un centenar de horas semanales. En las ciudades, las panaderías se hallaban generalmente localizadas en los sótanos de las casas de vecindad, con lo que la combinación de un largo número de horas expuestos al polvo de la harina, la humedad y las temperaturas extremas de calor y frío de esos sótanos, hizo pensar a los legisladores que tendría efectos nocivos sobre la salud de esos trabajadores, circunstancia que condujo a la Legislatura del Estado de Nueva York, en 1895, a dictar una ley regulando las condiciones sanitarias a que había de acomodarse el trabajo de los panaderos, incluyendo en esa regulación el establecimiento de unos límites máximos de horas de trabajo.

Una empresa de panadería de Utica, que había sido multada en dos ocasiones por contravenir las previsiones de la Ley de 1895, planteó un litigio aduciendo que la ley era inconstitucional al establecer una regulación discriminatoria en cuanto vulneradora del principio de igualdad. La *litis* llegó a la *Supreme Court*, y la problemática que se planteó el ponente de la sentencia, el Juez Peckham, fue la de qué debía prevalecer: si la libertad de contratación o, por el contrario, el *police power* estatal.

Definiendo la posición ajustadamente mayoritaria, Peckham consideró que la ley traspasaba el límite marcado constitucionalmente frente al ejercicio por parte de los Estados de sus competencias de policía. La mayoría iba a rechazar que la ley tuviera un fundamento razonable, pues no podía considerarse que una ley de sanidad pudiera entrañar una injerencia ilegítima en los derechos de los ciudadanos (tanto trabajadores como patronos) a pactar sus horarios de trabajo como mejor les conviniera. «Leyes como ésta –puede leerse en la sentencia– que limitan las horas que los adultos con plena capacidad pueden trabajar para ganarse la vida, no son sino intromisiones ilegítimas en los derechos de los ciudadanos». En definitiva, la ley sería declarada inconstitucional al ser considerada como una innecesaria, irrazonable y arbitraria interferencia sobre la libertad de contratación y, por lo mismo, como una norma legal vulneradora de la Decimocuarta Enmienda.

Sería justamente esta sentencia, junto a otras dos dictadas en la misma época por la Corte Suprema del Estado de Nueva York, los casos en que ya el Presidente Theodore Roosevelt fundamentó las bases de su crítica a

los tribunales, propiciando su famosa «Charter of Democracy», discurso pronunciado en Columbus (Ohio), en 1912, en el que se manifestó a favor del *recall* de los jueces<sup>118</sup>.

2. En su celeberrimo y ensalzado *dissent*, el *Justice* Holmes comenzará señalando que el caso en cuestión se había decidido en base a una teoría económica que una gran parte del país no compartía. A la posteridad pasaría su bien conocida afirmación de que «the Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's *Social Statics*», alusión con la que Holmes se refería a la obra que Herbert Spencer había publicado en 1851 (*Social Statics or The Conditions Essential to Human Happiness Specified, and the First of Them Developed*). En ella, el ya antes mencionado filósofo defensor del evolucionismo (de hecho, este libro era uno de los varios de Spencer en que el sociólogo inglés plasmaría las doctrinas del darwinismo social) sostendría una radical defensa del principio del *laissez faire*. Como ya dijimos, en su clásico trabajo, «The Path of the Law», Holmes se había hecho eco de la tesis spenceriana de que «todo hombre tiene el derecho a hacer lo que quiera, con tal que no interfiera en el mismo derecho que tienen sus vecinos», considerando que ni siquiera tal propuesta era por sí misma evidente. Este libro de Spencer, como gran parte de su obra, alcanzó una gran popularidad tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos durante el último tercio del siglo XIX, no sólo a un nivel estrictamente científico, sino asimismo sobre la propia opinión pública norteamericana<sup>119</sup>.

Más adelante, Holmes expresa su rechazo respecto de la idea de que una Constitución encarne una determinada teoría económica: «A Constitution is not intended to embody a particular economic theory, wether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of *laissez faire*. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar, or novel, and even shocking, ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States».

«Creo –manifestaré para concluir su voto disidente– que la palabra libertad, tal como consta en la Decimocuarta Enmienda, es tergiversada cuando se la toma para impedir las consecuencias naturales de una opinión

---

<sup>118</sup> Thomas Jefferson KNIGHT: «The dissenting opinions of Justice Harlan», en *The American Law Review*, Vol. LI, July/August 1917, pp. 481 y ss.; en concreto, p. 504.

<sup>119</sup> Así lo reconocería Rehnquist, quien se hace eco al efecto de un juicio de Hofstadter, para quien: «In the three decades after the Civil War it was impossible to be active in any field of intellectual work without mastering Spencer». William H. REHNQUIST: *The Supreme Court*, op. cit., p. 208.



dominante, a no ser que pueda afirmarse que una persona sensata y razonable necesariamente reconocería que la ley propuesta infringe principios fundamentales tal como han sido entendidos por las tradiciones de nuestro pueblo y de nuestro Derecho. No se requiere investigación alguna para demostrar que no puede pronunciarse tan radical condena contra la ley que nos ocupa. Una persona razonable podría considerarla una medida adecuada en pro de la salud».

El *dissent* de Holmes no sólo sentó las bases para la posterior retirada por parte de la Corte de la peculiar interpretación del *substantive due process* que venía manteniendo, sino que se convirtió en un elemento decisivo en la legitimación de las *dissenting opinions*, e incluso, como diría Ray<sup>120</sup>, en que éstas se vieran rodeadas de un aura de fantasía. En análoga dirección, Palmer puso de relieve<sup>121</sup> que el vigor de la argumentación holmesiana, la fascinación de su personalidad y, sobre todo, el triunfo posterior de sus ideas en materias de profundo significado, condujo a revelar y confirmar la capacidad de las *dissenting opinions* para operar como «a powerful instrument of change in the law». Pero por encima de todos los demás *dissents* de Holmes, éste, como reconocería otro de los grandes *Justices* de la Corte, Benjamin Nathan Cardozo, marcará el inicio de una nueva era<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Laura Krugman RAY: «Justice Brennan and the jurisprudence of dissent», en *Temple Law Review*, Vol. 61, No. 2, Summer 1988, pp. 307 y ss.; en concreto, p. 310.

<sup>121</sup> Ben W. PALMER: «Supreme Court of the United States: Analysis of Alleged and Real Causes of Dissents», en *American Bar Association Journal*, Vol. 34, 1948, pp. 677 y ss.; en concreto, pp. 680-681.

<sup>122</sup> Los cambios sociales de fines del siglo XIX y principios del XX iban a tener un reflejo en la reformulación de los derechos fundamentales. Hough fijará el alba de una nueva época en 1883, de resultas de la sentencia dictada en el caso *Hurtado v. California* (1884). Charles M. HOUGH: «Due Process of Law—To Day», en *Harvard Law Review*, Vol. XXXII, 1918-1919, pp. 218 y ss.; en concreto, p. 227.

En el caso que acabamos de mencionar, la Corte Suprema reconoció que las Constituciones escritas en los Estados Unidos fueron consideradas esenciales para la protección de los derechos y libertades del pueblo frente a los abusos del poder delegado a sus gobiernos y que las previsiones de los *Bill of Rights* «were limitations upon all the powers of government, legislative as well as executive and judicial» (Charles Evans HUGHES: *The Supreme Court...*, op. cit., p. 194). Si la nueva época de las libertades podía entenderse que ya había sido esbozada, aún habría de verse oscurecida por brumas y nieblas. Todavía en 1905 la decisión dictada en el *Lochner case* mantenía un discurso insensible a la luz del nuevo espíritu. Sin embargo, no se podía decir otro tanto del *dissent* de Holmes. Todo lo contrario. Como escribiría Cardozo, «it is the dissenting opinion of Justice Holmes which men will turn to in the future as the beginning of an era». (Benjamin N. CARDOZO: *The nature of the judicial process*, op. cit., p. 79).

El antes citado Hough escribiría al respecto: «No man has seen more plainly that the court was measuring the legislature's reasons by its own intellectual yardstick than has Justice Holmes; none more keenly perceived that the notations thereupon marked those results of environment and education which many men seem to regard as the will of Good

Aunque la idea ya ha quedado plasmada, vale la pena insistir en ella en los términos en que lo ha hecho Kurland<sup>123</sup>, para el que una de las consecuencias de la contribución de Holmes al Derecho anglo-americano fue la destrucción del mito de la certeza del Derecho. Realmente, ya en esta trascendental etapa de la vida de la *Supreme Court* esa idea de certeza era cuestionada. En coherencia con ello, se veía como algo natural que los jueces discreparan. No faltó incluso quien considerara<sup>124</sup> que lo extraño no era que los jueces discreparan, sino que no se produjeran tales divergencias de criterio.

En el trasfondo de todo ello se trasluce una transformación del instituto del *dissent*, que va a pasar a convertirse en un instrumento a cuyo través los jueces van a afirmar su personal responsabilidad, que entendían como perteneciente a un orden más elevado, el de la responsabilidad institucional asumida ante la Corte por cada uno de ellos, o por la propia Corte ante la ciudadanía. Así las cosas no ha de extrañar lo más mínimo que el *Justice Jackson* escribiera en 1955 que «the Court functions less as one deliberative body than as nine». Nadie puede dudar, apostillaría ZoBell<sup>125</sup>, de que tal proposición reflejaba una situación de hecho, o por lo menos un deseable estado de cosas, y es por lo mismo por lo que el propio autor entiende que a partir de los años treinta puede hablarse de un retorno a las *seriatim opinions*.

En todas estas transformaciones, no podemos en modo alguno dejar de reconocerlo, el rol que desempeñará Holmes será de la mayor relevancia. El decisivo cambio jurisprudencial que tendrá lugar en la *Supreme Court* tras el triunfo de la *Constitutional revolution* (1937) debe mucho al pensamiento holmesiano. Pero para concluir con esta breve aproximación a su trayectoria judicial como *dissenter* y a su pensamiento, quizá nada sea tan

---

or the decrees of fate» (Charles M. HOUGH: «Due Process of Law...», op. cit., p. 232). En fin, quien habrá de ser otro gran Justice, Frankfurter, subrayará el crudo empirismo latente en otra de las conocidas afirmaciones que Holmes hace en su *dissent* del *Lochner case*, aquella en la que dice: «General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise». (Felix FRANKFURTER: «The constitutional opinions of Justice Holmes», en *Harvard Law Review*, Vol. XXIX, 1915-1916, pp. 683 y ss.; en concreto, p. 687.

<sup>123</sup> Philip B. KURLAND: «The Supreme Court and the Attrition of the State Power», en *Stanford Law Review*, Vol. 10, 1957-1958, pp. 274 y ss.; en concreto, p. 277.

<sup>124</sup> «In the reports of the courts of last resort –escribe Stager– there are many decisions by a divided court. That judges frequently do not agree, is not at all strange – it would be strange if it were otherwise, for the law is not an exact science, like mathematics, but, at the last analysis, it is merely some person's or person's opinion, judgment». Walter STAGER: «Dissenting Opinions», en *Illinois Law Review*, Vol. XIX, 1924-1925, pp. 604 y ss.; en concreto, p. 604.

<sup>125</sup> Karl M. ZOBELL: «Division of opinion in the Supreme Court...», op. cit., p. 203.

oportuno como recordar nuevamente la que Frankfurter considerara como su piedra filosofal: «The philosopher's stone which Mr. Justice Holmes has constantly employed for arbitrament is the conviction that our constitutional system rests upon tolerance and that its greatest enemy is the Absolute»<sup>126</sup>. Y es que esta afirmación, con simplicidad y brillantez, muestra, a nuestro entender, la clave de bóveda de la arquitectura holmesiana.

---

<sup>126</sup> Felix FRANKFURTER: «The Early Writings of O. W. Holmes», en *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 717 y ss.; en concreto, p. 724.

# EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN: CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO. SU REGULACIÓN EN EL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR

Antonio Mozo Seoane  
*General Consejero Togado*  
*Profesor Titular de Universidad*

## SUMARIO

I.- Breve referencia histórica. 1. Antecedentes remotos. 2. El derecho de petición en el constitucionalismo moderno: regulación positiva y alcance teórico. II.- Derecho comparado. III.- Ordenamiento español vigente. 1. Régimen general. 2. Ámbito subjetivo. 3. Objeto y contenido. 4. Aspectos procedimentales. 5. Control judicial. IV.- El derecho de petición en el ámbito militar. 1. Consideración general: los límites y su justificación doctrinal. 2. El (provisional) marco legal vigente. 3. El Decreto 93/1962, de 18 de enero. Bibliografía.

## I. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

### 1. ANTECEDENTES REMOTOS

Generalmente se atribuye a este derecho un origen remoto –cuando menos medieval– en cuanto posibilidad de que los súbditos dirigiesen individualmente peticiones al Rey sobre las mas diversas cuestiones que afectasen a sus intereses, tanto personales como generales, pudiendo consistir también en la presentación de denuncias o agravios por la actuación de cualquier autoridad subordinada, con la pretensión de que el propio Mo-

narca procediese a su reparación. De todo ello recogen numerosos ejemplos las crónicas históricas de la época, apareciendo reflejado el fenómeno –como es bien conocido– incluso en la literatura dramática.

Más tarde, aunque dentro del mismo contexto histórico, son los parlamentos o representaciones estamentales los que hacen uso de ese mismo derecho como elemento de presión o negociación política frente al Rey, con el fin de arrancarle concesiones a cambio de aportaciones dinerarias (subsidios) o materiales de otro género para atender a las acuciantes necesidades de la hacienda real.

Las Cortes itinerantes de los distintos reinos españoles ofrecen numerosos ejemplos de esa forma de actuación de las ciudades frente a los distintos reyes. Con todo, es en Inglaterra donde este mecanismo político alcanza mayor virtualidad, en sus dos modalidades, individual y colectiva o parlamentaria, singularmente a partir de la *Carta Magna del Rey Juan*, de 1215. Más tarde, el derecho de petición pasaría al *Bill of Rights* de 1689. Igualmente aparecerá implícitamente recogido en la Primera enmienda a la Constitución norteamericana.

## 2. EL DERECHO DE PETICIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO: REGULACIÓN POSITIVA Y ALCANCE TEÓRICO

Con el advenimiento del constitucionalismo, esa vía de acceso al Monarca se integra en el sistema de los llamados «derechos fundamentales o libertades públicas» del individuo frente a los Poderes públicos en su sentido más amplio. Se trata de un derecho de naturaleza típicamente política, como manifestación del principio de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, característico de los Estados de Derecho. En su inicial configuración dentro de este sistema aparece caracterizado por dos notas:

a) Como derecho de ejercicio individual, consecuencia del carácter personalista que impregna la teoría de estos singulares derechos. Por tanto, las Cámaras o Parlamentos ya no son sujetos activos sino destinatarios de las peticiones (en algunos casos, incluso destinatarios únicos o principales). Más tarde, se irá extendiendo a las personas jurídicas y admitiendo su ejercicio colectivo.

b) Se prevé su ejercicio por escrito, nunca personalmente, como cautela para evitar cualquier forma de coacción.

Así aparece regulado, en términos generales, en el constitucionalismo francés postrevolucionario (1791, 1793, 1795, etc.).

Por lo que se refiere a España, igualmente figura recogido en todas nuestras Constituciones históricas, desde 1812. Interesa destacar aquí que es en la *Constitución de 1876*, art. 13, cuando al regular este derecho se establece por primera vez una específica limitación para el ámbito militar, en los siguientes términos:

*«Todo español tiene derecho... de dirigir peticiones individual o colectivamente al Rey, a las Cortes y a las autoridades. El derecho de petición no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada. Tampoco podrán ejercerlo individualmente los que formen parte de una fuerza armada, sino con arreglo a las leyes de su instituto, en cuanto tenga relación con éste».*

La *Constitución republicana de 1931* se refiere a él de modo muy similar (art. 35):

*«Todo español podrá dirigir peticiones, individual y colectivamente, a los Poderes públicos y a las autoridades. Este derecho no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada».*

Por último, el art. 21 del *Fuero de los Españoles* decía:

*«Los españoles podrán dirigir individualmente peticiones al Jefe del Estado, a las Cortes y a las Autoridades.*

*Las Corporaciones, funcionarios públicos y miembros de las Fuerzas e Institutos armados sólo podrán ejercitar este derecho de acuerdo con las disposiciones por que se rijan».*

Al incorporarse, de esta forma, al régimen de los derechos fundamentales, el derecho de petición participa, en principio, de la evolución histórica que aquellos sufrieron dentro del constitucionalismo, pasando de ser derechos constitucionalmente declarados pero sólo ejercitables «en el marco de las leyes» –lo que permitía su limitación y, a veces, su desvirtuación a través de la correspondiente regulación legal– a erigirse en verdaderos derechos públicos subjetivos de obligado respeto incluso por parte del legislador, que no podía regularlos de manera tal que los desfigurase hasta el punto de hacerlos irreconocibles o dejarlos en «papel mojado», ya que los derechos y libertades públicas constitucionalmente garantizadas constituyen una esfera individual indisponible para los poderes públicos, un «ámbito de autodeterminación» del ciudadano (LOEWENSTEIN), por lo que la regulación legal se ve constreñida a respetar en lo esencial el con-

tenido del derecho fundamental de que se trate (leyes «en el marco de los derechos fundamentales»).

Ahora bien, por lo que se refiere en concreto al derecho de petición, debe significarse que su importancia histórica y aún su relevancia en el primer constitucionalismo se ve notoriamente disminuida, sin perjuicio de su reconocimiento formal, a la par que avanza y se perfecciona el Estado de Derecho: este paradójico fenómeno es consecuencia directa de la progresiva juridificación de las relaciones del ciudadano con el Poder, con el consiguiente establecimiento de técnicas y mecanismos, tanto estrictamente jurídicos como políticos, de control (recursos, tanto judiciales como administrativos, reclamaciones, quejas, iniciativa legislativa popular, instituciones tipo Defensor de los ciudadanos, etc.). De esta forma, el viejo derecho de petición puede ser irónicamente equiparado al «derecho de escribir cartas» (P. LABAND).

En consecuencia, se produce también una inevitable pérdida de precisión de sus límites conceptuales, al plantear dificultades su deslinde de esos otros medios de control del Poder público. Así, en España la doctrina jurídico-pública se plantea la «virtualidad e independencia» del derecho que nos ocupa, a la sazón regulado por la Ley 92/1960, de 22 de diciembre, en relación con los diversos tipos de reclamaciones, instancias, peticiones y quejas expresamente regulados en la legislación administrativa, singularmente en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. En general, puede decirse que se admite una cierta sustantividad del derecho de petición –otra cosa es su utilidad real– pero observándose por muchos su carácter meramente «residual».

Para cerrar esta referencia histórica, señalemos que la regulación específica de este derecho para los «miembros de las Fuerzas e Institutos armados» a que –entre otros ámbitos– se refería el art. 21 del Fuero de los Españoles y a la que se remitía también la Disposición final segunda de la Ley 92/1960, fue aprobada por el Decreto 93/1962, de 18 de enero, disposición que continúa formalmente vigente y de la que, por tanto, volveremos a hablar más abajo.

## II. DERECHO COMPARADO

Como se deduce de lo dicho en el epígrafe anterior, los ordenamientos constitucionales de nuestro entorno suelen hacer referencia también al derecho de los ciudadanos a dirigir peticiones a los poderes públicos, con carácter general.

Así, la Ley fundamental alemana, en su artículo 17, establece que cualquiera puede dirigir, por escrito, individual o colectivamente, peticiones y reclamaciones a las autoridades y órganos de representación popular. El apartado a) del propio precepto, sin embargo, dispone que las leyes sobre el servicio militar pueden prever, para sus miembros, limitaciones en lo que se refiere a la presentación de peticiones o reclamaciones de forma colectiva.

El artículo 28 de la Constitución belga dispone que todos tienen el derecho de dirigir a las autoridades públicas peticiones firmadas por una o varias personas. No obstante, el artículo 57 prevé que está prohibido presentar en persona peticiones a las Cámaras. Cada Cámara (Cámara de representantes y Senado) tiene el derecho de remitir a los ministros las peticiones que les sean dirigidas y éstos vienen obligados a dar explicaciones sobre su contenido cada vez que la Cámara lo exija.

En Holanda, de acuerdo con el artículo 5 de su Constitución, igualmente todos tienen el derecho fundamental de dirigir peticiones por escrito a las autoridades públicas (Gobierno, Parlamento, autoridades administrativas, etc.).

En el caso de Italia, el artículo 50 de su Constitución, de 1947, recoge asimismo este derecho, pero con dos peculiaridades: sólo está previsto frente a las dos Cámaras del Parlamento y tiene por objeto únicamente promover la adopción de «medidas legislativas» o «exponer necesidades comunes».

La Constitución austríaca, de 21 de diciembre de 1867, establece en su artículo 11 que todos tienen el derecho de dirigir peticiones.

Aparece igualmente reconocido el derecho en las Constituciones de Portugal (art. 49) y de Suiza (art. 59). Por el contrario, no figura expresamente en las de Irlanda o Dinamarca.

El desarrollo legal en cada uno de esos ordenamientos –cuando tal desarrollo existe– presenta diversas peculiaridades, en las que no podemos detenernos. En general, se configura como un derecho de naturaleza política con escasos requisitos de carácter formal: si acaso, la exigencia, bastante frecuente, de que sea ejercido por escrito. Por otra parte, suele regularse en el contexto de las diversas modalidades de acceso de los ciudadanos a las oportunas instancias políticas o administrativas en defensa de sus derechos o intereses: es decir, no tiene el derecho de petición unos perfiles dogmáticos claros, en el sentido que apuntábamos antes.

En cuanto a su ejercicio por quienes ostentan la condición militar, las escasas previsiones normativas que existen al respecto se enmarcan en la tradicional exigencia derivada del principio de neutralidad política de



aquéllos, con las consiguientes limitaciones en el reconocimiento de sus derechos fundamentales, particularmente los de naturaleza política, como es el caso. Sólo alguna legislación –por ejemplo, la belga– contiene una específica regulación para la presentación de reclamaciones, denuncias, quejas o propuestas, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, en relación con el funcionamiento de sus servicios, incluyendo la previsión de estructuras orgánicas propias siguiendo la «vía jerárquica».

### III. ORDENAMIENTO ESPAÑOL VIGENTE

#### 1. RÉGIMEN GENERAL

El derecho de petición está regulado en la *Constitución española* de 1978 en los siguientes términos:

*«Artículo 29. 1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.*

*2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica».*

El precepto cierra el contenido de la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo segundo del Título I, dedicado a los «derechos fundamentales y libertades públicas», por lo que nuestro derecho goza de la protección jurídica privilegiada que se dispensa a éstos por el propio texto constitucional, a saber, vinculación directa para todos los poderes públicos, regulación por ley orgánica –que en todo caso deberá respetar su «contenido esencial»– y tutela judicial a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53).

El Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, fue precisando el sentido, alcance y contenido de este derecho fundamental en términos que –como no podía ser de otra manera– serían luego reflejados por la legislación de desarrollo. Así, la *STC 242/ 1993, de 14 de julio* perfila las notas del concepto en los siguientes párrafos:

*«La petición en que consiste el derecho en cuestión tiene un mucho de instrumento para la participación ciudadana aún cuando lo sea por vía*

*de sugerencia, y algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar. Concepto residual, pero no residuo histórico, cumple una función reconocida constitucionalmente, para individualizar la cual quizá sea más expresiva una delimitación negativa. En tal aspecto excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido, incluso mediante la acción popular en el contencioso-contable o en el ámbito del urbanismo. La petición en el sentido estricto que aquí interesa no es una reclamación en la vía administrativa, ni una demanda o un recurso en la judicial, como tampoco una denuncia, en la acepción de la palabra ofrecida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal o las reguladoras de la potestad sancionadora de la Administración en sus diversos sectores. La petición, en suma, vista ahora desde su anverso, puede incorporar una sugerencia o una información, una iniciativa, 'expresando súplicas o quejas', pero en cualquier caso ha de referirse a decisiones discrecionales o graciables (STC 161/1988), sirviendo a veces para poner en marcha ciertas actuaciones institucionales, como la del Defensor del Pueblo o el recurso de inconstitucionalidad de las Leyes, sin cauce propio jurisdiccional o administrativo por no incorporar una exigencia vinculante para el destinatario».*

Como en seguida se verá, ahí están las notas esenciales que después recogería la correspondiente ley reguladora. En parecidos términos, el Tribunal Supremo contribuyó también a asentar el verdadero alcance del derecho y su delimitación frente a otros espacios de protección jurídica. La *STS de 11 de junio de 2001* (RJ 2001/7239) afirma que:

*«... la doctrina científica ha señalado que las peticiones a que se refiere el artículo 29 de la Constitución se entiende que son peticiones graciables, no fundadas en un derecho subjetivo o en una norma previa habilitante, que es lo que las distingue del derecho de instancia a que ahora se refiere la Ley 30/1992 [...] cuando regula la iniciación del procedimiento a instancia del interesado (art. 70). En este caso la principal virtualidad de la solicitud es que origina el deber de la Administración de contestar y, en caso de silencio, propicia una resolución presunta susceptible del correspondiente recurso. La petición graciable sólo da derecho al acuse de recibo».*

El desarrollo legal fue, por fin («tras quizás demasiados años de espera del adecuado desarrollo del artículo 29 de la Constitución...»), se queja la *STS de 30 de enero de 2007*), acometido por la **Ley orgánica 4/2001, de 12 de noviembre**, que vino a sustituir a la norma preconstitucional de 1960,

antes citada, cuya compatibilidad con la nueva ordenación constitucional fue a veces cuestionada, no sin fundamento.

Como valoración general, podemos adelantar ya que la regulación de 2001 hace un esfuerzo evidente y, en gran medida logrado, por dotar a este derecho fundamental de un contenido propio y específico, dándole un perfil conceptual que permita diferenciarlo de las restantes vías formalmente previstas en el ordenamiento para articular las reclamaciones, recursos, quejas y demás pretensiones frente a los poderes públicos. Aunque dado su carácter esencialmente indeterminado, siempre quepan zonas de cierta duda, no parece posible hoy un debate, como el aludido más arriba y que se prolongó incluso a raíz de la promulgación de la CE, sobre los problemas de delimitación entre las «peticiones» encauzables por esta vía y cualesquiera otras solicitudes ante instancias públicas.

En todo caso, es oportuno señalar aquí que –salvo error por nuestra parte– ninguno de los ordenamientos jurídicos de nuestro ámbito cultural, como los que más atrás hemos reseñado, ofrece una regulación tan precisa y acabada como el español.

Debemos, por ello, examinar con cierto grado de detalle la Ley de 12 de noviembre de 2001, marco obligado de referencia para, finalmente, considerar el régimen –singularizado desde la propia Constitución– aplicable a los ciudadanos sujetos a la disciplina militar.

## 2. ÁMBITO SUBJETIVO

La titularidad del derecho de petición está legalmente prevista en los términos más amplios posibles, sin restricción alguna en principio. La Ley 4/2001 empieza diciendo en su primer artículo:

*«1. Toda persona natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, puede ejercer el derecho de petición, individual o colectivamente, en los términos y con los efectos establecidos por la presente Ley y sin que de su ejercicio pueda derivarse perjuicio alguno para el peticionario...»*

Por tanto, se trata de un derecho expresamente reconocido a favor de las personas jurídicas o colectivas y no sólo individualmente consideradas, frente a lo que fue característico de los derechos fundamentales en su concepción originaria. En este caso así ocurrió ya –según advertimos– en un momento histórico anterior al nacimiento del constitucionalismo (peticiones de los parlamentos estamentales); en todo caso, el derecho de petición

es de los constitucionalmente previstos como de posible ejercicio colectivo, lo que –como es sabido– no ocurre con otros derechos fundamentales, a los que, sin embargo, se ha ido extendiendo esta posibilidad por vía de interpretación jurisprudencial (por ej., derecho al honor, igualdad). La única excepción a esa amplitud de ejercicio es, precisamente, la de «los miembros de las Fuerzas Armadas y demás Cuerpos sometidos a disciplina militar», como señala ya la Constitución y reitera la Ley que analizamos (art. 1.2): de ello nos ocuparemos mas abajo.

Debe observarse, en cambio, que frente a la literalidad del artículo 29 CE, que refiere el derecho a «todos los españoles», la Ley de desarrollo lo otorga a toda persona «prescindiendo de su nacionalidad»: esta aplicación extensiva deriva sin duda de la interpretación conforme al «principio de universalidad» de los derechos fundamentales, que ha hecho suya nuestro Tribunal Constitucional en diversas resoluciones y que, por lo demás, encuentra apoyo en lo prescrito en el artículo 10.2 de la propia Constitución («Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpreta de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»).

En cuanto a los destinatarios, o sujetos pasivos del derecho, la regulación legal establece asimismo un criterio de la máxima amplitud:

*«Artículo 2. Destinatarios. El derecho de petición podrá ejercerse ante cualquier institución pública, administración o autoridad, así como ante los órganos de dirección y administración de los organismos y entidades vinculados o dependientes de las Administraciones públicas, respecto de las materias de su competencia, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de ésta».*

Hay sin duda aquí también una plasmación del amplio concepto de poderes públicos a efectos de la vinculación de los derechos fundamentales adoptado desde muy pronto por el Tribunal Constitucional (así, S. 35/1983, de 11 de mayo).

### 3. OBJETO Y CONTENIDO

Esta es, a nuestro juicio, la cuestión clave de la regulación legal que examinamos, por cuanto afecta, como hemos adelantado, a la verdadera delimitación de nuestro derecho en relación con los restantes instrumentos

que el actual Estado social y democrático de Derecho prevé para que el ciudadano recabe de los poderes estatales la adecuada protección de sus intereses y la satisfacción de sus aspiraciones individuales o sociales.

A este respecto, en el *artículo 3.º* de la Ley se establece:

*«Las peticiones podrán versar sobre cualquier asunto o materia comprendido en el ámbito de competencias del destinatario, con independencia de que afecten exclusivamente al peticionario o sean de interés colectivo o general.*

*No son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley».*

Coherentemente con esa configuración sustantiva, el *artículo 8*, relativo a la «Inadmisión de peticiones», preceptúa:

*«No se admitirán las peticiones cuyo objeto sea ajeno a las atribuciones de los poderes públicos, instituciones u organismos a los que se dirijan, así como aquellas cuya resolución deba ampararse en un título específico distinto al establecido en esta Ley, que deba ser objeto de un procedimiento parlamentario, administrativo o de un proceso judicial.*

*Tampoco se admitirán aquellas peticiones sobre cuyo objeto exista un procedimiento parlamentario, administrativo o un proceso judicial ya iniciado, en tanto sobre los mismos no haya recaído acuerdo o resolución firme».*

Por tanto, a tenor de esa «delimitación negativa» que realiza el vigente ordenamiento, puede decirse que el contenido del derecho de petición queda precisado como toda solicitud, propuesta o sugerencia en la que **no se plantea un supuesto de aplicación de ley o norma jurídica**, esto es, dicho en términos jurídico-procesales, el peticionario no acciona bajo la cobertura de un derecho o interés legítimo jurídicamente protegido.

Resulta, por ello, equívoca la formulación que hace el Preámbulo de la Ley 4/2001, cuando delimita el ámbito del derecho «a lo estrictamente discrecional o graciable». La llamada actividad discrecional –referible, sobre todo, a la actuación administrativa– es también tarea de aplicación de norma, aunque ésta confiera al aplicador un mayor o menor «margen de libertad o de elección» al hacerlo.

Y eso vale hoy, sustancialmente, para todos los órganos y poderes públicos. La sujeción «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídi-

co» que proclama el artículo 9.1 de nuestra norma fundamental significa, a los efectos que ahora nos importan, que cuando una autoridad estatal actúa bajo un «procedimiento específico» habrá de hacerlo respetando las prescripciones legales establecidas y con el ineludible sometimiento a los controles jurídicos oportunos. Desde luego, ninguna duda ofrecen, a este respecto, la actuación de los órganos administrativos «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» (art. 103.1 CE) o la de los órganos judiciales «sometidos únicamente al imperio de la ley» (117.1)

Merece la pena detenerse, a este propósito, en los ámbitos de actuación parlamentario y estrictamente gubernamental, porque ambos presentan, tal vez, mayores problemas de delimitación con nuestro objeto.

Así, una de las manifestaciones clásicas del derecho de petición viene constituida por la pretensión de uno o varios ciudadanos de que se **dicte o modifique una determinada disposición de carácter general** con el fin de regular situaciones o supuestos que o bien no están contenidos en el ordenamiento vigente o bien su regulación actual no responde a las necesidades y exigencias del momento, a juicio de los peticionarios: éste sigue siendo, en la práctica, uno de los casos típicos del planteamiento de peticiones a los poderes públicos competentes, el Parlamento –si se trata de elaborar una ley formal– o el Gobierno –si la regulación es de rango reglamentario o se opta por solicitar la iniciativa de éste a través de un proyecto de ley–. Pues bien, la vigente Ley deja claro que tal solicitud está dentro de su ámbito específico, *artículo 11.2*:

*«Cuando la petición se estime fundada, la autoridad u órgano competente para conocer de ella, vendrá obligado a atenderla y a adoptar las medidas que estime oportunas a fin de lograr su plena efectividad, **incluyendo, en su caso, el impulso de los procedimientos necesarios para adoptar una disposición de carácter general**».*

Es claro que se trata de una vía distinta a la iniciativa legislativa popular (tan vinculada, sin embargo, históricamente al derecho de petición) hoy regulada en el art. 87.3 CE como un «procedimiento específico»: por ello, la disposición adicional primera de la Ley de 2001 establece:

*«2. En los supuestos en que una **iniciativa legislativa popular haya resultado inadmitida** por no cumplir con todos los requisitos previstos en su normativa reguladora, a petición de sus firmantes **podrá convertirse en petición ante las Cámaras**, en los términos establecidos en sus respectivos Reglamentos».*

Por lo demás, el propio texto constitucional contiene un precepto específicamente dedicado a las peticiones dirigidas a las Cortes, precepto sin duda complementario del artículo 29 y que, como hemos visto mas arriba, tiene diversos precedentes en otras constituciones europeas. En efecto, el *art. 77 CE* dispone:

*«1. Las Cámaras pueden recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones populares.*

*2. Las Cámaras pueden remitir al Gobierno las peticiones que reciban. El Gobierno está obligado a explicarse sobre su contenido, siempre que las Cámaras lo exijan».*

He aquí, pues, el camino para ejercer el derecho de petición ante el Parlamento, que puede incluir tanto la solicitud de tramitación de una norma legal, sin los requisitos de la iniciativa popular, como el planteamiento de cualquier otra iniciativa, propuesta o sugerencia atinente al control político que a ese órgano constitucional compete, todo ello dentro del contenido del derecho fundamental que estudiamos y que encuentra aquí una de sus mas claras manifestaciones como expresión de la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.

El otro aspecto que interesa considerar con el fin de precisar el objeto del derecho de petición es el relativo al estricto **ámbito de decisión política del Gobierno**, en cuanto órgano constitucional al que corresponde dirigir «la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado», como reza el artículo 97 CE. Se trata, como es obvio, de una esfera competencial caracterizada por una amplia libertad de iniciativa, es una función esencialmente creadora y «decisionista» presidida, en definitiva, por una radical «discrecionalidad de actuación»; y su expresión concreta mas característica, el denostado –pero existente– «acto político» constituye una manifestación de la mas genuina discrecionalidad del poder: es –como he escrito en otro lugar– «el acto discrecional del Derecho constitucional».

Ahora bien, que se trate de una actividad sustancialmente discrecional no significa que sea una esfera exenta de todo sometimiento al Derecho ni inmune al control jurídico. En efecto, el artículo 2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, establece la competencia de este orden para conocer de «la protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los

actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos»; y, por su parte, el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, ratifica dicho control judicial (además, por supuesto, de los otros mecanismos establecidos al respecto: el político, por las Cortes, y el estrictamente constitucional, por el Tribunal de este orden).

Semejante fiscalización se ha venido ejerciendo, con toda naturalidad, por nuestros Tribunales. Ejemplos conocidos de ello lo constituyen las sentencias del TS de 28 de junio de 1994 (nombramiento por el Gobierno del Fiscal General del Estado) y de 4 de abril de 1997 (caso de desclasificación de documentos del CESID), junto a otros varios supuestos (SS. 24.9.84, 9.6.87, 25.10.90, 22.1.93, etc.). En síntesis, la jurisprudencia entiende que el acto político se caracteriza por la máxima amplitud de los márgenes de decisión y de las posibilidades de actuación, rigiéndose por criterios de pura oportunidad y que su fiscalización judicial solo resulta posible en **aquellos de sus elementos definidos legislativamente y que no afecten al fondo de la decisión gubernamental**; el Tribunal deberá comprobar la adecuación a Derecho en los elementos reglados de la actuación del Gobierno, salvándose el control sobre el núcleo del poder político de éste, cuya «voluntad discrecional» no puede sustituir o enmendar el juzgador.

Pero la propia jurisprudencia ha reconocido que existen actuaciones del Gobierno que escapan plenamente al control judicial en sentido propio; así, la STC 45/1990, de 15 de marzo, señaló que **«no toda actuación del Gobierno, cuyas funciones se anuncian en el art. 97 del Texto Constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo**. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes...». Esta tesis se confirma por el propio TC en la S. 196/1990, de 29 de noviembre, añadiendo: «Quiere decirse con ello que en tales casos **el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza** y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como «administrativa» cuyo control corresponda ex arts. 106.1 de la CE y 8 de la LOPJ a los Tribunales de Justicia».

Pues bien, estos supuestos encajables en la pura actividad de dirección política, en los que no hay virtualmente sometimiento a norma jurídica alguna, en el sentido de «aplicación del Derecho al caso concreto», sino adopción de una decisión o iniciativa de naturaleza política –aunque, por supuesto, dentro del marco de las competencias constitucionalmente reco-



nocidas– constituyen también, a nuestro juicio, un ámbito material abierto al ejercicio del derecho de petición de los ciudadanos, que pueden instar de los poderes públicos correspondientes su actuación en un sentido determinado.

Se trataría, en definitiva, de una forma de participación en los asuntos públicos, fundamento genérico como hemos dicho del derecho que estudiamos. A título de ejemplo, podría pensarse en una petición de uno o varios ciudadanos dirigida al Gobierno para que establezca –o rompa– relaciones diplomáticas con un determinado Estado, o la solicitud de retirada de fuerzas militares españolas desplazadas en misión a un país extranjero, por referirnos a un ámbito –el de las relaciones internacionales– que, junto al de las relaciones entre órganos constitucionales (a los que se refieren, precisamente, las resoluciones del TC que hemos transcrito antes), se citan siempre como paradigma de los actos políticos o de gobierno. Aunque podrán citarse otros ejemplos (así, la erección –o la retirada– de una estatua o monumento dedicado a un personaje histórico, la denominación de una calle, etc.).

Por último, debemos señalar que, en cambio, quedan excluidas del objeto del derecho de petición «las quejas dirigidas al Defensor del Pueblo y a las instituciones autonómicas de naturaleza análoga, que se regirán por su legislación específica», conforme a la Disposición adicional segunda de la Ley orgánica 4/2001, en coherencia con su propia filosofía, a pesar de que, antes de su promulgación, se sostuvo por algunos que aquella institución era un campo propio para el ejercicio de nuestro derecho, tesis que también parece propiciada por el TC, según pudimos ver en la doctrina más arriba transcrita.

En consecuencia, podemos concluir, en términos muy parecidos a lo expresado por el Profesor JIMÉNEZ DE CISNEROS ya en 1980, que el objeto del derecho de petición abarca las siguientes materias:

– Peticiones a las Cámaras legislativas a través de la vía específica prevista en el artículo 77 de la Constitución. Constituye, como ha sido destacado, la forma clásica de manifestación del derecho, sin duda por ser los Parlamentos el órgano de representación directa de los ciudadanos. El contenido de estas peticiones puede ser cualquier asunto de la competencia del Legislativo, si bien encuentra una finalidad concreta en la función de **control político del Gobierno** que ejercen las Cámaras, como lo demuestra el núm. 2 del citado precepto constitucional al prever la posibilidad de que éstas remitan la solicitud a aquél para su preceptiva «explicación».

– Solicitud de **elaboración de disposiciones de carácter general**, bien dirigida al Gobierno-Administración para que tramite una disposición

de su propia competencia (reglamento) o, en su caso, promueva un proyecto de ley, o bien dirigida a las Cortes directamente si la norma propuesta es de rango legal (y que es distinta, como se ha dicho, del ejercicio de la iniciativa legislativa popular): en este último caso, el supuesto se solapa en cierto sentido con el del apartado anterior, aunque creemos que merece singularizarse por su objeto específico.

– Peticiones en **materia graciable** (que es distinta, como se ha destacado, de materia «discrecional») por tratarse de cuestiones que carecen de fundamento jurídico material, o como hemos venido diciendo, que no constituyen «aplicación de norma» sino decisiones «de oportunidad», bien por su estricto carácter político bien por no ser actuaciones genuinamente enmarcables en la legalidad. Justamente por ello, no caben en el derecho de petición las solicitudes relativas al llamado «derecho de gracia», que sí tienen un procedimiento específico de resolución (Ley de 1870 y disposiciones concordantes).

#### 4. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

Como destaca la propia Exposición de Motivos de la L. O. 4/2001, la regulación del ejercicio del derecho de petición se caracteriza por su sencillez y antiformalismo. En todo caso se exige que las peticiones sean presentadas por escrito –lo que constituye, por lo demás, una exigencia tradicional, tanto históricamente como en el ámbito comparado–, si bien se permite la utilización de «cualquier medio, incluso de carácter electrónico» (art. 4); en el escrito de iniciación del procedimiento han de figurar, naturalmente, los necesarios datos de identificación del peticionario así como el objeto y destinatario de la solicitud; si la petición es colectiva, deben firmarla todos los peticionarios.

El órgano público o autoridad receptora viene obligada a acusar recibo de la petición en el plazo de diez días. Tras la correspondiente tramitación (comprobaciones, solicitud de datos, asesoramientos y demás actuaciones, en su caso, para la debida integración del expediente), la autoridad pública competente ha de dictar, como es preceptivo en todo procedimiento, la oportuna **resolución**, lo que constituye una exigencia novedosa con respecto al sistema anterior –en el que sólo era obligatorio el acuse de recibo: como, por otra parte, sucede en algunos otros ordenamientos europeos–. La resolución puede ser: a) de **inadmisión**, que en todo caso habrá de ser **motivada** y notificada al peticionario en el plazo máximo de cuarenta y cinco días, o b) de **admisión**, que debe ser contestada en el plazo de tres

meses, quedando entonces el órgano competente obligado a «adoptar las medidas que estime oportunas a fin de lograr su plena efectividad» (art. 11.2). Si en el plazo previsto para notificar la admisión se ha podido ya dar cumplimiento al contenido de la petición adoptando «cualquier acuerdo, medida o resolución específica, se agregará a la contestación» (art. 11.3).

## 5. CONTROL JUDICIAL

Obvio resulta señalar que el derecho que estudiamos, en cuanto derecho fundamental reconocido en la Sección primera del Capítulo segundo del Título I de la Constitución, goza de la protección reforzada, o privilegiada, prevista en el artículo 53.2 de la misma, esto es, del recurso jurisdiccional ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, como recoge el artículo 12 de la Ley orgánica que lo regula, que añade: «...sin perjuicio de cualesquiera otras acciones que el peticionario estime procedentes».

Concretamente, el procedimiento aplicable ordinariamente será el establecido en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ahora bien, dada la propia naturaleza del derecho de petición o, mejor dicho, del objeto y contenido al que antes nos hemos referido de este singular derecho, la fiscalización que los órganos judiciales pueden efectuar aparece limitada, en realidad, a los aspectos formales de su ejercicio, pues no parece posible que un juez pueda sustituir a la autoridad «demandada» en la apreciación de la procedencia o improcedencia, viabilidad o inviabilidad de lo solicitado en cuanto al «fondo»: ello es consecuencia, sencillamente, del carácter graciable o no sujeto a norma jurídica previa de las pretensiones posibles por esta vía.

Como expresa la ya citada *STS de 30 de enero de 2007* (RJ 2007/1177), el derecho fundamental de petición es

*«...no un derecho menor, ciertamente, pero tampoco un derecho de amplio recorrido, dado el ámbito residual o subsidiario en el que se desenvuelve...»*

*[...]*

*Así pues, dado el fondo graciable que circula bajo el derecho de petición, la Ley reguladora del mismo ha limitado las posibilidades de intervención de este orden jurisdiccional, en el ejercicio de su función fiscalizadora».*

Así viene a reconocerlo, en definitiva, la regulación legal, al determinar como objeto posible del recurso contencioso en la materia, según el ya citado art. 12: «a) La declaración de inadmisibilidad de la petición; b) la omisión de la obligación de contestar en el plazo establecido; y c) la ausencia en la contestación de los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior».

#### IV. EL DERECHO DE PETICIÓN EN EL ÁMBITO MILITAR

##### 1. CONSIDERACIÓN GENERAL: LOS LÍMITES Y SU JUSTIFICACIÓN DOCTRINAL

Como destacábamos al principio de este trabajo, la más significativa limitación –y, realmente, la única explícitamente contenida en la propia regulación constitucional– al ejercicio de este derecho fundamental es la que afecta a las personas de condición militar. También hemos señalado que semejante prescripción puede considerarse tradicional en nuestro ordenamiento histórico y es común a diversos Derechos comparados –aunque no a todos, al menos en el plano o nivel constitucional–, estableciéndose, de una u otra forma, restricciones para los militares a la hora de dirigir peticiones a los poderes públicos.

Semejante límite hay que enmarcarlo, desde el punto de vista doctrinal o teórico, en el contexto de las restricciones que el personal militar soporta, un tanto paradójicamente, en los sistemas de democracia formal o constitucional en relación con los derechos y libertades públicas, singularmente los de contenido o sentido político, no obstante proclamarse como «principio» la titularidad de todos los ciudadanos –incluidos los «ciudadanos de uniforme»– respecto de aquéllos derechos. La justificación, sobradamente conocida y glosada, se monta en torno al postulado de la «neutralidad política» (mejor que el «apoliticismo» a veces invocado) del militar. Si bien aquí no podemos, naturalmente, detenernos en esta cuestión, quizá convenga apuntar que, en la actualidad, algunas de esas limitaciones carecen notoriamente de justificación, por responder más bien a reminiscencias de la vetusta prohibición de que las fuerzas militares se erigiesen en «colegios deliberantes» o la no menos anacrónica tesis del «acantonamiento político» del Ejército: de hecho –justo es reconocerlo– varias de las viejas privaciones impuestas positivamente a los derechos políticos y civiles del militar están en franco retroceso y van desapareciendo de los ordenamientos jurídicos.

Volviendo a nuestro tema, la limitación aquí operante se traduce, como es conocido, en la prohibición de que «los miembros de las Fuerzas o Ins-

titutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar» ejerzan el derecho de petición colectivamente. Hemos recordado más atrás que dicha prohibición aparece históricamente –y en algunos sistemas todavía vigentes– referida a todos los ciudadanos, parece que en razón a evitar que se pretendiesen o arrancasen concesiones, sobre todo de los Cuerpos legislativos, a través de manifestaciones o concentraciones públicas con el consiguiente elemento de coacción que ello podía implicar. Posteriormente, semejante riesgo se erradicó a través de la exigencia, prácticamente generalizada y todavía vigente, de que el derecho de petición ante cualquier poder o autoridad pública se formalizase por escrito, tanto en su modalidad individual como colectiva.

Pues bien, en el ámbito militar se mantiene en todo caso la prescripción de que el derecho sólo podrá ejercerse «individualmente», y así lo expresan tanto el artículo 29.2 CE como el 1.2 de la Ley Orgánica que lo desarrolla. El fundamento de semejante pervivencia en éste ámbito aunque a veces se relaciona con el aducido desde el punto de vista histórico (la eventual coacción), si bien centrado ahora en la circunstancia de que los individuos componentes de instituciones militares son los detentadores de la fuerza pública (y en calidad de tales, poseedores de armas), parece más propiamente derivado de la exigencia, universalmente admitida, de una estricta disciplina como base de la organización y eficaz funcionamiento de

tales instituciones, principio difícilmente compatible con reivindicaciones o demandas, cualquiera que sea su naturaleza, planteadas de forma colectiva o «en voz de cuerpo» como se decía en un lenguaje clásico para nuestro ámbito. Esta última razón explica que no todos los cuerpos administrativamente considerados «fuerza pública» encuentren esta limitación (fuerzas policiales de carácter civil).

En cualquier caso, el límite a que nos estamos refiriendo aparece normativamente deferido a una legislación que lo concrete, tanto en la Constitución –lo que resulta lógico– como en la misma Ley Orgánica de 12 de noviembre de 2001: en efecto, ambos textos terminan los preceptos citados al principio de este epígrafe con idéntico tenor: «... **y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica**».

## 2. EL (PROVISIONAL) MARCO LEGAL VIGENTE

El denominado estatuto jurídico del personal militar, en el que naturalmente se incluye la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas de dicho personal, ha sufrido en los últimos años una profunda

reforma legislativa que, por lo que al tema de nuestro interés afecta, ha generado una situación de provisionalidad.

La situación –un tanto confusa o, cuando menos, intrincada– es la siguiente. La regulación de los derechos fundamentales de los militares sigue estando constituida en la actualidad básicamente por la *Ley 85/1978, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas* (RR. OO.). Esta norma, cuya materia fue «deslegalizada» por el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, fue efectivamente degradada a rango reglamentario en parte (disposición transitoria 12.<sup>a</sup>) y derogada en otra gran parte (disposición derogatoria, punto 1) por la *Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la Carrera Militar* que, sin embargo, *mantiene la vigencia de determinados artículos de la Ley de 1978 (concretamente, arts. 169, 174, 177, 178, 180, 181, 182 y 185), preceptos que se refieren todos a derechos fundamentales* y cuya vigencia se prevé en tanto no se dicte la futura «Ley orgánica reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales» a que se refiere la disposición final tercera de la citada Ley Orgánica de la Defensa Nacional, como reiteran los preámbulos tanto de la Ley 39/2007 como del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las nuevas RR. OO.

Ahora bien, entre los artículos de la Ley 85/1978 dejados vigentes por la Ley de la Carrera Militar, y referidos, como se ha dicho, a los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares, no figura sin embargo precisamente el relativo al *derecho de petición* (art. 199: «El militar solo podrá ejercer el derecho de petición individualmente, en los casos y con las formalidades que prevenga la Ley»). No parece que se trate de un olvido del legislador, sino más bien de una omisión deliberada, puesto que la *Disposición derogatoria única* a que antes nos referimos de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar, en su *punto 1, párrafo segundo, por el que se deroga la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, no obstante deja vigente, entre otros preceptos, el artículo 160, cuya rúbrica es «Derecho de petición»* y que lo regula con el siguiente tenor:

*«El militar podrá ejercer el derecho de petición, individualmente, en los casos y con las formalidades que señala la Ley reguladora del mismo. Su ejercicio nunca podrá generar reconocimiento de derechos que no correspondan de conformidad con el ordenamiento jurídico».*

He aquí, por tanto, la regulación legal vigente, y también provisional, de nuestro derecho, en espera naturalmente de que se proceda a la promul-

gación de la anunciada norma orgánica sobre los derechos fundamentales de los militares.

Merece significarse, por otra parte, que en la repetida norma derogatoria de la Ley 39/2007 también se mantiene la vigencia del *artículo 161 de la Ley de Personal de 1999*, precepto referente a las «*quejas*» que puede presentar el militar profesional «relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida en buques, bases y acuartelamientos». ¿Podría esto considerarse una manifestación de derecho de petición? La propia proximidad sistemática al precepto específico sobre el derecho de petición así como la circunstancia de que igualmente se haya mantenido vigente parecen apoyar esa interpretación. Y en la misma línea abunda la previsión del propio precepto en el sentido de que estas quejas sólo serán ejercitables «siempre que no se hubiese presentado anteriormente recurso», derecho al recurso que, igualmente, podrá ejercitarse si las quejas se considerasen «insuficientemente atendidas» (art. 161, 1 y 3, respectivamente).

En términos parecidos, aunque más concisos, se pronuncia el nuevo artículo 38 de las RR. OO. aprobadas por el Real Decreto 96/2006, de 6 de febrero, sobre «*Quejas y reclamaciones*».

El nuevo texto ordenancista, en fin, contiene en su artículo 12 un precepto relativo a «*Derechos fundamentales y libertades públicas*» («En su actuación el militar respetará y hará respetar los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, sin perjuicio de que en su ejercicio deba atenerse a las limitaciones legalmente establecidas en función de su condición militar») que nada añade, obviamente, a la regulación de tales derechos.

### 3. EL DECRETO 93/1962, DE 18 DE ENERO

Pero, a mi juicio, la ordenación vigente del derecho fundamental de petición en el ámbito militar está comprendida también en el *Decreto núm. 93/1962, de 18 de enero, por el que se regula el derecho de petición por los miembros de las Fuerzas e Institutos Armados*. Esta disposición reglamentaria fue dictada como desarrollo en el ámbito militar de la antigua Ley reguladora de la materia, de 22 de diciembre de 1960. Ahora bien, como quiera que no ha sido formalmente derogada y a pesar de su evidente carácter preconstitucional, estimamos que resulta perfectamente aplicable en la actualidad, en lo que no contradiga a la legislación vigente, en el sentido que exponemos a continuación

Desde luego, ninguna objeción supone, a esos efectos, su carácter reglamentario, pues las normas de este rango son perfectamente admisibles, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional, siempre que se limiten a ser un complemento de la sustancial regulación legal, que en este caso, además, ha de serlo con el carácter de orgánica, cobertura que proporciona la repetidamente citada L. O. 4/2001, verdadero «desarrollo» –como expresamente exige el art. 81 CE– del derecho fundamental que estudiamos, y que es justamente la que proporciona aquella cobertura al Decreto que ahora examinamos.

Ciertamente, la principal finalidad de esta norma reglamentaria era la de articular el ejercicio del derecho para el personal de condición militar adaptándolo a las peculiaridades de la orgánica castrense: así, el artículo segundo determina quienes se consideran «miembros de las Fuerzas e Institutos Armados» a estos efectos; el artículo tercero, las Autoridades a las que pueden, dentro de la esfera militar, dirigirse las peticiones; y los artículos cuarto a séptimo (de los ocho que contiene el reglamento) se dedican a normas procedimentales.

En los dos primeros aspectos, esto es, el subjetivo y el competencial, la superación de la regulación allí contenida es clara, pues –no hace falta recordarlo– los cambios registrados desde 1962 en esos aspectos han sido variados y profundos: en todo caso, la obsolescencia de esta regulación es fácilmente subsanable reconduciendo el ejercicio de nuestro derecho en cuanto a sus titulares y a los órganos y autoridades militares competentes a la organización vigente.

En materia de procedimiento, la normativa de este Decreto resulta, en lo esencial, conciliable con la nueva regulación legal, a la que en todo caso habrá de adaptarse. A este respecto, la peculiaridad más característica de nuestro ámbito, consistente en la obligación de presentar el escrito por *conducto reglamentario* («por conducto del Jefe o Autoridad Militar a quien reglamentariamente corresponda en cada caso», dice el art. 4), debe quedar restringida a aquéllas peticiones que se refieran a asuntos propios de la «relación de servicio» del militar: y ello tanto por el ámbito objetivo del mismo Decreto de 1962 –conforme se define en su artículo 1.º, al que nos referiremos más abajo–, como en virtud del nuevo texto de las RR. OO. de 6 de febrero de 2009, cuyo artículo 28, al regular el conducto reglamentario lo restringe «para asuntos del servicio».

Por otra parte, y a tenor de la regulación de 2001, ya hemos visto que toda petición ha de ser objeto de resolución formal –bien sea de inadmisión o de admisión–, a diferencia de la anterior situación legal –que solo obligaba a «acusar recibo» de la petición–: bien es verdad que sobre este



punto el Decreto que comentamos no contiene ninguna previsión específica, sin duda por ser directamente aplicable la Ley de 1960. Sin embargo, hay algunas prescripciones a este respecto en dicha norma reglamentaria que deben ser matizadas.

Por ejemplo, el artículo sexto, tras establecer que «del ejercicio del derecho de petición no podrá derivarse perjuicio alguno al interesado, salvo que incurra en delito o falta» (precepto totalmente acorde con lo dispuesto en el art. 1.1 de la Ley vigente), señala, no obstante, que si el contenido del escrito diese lugar a la iniciación de un procedimiento judicial por delito, «puede acordarse» la simple eliminación de los conceptos o palabras presuntamente delictivos pero también «que la petición quede en suspenso», añadiendo, finalmente, que «la petición quedará definitivamente sin curso si en el procedimiento judicial recayese sentencia condenatoria». Estas dos últimas previsiones, tanto la suspensión cautelar como definitiva, no resultan admisibles en la actualidad, siempre, naturalmente, que del escrito del interesado pueda deducirse una auténtica petición, con independencia, por supuesto, de la responsabilidad penal o disciplinaria que quepa aislar y deducir a tenor de los términos en que se haya formulado.

Por el contrario, finalmente, sería, a mi juicio, admisible la previsión contenida en el artículo séptimo en el sentido de que «si por la naturaleza reservada del asunto no se considerase conveniente el que se dé a conocer su contenido [de la resolución], se le hará saber así al interesado».

Pero además, y lo que resulta más importante, desde el punto de vista «sustantivo», esta vieja regulación no sólo resulta integrable en el nuevo ordenamiento constitucional y legal, sino que, curiosamente, permite resolver uno de los problemas interpretativos que plantea la vigente normativa.

En efecto, tanto el art. 29 CE como el 1 de la L. O. 4/2001, al limitar el ejercicio del derecho por los militares al ámbito individual, no aclaran el **alcance material de tal limitación**, esto es, si afecta a cualesquiera peticiones que realice el personal de condición militar o sólo a aquéllas que se refieran precisamente a materia militar o asuntos del servicio.

Pues bien, el **artículo primero del Decreto de 1962** creemos que resuelve, de manera acorde con la moderna comprensión de la teoría de los derechos fundamentales y de su significado y alcance normativos, la cuestión, al circunscribir su propio objeto «**a materia de la competencia de los Ministerios o Autoridades militares o que de algún modo afecte a éstos o a los Ejércitos**». Y en su segundo párrafo precisa todavía:

**«Fuera de los casos antedichos, las peticiones de este personal se atenderán únicamente a las prescripciones de la Ley reguladora».**

El problema no existía bajo la vigencia de la preconstitucional Ley 92/1960, ya que ésta no permitía el ejercicio del derecho sino con carácter individual, en todo caso. Ahora bien, al reconocer en la actualidad el art. 29.1 CE el derecho de petición también con carácter colectivo, es evidente que las eventuales limitaciones a este derecho, en tanto que derecho fundamental, sólo pueden admitirse, y establecerse por el legislador, con carácter restrictivo, por lo que la regulación reglamentaria que comentamos, aunque también preconstitucional, es plenamente conforme al contenido constitucional del derecho, al permitir que los militares lo ejerzan colectivamente en asuntos «ajenos al servicio» en sentido amplio: por el contrario, lo que resultaría de más que dudosa constitucionalidad sería una regulación que extendiese la limitación del art. 29.2 CE a cualquier ámbito material en el que un militar pretendiese ejercer su derecho fundamental de petición.

En todo caso, es de esperar que la futura regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas del personal militar –cuyo proyecto debía ser remitido al Congreso de los Diputados en el plazo de «tres meses» según el mandato contenido en la Disposición final tercera de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional...–, resuelva definitivamente todas las cuestiones, tanto de orden material como formal, suscitadas en este fundamental (nunca mejor dicho) aspecto del estatuto jurídico del personal militar.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-CORTÉS CONCEJO, A.: «Hacia un concepto del derecho de petición», *Documentación Administrativa*, núm. 86 (1965), págs. 56 y ss.
- «La obligación de resolver y el derecho de petición», *Documentación Administrativa*, núm. 99 (1966), págs. 38 y ss.
- AYERRA ALONSO, R.: «Comentarios sobre la aplicación de la Ley 92/1960. Ejercicio del derecho de petición e iniciativas», *Documentación Administrativa*, núm. 100 (1966), págs. 501 y ss.
- GARCÍA ESCUDERO, J. M.<sup>a</sup> y GARCÍA MARTINEZ, M.<sup>a</sup> A., «Comentario al artículo 29», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (dirigidos por O. ALZAGA), Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, Tomo III, págs. 373 y ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Iniciativas y reclamaciones en la Ley de Procedimiento Administrativo», *Documentación Administrativa*, núm. 68 (1963), págs. 40 y ss.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «Régimen jurídico del derecho de petición», *Documentación administrativa*, núm. 40 (1961), págs. 15 y ss.
- GUAITA, A.: «Doce clases de reclamaciones», *Documentación administrativa*, núm. 122 (1968), págs. 17 y ss.
- LÓPEZ RODÓ, L.: «El derecho de petición. Antecedentes, directrices y discusión en las Cortes», *Documentación Administrativa*, núm. 40 (1961), págs. 9 y ss.
- ORAA RODRIGUEZ, L. «Derecho de petición en las Fuerzas e Institutos Armados», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 19 (1965), págs. 39 y ss.
- PÉREZ SERRANO, N.: *Tratado de Derecho Político*, Cívitas, Madrid, 1976.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R.: «El derecho de petición y su ejercicio ante las Cámaras», en *Las Cortes Generales*, Ministerio de Economía y Hacienda e Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978, vol. III, págs. 2195 y ss.

## DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS Y DELEGACIÓN DE FIRMA

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz  
*Letrado Mayor del Consejo de Estado*

### SUMARIO

I.- Delegación de competencias. II.- Delegación de firma.

#### I. DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS

La delegación de competencias es la transferencia revocable del ejercicio de determinadas competencias administrativas que, mediante acto administrativo dictado por motivos de oportunidad, se realiza en favor de órganos inferiores por aquél que, habiéndolas recibido directamente de la norma jurídica, está autorizado para ello<sup>1,2</sup>.

Puede delegarse el ejercicio de cualquier competencia propia, fuera de los casos enumerados en el artículo 16.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

---

<sup>1</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1994, 12 de junio de 1991, 25 de abril de 1984, entre otras.

<sup>2</sup> GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F.: «Comentario a los artículos 13 a 17 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre», en *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, pág. 750 y VALLINA VELARDE, J. L.: «La delegación de competencias» en *Documentación Administrativa*, núm. 24, dic. 1959, pág.38.

La delegación de competencias no requiere la existencia de una relación de jerarquía entre el órgano delegante y el delegado y es revocable en todo momento (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículo 16.1 y 6). Debe publicarse en el Boletín Oficial correspondiente (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículo 16.3). Las resoluciones que se adopten por delegación deben indicar tal circunstancia (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículo 16.4), so pena de incurrir aquéllas en infracción del ordenamiento jurídico consistente en irregularidad no invalidante<sup>3</sup>.

No se precisa la existencia de una relación de jerarquía directa entre el delegante y el órgano delegado, de tal suerte que es admisible la denominada delegación *per saltum*, en la que un órgano superior delega en un órgano inferior que lo es, a su vez, de otro inmediatamente inferior<sup>4</sup>.

La delegación puede hacerse tanto en favor de órganos administrativos en sentido estricto como de unidades administrativas.

Como regla general y salvo autorización expresa de una Ley, no pueden delegarse las competencias que se ejercen por delegación (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículo 16.5). La exclusión general –que no prohibición– de subdelegación o delegación en cadena<sup>5</sup> se basa en la relación de confianza que justifica la cesión de competencias entre el órgano delegante y el delegado. Se ha señalado que se trata de una exclusión y no una prohibición, de tal suerte que cabe modularla. Dicha modulación requiere la existencia de una previsión normativa, aun genérica, bien de rango legal, bien de rango reglamentario, que habilite para ello. Es dudoso que la previsión autorizante pueda contenerse en un acto administrativo<sup>6</sup>. Y ello porque la exclusión de la delegación se basa en razones organizativas que pueden ser modificadas por la propia Administración pública.

Por otra parte, cabe la delegación en materia sancionadora. Pero, para poder afirmar que es posible la delegación de la potestad sancionadora, hay que deslindar el procedimiento administrativo propiamente dicho de

---

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1998.

<sup>4</sup> Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 10 de mayo de 2000 y 23 de junio de 1997, entre otras, e implícitamente en Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2003.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1994. En el mismo sentido, GONZALEZ PEREZ, J., GONZALEZ NAVARRO, F. y GONZALEZ RIVAS, J.J.; *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, Madrid, 2000, pág. 187.

<sup>6</sup> Se pronuncian en sentido positivo: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4 de diciembre de 2005; sentencia recaída en relación con la delegación de competencias de 23 de marzo de 2001 del Delegado del Gobierno en Navarra en diversos órganos inferiores. En el mismo sentido, dictamen del Consejo de Estado de 18 de septiembre de 2008 y, en sentido negativo, Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso administrativo número 19 de los de Madrid, de 11 de julio de 2008 y de Albacete de 13 de marzo de 2007.

la fase revisora del mismo por medio de los pertinentes recursos contra la resolución sancionadora que le ponga fin.

La potestad sancionadora se ejerce en el procedimiento sancionador, con su tramitación y hasta que se dicte la resolución. Al resolverse un recurso de alzada ya no se ejerce la potestad sancionadora sino una potestad distinta, de carácter meramente revisor<sup>7</sup>.

Conforme a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su redacción original, estaba prohibida expresamente la delegación del ejercicio de la potestad sancionadora en favor de órganos administrativos distintos de los que la tuvieran expresamente atribuida. Esta prohibición afectaba únicamente al ejercicio de la competencia para resolver el procedimiento sancionador, esto es, para dictar la resolución. Era sin embargo posible la delegación del ejercicio de la competencia para resolver los recursos contra dicha sanción originaria, según declaró el Tribunal Supremo<sup>8</sup>.

Tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, no existe en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su redacción vigente, una prohibición de delegación de la potestad sancionadora. Dicha Ley 4/1999, de 13 de enero, suprimió la prohibición contenida en el artículo 127.2, admitiéndose en consecuencia la delegación implícitamente, al bastar que la competencia para sancionar esté atribuida por norma legal o reglamentaria. Por ello, en la actualidad, se puede delegar además de la resolución de los recursos interpuestos contra las resoluciones sancionadoras, el propio ejercicio de la potestad sancionadora, siempre que se respeten las exigencias formales contenidas en el artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre<sup>9</sup>. Ello no obstante, puede prohibirse la delegación para sancionar si así se establece en una norma con rango de Ley. *A sensu contrario*, las normas sancionadoras, tanto estatales como autonómicas, que careciendo de rango de ley, mantengan la prohibición de delegar en esta materia, deben entenderse derogadas por aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

## II. DELEGACIÓN DE FIRMA

El examen de la cuestión de si puede delegarse la firma ha de hacerse a la luz de la regulación general y básica contenida en la Ley 30/1992, de 26

---

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1999.

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1999.

<sup>9</sup> Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, de 1 de octubre de 2002; de Galicia de 15 de febrero de 2002; de Cataluña de 14 de junio de 2001; de la Comunidad Valenciana de 13 de enero de 2000, etc.

de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En concreto, a la luz de su artículo 16, que previene que:

*«1. Los titulares de los órganos administrativos podrán, en materia de su propia competencia, delegar la firma de sus resoluciones y actos a los titulares de los órganos o unidades administrativas que de ellos dependan, dentro de los límites señalados en el artículo 13.*

*2. La delegación de firma no alterará la competencia del órgano delegante y para su validez no será necesaria su publicación.*

*3. En las resoluciones y actos que se firmen por delegación se hará constar la autoridad de procedencia.*

*4. No cabrá la delegación de firma en las resoluciones de carácter sancionador.»*

La delegación de firma no constituye una delegación en sentido técnico.

A diferencia de lo que ocurre con ésta, en la delegación de firma no hay transferencia del ejercicio de la competencia<sup>10</sup>. Lo único que se transfiere es la materialidad de la firma, adoptándose la resolución en forma verbal por el titular de la competencia<sup>11</sup>.

La resolución, por tanto, hay que entenderla tomada por éste a todos los efectos. No supone una alteración de la titularidad de la competencia, sino sólo que el órgano delegante ha manifestado su voluntad y decidido sobre el fondo del asunto, limitándose el delegado a la manifestación de voluntad del delegante previamente emitida<sup>12</sup>. De ahí que se haya dicho que la delegación de firma está a medio camino de la delegación de competencias y de la mera reproducción mecánica de la firma del titular del órgano<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> En tal sentido, el artículo 42 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de Cataluña, de la Administración de la Generalidad dispone «3. La autorización de firma no implica en ningún caso la alteración de la competencia».

<sup>11</sup> Así lo establecía expresamente el artículo 41 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo que decía: «1. Los actos administrativos se producirán o consignarán por escrito cuando su naturaleza o circunstancias no exijan o permitan otra forma más adecuada de expresión y constancia. 2. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia en forma verbal, y no se trate de resoluciones, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el órgano inferior que lo reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de que procede, mediante la fórmula «De orden de...». Si se tratara de resoluciones el titular de la competencia deberá autorizar con su firma una relación de las que haya dictado en forma verbal, con expresión de su contenido».

<sup>12</sup> Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de noviembre de 2004, y del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 21 de diciembre de 2007.

<sup>13</sup> GARCIA-TREVIJANO, J.A.; *Principios de la organización administrativa*, Madrid, 1957, pág. 191.

La delegación de firma constituye el instrumento mediante el cual puede descargarse al titular de la competencia de la tarea mecánica de firmar. Se produce siempre en favor de órganos jerárquicamente dependientes. No tiene límites subjetivos, pudiendo hacerse por cualquier órgano en favor de cualquier otro órgano inferior o unidad administrativa –no calificada formalmente como órgano por la ley–. Sus únicas limitaciones son objetivas: las que resultan del número 1, *in fine*, del artículo 16 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, («dentro de los límites señalados en el artículo 13»). Y, en relación con estas limitaciones objetivas, se ha puesto de manifiesto por la doctrina<sup>14</sup> y por la jurisprudencia<sup>15</sup> que la remisión a los límites señalados en el artículo 13 que hace el artículo 16 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, debe entenderse a las prohibiciones contenidas en el número 2 de este artículo, quedando fuera de dichas limitaciones el número 5 («Salvo autorización expresa de una Ley, no podrán delegarse las competencias que se ejerzan por delegación»).

En otros términos, pese a lo que pudiere deducirse *prima facie* del tenor del artículo 16.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, («Los titulares de los órganos administrativos podrán, en materia de su propia competencia, delegar la firma...»), se puede delegar la firma de competencias que se ejercen por delegación. Así lo ha establecido expresamente la legislación dictada en desarrollo de la Ley 30/1992. En tal sentido, el artículo 31.1 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Baleares, de régimen jurídico de la Administración de las Islas Baleares, dispone que podrá delegarse la firma en relación con las competencias que se ostenten por cualquier título: «Los titulares de los órganos administrativos podrán delegar, en materias de su competencia atribuida por cualquier título, la firma de las resoluciones y de los actos administrativos en los titulares de los órganos o de las unidades administrativas que de ellos dependan...» y lo ha dicho la jurisprudencia<sup>16</sup> y la doctrina<sup>17</sup>.

En las resoluciones y actos que se firmen por delegación, se debe hacer constar tal circunstancia, así como la autoridad de procedencia –con denominación de su cargo o puesto de trabajo– y el acuerdo, resolución o disposición de delegación de firma (para la Administración General del Estado, artículo 4 del Real Decreto 1465/1999, de 17 de septiembre).

---

<sup>14</sup> GONZALEZ PEREZ, J.; *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 3 ed., vol. I, Madrid, 2003, pág. 769; GONZALEZ NAVARRO, F.; *Derecho administrativo español*, vol. II, Pamplona, 1994, pág. 369.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de septiembre de 2002 y de Andalucía de 2 de marzo de 2002.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 3 de marzo de 2002.

<sup>17</sup> Por todos, MELON MUÑOZ, A.; *Procedimiento administrativo*, Madrid, 2007, pág. 172.



Ante la ausencia de una previsión específica –y frente a lo que ocurre en el caso de la Administración General del Estado por aplicación de la disposición adicional 13.ª.3 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado–, en la Comunidad de Madrid y en el Principado de Asturias, no es preciso comunicar al superior jerárquico la delegación de firma.

La delegación de firma admite la subdelegación. Y ello por cuanto, como se ha señalado, los límites a los que hace referencia el número 1 del artículo 16 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, son los contenidos en el número 2 del artículo 13 del mismo Cuerpo Legal, excluyéndose el número 5 del mismo artículo. Así lo ha declarado la jurisprudencia menor<sup>18</sup>.

Como se ha señalado, el artículo 16.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece que «no cabrá la delegación de firma en las resoluciones de carácter sancionador». Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia<sup>19</sup>.

Procede entonces preguntarse si quedan comprendidas en dicho precepto las resoluciones dictadas por los órganos administrativos en el ejercicio de las potestades disciplinarias en materia laboral; es decir, en otros términos, las resoluciones por las que se imponen sanciones a los trabajadores de la Administración.

La potestad disciplinaria que ostenta la Administración sobre su personal, bien laboral, bien funcionario, y sobre quienes están vinculados con ella por una relación contractual no tiene carácter sancionador. Al ejercerla, la Administración no está actuando potestades sancionadoras, sino potestades específicas nacidas de una concreta relación laboral, funcional o contractual. Así lo ha declarado la doctrina científica<sup>20</sup> y administrativa<sup>21</sup> y la jurisprudencia<sup>22</sup>. Por ello, cuando se ejerce la potestad disciplinaria respecto del personal al servicio de la Administración –que comprende tanto

---

<sup>18</sup> Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Albacete de 2 de junio de 2003.

<sup>19</sup> Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 26 de abril de 2001; del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 10 de marzo de 1999; del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León –Valladolid–, de 14 de marzo de 2000. En el mismo sentido, PRIETO ALVAREZ, T.; «La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción» en *Revista de Administración Pública*, núm. 178, Madrid, 2009, pág. 215 y ss.

<sup>20</sup> GARCIA MACHO, R.; *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Madrid, 1992, pág. 117. Vid. MESEGUER YEBRA, J.; *La competencia administrativa y sus modulaciones*, Barcelona, 2001.

<sup>21</sup> Por todos, Dictámenes del Consejo de Estado núms. 277/2002 y 1382/2008.

<sup>22</sup> Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 17 de julio de 2007; de Valencia de 2 de enero de 2001, etc.

el laboral como el funcionario—, las normas aplicables al procedimiento que han de seguirse para la imposición del correspondiente correctivo son las contenidas en su normativa específica, sin que resulte de aplicación el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, según previenen su artículo 1.3, precepto que dispone que: *«Las disposiciones de este Reglamento no son de aplicación ni tienen carácter supletorio respecto del ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual»*, el 127.3 y la disposición adicional octava de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

No siendo pues las sanciones impuestas en un procedimiento disciplinario laboral sanciones a los efectos del título IX («De la potestad sancionadora») de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, nada impide que las resoluciones que las impongan sean suscritas por órganos inferiores respecto de quien tiene la competencia mediante la técnica de la delegación de firma.

Cabe igualmente plantearse si es posible delegar la firma en el caso de resoluciones sancionadoras dictadas respecto de personas que están vinculadas por una relación de supremacía especial distinta de la de servicio o de la contractual. Respecto de éstas, el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre ellas constituye una manifestación de la potestad sancionadora general<sup>23</sup>. En consecuencia, las resoluciones que imponen sanciones deben considerarse resoluciones sancionadoras a los efectos del antes citado título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y, por ende, no cabe la delegación de firma respecto de ellas conforme a lo previsto en el artículo 16.4 del mismo cuerpo legal.

En todo caso, es convalidable la delegación para la firma de actos dictados en el ejercicio de una competencia cuya delegación está prohibida, según ha declarado la jurisprudencia<sup>24</sup> con base en el artículo 67.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, toda vez que está viciada de incompetencia no determinante de nulidad. En consecuencia, cabe que la firma por delegación de una resolución sancionadora sea subsanada mediante la oportuna convalidación por parte del superior jerárquico.

---

<sup>23</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio y 132/2001, de 8 de junio y del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1996, de 27 de septiembre de 2000.

<sup>24</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 y del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 9 de noviembre de 1998.

## UNA NUEVA REGULACIÓN EUROPEA ESPECÍFICA DE LOS CONTRATOS EN MATERIA DE DEFENSA Y SEGURIDAD

(La reciente Directiva 2009/81/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE)

Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández  
*Coronel Auditor*

### SUMARIO

I.- Introducción: Marco jurídico general de referencia en el ámbito de la Unión europea anterior a la nueva Directiva 2009/81/CE. II.- La nueva Directiva 2009/81/CE. 1. Ámbito de aplicación. 2. La seguridad de la información. 3. La seguridad del abastecimiento. 4. Procedimientos de contratación aplicables: Consideración especial de los casos en que se considera justificado el uso del procedimiento negociado sin publicidad. 4.1. El procedimiento restringido. 4.2. El Procedimiento negociado con publicidad. 4.3. El Diálogo competitivo. 4.4. El procedimiento negociado sin publicación del anuncio de licitación.

### I. INTRODUCCIÓN: MARCO JURÍDICO GENERAL DE REFERENCIA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA ANTERIOR A LA NUEVA DIRECTIVA 2009/81/CE

Como es sabido, la Directiva 2004/18/CE<sup>1</sup>, sobre contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en adelante, Directiva de contratos

---

<sup>1</sup> Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

públicos se aplicaba a los contratos públicos licitados por poderes adjudicadores en el ámbito de la defensa, porque, en principio, este ámbito no estaba excluido *in toto* de las normas del mercado interior. De ahí que su artículo 10 la declare expresamente aplicable *a los contratos públicos adjudicados por los poderes adjudicadores en el sector de la defensa, a reserva del artículo 296 del Tratado*.

Lo que existía era solo una previsión de reserva de excepción del régimen ordinario, en principio genérica, pero que jurisprudencialmente se ha ido perfilando mucho en los últimos años, recogida en el artículo 296 del Tratado CE.

Este precepto establece que:

*1) Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a las normas siguientes:*

*a) Ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad;*

*b) Todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.*

*2) El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista, que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1.*

Por tanto, la exención de los contratos públicos de defensa de las normas del mercado interior es una medida relacionada con el comercio de armas, municiones y material de guerra, por lo que su base jurídica es el artículo 296, apartado 1, letra b), del Tratado CE. Los Estados miembros pueden recurrir a esta exención para la adjudicación de contratos de defensa, a condición de que se cumplan las condiciones establecidas en el Tratado, tal y como las interpreta el Tribunal de Justicia. Al mismo tiempo, el ámbito de aplicación del artículo 296, apartado 1, letra b), del Tratado CE está limitado por el concepto de «intereses esenciales de su seguridad» y por la lista de material militar mencionada en el apartado 2 del mismo artículo.

El referido artículo autoriza a los Estados miembros a introducir excepciones a la normativa comunitaria para contratos de armas, municiones y material de guerra, si afecta a los intereses esenciales de su seguridad. En cambio, los contratos sobre productos que no sean armas, municiones o

material de guerra, así como los de armas, municiones y material de guerra que no afecten a intereses esenciales de la seguridad de un Estado miembro, se regían por la normativa general comunitaria.

No obstante, dado que el concepto de intereses esenciales de seguridad es, en principio, indeterminado, la aplicación del artículo 296 ha sido siempre muy difícil. De conformidad con el apartado 2 de dicho artículo, el Consejo estableció en 1958 una lista de armas, municiones y material de guerra a los que se aplica en principio la excepción. Sin embargo, esta lista es genérica, y, por tanto, tampoco sirve para aclarar siempre qué normativa debe aplicarse a los distintos contratos de defensa.

Además, informa Balado que esta lista, fijada por Decisión del Consejo número 225/1958, de 31 de marzo, no ha sido modificada desde entonces, por lo que no se encuentra en armonía con la legislación actualmente vigente en muchos Estados miembros, así como con las necesidades que presenta hoy día la defensa<sup>2</sup>.

Por una parte, el material no bélico no está incluido en la lista basada en el artículo 296 y, normalmente, no afecta a intereses esenciales de seguridad. Por tanto, se aplicaba la Directiva de contratos públicos.

Por otra parte, el material de defensa muy sensible está incluido en la lista de 1958 y afecta claramente a intereses esenciales de seguridad; en estos casos, el recurso al artículo 296 es legítimo.

Sin embargo, los Estados miembros también adquieren material que presenta las características específicas del material de defensa, pero que no es, necesariamente, esencial para sus intereses de seguridad. Esta categoría configura una importante *zona gris*, en la que el recurso al artículo 296 es menos evidente.

En general, se admite que la fragmentación de las normativas nacionales sobre contratación pública y su aplicación práctica limitan la transparencia y la competencia en los mercados de defensa, lo que, a su vez, incide negativamente en la eficiencia del gasto público, en la capacidad militar de los Estados miembros y, en definitiva, en la competitividad de la base industrial y tecnológica europea del sector de la defensa.

Ya en 11 de marzo de 2003<sup>3</sup> la Comisión Europea propuso iniciar una reflexión sobre el modo de optimizar la adquisición de defensa a escala

---

<sup>2</sup> Balado Ruiz-Gállegos. *Industria y Defensa Nacional. Estudio Jurídico-Administrativo*. Ministerio de Defensa. Madrid. 1989. Pág. 167.

<sup>3</sup> En la quinta Propuesta, del Apartado 5 que recoge la Conclusión, de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (2003) 113 final, sobre Defensa Europea-Cuestiones Industriales y de Mercado-Hacia una Política de la UE en materia de equipo de defensa.

nacional y de la UE. A tal efecto, en este documento la Comisión se comprometía a publicar antes del final de 2003 una comunicación interpretativa sobre las implicaciones de las importantes sentencias judiciales dictadas en los últimos años, especialmente relevantes para ayudar a definir el ámbito de aplicación del artículo 296. También se proponía trabajar en un Libro Verde que sirviese como base para el debate entre las partes interesadas.

De enero a abril de 2004, la Comisión Europea organizó varias discusiones con expertos gubernamentales y representantes de la industria, a fin de obtener información técnica para preparar el Libro Verde y conocer las expectativas de las diversas partes interesadas.

El 23 de septiembre de 2004, la Comisión adoptó el citado Libro Verde y puso en marcha la consulta pública, invitando a todas las partes interesadas a hacer observaciones sobre cómo mejorar la normativa de la UE en materia de contratos públicos de defensa. El referido Libro presentó propuestas para los segmentos de mercado a los que no se aplica el artículo 296 y que se rigen, por tanto, por la normativa comunitaria.

La Comisión propuso dos posibles iniciativas comunitarias:

- Una comunicación interpretativa que clarifique la legislación vigente y, en especial, los principios que deben regir el uso de la excepción prevista en el artículo 296.
- Una directiva con nuevas normas, más flexibles, para los contratos públicos de armas, municiones y material de guerra que no afecten a intereses esenciales de seguridad. Tales normas deben tener en cuenta todas las particularidades de dichos contratos de defensa.

Las dos soluciones se presentaron como no mutuamente excluyentes.

Además, la Comisión dejó claro que, en cada posible situación, los Estados miembros siempre conservaban el derecho a invocar el artículo 296 si se cumplen estrictamente las condiciones establecidas en el Tratado.

Asimismo, ambas opciones únicamente se aplican a los contratos públicos de defensa adjudicados por las autoridades nacionales dentro del mercado interior europeo. El comercio de armas con terceros países continúa regulado por la normativa de la OMC y, en especial por el artículo XXIII del Acuerdo sobre Contratación Pública, que permite a sus miembros introducir excepciones al Acuerdo cuando estén en juego intereses esenciales de seguridad.

Por otra parte, la Comisión afirma que sigue con gran interés el Código de conducta preparado por la Agencia Europea de Defensa. Este Código, de aplicación voluntaria y no vinculante, pretende también aumentar la transparencia y la competencia en un segmento diferente del

mercado, ya que se aplica cuando tiene vigencia el artículo 296 y puede resultar útil como complemento de las iniciativas adoptadas a escala comunitaria<sup>4</sup>.

En consecuencia y de cuanto hasta ahora ha quedado expuesto, cabe inferir el siguiente esquema, o marco jurídico general de referencia, aplicable en la actualidad a los contratos del sector de defensa licitados por poderes adjudicadores de países miembros de la Unión Europea:

- Contratos con terceros países fuera del mercado interior de la UE.
- Contratos incluidos en el mercado interior de la UE y sujetos a la Directiva de contratos públicos por no resultarles de aplicación el artículo 296 del Tratado CE
- Contratos incluidos en el mercado interior de la UE pero no sujetos a la Directiva de contratos públicos por resultarles de aplicación el artículo 296 del Tratado CE. A estos contratos les resulta de aplicación el denominado Régimen intergubernamental para promover la competencia en el mercado europeo de equipos de la defensa (comúnmente llamado Código de conducta de la Agencia Europea de Defensa (AED) y, por ende, de los contratos a los que se aplique dicho régimen para la adquisición de material de defensa.

## II. LA NUEVA DIRECTIVA 2009/81/CE

En el Diario Oficial de la Unión Europea de 20 de agosto de 2009 (L 216/76) se ha publicado esta nueva Directiva, aún pendiente de transposición al Derecho interno español, pero susceptible, no obstante, de unos primeros comentarios al hilo de las siguientes líneas.

### 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Artículo 2 comienza estableciendo que:

*De conformidad con los artículos 30, 45, 46, 55 y 296 del Tratado, la presente Directiva será de aplicación a los contratos celebrados en el ámbito de la defensa y la seguridad que tengan por objeto:*

---

<sup>4</sup> Sobre esta materia cfr. Fernández-Pineyro Hernández, Emilio. Nuevos actores y reglas de juego. La incipiente política europea de armamento. En VV.AA. «La industria y la tecnología en la política europea de seguridad y defensa». Monografías del CESEDEN. Págs. 55 a 86. Ministerio de Defensa (SGT). Madrid, marzo 2008.

- a) el suministro<sup>5</sup> de equipos militares<sup>6</sup>, incluidos las piezas, componentes y/o subunidades de los mismos;
- b) el suministro de equipos sensibles<sup>7</sup>, incluidos las piezas, componentes y/o subunidades de los mismos;
- c) obras, suministros y servicios directamente relacionados con los equipos mencionados en las letras a) y b) para el conjunto de los elementos de su ciclo de vida;
- d) obras y servicios con fines específicamente militares, u obras y servicios sensibles.

Por su parte, el artículo 3, en sede de Contratos mixtos, añade que:

*1. Un contrato que tenga por objeto obras, suministros o servicios que entren dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva y, en parte, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17/CE o la Directiva 2004/18/CE, se adjudicará de conformidad con la presente Directiva, siempre que la adjudicación de un contrato único se justifique por razones objetivas.*

*2. La adjudicación de un contrato que tenga por objeto obras, suministros o servicios que en parte entren dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva, no estando la otra parte sujeta a la presente Directiva, ni a la Directiva 2004/17/CE o a la Directiva 2004/18/CE, no estará sujeta a la presente Directiva a condición de que la adjudicación de un contrato único esté justificada por razones objetivas*

*3. No obstante, la decisión de adjudicar un contrato único no podrá tomarse con el fin de excluir los contratos de la aplicación de la presente Directiva o de las Directivas 2004/17/CE o 2004/18/CE.*

Ahora bien, para acotar bien el verdadero ámbito de aplicación del nuevo instrumento normativo que estudiamos no debe perderse de vista que, como la propia Directiva dice en sus Considerandos 16 y 17:

---

<sup>5</sup> El Artículo 1 de la Directiva dedicado a definiciones considera como contratos de suministros los que no sean contratos de obras cuyo objeto sea la compra de productos, su arrendamiento financiero, su arrendamiento o su compra a plazos, con o sin opción de compra.

Asimismo, un contrato cuyo objeto sea el suministro de productos y que cubra también, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación, se considerará de suministros.

<sup>6</sup> «Equipo militar» es el equipo específicamente diseñado o adaptado para fines militares destinado a ser utilizado como armas, municiones o material de guerra.

<sup>7</sup> «Equipo sensible», «obras sensibles» y «servicios sensibles» son: el equipo, las obras y los servicios con fines de seguridad que impliquen, requieran y/o contengan información clasificada.



*En sus artículos 30, 45, 46, 55 y 296. el Tratado prevé excepciones específicas a la aplicación de los principios que enuncia y, en consecuencia, a la aplicación del Derecho derivado de ellos. De lo anterior se desprende que ninguna disposición de la presente Directiva debe impedir que se impongan o apliquen las medidas que resulten necesarias para salvaguardar los intereses cuya legitimidad esté reconocida por las citadas disposiciones del Tratado*

*Esto significa, en particular, que la adjudicación de los contratos que entren dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva puede quedar exenta de esta última si ello se justifica por razones de seguridad pública o que sean necesarias para la protección de los intereses esenciales de seguridad de un Estado miembro. Ese puede ser el caso de los contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad que requieran unos requisitos en materia de seguridad del abastecimiento de un grado de exigencia tal o que sean tan confidenciales y/o importantes para la soberanía nacional que incluso las disposiciones específicas de la presente Directiva no sean suficientes para salvaguardar los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros, cuya definición es responsabilidad exclusiva de los Estados miembros.*

*No obstante, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, conviene interpretar la posibilidad de recurrir a dichas excepciones de forma que sus efectos no vayan más allá de lo estrictamente necesario para la protección de los intereses legítimos que los referidos artículos del Tratado permiten salvaguardar. Por ello la inaplicación de la presente Directiva debe, a un tiempo, ser proporcional a los objetivos perseguidos y constituir el medio que menos obstaculice la libre circulación de mercancías y la de prestación de servicios.*

Además, también hay que tener en cuenta los límites en la aplicación de esta Directiva derivados de los importes previstos como umbrales de los contratos en su Artículo 8, de la exclusión de los contratos cuya adjudicación se rija por normas internacionales, prevista en su Artículo 12 y de la lista de exclusiones específicas, contenida en el Artículo 13.

A tales efectos, el Artículo 8 determina que:

*La presente Directiva se aplicará a los contratos cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:*

- a) 412.000 EUR, respecto de los contratos de suministro y de servicios;*
- b) 5.150.000 EUR, respecto de los contratos de obras.*

Por su parte el Artículo 12 dice:

*La presente Directiva no se aplicará a los contratos regulados por reglas específicas de procedimiento:*

- a) con arreglo a un acuerdo o régimen internacional, celebrado entre uno o más Estados miembros y uno o varios terceros países*
- b) con arreglo a un acuerdo o régimen internacional ya celebrado, en relación con el estacionamiento de tropas y que se refiera a empresas de un Estado miembro o de un tercer país*
- c) de una organización internacional que compre para sus fines o a los contratos que deben ser concedidos por un Estado miembro de conformidad con esas reglas.*

Finalmente, el Artículo 13, recoge las siguientes excepciones expresas a lo que constituye el específico ámbito de aplicación de la Directiva 2009/81/CE:

- a) los contratos para los que la aplicación de las reglas de la presente Directiva obligaría a un Estado miembro a suministrar información cuya revelación se considera contraria a los intereses esenciales de su seguridad*
- b) los contratos destinados a actividades de inteligencia*
- c) los contratos adjudicados en el marco de un programa cooperativo basado en investigación y desarrollo, llevado a cabo conjuntamente por al menos dos Estados miembros para el desarrollo de un nuevo producto y, si procede, las fases posteriores para todo el ciclo de vida de ese producto o partes de dicho ciclo. En la conclusión de tal programa cooperativo entre Estados miembros solamente, los Estados miembros indicarán a la Comisión la parte de gastos de investigación y desarrollo en relación con el coste global del programa cooperativo, el acuerdo de reparto de gastos así como la parte prevista de compras por Estado miembro, de haberlas*
- d) los contratos adjudicados en un tercer país, también para compras civiles, llevadas a cabo cuando las fuerzas están desplegadas fuera del territorio de la Unión, cuando las necesidades operativas requieran que se concluyan con operadores económicos situados en el campo de operaciones*
- e) los contratos de servicios cuyo objeto sea la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos*

- a derechos sobre estos bienes*
- f) *los contratos adjudicados por un Gobierno a otro Gobierno relativos a:*
    - i) *el suministro de equipo militar o equipo sensible, o ii) los trabajos y servicios ligados directamente a tal equipo, o iii) los trabajos y servicios específicamente con fines militares, o los trabajos sensibles y los servicios sensibles;*
    - g) *los servicios de arbitraje y de conciliación*
    - h) *los servicios financieros, con excepción de los servicios de seguro*
    - i) *los contratos de trabajo*
    - j) *los servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad o poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad o el poder adjudicador remunere totalmente la prestación del servicio.*

Y para ultimar esta primera aproximación al ámbito de aplicación de esta nueva Directiva, hay que reparar en su incidencia en la Directiva 2004/18/CE general sobre contratación pública que su Artículo 71 concreta dando la siguiente nueva redacción el Artículo 10 de aquélla:

### ***Contratos en los Sectores de la defensa y la seguridad***

*Sin perjuicio del artículo 296 del Tratado, la presente Directiva se aplicará a los contratos públicos adjudicados en los sectores de la defensa y de la seguridad, salvedad hecha de aquellos a los que sea aplicable la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad. La presente Directiva no se aplicará a los contratos a los que no se aplique la Directiva 2009/81/CE, ni a los contratos a los que esta última no se aplique en virtud de los artículos 8, 12 y 13 de la misma.*

## 2. LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN

Con el fin de garantizar la seguridad de la información, el Considerando 43 de la Directiva explica que *las entidades o poderes adjudicado-*

*res pueden exigir, en particular, un compromiso tanto de los contratistas como de los subcontratistas de proteger la información clasificada contra el acceso no autorizado, y pueden pedirles información suficiente sobre su capacidad para hacerlo. En ausencia de un régimen comunitario en materia de seguridad de la información, corresponde a las entidades o poderes adjudicadores o a los Estados miembros definir estos requisitos de conformidad con sus legislaciones y normativas nacionales, así como determinar si consideran que las habilitaciones de seguridad expedidas con arreglo a la legislación nacional de otro Estado miembro son equivalentes a las expedidas por sus propias autoridades competentes.*

Consecuentemente, el Artículo 22 determina que:

*Cuando se trate de contratos que supongan el uso de información clasificada, o requieran o comporten tal información, la entidad o el poder adjudicador especificará en la documentación del contrato (los anuncios de licitación, el pliego de condiciones, los documentos descriptivos o los documentos de apoyo) las medidas y exigencias necesarias para garantizar la seguridad de esa información al nivel requerido.*

A tal fin, la entidad o el poder adjudicador podrá exigir que la oferta incluya, entre otras cosas, lo siguiente:

*a) el compromiso del licitador y de los subcontratistas ya identificados de salvaguardar adecuadamente la confidencialidad de toda la información clasificada que posean o que llegue a su conocimiento a lo largo de la duración del contrato y después de la terminación o de la conclusión del contrato, de conformidad con las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas pertinentes*

*b) el compromiso del licitador de obtener el compromiso establecido en la letra a) de los otros subcontratistas a los que subcontrate durante la ejecución del contrato*

*c) información suficiente sobre los subcontratistas ya identificados que permita a la entidad o poder adjudicador determinar si cada uno de ellos posee la capacidad necesaria para salvaguardar adecuadamente la confidencialidad de la información clasificada a la que tengan acceso o que vayan a generar con motivo de la realización de sus actividades de subcontratación*

*d) el compromiso del licitador de presentar la información requerida en la letra c) sobre los nuevos subcontratistas antes de adjudicarles un subcontrato.*

*A falta de armonización a escala comunitaria de los sistemas nacionales de acreditación de seguridad, los Estados miembros podrán disponer que las medidas y los requisitos a que se refiere el párrafo segundo cum-*

*plan con sus disposiciones nacionales en materia de acreditación de seguridad. Los Estados miembros reconocerán las habilitaciones de seguridad que consideren equivalentes a las expedidas de acuerdo con su legislación nacional, a pesar de la posibilidad de llevar a cabo y tener en cuenta ulteriores investigaciones propias si se consideran necesarias.*

### 3. LA SEGURIDAD DEL ABASTECIMIENTO

Según el Considerando 44 de la nueva Directiva, *la seguridad del abastecimiento puede implicar una gran variedad de exigencias, incluidas, por ejemplo, las normas internas de la empresa entre filial y matriz en relación con los derechos de propiedad intelectual o la prestación de capacidades críticas como el servicio, el mantenimiento y la revisión, con objeto de garantizar el apoyo de un equipo adquirido a lo largo de su ciclo de vida.*

Por ello, el Artículo 23 prevé que:

*La entidad o el poder adjudicador especificará en la documentación del contrato (los anuncios de licitación, el pliego de condiciones, los documentos descriptivos o los documentos de apoyo) sus exigencias en materia de seguridad de abastecimiento.*

*A tal fin, la entidad o el poder adjudicador podrá exigir que la oferta incluya, entre otras cosas, lo siguiente:*

*a) el certificado o la documentación que demuestren a satisfacción de la entidad o poder adjudicador que el licitador podrá cumplir las obligaciones en materia de exportación, traslado y tránsito de mercancías vinculadas al contrato, incluida cualquier documentación suplementaria recibida del Estado o Estados miembros afectados*

*b) la indicación de toda restricción de la entidad o poder adjudicador en relación con la divulgación, la transferencia o el uso de los productos y servicios o de cualquier resultado de esos productos y servicios, que resultara del control de las exportaciones o las medidas de seguridad*

*c) certificado o documentación que demuestre que la organización y localización de la cadena de abastecimiento del licitador le permitirán atenerse a las exigencias de la entidad o poder adjudicador en materia de seguridad del abastecimiento que figuren en el pliego de condiciones, y el compromiso de garantizar que los posibles cambios en su cadena de suministro durante la ejecución del contrato no afectarán negativamente al cumplimiento de esas exigencias*

*d) el compromiso del licitador de crear y/o mantener la capacidad exigida para hacer frente a cualquier posible aumento de las necesidades*

*de la entidad o poder adjudicador a raíz de una situación de crisis en los términos y condiciones que se acuerden*

*e) toda documentación complementaria recibida de las autoridades nacionales del licitador en relación con el cumplimiento de cualquier aumento de las necesidades de la entidad o poder adjudicador que pudiera producirse a raíz de una crisis*

*f) el compromiso del licitador de llevar a cabo el mantenimiento, la modernización o las adaptaciones de los suministros objeto del contrato*

*g) el compromiso del licitador de informar a la entidad o poder adjudicador a tiempo de cualquier cambio registrado en su organización, en su cadena de abastecimiento o su estrategia industrial que pudiera afectar a sus obligaciones frente a la entidad o poder adjudicador*

*h) el compromiso del licitador de facilitar a la entidad o poder adjudicador, de acuerdo con los términos y condiciones que se acuerden, todos los medios específicos necesarios para la producción de piezas de repuesto, componentes, conjuntos y equipos para pruebas especiales, incluidos los dibujos técnicos, las licencias y las instrucciones de uso, en el caso de que ya no sea capaz de proporcionar este tipo de suministro.*

*No se exigirá a un licitador que obtenga un compromiso de un Estado miembro, que pudiera perjudicar la libertad de ese Estado miembro de aplicar, de acuerdo con la legislación internacional o comunitaria pertinente, sus criterios nacionales de concesión de licencias de exportación traslado o tránsito en las circunstancias que prevalezcan en el momento de tal decisión de concesión de licencias.*

#### 4. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN APLICABLES: CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LOS CASOS EN QUE SE CONSIDERA JUSTIFICADO EL USO DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD

Los contratos de obras, de suministro y de servicios en los ámbitos de la defensa y la seguridad se caracterizan por sus particulares exigencias en términos de complejidad, o, como ya hemos visto, de seguridad de la información o del abastecimiento.

Satisfacer tales necesidades suele requerir intensas negociaciones durante el procedimiento de adjudicación del contrato. De ahí que, a efectos de estos contratos, el Artículo 25 de la Directiva prevea que las entidades o poderes adjudicadores pueden emplear, además del procedimiento restringido, el procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación y, en los casos y circunstancias específicos previstos expresamente

en el artículo 28, el procedimiento negociado sin publicación del anuncio de licitación.

Por otra parte, a las entidades o poderes adjudicadores que ejecuten proyectos particularmente complejos puede resultarles objetivamente imposible, sin que por ello se les pueda criticar, definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que pueda ofrecer el mercado.

Esta situación puede presentarse, en particular, en la ejecución de proyectos que supongan la integración o la combinación de múltiples capacidades tecnológicas u operativas, o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada, cuyo montaje financiero y jurídico no sea posible definir con antelación.

Por eso, antes del lanzamiento de un procedimiento de adjudicación de un contrato, las entidades o poderes adjudicadores pueden, mediante un diálogo técnico, solicitar o aceptar asesoramiento que podrá utilizarse para determinar el pliego de condiciones, siempre que dicho asesoramiento no tenga como efecto impedir la competencia.

En tal caso, el recurso al procedimiento restringido o al procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación no sería viable, al no ser posible definir el contrato con la suficiente precisión para permitir a los candidatos formular sus ofertas.

Consecuentemente y como más adelante se analiza, el artículo 25 de la Directiva establece que, en las circunstancias señaladas en el artículo 27, podrán adjudicarse los contratos mediante el diálogo competitivo.

#### **4.1. El procedimiento restringido**

A este procedimiento le resultan aplicables los procedimientos nacionales de contratación, adaptados a la presente Directiva, pues así se lo autoriza expresamente su artículo 25 a las entidades o poderes adjudicadores, por lo que basta con añadir aquí que se podrán limitar el número de candidatos en función de criterios objetivos indicados en el anuncio de licitación.

#### **4.2. El Procedimiento negociado con publicidad**

A la vista de previsto por el artículo 26 de la Directiva, solo interesa recordar ahora

- a) Que durante la negociación, las entidades o poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato,
- b) Que no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto y
- c) Que, advirtiendo en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones si se va, o no, a hacer uso de esta facultad, podrán establecer que el procedimiento se desarrolle en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar aplicando los criterios de adjudicación fijados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

### **4.3. El Diálogo competitivo**

Por las razones anteriormente mencionadas, el artículo 27 de la Directiva no deja de recurrir a un procedimiento flexible que preserve, a un tiempo, la competencia entre operadores económicos y la necesidad de las entidades o poderes adjudicadores de discutir con cada candidato todos los aspectos del contrato.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es el carácter residual de este procedimiento en relación con el restringido y el negociado con publicidad. Así lo establece el apartado 1 del mencionado artículo 27 cuando prevé la posibilidad de usarlo por parte de los Estados miembros *en el caso de contratos particularmente complejos, cuando la entidad o el poder adjudicador considere que el uso del procedimiento restringido o del procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación no permitirá adjudicar el contrato.*

No obstante, no se debe recurrir a este procedimiento de manera que se restrinja o falsee la competencia, especialmente mediante modificaciones de elementos fundamentales de las ofertas, imponiendo nuevos elementos sustanciales al licitador seleccionado, o implicando a un licitador distinto del que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa.

Además, el tan citado artículo 27 insiste en que *durante el diálogo, las entidades o poderes adjudicadores darán un trato igual a todos los licitadores. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto y en que Las entidades o poderes adjudicadores no podrán revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que este les comunique sin previo acuerdo de este.*



Finalmente y al igual que en los procedimientos negociados con publicación de un anuncio de licitación, en el diálogo competitivo, habida cuenta de la flexibilidad que puede resultar necesaria y de los excesivos costes vinculados a dichos métodos de adjudicación de contratos, conviene permitir a las entidades o poderes adjudicadores que prevean el desarrollo del procedimiento en fases sucesivas, de forma que se reduzca progresivamente, de acuerdo con criterios de adjudicación previamente indicados, el número de ofertas que seguirán negociando o discutiendo. Esta reducción debe garantizar una competencia real, siempre que lo permita el número de soluciones o de candidatos adecuados.

De ahí que el artículo 27.4 también prevea que *Las entidades o poderes adjudicadores podrán establecer que el procedimiento se desarrolle en fases sucesivas a fin de reducir el número de soluciones que hayan de examinarse durante la fase del diálogo, aplicando los criterios de adjudicación fijados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo. En el anuncio de licitación o en el documento descriptivo se indicará si se va a hacer uso de esta facultad.*

#### **4.4. El procedimiento negociado sin publicación del anuncio de licitación**

Determinadas circunstancias excepcionales podrían hacer imposible o totalmente inadecuado el recurso a un procedimiento con publicación de un anuncio de licitación. Resulta, pues, oportuno que las entidades o poderes adjudicadores puedan recurrir, en algunos casos y circunstancias muy concretas, al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación.

Como es sabido, en nuestro derecho positivo y con carácter general para todos los contratos del sector público, podrán adjudicarse por procedimiento negociado sin publicidad:

**Con carácter general:**

- 1) Cuando quede desierta la adjudicación tramitada por procedimiento abierto o restringido (*LCSP, 154c*)
- 2) Cuando, por **razones técnicas o artísticas**, o por motivos relacionados con la protección de **derecho de exclusiva**, el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado. (*LCSP, 154d*)
- 3) Cuando exista **imperiosa urgencia**, resultante de acontecimientos imprevisibles y no imputables al órgano de contratación. (*LCSP, 154e*)

- 4) Cuando el contrato haya sido declarado *secreto o reservado*, su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales o lo exija la protección de los intereses de la seguridad del Estado y así se haya declarado. (LCSP, 154f)
- 5) Cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del **artículo 296 del Tratado Constitutivo** de la Comunidad Europea: «*producción o comercio de armas, munición y material de guerra*». (LCSP, 154g)
- 6) Cuando su valor estimado sea *inferior a 100.000 euros*. (LCSP, 159).

Se trata este último de un supuesto de contrato no sujeto a regulación armonizada, en razón de su cuantía, que habrá de calcularse, conforme a lo dispuesto en el art. 76 de la LCSP, por el importe total del contrato, sin incluir IVA.

Hay que recordar aquí que, de modo singular, la Ley también establece que, si la cuantía del contrato excede de 60.000 euros, deberá anunciarse el procedimiento en el *BOE* (art. 126.1), conforme exige el art. 161.2, publicación que podrá ser sustituida por la de los diarios o boletines oficiales respectivos cuando se trate de contratos de las CC.AA., entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas.

Como el anuncio de estos procedimientos debe publicarse en el perfil de contratante, esta publicidad podrá sustituir a la que deba efectuarse en el *BOE* o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales, por así disponerlo de modo expreso el art. 126.4 de la LCSP.

Además, en los **contratos de obras**:

- 1) Cuando se trate de *obras complementarias* que no figuren en el proyecto ni en el contrato pero que resulten necesarias por circunstancias *imprevistas*. (LCSP, 155b)
- 2) Cuando las obras consistan en *la repetición de otras similares* adjudicadas por procedimiento abierto o restringido al mismo contratista. Sólo se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de tres años. (LCSP, 155c)
- 3) Cuando su valor estimado sea *inferior a un millón de euros*. (LCSP, 155d)

En los de **gestión de servicios públicos**:

- 1) Cuando *no sea posible promover concurrencia* en la oferta. (LCSP, 156a)
- 2) Cuando el presupuesto de *gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros* y su plazo de duración sea inferior a 5 años. (LCSP, 156b)

- 3) Los relativos a la prestación de *asistencia sanitaria, derivados de un Convenio* de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un *contrato marco*, siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta ley. (LCSP, 156c)

En los de **suministro**

- 1) Cuando se trate de *bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español*, que se destinen a museos, archivos o bibliotecas. (LCSP, 157a)
- 2) Cuando los productos *se fabriquen exclusivamente para fines de investigación*, experimentación, estudio o desarrollo. (LCSP, 157b)
- 3) Cuando se trate *de entregas complementarias* que constituyan una reposición parcial o una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o dificultades técnicas de uso y mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá, por regla general, ser superior a 3 años. (LCSP, 157c)
- 4) Cuando se trate de la adquisición, en *mercados organizados* o bolsas de materias primas, de suministros que coticen en los mismos. (LCSP, 157d)
- 5) Cuando se trate de un *suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas* con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o procedimiento análogo. (LCSP, 157e)
- 6) Cuando su valor estimado sea *inferior a 100.000 euros*. (LCSP, 157f)

En los **contratos de servicios**

- 1) Cuando se trate de *servicios complementarios* que no figuren en el proyecto ni en el contrato pero que resulten necesarios por circunstancias imprevistas. (LCSP, 158b)
- 2) Cuando los servicios consistan en la *repetición de otros similares* adjudicados por procedimiento abierto o restringido al mismo contratista. Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de 3 años, a partir de la formalización del contrato inicial. (LCSP, 158c)
- 3) Cuando el contrato en cuestión *sea la consecuencia de un concurso* y, con arreglo a las normas aplicables, existan varios ganadores, en cuyo caso se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones. (LCSP, 158d)
- 4) Cuando su valor estimado *sea inferior a 100.000 euros*. (LCSP, 158e)

Sobre la base de la regulación anterior, que sería de aplicación en lo que no se opusiera la legislación especial derivada de la trasposición a nuestro Derecho interno de la Directiva que examinamos, el artículo 28 de la misma incluye una regulación muy precisa de los casos en que cabe recurrir a este procedimiento de contratación.

Las circunstancias en que se inspira son parcialmente las mismas que las previstas en la Directiva 2004/18/CE y ya transpuestas a nuestra vigente Ley de Contratos del Sector Público, aunque teniendo muy presente que los equipos de defensa y de seguridad son con frecuencia técnicamente complejos.

Por consiguiente, en el caso de contratos de suministro para entregas adicionales, procede evaluar, a la luz de dicha complejidad y de las exigencias de interoperabilidad y de normalización de los equipos conexos, si la incompatibilidad y la desproporción de las dificultades técnicas de utilización y mantenimiento justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicación. Este es el caso, por ejemplo, de la integración de nuevos componentes en sistemas existentes o de la modernización de estos sistemas.

Puede ocurrir que para determinadas compras dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva, solo un operador económico sea capaz de ejecutar el contrato, ya sea porque tiene la exclusividad de los derechos o por razones técnicas. En esos casos, se debe permitir a la entidad o poder adjudicador adjudicar contratos o acuerdos marco directamente a este único operador económico.

No obstante, las razones técnicas que explican por qué solo un operador económico puede ejecutar el contrato deben ser rigurosamente definidas y justificadas caso por caso. Pueden incluir, por ejemplo, la estricta imposibilidad técnica de que un candidato distinto del operador económico elegido logre los objetivos necesarios o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos, que solo un operador tiene a su disposición.

Eso puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de la modificación o readaptación de equipos especialmente complejos. También pueden derivarse razones técnicas de requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad, que deben cumplirse a fin de garantizar el funcionamiento de las fuerzas armadas o las fuerzas de seguridad.

Además, la especificidad de los contratos sujetos a lo dispuesto en la Directiva que examinamos pone de manifiesto la necesidad de prever otras circunstancias que pueden presentarse en los sectores contemplados por la misma.

Así, las Fuerzas armadas de los Estados miembros pueden tener que intervenir con motivo de crisis fuera del territorio de la Unión Europea,

por ejemplo como parte de operaciones de mantenimiento de la paz. En el inicio o en el transcurso de tal intervención, la seguridad de los Estados miembros y de sus fuerzas armadas puede exigir la celebración de algunos contratos con una rapidez de actuación incompatible con los plazos habituales impuestos por los procedimientos de adjudicación previstos en la presente Directiva. Esta urgencia podría aplicarse igualmente a las necesidades de las fuerzas de seguridad, por ejemplo, en caso de ataque terrorista en el territorio de la Unión.

Consecuentemente, el artículo 28 de la Directiva 2009/81/CE que estudiamos autoriza expresamente el recurso a este procedimiento de contratación en los siguientes casos:

**1. Respecto de los contratos de obras, de suministro y de servicios**

*a) Cuando, tras haberse seguido un procedimiento restringido, un procedimiento negociado con publicación previa de un anuncio de licitación o un diálogo competitivo, no haya ninguna oferta, ninguna oferta adecuada o ninguna candidatura, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente y se facilite a la Comisión un informe si esta así lo solicita;*

*b) Cuando se presenten ofertas irregulares o cuando las ofertas presentadas resulten inaceptables según las disposiciones nacionales compatibles con lo dispuesto en los artículos 5, 19, 21 y 24 y en el capítulo VII del título II en respuesta a un procedimiento restringido, un proceso negociado con publicación o un diálogo competitivo, siempre que:*

*i) no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato, y*

*ii) se incluya en el procedimiento negociado a todos los licitadores, y solo a ellos, que cumplan los criterios contemplados en los artículos 39 a 46 y que, con ocasión del procedimiento restringido o del diálogo competitivo anterior, hayan presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de adjudicación;*

*c) Cuando la urgencia derivada de situaciones de crisis resulte incompatible con los plazos que requieren los procedimientos restringidos y negociados con publicación de un anuncio de licitación, incluidos los plazos abreviados mencionados en el artículo 33, apartado 7. Esto se aplicará, por ejemplo, en los casos mencionados en el artículo 23, párrafo segundo, letra d);*

*d) En la medida en que sea absolutamente necesario, cuando la urgencia imperiosa, consecuencia de hechos imprevisibles para las entidades o poderes adjudicadores en cuestión, no es compatible con los plazos exigidos para los procedimientos restringidos o negociados con publicación de*

*un anuncio de licitación, incluidos los plazos reducidos mencionados en el artículo 33, apartado 7. Las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a las entidades o poderes adjudicadores;*

*e) Cuando, por razones técnicas o por razones relacionadas con la protección de derechos de exclusividad, el contrato solo pueda adjudicarse a un operador económico determinado.*

## **2. Respeto de los contratos de obras, de suministro y de servicios**

*a) Cuando se trate de servicios de investigación y desarrollo distintos de los mencionados en el artículo 13;*

*b) Cuando se trate de productos fabricados únicamente con fines de investigación y desarrollo, a excepción de la producción en serie destinada a determinar la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo.*

## **3. Respeto de los contratos de suministros**

*a) Entregas complementarias efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una la renovación parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, bien a la ampliación de los suministros o de instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligue a la entidad o poder adjudicador a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas;*

*La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá ser superior a cinco años, salvo en circunstancias excepcionales que se determinarán teniendo en cuenta la vida útil esperada de los artículos, instalaciones o sistemas entregados y las dificultades técnicas que pueda ocasionar un cambio de proveedor;*

Este apartado atiende a criterios racionales de la propia contratación, por encima de principios que, como el de la libre competencia, deben conjugarse con el de la racionalidad y coincide con el artículo 157 letra c) de la Ley de Contratos del Sector Público salvo en el plazo máximo de duración de tales contratos que no podrá ser superior a tres años.

Como ya hemos indicado, regirá aquí el plazo máximo de cinco años ampliables excepcionalmente en virtud de la regla según la cual la norma especial que transponga esta Directiva específica primará sobre la general tratándose de la misma materia.

*b) Cuando se trate de suministros cotizados y comprados en un mercado de materias primas;*

Este párrafo es un trasunto de lo previsto en el repetido artículo 157, letra d) en este caso, de la Ley de Contratos del Sector Público que se in-

trodujo de acuerdo con el art. 31.2 c) de la Directiva 2004/18, para recoger la realidad de las adquisiciones efectuadas en mercados organizados, mercados de futuros y de opciones y bolsas de materias primas.

*c) Para la compra de suministros en condiciones especialmente ventajosas, ya sea a un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, ya sea a síndicos o liquidadores tras una quiebra, un concordato judicial o un procedimiento de la misma naturaleza existente en las legislaciones o reglamentaciones nacionales.*

Este apartado, que también está en el artículo 157 e) de la LCSP, tiene su precedente en el art. 31.2 d) de la Directiva 2004/18, y pretende situar al sector público en igualdad de condiciones con otros compradores, a fin de que pueda beneficiarse de condiciones especialmente ventajosas para la adquisición de productos de un empresario que cese en sus actividades o mediante operaciones que puedan concertarse con la administración de un concurso, a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza.

De otro modo, el sector público se vería en situación de clara desventaja si, para estas contrataciones, tiene que observar las formas y procedimientos normales de contratación previstos en la norma, pero conviene introducir las necesarias cautelas, principalmente en el supuesto de cese de actividades, dejando constancia en el expediente, a efectos de posible revisión, de las especiales condiciones de la contratación, en relación con las existentes en el mercado.

#### **4. Respeto de los contratos de obras y contratos de servicios**

*a) Con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios descritos en el contrato, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio:*

- i) Cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a las entidades o poderes adjudicadores, o*
- ii) Cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento.*

*No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50 % del importe del contrato inicial.*

b) En el caso de nuevas obras o servicios que consistan en la repetición de obras o servicios similares encargados al operador económico titular de

un contrato inicial adjudicado por las mismas entidades o los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichas obras o dichos servicios se ajusten a un proyecto de base y que dicho proyecto haya sido objeto de un contrato inicial adjudicado según el procedimiento restringido, el procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación o el diálogo competitivo.

La posibilidad de hacer uso de este procedimiento estará indicada desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y las entidades o poderes adjudicadores tendrán en cuenta el importe total previsto para la continuación de las obras o de los servicios a efectos de la aplicación del artículo 8.

Únicamente se podrá recurrir a este procedimiento durante un período de cinco años a partir de la celebración del contrato inicial, salvo en circunstancias excepcionales que se determinarán teniendo en cuenta la vida útil esperada de los artículos, instalaciones o sistemas entregados y las dificultades técnicas que pueda ocasionar un cambio de proveedor.

***5. Para los contratos relacionados con el suministro de servicios de transporte aéreo y marítimo para las fuerzas armadas o las fuerzas de seguridad de un Estado miembro, desplegadas o que se desplegarán en el exterior, cuando la entidad o el poder adjudicador debe adquirir este tipo de servicios de los operadores económicos que garantizan la validez de sus ofertas solo por períodos cortos de tiempo, tales que el plazo para el procedimiento restringido o el procedimiento negociado con publicación de un anuncio de contrato, incluida la reducción del plazo a que se refiere el artículo 33, apartado 7, no puedan cumplirse.***



# **DERECHO INTERNACIONAL**

**PROBLEMAS JURÍDICO-PENALES E INTERNACIONALES  
DEL CRIMEN DE PIRATERÍA<sup>1</sup>. UNA LAGUNA IMPERDONABLE  
DE NUESTRO CÓDIGO PENAL Y, ¿POR QUÉ NO DECIRLO?,  
UN CRIMEN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL**

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto  
*Doctor en Derecho. General Consejero Togado (R)*  
*Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional*  
*Humanitario de la Cruz Roja Española*

*SUMARIO*

I.- Introducción. II.- Aspectos internacionales del crimen de piratería. A. El carácter consuetudinario de la represión de la piratería. B. Definición de la piratería y del buque pirata. C. El problema del lugar de comisión. III.- El crimen internacional de piratería. A. Características de este delito. B. Elemento subjetivo: El «propósito personal». C. La visita, la captura, el apresamiento y el enjuiciamiento. D. La imperdonable laguna del Código penal español de 1995. E. Las soluciones de la legislación comparada. F. El principio de jurisdicción universal en el crimen de piratería. G. El Proyecto de modificación del Código penal español de 2009. H. La aplicación de las previsiones de la Convención de Roma de 1988. I. La indeterminación jurisdiccional para el enjuiciamiento estatal de la piratería. IV.- Algunas soluciones jurídicas posibles. A. Consideraciones generales. B. Las respuestas posibles a nivel regional. C. La solución por normas internacionales.

---

<sup>1</sup> Dedicado a la memoria de mi admirado amigo Agustín Corrales Elizondo, destacado especialista en Derecho Marítimo y Derecho Internacional Humanitario, con quien he compartido tantos años de esfuerzos solidarios en el Cuerpo Jurídico Militar y en la Cruz Roja Española.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

Desde el punto de vista del Derecho del Mar y del Derecho Penal Internacional, la piratería<sup>3</sup> es un crimen internacional que, pese a que ha sido considerado anacrónico<sup>4</sup> (aunque ha existido siempre desde los albores de la navegación marítima), recobra hoy actualidad pues la inmensidad de los océanos y la ausencia de soberanía estatal<sup>5</sup> es un lugar privilegiado para la delincuencia organizada y tecnificada<sup>6</sup>.

Según informes de la Oficina Marítima Internacional (IBM) los ataques en la mar a buques de transporte y turismo se ha incrementado en un 500%, siendo algunos casos destacados de piratería los sufridos por los buques «*Atlantic Pride*», «*Alondra Rainbow*», «*Le Ponant*», «*Le Drennec*», «*Sirius Star*», el yate de Sir Peter Blake, «*Maersk Alabama*» o los pesqueros españoles «*Playa de Baquio*» y «*Alakrana*». Solo en el año 2009 se cometieron 306 actos de piratería marítima, 147 de los cuales se perpetraron en el Golfo de Aden y Somalia<sup>7</sup>. Los lugares donde se producen ataques

---

<sup>2</sup> En el antiquísimo Monasterio de San Martiño de Mondoñedo (Foz-Lugo) relatan como San Gonzalo, Obispo y Abad, rezando avermarías derrotó y hundió en el siglo IX a una escuadra de piratas normandos que asolaban aquellas costas. Añaden que el santo dejó de rezar cuando solo quedaba una nave a flote y la dejó huir para que los piratas contaran el prodigio en sus puertos de origen. Toda una lección sobre la prevención del crimen de piratería. Seguro que Agustín Corrales, oyendo esta leyenda, con su inimitable ironía, me diría: «El santo era gallego, naturalmente».

<sup>3</sup> A. Corrales Elizondo, «Soluciones jurídicas actuales en relación a la piratería y otros delitos graves en la mar», trabajo inédito que puede consultarse en:

<http://www.asesmar.org/conferencias/temas/politicamaritimayderechomaritimo.htm>.

J.A. Martos Nuñez, Voz «Piratería» en Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX, Tomo XIX, 1989

<sup>4</sup> A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Tomo I, MCMXCVII, pp. 211-213. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, voz «piratería» en Diccionario Jurídico Espasa, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 2001, pp. 745 y 746. F. Marín Castán, «Marco jurídico de la seguridad marítima», en *Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima*, Cuadernos de Estrategia n.º 140, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Madrid, 2008, pp. 188-202. A. Martínez Alcañiz, «Cuestiones Jurídicas sobre la piratería en la mar», en Revista General de Marina, marzo 2009, pp. 229-249.

<sup>5</sup> J.M. Sobrino Heredia, «Piratería y terrorismo en el mar», Ponencia presentada en el Coloquio Protección marítima y violencia en el mar, Asociación Internacional del Derecho del Mar, Coruña, 14 a 16 de mayo de 2009. D. Momtaz, «La haute mar», en *Traité du Nouveau Droit de la Mer* (R.-J. Dupuy y D. Vignes), Ed. Economica y Bruyland, Paris, 1985, p. 368.

<sup>6</sup> J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», en *La cooperación internacional en la ordenación de los mares y océanos* (coord. J. Pueyo Losa y J. Jorge Urbina), iustel, Madrid, 2009, pp. 320 y 321.

<sup>7</sup> INTERNATIONAL MARITIME BUREAU, «Piracy and armed robbery against ships». 1 January-30 September 2009, web: [www.icc-css.org](http://www.icc-css.org). Ver la publicación del Instituto Universitario General Gutierrez Mellado, *Crisis somalí, piratería e intervención interna-*

con mayor habitualidad son las aguas próximas a Malasia, Somalia, Golfo de Adén, Indonesia, Isla de Sumatra, Singapur, estrecho de Malaca<sup>8</sup>, China Meridional<sup>9</sup>, Golfo de Guinea o algunas costas de Sudamérica<sup>10</sup>. La reacción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el despliegue de las operaciones «*Allied Provided*» de la OTAN y «*Atalanta*»<sup>11</sup> de la Unión Europea han tratado de dar algunas respuestas al reto de la piratería en Somalia (un Estado incapaz de controlar su territorio y espacios marítimos), desde el punto de vista internacional y operativo. De modo que se puede afirmar, con J. L. de Azcárraga, que la institución de la piratería es tan vieja y permanente como la historia de la navegación<sup>12</sup>, aunque su definición, elementos, configuración jurídica y sanciones han ido evolucionando a lo largo del tiempo<sup>13</sup>.

Prueba del interés y actualidad del tema son las recientes aportaciones del recordado A. Corrales Elizondo, de los Profesores C. Jiménez Piernas, J.M. Sobrino Heredia y J. Jorge Urbina, del Almirante F. del Pozo y del Coronel Auditor F. Marín Castán<sup>14</sup>, así como la antes citada publicación

---

*cional*, Madrid, 2009. en particular los estudios de E. Vega Fernández y F. Bordas Martínez. Según informaciones de prensa los buques secuestrados en 2009 han sido: FV WIN FAR, Charelle, Kota Wajar I, De Xin Hai, Al Khalid, Lynn Rival, Thai Union 3, MV Delvina, Almezaan, MV Filitsa y Theresa VIII (ABC, 13 de diciembre de 2009).

<sup>8</sup> J. Gil Pérez, «La piratería en el estrecho de Malaca. Lecciones para el caso somalí», en *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, ob. cit. pp. 97-123

<sup>9</sup> J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», ob. cit. pp. 351-355

<sup>10</sup> F. del Pozo, «Aspectos operacionales de la lucha contra la piratería en Somalia», ARI n.º 18, enero de 2009, R.I. Elcano. A. Corrales Elizondo, «Soluciones jurídicas actuales...», art. cit. C. Jiménez Piernas, «Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el derecho internacional», ARI n.º 61, febrero de 2009, del R.I. Elcano.

<sup>11</sup> F. Marín Castan, «Marco jurídico de la seguridad marítima», en *Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima*, ob. cit. pp. 197 y ss. E. Díaz del Río Jáudenes, «La piratería en el cuerno de Africa», en *Revista General de Marina*, marzo 2009, pp. 217-228. A. Martínez Alcañiz, «Cuestiones jurídicas sobre la piratería en la mar», art. cit. pp. 246 y ss. J.R. Bacas Fernández, «La participación europea en la lucha internacional contra la piratería en el cuerno de Africa: la operación Atalanta», en *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, ob. cit. pp. 149-174. En la misma obra, R. Regueiro Dubra, «El uso de la fuerza en el mar y la operación Atalanta de la Unión Europea», pp. 125-148.

<sup>12</sup> J. L. de Azcárraga y Bustamante, *Derecho del Mar*, Universidad de Alcalá de Henares, 1983, Tomo I, p. 166. F. Marín Castán, «Marco jurídico de la seguridad marítima», ob. cit. pp. 188-189.

<sup>13</sup> J. Cervera Pery, *El Derecho del Mar*. Evolución, contenido, perspectivas (De las Bulas Papales al Convenio de Jamaica), Editorial Naval, Madrid, 1992, p. 120. N. Ronzitti, *Voz «Piratería» en Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983.

<sup>14</sup> A. Corrales Elizondo, «Soluciones jurídicas actuales en relación a la piratería y otros delitos graves en la mar», cit.; C. Jiménez Piernas, «Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el derecho internacional», art. cit.; J.M.

del Instituto Universitario *General Gutierrez Mellado*. Asimismo ha sido muy relevante el debate nacional que ha suscitado el dilatado secuestro del pesquero *Alakrana*. Por nuestra parte trataremos de concretar el análisis en los problemas jurídico-penales e internacionales que plantea la represión del crimen de piratería.

## II. ASPECTOS INTERNACIONALES DEL CRIMEN DE PIRATERÍA

### A. EL CARÁCTER CONSUECUDINARIO DE LA REPRESIÓN DE LA PIRATERÍA

Sigue siendo certera la frase de Cicerón «*pirata non est perduellium numero, sed communis hostis omnium*»<sup>15</sup> y, puesto que los piratas son enemigos del género humano, la costumbre internacional ha autorizado su persecución en la alta mar<sup>16</sup>. De forma que el apresamiento del buque pirata, el enjuiciamiento de los piratas y la imposición de penas<sup>17</sup> por los Tribunales del Estado captor (art. 105 de la Convención de las Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, en lo sucesivo CNUDM-1982), constituye una excepción a la norma general de la alta mar, según la cual los buques que navegan por este espacio marítimo solo están sometidos a la jurisdicción del Estado cuyo pabellón arbolan, y se autoriza el derecho de visita (art. 110.1, a) de la CNUDM-1982). Y ello porque el buque pirata queda excluido de toda protección nacional aunque conserve su nacionalidad. La piratería es uno de los primeros crímenes reconocidos por el Derecho internacional, reflejo del consenso entre los Estados sobre la naturaleza y alcance del crimen de piratería y expresión de una costumbre bien consolidada<sup>18</sup>. Sin embargo, como certeramente observa J.M. Sobrino

---

Sobrino Heredia, « Piratería y terrorismo en el mar », Ponencia cit.; J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit.; F. del Pozo, «Aspectos operacionales de la lucha contra la piratería en Somalia», art. cit.; F. Marín Castan, «Marco jurídico de la seguridad marítima», Ver también, A. Tafalla Balduz, ¿Una solución militar para el «Alakrana»?., *El Mundo*, 16-11-2009.

<sup>15</sup> Marco Tulio Ciceron, *De officiis*, Libro I. 89.

<sup>16</sup> J. L. Meseguer Sánchez, *Los espacios marítimos en el nuevo Derecho del Mar*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 231. A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. p. 214

<sup>17</sup> J. A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008, duodécima edición, pp. 387 y 388.

<sup>18</sup> M. Ch. Bassiouni, *Derecho Penal Internacional*. Proyecto de Código penal internacional, ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 72. D. Momtaz, «La haute mer», ob. cit. pp. 370 y 373., J. L. de Azcárraga y Bustamante, *Derecho del Mar*, ob. cit. p. 167.

Heredia<sup>19</sup>, la amplia definición consuetudinaria fue drásticamente reducida por el derecho convencional y, desde luego, no ha podido abarcar las nuevas formas de violencia que aparecen en el escenario marítimo de nuestros días.

Además el artículo 100 de la CNUDM-1982 impone a todos los Estados, en la medida de lo posible, el deber de cooperar en la represión de la piratería en alta mar<sup>20</sup> y, no solamente en este espacio marítimo, sino en cualquier otro que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado.

## B. DEFINICIÓN DE LA PIRATERÍA Y DEL BUQUE PIRATA

El concepto clásico de piratería (y la etimología del «pirata» como *ladrón de la mar*) se concreta en los actos de depredación, de pillaje, de latrocinio, con *animus lucrandi o furandi*, por cuenta propia, en alta mar o en lugares que no dependan de ningún Estado<sup>21</sup>.

La piratería fue definida<sup>22</sup> en el artículo 9 de la derogada Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955 como «*todo acto de depredación y violencia contra las personas realizados en el mar o desde él por individuos de la dotación de un buque que se han colocado fuera de la jurisdicción de todo estado perteneciente a la comunidad internacional y lo emplean indistintamente contra súbditos de uno u otro país sin tener comisión alguna legítima de guerra*». Curiosamente nuestro derogado Código penal de 1944 (texto revisado de 1973) castigaba pero no definía la piratería<sup>23</sup>.

Naturalmente, desde el punto de vista internacional (y aún penal internacional) ha de tenerse en cuenta la vieja definición de piratería del artículo 15 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar, reproducido casi literalmente por el artículo 101 de la vigente CNUDM-1982, que dispone: *Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes: a) todo acto ilegal de violencia*

---

<sup>19</sup> J.M. Sobrino Heredia, «Piratería y terrorismo en el mar», ponencia presentada en el Coloquio Protección marítima y violencia en el mar, ob. cit. J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit p. 327.

<sup>20</sup> C. Jiménez Piernas, «Actos de piratería y bandidaje...», art. cit. p. 18.

<sup>21</sup> J. L. de Azcárraga y Bustamante, *Derecho del Mar*, ob. cit. p. 169. A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. p. 215 y 219.

<sup>22</sup> A. Vigier de Torres, *Curso de Derecho Marítimo*, Subsecretaría de la Marina Mercante, Madrid, 1969, pp. 269 y ss.

<sup>23</sup> J. Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, Tomo III, Ed. Ariel, Barcelona, 1978, pp. 106 y ss. J. M. Rodríguez Devesa y A. Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pp. 669 y ss. A. Quintano Ripollés, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte Especial, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 589 y ss. A. Martínez Alcañiz, «Cuestiones jurídicas sobre la piratería...», art. cit. pp. 231 y ss.

*o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; ii) contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; A esta acción se añaden los actos de participación voluntaria, incitación, facilitación intencional (complicidad) o cooperación necesaria.*

Esta definición fue acogida por M. Ch. Bassiouni en su conocido *Proyecto de Código Penal Internacional*<sup>24</sup>, al considerarla reflejo del Derecho internacional consuetudinario en la materia. Y es evidente que el ordenamiento penal interno de los Estados no debería apartarse de la definición de la piratería adoptada por consenso de la comunidad internacional. A. Rodríguez Nuñez<sup>25</sup> estima que el pirata tiene que ser un particular que, desde una nave o aeronave privada, actúa violentamente contra otra nave o aeronave con el fin de obtener algún provecho para sí mismo.

Para J. Jorge Urbina<sup>26</sup> la concepción tradicional de la piratería, como acto ilegal de violencia en el mar, contiene restricciones que derivan del espacio marítimo en el que ocurre el acto de violencia, de la intencionalidad y del número de buques o aeronaves que deben intervenir en su comisión.

El artículo 103 de la CNUDM-1982 define el buque o aeronave pirata, que incluso podrá conservar su nacionalidad según el derecho interno del Estado que se la haya concedido (art. 104 de la misma Convención), como los destinados a cometer o que hayan servido para perpetrar actos de piratería (como los buques nodriza), mientras se encuentren bajo el mando efectivo de los autores de éste delito.

Sin embargo, el carácter privado del buque pirata no excluye a otros buques de la comisión del crimen de piratería. Y así, el artículo 102 de la CNUDM-1982 asimila a estos actos la llamada por J. L. Meseguer «*piratería por analogía*»<sup>27</sup>, es decir: los perpetrados por un buque de guerra, un buque o aeronave del Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o aeronave. En principio estas naves públicas gozan de inmunidad (art. 32 de la misma Convención) y no la pierden de forma automática por su dedicación a la piratería, por lo que deben perder antes tal condición para quedar sometidos a la visita de los buques de guerra o de Estado de diferente pabellón.

---

<sup>24</sup> M. Ch. Bassiouni, *Derecho Penal Internacional...*, ob. cit. p. 72

<sup>25</sup> A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. pp. 220 y 221

<sup>26</sup> J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit pp. 327 y ss.

<sup>27</sup> J. L. Meseguer Sánchez, *Los espacios marítimos...*, ob. cit. pp. 17 y 18

Para otros autores<sup>28</sup> resulta hoy pertinente el estudio de una extensa tipología de los actos de violencia en la mar, que se podrían incluir en una definición amplia de piratería (o *piratería por analogía*), como la pequeña piratería (robos menores a mano armada o pillaje), la gran piratería (actos de detención, depredación y violencia) y la piratería política o actos de *para-piratería*. Estos últimos no integran la auténtica piratería al estar integrados por actos terroristas, rebeldes o sediciosos.

Por otra parte, resultan anacrónicos (por incompatibles con el «*propósito personal*» que define hoy la piratería en la CNUDM-1982) los intentos de incriminar como piratería<sup>29</sup> la actividad de los corsarios en el siglo XIX o de los submarinos en los conflictos armados contra los buques mercantes enemigos o neutrales (Acuerdo de Nyon, 1937), el motín o insurrección a bordo (buques «*Santa María*», «*Anzoátegui*», «*Genpuku Maru*», «*Sierra de Aranzazu*» o cañoneras de Iran) o los actos de terrorismo marítimo («*Achille Lauro*»), que solo pueden calificarse de «*pseudopiratería*»<sup>30</sup>.

La necesaria concurrencia de un buque pirata en la realización de los actos de violencia contra el buque sujeto pasivo de la acción de piratería, excluye de esta noción los motines y los actos de violencia o contra la propiedad a bordo o la criminalidad portuaria o delitos cometidos en fondeaderos situados en las aguas interiores que no afectan a la libertad de navegación<sup>31</sup>.

## C. EL PROBLEMA DEL LUGAR DE COMISIÓN

### 1. La Zona Económica Exclusiva

Algunos autores, como Jiménez Piernas<sup>32</sup>, han sostenido que los actos de piratería solo pueden ser cometidos más allá de las 200 millas náuticas

<sup>28</sup> J.M. Sobrino Heredia, «Piratería y terrorismo en el mar», Ponencia presentada en el Coloquio Protección marítima y violencia en el mar, ob. cit.

<sup>29</sup> A. Corrales Elizondo, «Soluciones jurídicas actuales...», art. cit. p. 10. J. L. de Azcárraga y Bustamante, *Derecho del Mar*, ob. cit. pp. 167 y 168. J. Cervera Pery, *El Derecho del Mar*, ob. cit. p. 18. A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. p. 221.

<sup>30</sup> Sobre la diferencia entre piratería y terrorismo, ver: N. Ronzitti, «The Law of the Sea and the Use of Force Against Terrorist Activities», en *Maritime Terrorism and International Law* (coord. N. Ronzitti), Dordrech/Boston/London, 1990, p. 1 y ss. A. Gioia, «Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contra l'umanità», en *Revista di Diritto Internazionale*, 1/2004, pp. 12 y 13.

<sup>31</sup> J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit. pp. 335 y 336.

<sup>32</sup> C. Jiménez Piernas, «Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el derecho internacional», art. cit., p. 18. También mantiene este criterio A. Rodríguez Nuñez («El delito de piratería», art. cit. p. 249).



del mar territorial (MT) y zona económica exclusiva (ZEE) de los Estados ribereños, ya que la alta mar (a la que se refiere la mencionada definición de piratería del art. 101 de la CNUDM-1982) es el espacio marino situado fuera o más allá del MT y la ZEE. Concluyendo que dentro de tales 200 millas náuticas próximas a la costa de Somalia no rige la institución de la piratería, propia y exclusiva de la alta mar y de ahí el recurso a la fórmula del «*robo a mano armada*» empleada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, ante la imposibilidad de calificar como actos de piratería los cometidos dentro de las referidas 200 millas.

Desde su estudio operacional, observa con razón F. del Pozo<sup>33</sup> lo paradójico que resulta que un mismo acto que, cometido en la alta mar, es piratería, si se lleva a cabo en el mar territorial o aguas interiores, se convierte en «*robo*», poniéndolo fuera del alcance de la obligación de todas las naciones de reprimir la piratería por medio de buques de guerra.

Ahora bien, hay que precisar las diferencias entre las aguas interiores y mar territorial (donde se extiende la soberanía del Estado ribereño, art. 2 de la CNUDM-1982) y la zona económica exclusiva sobre la que el Estado ribereño tiene derechos soberanos (y jurisdicción) limitados a la exploración, explotación, conservación y ordenación de sus recursos naturales, con el contenido establecido en el artículo 56 de la citada Convención. Según J.A. Pastor Ridruejo<sup>34</sup>, los artículos 59, 86 y 55 de la CNUDM-1982 configuran la ZEE como institución con naturaleza autónoma, «*sui generis*», o propia. Descarta su consideración como alta mar, pero concluye con acierto que serán las disposiciones pertinentes de la Convención y más particularmente las contenidas en la Parte V las que suministren el contenido específico de dicha naturaleza.

Y precisamente en esta Parte V (que regula la Zona económica exclusiva) se encuentra el artículo 58 (Derechos y deberes de otros Estados en la ZEE), cuyo apartado 2 establece que «*los artículos 88 a 115 y otras normas pertinentes de derecho internacional se aplicarán a la zona económica exclusiva en la medida en que no sean incompatibles con esta Parte*». Entre estos preceptos mencionados como aplicables en la ZEE se encuentran todos los que regulan la piratería en la alta mar (arts. 100 a 107 de la CNUDM-1982). Por mi parte interpreto que la obligación estatal de

---

<sup>33</sup> F. del Pozo, «Aspectos operacionales de la lucha contra la piratería en Somalia», art. cit. En el mismo sentido, J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit pp. 330 y 331.

<sup>34</sup> J. A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, ob. cit. pp. 387 y 388. Del mismo autor, «El Derecho Internacional del Mar y su evolución incesante», en *La cooperación internacional en la ordenación de los mares y océanos*, ob. cit.

cooperación en la represión de la piratería (art. 100), el apresamiento de un buque o aeronave pirata (art. 105), la responsabilidad por apresamiento sin motivo suficiente (art. 106) y la condición de los buques y aeronaves autorizados para los apresamientos (art. 107) no son medidas incompatibles con los derechos del Estado ribereño en su ZEE<sup>35</sup>. En definitiva, la mayor parte de la doctrina<sup>36</sup> estima que la piratería puede perpetrarse en el espacio marítimo conocido como zona económica exclusiva.

Y a la misma conclusión ha de llegarse respecto de la zona contigua (ZC), que los Estados pueden establecer hasta las 24 millas marinas a los solos efectos de fiscalizar, prevenir y sancionar determinadas infracciones conforme al artículo 33 de la CNUDM-1982.

De forma que podemos afirmar que los actos de piratería pueden ser cometidos (y, por tanto, perseguidos) en la alta mar, en la zona económica exclusiva y en la zona contigua de los Estados ribereños, excluyéndose únicamente las aguas interiores, el mar territorial, el espacio aéreo sobre el mar territorial y las aguas archipelágicas<sup>37</sup> de tales Estados.

No otra cosa se deduce del contenido de las Resoluciones 1816, 1838, 1846 y 1851 (todas ellas del año 2008) relativas a los incidentes de piratería y robo a mano armada en el mar cometidos frente a las costas de Somalia<sup>38</sup>, que constantemente se refieren y distinguen entre las «*aguas territoriales*» y las de «*alta mar*» frente a la costa de Somalia o contraponen las «*aguas territoriales*» con las «*internacionales*», sin mención alguna de su zona económica exclusiva. Y cuando las Resoluciones 1816 y 1846 autorizan la entrada de los buques que cooperen con el GFT (Gobierno Federal de Transición de Somalia) en «*aguas territoriales de Somalia*» o el uso de tales aguas en la forma compatible con las acciones permitidas en «*alta mar*», no establecen referencia ni autorización alguna respecto a la ZEE, que debe entenderse comprendida (a los efectos de la prevención

---

<sup>35</sup> L. Lucchini y M. Vocckel, *Droit de la Mer*, Tomo 2 Delimitation, Navigation et Peche, Vol. 2 Navigation et Peche, Pedone, Paris, 1996, pp. 164 y ss. Ver también, Djamchid Momtaz, «La piraterie en haute mer», en *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2000, p. 506

<sup>36</sup> M. Murphy, «Piracy and UNCLOS: Does International Law Help Regional Status Combat Piracy?», en *Violence at Sea. Piracy in the age of global terrorism*, Routledge, 2007, pp. 162 y 163. Este autor cita a H.E. José Luis Jesús, Barry H. Dubner y Sam Bate-man. En nuestra doctrina cabe citar a J. M. Sobrino Heredia, «Piratería y terrorismo en el mar», ob. cit. En el mismo sentido, F. Marín Castán, «Marco jurídico de la seguridad marítima», ob. cit. pp. 192 y ss. y J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit pp. 328 y 329.

<sup>37</sup> J.M. Lacleta Muñoz, «Las aguas del archipiélago canario en el derecho internacional del mar actualmente vigente», Documento de trabajo del R.I. Elcano 2005/10

<sup>38</sup> R. Regueiro Dubra, «El uso de la fuerza en el mar y la operación Atalanta de la Unión Europea», en *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, ob. cit. pp. 129 y ss.

y represión de la piratería) en un amplio concepto de alta mar. A mayor abundamiento, la Resolución 1851 (16 de diciembre de 2008) reafirma los derechos de Somalia respecto de los que califica de «*recursos naturales extraterritoriales*», incluidas las pesquerías, en clara alusión a la ZEE.

Los artículos 100 y 101 de la CNUDM-1982 emplean la expresión *en lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado* para referirse tanto al deber estatal de cooperación en la represión de la piratería como al elemento espacial de la definición de la propia piratería. La doctrina<sup>39</sup> interpreta que tal frase se remite a las aguas no sometidas a la soberanía estatal, como las aguas de la Antártida, aunque este ejemplo resulta dudoso a la vista de que el apartado VI del Tratado Antártico (Washington, 1-I-1959 y Protocolo de Madrid de 4-X-1991) hace expresa mención a la *alta mar dentro de esa región*<sup>40</sup>.

## 2. El Derecho de persecución continuada

Cuestión verdaderamente espinosa es el ejercicio del derecho de persecución continuada (*en caliente* o *hot pursuit*), institución<sup>41</sup> que no nació ni está regulada (artículo 111 de la CNUDM-1982) precisamente para estos supuestos, sino justamente y en síntesis para autorizar a los buques de guerra (aeronaves militares o buques o aeronaves autorizados y al servicio del Gobierno) para la persecución de los buques extranjeros que hayan cometido una infracción en las aguas jurisdiccionales (aguas interiores, aguas archipelágicas, mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva o sobre la plataforma continental del Estado ribereño) y su continuación fuera de tales aguas (es decir, en la alta mar) siempre que la persecución haya empezado en las referidas aguas y a condición de no haberse interrumpido.

---

<sup>39</sup> J.M. Sobrino Heredia, «Piratería y terrorismo en el mar», ob. cit. J. L. de Azcárraga y Bustamante, alude a los Comentarios de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (*Derecho del Mar*, ob. cit. p. 167). No creo tan segura la opinión distinta de F. Marín Castán, («Marco jurídico de la seguridad marítima», ob. cit. p. 193) que contempla la posibilidad de la aplicación a situaciones de hecho, amparando la intervención de cualquier Estado contra la piratería en aguas de Estados sin gobierno efectivo. Estimo que esta intervención sería contraria a los preceptos de la Carta de las Naciones Unidas (art. 2.4), salvo autorización expresa del Consejo de Seguridad o legítima defensa (art. 51).

<sup>40</sup> A. Rodríguez Nuñez interpreta que las aguas marítimas de la Antártida y del Artículo se consideran pertenecientes a la alta mar («El delito de piratería», art. cit. p. 250)

<sup>41</sup> J. L. de Azcárraga y Bustamante, *Derecho del Mar*, ob. cit. pp. 180 y ss. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Alijo o transbordo clandestino en aguas jurisdiccionales o en los supuestos de persecución continuada», en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo III. Delitos e infracciones de contrabando, EDERSA, Madrid 1984, pp. 222-230.

Ahora bien, conforme al artículo 111.3. de la misma Convención, el derecho de persecución cesará en el momento en que el buque perseguido entre en el mar territorial del Estado de su pabellón o en el de un tercer Estado.

Naturalmente no existe ningún inconveniente en reconocer el derecho de apresamiento de un buque pirata en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado (art. 105 de la citada Convención) o en las aguas jurisdiccionales del Estado del buque captor, aunque en estos supuestos no se trata del ejercicio del derecho de persecución. Pero el problema consiste en pronunciarse si puede continuarse la persecución en el mar territorial o aguas archipelágicas de otro Estado, sin obtener su consentimiento expreso. Me inclino por la opinión negativa a la vista de la literalidad del mencionado artículo 111.3, que garantiza la inviolabilidad de tales espacios soberanos<sup>42</sup>, criterio que también extendiendo a la posibilidad de apresamiento y persecución en los estrechos internacionales superpuestos a mares territoriales (artículos 39.1. c) y 54 de la citada Convención) o vías marítimas archipelágicas.

Los problemas que puede representar este régimen jurídico de los espacios marítimos, ante la forma de operar de una organización dedicada a la piratería que cuente con buques *nodriza* y apoyos costeros, han obligado al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a recabar la autorización oportuna del Gobierno Federal de Transición de Somalia antes de acordar las ya mencionadas Resoluciones relativas a la piratería y robo a mano armada cometidos en aguas del mar frente a las costas de Somalia<sup>43</sup>.

### III. EL CRIMEN INTERNACIONAL DE PIRATERÍA

#### A. CARACTERÍSTICAS DE ESTE DELITO

El crimen de piratería es un delito pluriofensivo, en el que los bienes jurídicos tutelados son, en primer lugar, el interés de la comunidad<sup>44</sup> en la

---

<sup>42</sup> J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit pp. 343 y 344. Una opinión distinta sustenta J.M. Sobrino Heredia («Piratería y terrorismo en el mar», ob. cit.)

<sup>43</sup> J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit pp. 356-360. R. Regueiro Dubra critica estas autorizaciones del Consejo de Seguridad y la utilización de las fuerzas armadas (Armada) en la respuesta internacional a la piratería, en «El uso de la fuerza en el mar y la operación Atalanta de la Unión Europea», en *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, ob. cit. pp. 147 y 148.

<sup>44</sup> J. Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, ob. cit., p. 105. A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. pp. 240 y 241. A. Martínez Alcañiz, «Cuestiones jurídicas sobre la piratería...», art. cit. p. 231.

seguridad de la navegación marítima y, en segundo término, la vida, integridad corporal, libertad y bienes de la tripulación y personas a bordo del buque apresado, así como la propiedad del propio buque y su carga.

Habitualmente se trata de un crimen colectivo cometido por los miembros de una asociación delictiva (tripulación del buque pirata, buque nodriza o infraestructura en tierra). Los sujetos activos<sup>45</sup> de la acción típica son las personas que realizan los actos ilegales de violencia, detención o depredación y que pertenezcan a la tripulación o pasajeros de un buque o aeronave privados (buque pirata), conforme a los artículos 101 y 103 de la CNUDM-1982, pero también pueden serlo la dotación de un buque de guerra o la tripulación de una aeronave militar que se hayan amotinado y apoderado de nave para realizar tales acciones (art. 102 de la misma Convención).

El sujeto pasivo<sup>46</sup> de la acción es cualquier buque o aeronave o las personas o bienes a bordo de ellos, que se encuentren en alta mar (incluida la ZEE) o en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.

La acción típica<sup>47</sup> consiste en cualquier acto ilegal (mención que pone de relieve la antijuridicidad exigible) de violencia (homicidio, lesiones, amenazas o coacciones), de intimidación, de detención (secuestro) o de depredación (robo, extorsión, hurto, daños, incendio o estragos en el buque, su carga o bienes a bordo). Los verbos típicos que podrían describir mejor la acción delictiva son: «*intimidar o ejercer violencia*», presupuestos también para la detención o depredación. No se exige en la CNUDM-1982 que los piratas porten o hagan uso de las armas u otros medios peligrosos para intimidar o ejercer la violencia, pero será tan habitual que las citadas Resoluciones del Consejo de Seguridad califican de «*robo a mano armada*» los actos de violencia o depredación cometidos en las aguas territoriales de Somalia. En todo caso, el delito que guarda mayor semejanza con la piratería en el Código penal español<sup>48</sup> es el tipificado en su artículo 242 (robo con violencia o intimidación en las personas).

Como afirma A. Rodríguez Nuñez<sup>49</sup>, en la piratería se pueden dar todos los grados de participación (autoría, complicidad o auxilio no necesario).

---

<sup>45</sup> J. L. de Azcárraga y Bustamante, *Derecho del Mar*, ob. cit. p. 171. A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. pp. 250 y ss.

<sup>46</sup> J. Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, ob. cit., p. 109

<sup>47</sup> A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. pp. 243 y ss. J. M. Rodríguez Devesa y A. Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, ob. cit. p. 671. A. Martínez Alcañiz, «Cuestiones jurídicas sobre la piratería...», art. cit. p. 233 y 234.

<sup>48</sup> C. Suárez González, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 695 y ss. A. Serrano Gómez y A. Serrano Maillón, *Derecho Penal. Parte Especial*, 12.ª Ed. Dykinson, Madrid 2007, pp. 380-390..

<sup>49</sup> A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. pp. 254 y 255.

El apartado b) del artículo 101 de la CNUDM-1982 considera como piratería «*todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave piratas*». Se trata de incriminar la conducta que, en buena técnica penal, se calificaría como un supuesto de coautoría, cooperación necesaria (participación en la utilización de un buque o aeronave piratas) o contribución voluntaria a un crimen cometido por un grupo de personas que tenga una finalidad común (art. 25.3. d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

El apartado c) del mismo artículo 101 califica también como piratería «*todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente*». Se trata de dos conductas diferentes. La «*incitación*» (o provocación) puede ser punible como acto preparatorio del delito<sup>50</sup> (si así se establece en la ley penal), pero constituye una forma de autoría por inducción si a la incitación hubiese seguido la perpetración del delito (arts. 18 y 28, a) del Código penal español). La inducción se castiga también en el artículo 25.3.b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Otra cosa es el hecho de *facilitar* intencionalmente la piratería, que integra la complicidad, consistente en facilitar la comisión del crimen con actos de cooperación no necesaria (art. 29 del Código penal español y art. 25.3.c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

## B. ELEMENTO SUBJETIVO: EL «PROPÓSITO PERSONAL»

La piratería es un delito doloso o intencional, donde no basta el dolo genérico sino que se caracteriza por un dolo específico: el «*propósito personal*»<sup>51</sup>, que lo distingue de otros actos dolosos de violencia, detención o depredación que pueden cometerse sin este fin. Hay que precisar que el artículo 101 de la CNUDM-1982 no habla del lucro personal o latrocinio (*animus lucrandi o furandi*), que integraba la noción clásica de este crimen, sino de *propósito personal*. Y, para la doctrina<sup>52</sup>, el *propósito personal* es

<sup>50</sup> G. Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, ob. cit. pp. 82-83.

<sup>51</sup> J. L. de Azcárraga y Bustamante, *Derecho del Mar*, ob. cit. pp. 169 y 170. J. Cervera Pery, *El Derecho del Mar*. Evolución, contenido, perspectivas (De las Bulas Papales al Convenio de Jamaica), ob. cit. p. 122.

<sup>52</sup> J. L. de Azcárraga y Bustamante, *Derecho del Mar*, ob. cit. pp. 170 y 171. J.M. Sobrino Heredia «Piratería y terrorismo en el mar», ob. cit. A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. p. 222. F. Marín Castán, «Marco jurídico de la seguridad marítima», en *Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima*, p. 194

una noción más amplia que el ánimo de lucro, que es un concepto penal más restringido. En efecto, el ánimo de lucro, que es un elemento del delito de hurto en nuestro Código penal (artículo 234), consiste en la intención de obtener un beneficio económico o utilidad o provecho de cualquier clase que pueda perseguirse, excluyendo la finalidad de odio, venganza o propósito de destrucción. Exigencia, por cierto, criticada por la doctrina<sup>53</sup>.

Por tanto, puede integrar el *propósito personal* una conducta dolosa realizada con la intención de herir, secuestrar, dañar o destruir por razones de odio o venganza personal, ajenas a la obtención de un provecho económico. No faltan autores<sup>54</sup> que estiman posible la concurrencia, dentro de este elemento subjetivo, de motivos políticos, sociales o religiosos, aunque advierten el riesgo de asimilación de la piratería con el terrorismo. Sin embargo, creemos más segura la distinción entre los propósitos personales o privados por un lado y, por otro, la intención de carácter político o que persigue algún propósito público y colectivo<sup>55</sup>. En este mismo sentido, A. Rodríguez Nuñez<sup>56</sup> considera con acierto que al *propósito personal* debe darse un sentido más amplio que el beneficio pecuniario (algún tipo de satisfacción como la venganza), excluyendo los fines intrínsecamente políticos, religiosos o racistas. Esta autora pone como ejemplo, para excluir la piratería, los motivos personales políticos como los actos realizados para llamar la atención contra el régimen político de un Estado.

El propósito personal, por otra parte, sirve para distinguir este delito de los de insurrección, rebelión, sedición, secuestro o coacciones con finalidad política o social o terrorismo marítimo<sup>57</sup>.

Con independencia de la dificultad añadida de prueba que acompaña a todos estos elementos subjetivos del injusto, resulta en ocasiones problemática la interpretación de lo que ha de entenderse por *propósito personal*, que no puede llevarnos a desnaturalizar la noción tradicional de piratería centrada en el ánimo de lucro o depredación. Ahora bien, no cabe duda que los actos ilegales de violencia, intimidación, detención o depredación que

---

<sup>53</sup> A. Serrano Gómez y A. Serrano Maillo, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 355.

<sup>54</sup> F. Marín Castán, «Marco jurídico de la seguridad marítima», en *Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima*, p. 194

<sup>55</sup> J.M. Sobrino Heredia «Piratería y terrorismo en el mar», ob. cit. Ver también, Djamid Momtaz, « La piraterie en haute mer », en *Droit international pénal*, p. 506. J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit pp. 332-334.

<sup>56</sup> A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. p. 245.

<sup>57</sup> Ver la acertada opinión de J. Jorge Urbina, en «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit p. 334.

se describen, realizados con fines políticos u hostiles durante un conflicto armado no integran el delito de piratería sino un crimen de guerra.

Por otra parte, dada la exigencia de dolo específico, no es posible cometer este delito por imprudencia.

### C. LA VISITA, LA CAPTURA, EL APRESAMIENTO Y EL ENJUICIAMIENTO

Conforme al artículo 110.1.a) de la CNUDM-1982, un buque de guerra en la alta mar puede ejercer el derecho de visita<sup>58</sup> sobre un buque extranjero que no goce de completa inmunidad cuando existan motivos razonables para sospechar que se dedica a la piratería. A estos efectos, la Resolución 1851 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas invita a los Estados y organizaciones regionales que luchan contra la piratería frente a las costas de Somalia a concertar acuerdos con países dispuestos a asumir la custodia de los piratas con el fin de embarcar en los buques de guerra agentes del orden («*shipriders*»)<sup>59</sup> de esos países para facilitar la investigación y el enjuiciamiento de las personas detenidas.

En cuanto al apresamiento por causa de piratería, solo lo podrán llevar a cabo los buques de guerra o las aeronaves militares<sup>60</sup>, u otros buques o aeronaves que llevan signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y estén autorizados para tal fin (art. 107 de la CNUDM-1982).

De acuerdo con el artículo 105 de la misma Convención, todo Estado puede apresar, en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave capturados como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas. Se distingue así entre la captura y el apresamiento, que se podrán realizar no solo cuando los piratas sean sorprendidos en flagrante delito sino también cuando existan pruebas de que han realizado «*actos de piratería*».

Las consecuencias del apresamiento, según el aludido precepto, serán la detención de las personas que se encuentren a bordo de la nave pirata

---

<sup>58</sup> C. Jiménez Piernas, «Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el derecho internacional», art. cit. p.17. D. Momtaz, «La haute mer», en *Traité du Nouveau Droit de la Mer* (R-J. Dupuy y D. Vignes), p. 370

<sup>59</sup> F. del Pozo, «Aspectos operacionales de la lucha contra la piratería en Somalia», art. cit.

<sup>60</sup> A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. p. 231. No creo que esta facultad pueda corresponder a los buques de compañías militares y de seguridad privadas contratados por un Gobierno, por lo menos en alta mar, como opina J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit pp. 342.



y la incautación de los bienes que se encuentren a bordo<sup>61</sup>, incluidos los medios e instrumentos del delito. Siguiendo el precedente del artículo 19 de la Convención sobre Alta Mar de 1958, el último párrafo del citado artículo 105 de la CNUDM-1982 dispone:»*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, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe*». Así, la doctrina internacionalista sostiene la competencia del Estado captor para enjuiciar a los piratas y esta especie de jurisdicción universal se funda en la ausencia del criterio de territorialidad, al cometerse el crimen fuera de la jurisdicción penal de los Estados. Se trata, sin duda, de una excepción convencional a la competencia de los Tribunales de la nacionalidad del buque capturado, de los piratas o de sus víctimas<sup>62</sup>.

#### D. LA IMPERDONABLE LAGUNA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995

El delito de piratería figuraba en algunos textos históricos españoles<sup>63</sup> como las Siete Partidas, la Nueva y Novísima Recopilación, las Ordenanzas Generales de la Armada, los Códigos penales<sup>64</sup> de 1822 y 1848, el Código penal de la Marina de Guerra de 1888, el Código penal de 1944 (revisado en 1963 y 1973) y las Leyes Penales y Disciplinarias de la Marina Mercante de 1923 y de 1955. Está última y el Código de Justicia Militar de 1945 lo sometió a la jurisdicción militar española hasta 1980. Ciertamente fueron justificadas las críticas doctrinales sobre su regulación, indefinición, duplicidad en la tipificación (Código penal y Ley Penal y Disciplinaria de la Ma-

---

<sup>61</sup> J. L. de Azcárraga y Bustamante, *Derecho del Mar*, ob. cit. p. 170. Ver también, A. Oehling de los Reyes, «Los derechos del detenido en caso de apresamiento del buque pirata en alta mar», en *Revista General de Marina*, marzo de 2009, pp. 251-258.

<sup>62</sup> D. Momtaz, «La haute mer», en *Traité du Nouveau Droit de la Mer* (R-J. Dupuy y D. Vignes), p. 373. J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit pp. 343 y 344.

<sup>63</sup> Ver una excelente exposición histórica en: A. Corrales Elizondo, «Soluciones jurídicas actuales en relación a la piratería y otros delitos graves en la mar», trabajo citado. L. García Arias, «La piratería como delito del Derecho de Gentes, en *Estudios de historia y doctrina de Derecho internacional*, Madrid, 1964. Sobre los antecedentes convencionales, ver: J. L. de Azcárraga y Bustamante, *Derecho del Mar*, ob. cit. p. 166. Del mismo autor, *El curso marítimo*, Madrid 1950. Ver también, A. Martínez Alcañiz, «Cuestiones Jurídicas sobre la piratería en la mar», art. cit. pp. 231 y ss.

<sup>64</sup> Ver un completo estudio sobre los antecedentes legales de la piratería en España en A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. pp. 224-229.

rina Mercante) y atribución competencial a la jurisdicción militar<sup>65</sup>, pero al menos el crimen estaba tipificado en el ordenamiento penal español.

La Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante fue derogada por la Ley de Puertos y Marina Mercante de 24 de noviembre de 1992, sin que se inmutara el legislador penal ordinario que no cayó en la cuenta de la atipicidad de algunos delitos náuticos. Quedaban, naturalmente, los criticados artículos 138 y 139 del Código penal que castigaban la piratería sin definirla.

Se promulga, a los pocos años, el nuevo Código penal español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), en el que no se tipifica el delito de piratería. Comentando su Título XXIV «*Delitos contra la Comunidad Internacional*» y la no incriminación de la piratería, pude entonces escribir<sup>66</sup> que ciertamente «*son todos los que están*» (delitos contra el derecho de gentes, genocidio y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado), pero «*no están todos los que son*» en alusión concreta al delito de piratería.

A. Rodríguez Nuñez<sup>67</sup> ha criticado con sobrada razón esta omisión, al estimar que España incumple la Convención de Ginebra sobre el Alta Mar (y, posteriormente la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar) y además no podrá concederse la extradición del pirata por no cumplirse el principio de identidad normativa o de doble incriminación. (art. 3 de la Ley 4/1985, de Extradición Pasiva). Recordemos que el artículo 100 de la aludida CNUDM-1982 establece el deber de los Estados de cooperar en la represión de la piratería<sup>68</sup>.

La omisión resulta imperdonable cuando reparamos que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (siguiendo el precedente del artículo 350-12.º de la anterior de 1870) estableció la competencia de la jurisdicción española «*para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según*

---

<sup>65</sup> J. Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, ob. cit., p. 106 y ss. J. M. Rodríguez Devesa y A. Serrano Gómez, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ob. cit. p. 669 y ss.

<sup>66</sup> J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Delitos contra la Comunidad Internacional», en VIII Seminario «Duque de Ahumada». Seguridad Nacional-Seguridad Internacional, Ministerio del Interior, Madrid 1997, p. 56. J.A. Fernández Ropera, «La mar y el Derecho penal», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 72, julio-diciembre de 1998, p. 224. F. Marín Castán, «Marco jurídico de la seguridad marítima», ob. cit. p. 200. A. Oehling de los Reyes, «Los derechos del detenido en caso de apresamiento del buque pirata en alta mar», art. cit. pp. 252 y 253.

<sup>67</sup> A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. pp. 257-260

<sup>68</sup> J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit pp. 340, 341.

*la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:...c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves»* (art. 23. 4).

Ninguna de las numerosas reformas de nuestro Código penal (alguna tan extensa como la realizada por Ley Orgánica 15/2003)<sup>69</sup> reparó en esta grave laguna hasta que los actos de piratería frente a las costas de Somalia (particularmente el secuestro del pesquero español *Playa de Baquío*) alertó a la opinión pública española. Y el secuestro del atunero *Alakrana* precipitó el envío (el día 13 de noviembre de 2009) por el Gobierno a las Cortes del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal, que incluye la tipificación del delito de piratería, que analizaremos más adelante.

¿Como juzgar hoy en España a los piratas capturados por un buque de guerra español? Es verdad que el Código penal español castiga, entre otros<sup>70</sup>, en su artículo 242 el robo con violencia o intimidación en las personas (sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder a los actos de violencia física que se realizasen), agravando la sanción en el caso de que el delincuente hiciera uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevare, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.

Y este delito se corresponde con la calificación de «*robo a mano armada*»<sup>71</sup> a que refieren las mencionadas Resoluciones 1816, 1836, 1846 y 1851 del Consejo de Seguridad, cuando aluden a los «*incidentes*» (actos de violencia y depredación) realizados dentro de las aguas territoriales de Somalia, con el consentimiento del Gobierno Federal de Transición de éste país y la autorización del propio Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta. En estos supuestos se limita a exhortar a los Estados a que cooperen «*para determinar la jurisdicción*», sin atribuirles la jurisdicción universal (Resoluciones 1816 y 1846).

Naturalmente, las acciones de piratería pueden también ser calificadas en otros preceptos del Código penal español, dando lugar a numerosos supuestos concursales. Ante todo, como la piratería es un delito colectivo, sus autores podrían ser castigados por el delito de asociación ilícita previsto en

---

<sup>69</sup> J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «La reforma del Código penal español por la Ley Orgánica 15/2003: Un paso al frente en la «criminalización» de la barbarie», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 82, julio-diciembre de 2003, pp. 197 y ss.

<sup>70</sup> A. Rodríguez Nuñez, además del artículo 242, cita los artículos 238 (robo con fuerza en las cosas), 240, 264-(daños) y 346 (estragos), en «El delito de piratería», art. cit. pp. 259 y 260.

<sup>71</sup> C. Jiménez Piernas, «Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el derecho internacional», art. cit. p. 19.

los artículos 515 a 521 del Código penal. Estima la doctrina<sup>72</sup> que, desde el punto de vista criminológico, la asociación para delinquir tiene una estructura organizada, compuesta por tres o más sujetos y normalmente dirigida por uno de ellos, lo que concuerda con el modo de actuar histórico y actual de los piratas. Pero, paradójicamente, no serían punibles como responsables de un delito de asociación ilícita de piratería (al no estar tipificado este crimen en nuestro ordenamiento jurídico), sino de asociación para robo con violencia o intimidación en las personas, robo a mano armada o secuestro, entre otros (art. 515-1.º). Ahora bien, como la competencia de la jurisdicción penal española (por la referida ausencia de la incriminación de la piratería) y en el caso de extranjeros fuera del territorio nacional, solo podría basarse en el criterio de competencia territorial establecido en el número 1 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («...delitos y faltas...cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, ...»), sería bien dudoso que este nexo territorial pudiera abarcar el delito de asociación ilícita, que se consuma con la constitución de tal asociación criminal.

Otro de los delitos probables, a la vista de la acción de los piratas en el atunero español *Alakrana*, es la detención ilegal o secuestro, en particular el secuestro de personas con exigencia de una condición (normalmente económica) para ponerlas en libertad, previsto en el artículo 164 del Código penal y castigado con severas penas (seis a diez años o, cuando el encierro o detención haya durado más de quince días, diez años y un día a quince años), teniendo en cuenta además que habrá tantos delitos como personas secuestradas en un mismo acto, en cuyo supuesto se aplicarán las reglas del concurso ideal del artículo 77 del Código penal<sup>73</sup>.

Asimismo es posible que en la ejecución de actos de piratería se cometa el delito de robo con fuerza en las cosas (art. 238), de daños (art. 263) o de estragos (art. 346, todos del Código penal). Y ello sin perjuicio de la lesión para la vida, integridad física o salud de la tripulación o pasaje del buque capturado por los piratas, hechos que se castigarán separadamente.

Ahora bien, ¿donde se fundaría la hipotética competencia de la Audiencia Nacional española para conocer de un crimen cometido por extranjeros fuera del territorio nacional, si la piratería no está tipificada en la ley penal española? Porque el robo previsto en el artículo 242 del Código penal y los restantes delitos a los que hemos hecho mención, cometidos fuera del territorio nacional, solo pueden perseguirse en España siempre

---

<sup>72</sup> A. Serrano Gómez y A. Serrano Maillo, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 956. M. Cancio Melia, *Comentarios al Código penal*, ob. cit. pp. 1284 y ss.

<sup>73</sup> A. Serrano Gómez y A. Serrano Maillo, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 162 y 163.

que fueren perpetrados a bordo de buques o aeronaves españoles o si los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad (artículo 23, números 1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Todas estas soluciones legales son altamente insatisfactorias porque dejan fuera de la competencia de los Tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento (art. 105 de la CNUDM-1982) numerosas acciones que integran el crimen internacional de piratería, socavan la eficacia de su persecución universal y violan el deber de cooperación de todos los Estados (art. 100 de la citada Convención). Además, han conducido a decisiones judiciales contradictorias y a la entrega de los presuntos piratas capturados para ser enjuiciados por los Tribunales de algunos Estados próximos (Kenia<sup>74</sup> u otros Estados de la zona) o incluso por los «Tribunales» de la Administración de Puntland<sup>75</sup>, región somalí autónoma que no está reconocida como Estado independiente.

#### E. LAS SOLUCIONES DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Con razón afirma A. Rodríguez Nuñez<sup>76</sup> que en el Derecho comparado se recoge la piratería con diferentes enfoques, incluyendo este delito en el Código penal, de forma expresa o no, en leyes especiales u optando por un sistema mixto (Código penal y leyes especiales).

Reciente información, comprobada y puesta al día, nos indica que Australia, Bélgica, Grecia, Italia, Países Bajos, Federación Rusa, Tanzania y Estados Unidos de América han tipificado y penado específicamente el delito de piratería en su legislación nacional. En Estados Unidos es reconocido además el principio de jurisdicción universal para la persecución de la piratería, que se plasma en la Enmienda de la Ley de Relaciones Internacionales<sup>77</sup> y en la jurisprudencia de éste país<sup>78</sup>. Japón, lo mismo que España, prepara una modificación de su legislación nacional para criminalizar la piratería. La República de Corea estima que basta para perseguir el

<sup>74</sup> J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit p. 344 y nota 63.

<sup>75</sup> E. Vega Fernández, «El escenario» en Crisis somalí, piratería e intervención internacional, ob. cit. pp. 60 y 61.

<sup>76</sup> A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. pp. 216 y ss.

<sup>77</sup> Instituto de Derecho Norteamericano (ed. 1987, párrafo 404). La Tercera Enmienda dispone: «Un Estado tiene jurisdicción para definir y determinar castigos para ciertos delitos reconocidos por la comunidad internacional como de incumbencia universal, como la piratería...»

<sup>78</sup> Estados Unidos v. Layton (Apelación, 1981), «Las naciones han comenzado a extender su jurisdicción (universal) a...crímenes que en la época moderna son considerados como una gran amenaza para el bienestar de la comunidad internacional, como lo es la piratería».

delito de piratería con el artículo 105 de la CNUDM-1982, de acuerdo con su Constitución. En Italia está tipificada la piratería en los artículos 1135 y 1136 del *Codice Della Navigazione* de 1942.

Algunos Estados no han tipificado específicamente el crimen de piratería pero han criminalizado otros tipos de ataques a los buques. Así lo dispone la legislación nacional de Dinamarca, Alemania, China o Noruega. Concretamente el párrafo 316c del Código Penal Alemán (StGB) castiga los ataques al tráfico marítimo y aéreo utilizando la violencia para obtener el dominio sobre un barco empleado en el tráfico marítimo e incrimina a quien utilice armas de fuego o llegue a provocar una explosión o incendio para destruir o dañar un barco o su carga<sup>79</sup>.

Por otra parte, el delito de robo aplicable a los que se cometen en la mar está previsto y penado en las normas penales de Francia, Alemania, Grecia, Italia, Japón, Países Bajos, Noruega, Portugal, España y Estados Unidos de América. Estos países también han criminalizado el secuestro de personas. Y China, Alemania y Estados Unidos la toma de rehenes<sup>80</sup>. Así, el Código Penal de Francia<sup>81</sup> castiga en su artículo 311-9 con severas penas (quince años de reclusión y multa) el robo cometido por un miembro de una organización criminal, con la pena de veinte años de reclusión y multa cuando haya sido precedido, acompañado o seguido de violencia en las personas y con la pena de treinta años de reclusión y multa cuando haya sido cometido, bien mediante el uso o la amenaza de un arma, o bien por una persona portadora de un arma sujeta a autorización o cuya tenencia estuviera prohibida. Y el artículo 224-6 castiga con la pena de veinte años de reclusión criminal el hecho de apoderarse con violencia o intimidación de una aeronave o un buque o cualquier otro modo de transporte a bordo de los cuales se encuentren personas.

Varios Estados (Dinamarca, Alemania, Italia, Portugal, Estados Unidos de América o España) castigan otros tipos de delitos violentos que pueden relacionarse con la piratería, como el asesinato, lesiones corporales, actos de violencia, daños, participación en una organización criminal, delitos contra las personas o contra la propiedad.

La mayor parte de los Estados mencionados asimismo han criminalizado otras formas de ejecución o participación en estos delitos como la

---

<sup>79</sup> *Código penal Alemán StGB. Código Procesal penal Alemán StPO*, E. Eiranova Encinas (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 173-174.

<sup>80</sup> Ver la excelente obra de M. Abad Castelos, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, M. del Interior, Madrid, 1997, en particular pp. 86, 130 y 255 y ss.

<sup>81</sup> C. Aranguez Sánchez y E. Alarcón Navío, *El Código Penal Francés*. Traducido y anotado, 2.<sup>a</sup> Ed., Comares, Granada, 2003, p. 160. Ver también, A. Rodríguez Nuñez, «El delito de piratería», art. cit. p. 218

tentativa, la conspiración, el auxilio, la incitación, la participación en la organización, la complicidad y el asesoramiento.

#### F. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN EL CRIMEN DE PIRATERÍA

Cuando nos referimos a la jurisdicción universal de los Estados en materia criminal entendemos que se trata de la atribución de jurisdicción a sus Tribunales penales por determinados delitos, independientemente del lugar de comisión o la nacionalidad del perpetrador<sup>82</sup>. La piratería se encuentra, como la esclavitud, el genocidio y los crímenes de guerra, entre los crímenes sometidos a la jurisdicción universal por el derecho internacional consuetudinario<sup>83</sup>. En este caso, además, por el derecho de los tratados (CNUDM-1982 y normas convencionales anteriores). Si distinguimos entre una jurisdicción universal obligatoria por los delitos sobre los que los Estados deben ejercer tal jurisdicción universal y otra facultativa, según la cual los Estados pueden (pero no están obligados) a ejercerla, el crimen de piratería pertenece a la primera. La mencionada Convención (arts. 100 y 105) exige que los Estados (cualquier Estado) ejerzan jurisdicción<sup>84</sup>.

Naturalmente hablamos de una auténtica jurisdicción universal y no de una jurisdicción limitada que exige otros nexos competenciales, como la llamada jurisdicción universal territorial (presencia del acusado en el territorio nacional), nacionalidad del sujeto activo o pasivo (principios de personalidad activa o pasiva) o afectación a los intereses nacionales. Exigencias que, como afirmó para el delito de genocidio el Tribunal Constitucional español (Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez) en su sentencia de 26 de septiembre de 2005 (caso de Guatemala), la harían irreconocible, puesto que el artículo 23.4 instauraba (antes de la Ley Orgánica 1/2009) un principio de jurisdicción universal absoluto<sup>85</sup>. Esta importante sentencia, después de afirmar que la concepción de la jurisdicción universal en

---

<sup>82</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra*, Documento informativo, en Revista Española de Derecho Militar n.º 86 (jul-dic. 2005), pp. 507 y ss.. Jorge Pueyo Losa, «Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia», en Revista Española de Derecho Militar, n.º 83, enero-junio 2004. Henckaerts, Jean Marie y Doswald-Beck, Louise (Eds.), *Customary International Humanitarian Law* (2 tomos), CICR y Cambridge University Press, 2005.

<sup>83</sup> Albin Eser, *Hacia un derecho penal global*, Ed. Comares, Granada, 2009, 145 pp., en especial pp. 105 y ss.

<sup>84</sup> J. Jorge Urbina, «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit p. 340 y 341.

<sup>85</sup> Ver esta sentencia, numerosos estudios doctrinales, documentos, legislación española, convenios internacionales y legislación comparada en REVISTA ESPAÑOLA DE

el derecho internacional vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses nacionales, recoge una definición de tal jurisdicción en materia penal: «*la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa y pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional*».

Algunos países, como Francia, Alemania, Grecia, Italia, Japón, República de Corea, Países Bajos, Noruega y España tienen establecida la jurisdicción de sus Tribunales para juzgar a los acusados de piratería, robo o ataques al tráfico marítimo capturados en la alta mar (jurisdicción universal). Otros, como China, Dinamarca, Portugal y la Federación Rusa se remiten a las disposiciones de los Convenios internacionales. Finalmente para Tanzania y Estados Unidos de América es irrelevante el lugar de captura para determinar la jurisdicción penal.

La primitiva redacción del artículo 23.4. de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecía la competencia sin limitaciones de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como:...c) *Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves*».

Ahora bien, recientemente se ha aprobado la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Esta reforma afecta profundamente al artículo 23.4 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial y, aunque mantiene el tenor literal de su apartado c): *Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves*, limita la jurisdicción universal añadiendo el párrafo siguiente: «*Sin perjuicio de lo que puedan disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles*».

En definitiva se establece, para los graves delitos que enumera (entre los que está la piratería) una jurisdicción universal limitada de forma alternativa por razón territorial (presencia en España de los presuntos res-

---

DERECHO MILITAR, n.º monográfico sobre la Justicia Penal Internacional en el Siglo XXI, n.º86, julio-diciembre 2005, pp. 463-496.



ponsables), por el sujeto pasivo o víctima (de nacionalidad española) o por el muy abstracto criterio del vínculo de conexión relevante con España. Seguidamente se determina, en todo caso, el carácter subsidiario de la jurisdicción penal española cuando en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional se haya iniciado una investigación o persecución efectiva. Este último criterio había sido ya acogido, respecto a hechos para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte Penal Internacional, en el artículo 7, números 2 y 3 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de septiembre, de cooperación con la aludida Corte<sup>86</sup>. Para Alvin Eser<sup>87</sup> uno de los asuntos más apasionantes, en el que no podemos entrar en este trabajo, consiste en la relación de la Corte Penal Internacional con las jurisdicciones penales nacionales, en particular cuando conocen de un proceso en virtud del principio de jurisdicción universal.

En relación con el crimen de piratería, se debe tener en cuenta –en mi opinión– que la cláusula de salvaguardia del nuevo párrafo de la reforma española («*Sin perjuicio de lo que puedan disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España*») puede interpretarse como una alusión, entre otras, a la CNUDM-1982 (arts. 100 y 105) y salvar el ejercicio de la jurisdicción universal para el delito de piratería, atribuyendo la competencia a los Tribunales españoles sin las limitaciones que ahora se introducen en el precepto. Naturalmente quedaría a salvo (*en todo caso*) su carácter subsidiario cuando conozca otro Estado competente (y se produzca una investigación y persecución efectiva) o un Tribunal (penal) Internacional. Pero sigue siendo un obstáculo insuperable la falta de tipificación de la piratería en el ordenamiento penal español.

## G. EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 2009

### 1. El largo camino de la incriminación de la piratería en el Código penal

Afirma H-H. Jescheck<sup>88</sup> que solamente el derecho penal estatal podría proteger con sus propias normas al Derecho internacional, transformando

---

<sup>86</sup> Ver una crítica de este criterio en J. Pueyo Losa, «Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia», art. cit., en particular pp. 53 y ss. Ver también A. Remiro Brotons, «Crímenes internacionales, jueces estatales», en «Política Exterior», vol. XXIV, marzo-abril, 2010, n.º 134, pp. 59-68.

<sup>87</sup> Albin Eser, *Hacia un derecho penal global*, ob. cit. pp. 127 y ss.

<sup>88</sup> H-H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1981, p. 161

los deberes jurídicos impuestos al Estado en deberes del individuo sancionados penalmente.

Así pues, una solución que no debe demorarse, pero que no se puede alcanzar a muy corto plazo<sup>89</sup>, sería la tipificación en nuestro Código penal del delito de piratería, como hizo el Anteproyecto (aprobado por el Consejo de Ministros en el lejano noviembre de 2008) de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 por la «necesidad de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea, y se conforma recogiendo los postulados del Convenio de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del mar y de la Convención sobre la navegación marítima firmado en Roma el 10 de marzo de 1988» (Exposición de Motivos). En efecto, el Anteproyecto añadía un nuevo Capítulo (Delito de piratería) integrado por los artículos: 616 *quater* y 616 *quinquis*. El primero disponía: «El que con violencia, intimidación o engaño, de apoderarse, dañe, destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de la misma, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años. En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos».

Después de una larga tramitación que se extendió durante casi todo el año 2009, con informes del Consejo Fiscal, Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado, el Consejo de Ministros remitió el día 13 de noviembre de 2009 al Congreso de los Diputados el Proyecto de Reforma del Código penal, que incorpora al Título XXIV «Delitos contra la comunidad internacional» un nuevo Capítulo V «Delito de piratería», integrado por los artículos 616 *quater* y *quinquis*. El artículo 616 *quater* contiene la siguiente redacción:

*«El que con violencia, intimidación o engaño, de apoderarse, dañe, destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de la misma, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años. En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos».*

Ahora bien, en el supuesto de que éste proyectado artículo se incorpore al Código penal, ¿no se desnaturaliza el crimen internacional de piratería al no respetar la definición del artículo 101 de la CNUDM-1982? Repárese en que no se exige su comisión en alta mar (o en la ZEE) sino «en el mar»,

---

<sup>89</sup> F. Marín Castán, «Marco jurídico de la seguridad marítima», ob. cit. pp. 200-203

no se necesita el «*propósito personal*» de sus autores, no se determina el sujeto activo del delito y el sujeto pasivo de la acción se extiende a «*otro tipo de embarcación o plataforma en el mar*»<sup>90</sup>. Naturalmente los Estados son muy dueños de tipificar la piratería como estimen conveniente, pero como afirma la doctrina<sup>91</sup> en los crímenes contra el Derecho internacional se debe aspirar a una *conformidad de los tipos penales nacionales con los internacionales lo más amplia posible*. Es verdad que hay que ser consciente de lo inadecuada y anticuada que resulta la definición convencional y consuetudinaria de la piratería<sup>92</sup>. Pero si no se ajusta el tipo penal a la definición de la CNUDM-1982, ¿pueden los tribunales del Estado captor atribuirse la competencia, en virtud de la jurisdicción universal que le atribuye este Convenio internacional, para juzgar a los detenidos?

## **2. ¿Nos hemos olvidado de la preconstitucional Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea?**

Por otra parte, en lo que atañe a la protección penal de las aeronaves (destrucción o apoderamiento), la redacción del Proyecto de modificación del Código penal entra en relación de alternatividad con los delitos previstos y penados en los artículos 13 (destrucción maliciosa de aeronave) y 39 (apoderamiento con violencia o intimidación de una aeronave) de la vigente y preconstitucional Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea. Con razón denuncia la doctrina<sup>93</sup> que no se ha modificado la legislación penal especial de forma paralela al Código penal de 1995, por lo que se dan situaciones discordantes en los textos especiales con respecto al vigente Código penal. Por lo menos el sistema de penas ha sido adaptado por la Disposición Transitoria undécima de la Ley Orgánica 10/1995, por el que se aprueba el nuevo texto punitivo común. Y la Ley Orgánica 1/1986, de 8 de enero, suprimió la jurisdicción aeronáutica atribuyendo la competencia a la jurisdicción ordinaria. Pero convendría estudiar el Título I del Libro Primero de la Ley 209/1964 (Disposiciones generales) y el Título II (Delitos contra la seguridad de la aeronave, contra

---

<sup>90</sup> Comparte esta crítica J. Jorge Urbina en «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit p. 346. Al proyecto del Gobierno ha presentado el Grupo Parlamentario Popular una enmienda en el Congreso de los Diputados proponiendo una tipificación de la piratería más acorde con el Convenio de Montego Bay (Jamaica).

<sup>91</sup> Albin Eser, Hacia un derecho penal global., ob. cit. p. 124.

<sup>92</sup> F. Marín Castán, «Marco jurídico de la seguridad marítima», ob. cit. p. 201.

<sup>93</sup> A. Serrano Gómez y A. Serrano Maillo, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1163.

el tráfico aéreo, contra el Derecho de Gentes y contra la autoridad, abuso de autoridad y negligencia en el ejercicio del mando, delitos de falsedad, delitos contra la propiedad y delitos de imprevisión, imprudencia o impericia en el tráfico aéreo) para ver hasta que punto muchas de estas disposiciones y tipos ya se encuentran previstos en el vigente Código penal y, por tanto, plantean a los Tribunales enojosas relaciones de alternatividad. Sería preciso determinar, a su vista, si procede mantener (modificándola en lo preciso) esta legislación penal especial o integrar sus preceptos en el Código penal común. Así, con la redacción del Proyecto que comentamos (en el Capítulo de la piratería), se ahonda en este defecto de técnica legislativa por lo que se refiere a dos importantes delitos aeronáuticos (destrucción y apoderamiento ilícito de aeronaves).

### **3. Propuesta de una solución basada en el Derecho Penal Internacional y en la legislación penal extranjera**

Una solución, *de lege ferenda*, podría ser la incorporación al Código penal de un delito de piratería cuya estructura fuera fiel a la definición de este crimen establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (art. 101), incluyendo las acciones típicas (acto de violencia, detención o depredación), el elemento subjetivo (propósito personal), los sujetos activos y pasivos, el lugar de comisión, las formas de participación y la cooperación (necesaria o no). Esta definición resolvería el problema de la aplicación del principio de jurisdicción universal establecido en el artículo 105 de la mencionada Convención en relación con la que hemos denominado *cláusula de salvaguardia* del artículo 23. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009.

Ahora bien, como esta tipificación dejaría sin incriminar algunas conductas similares que hoy perpetran los piratas, podría incorporarse al mismo capítulo (que podría denominarse: *Piratería y delitos contra la seguridad de la navegación*) un delito nuevo al estilo del párrafo 316 c del Código penal alemán (StGB). Este tipo, residual respecto de la piratería, castigaría a quien, utilizando la violencia, intimidación o engaño, impida la navegación, se apodere, controle, destruya o dañe una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente o secuestre a las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo. El delito podrá ser perpetrado en cualquier espacio marítimo o aéreo. Este crimen se debería castigar con una pena agravada cuando se utilicen armas de fuego o se provoque una explosión, incendio, naufragio o varada para conseguir los

resultados previstos en el tipo básico. En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondría sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.

Sería necesario también, para completar la persecución penal y atribuir la jurisdicción a los Tribunales españoles, modificar el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, párrafo *c*), con la siguiente redacción: *Piratería, delitos contra la seguridad de la navegación y apoderamiento ilícito de aeronaves*. Con esta propuesta no se pretende una atribución de competencia, respecto de este delito residual, en virtud del principio de jurisdicción universal (absoluta), sino la más limitada que establece la Convención de Roma de 1988 (SUA), que analizaremos más adelante. Y no se puede olvidar, como hemos escrito antes, la necesidad de resolver los problemas de alternatividad que plantearía una reforma de los preceptos del Código penal y los supuestos incriminados en la preconstitucional Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea de 1964.

#### **4. Las dificultades de la proyectada tipificación de un delito de «piratería impropia» o «cuasi-piratería»**

Por otra parte, todavía es más problemática la atribución competencial sobre otro delito incluido en el mismo Capítulo V (Delito de piratería) del Proyecto de modificación del Código penal. Se trata del artículo 616 quinquies, que dispone: «1. *El que con ocasión de la prevención o persecución de los hechos previstos en el artículo anterior, se resistiere o desobedeciere a un buque de guerra, o aeronave militar u otro buque o aeronave que lleve signos claros y sea identificable como buque o aeronave al servicio del Estado, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años. 2. Si en la conducta anterior se empleare fuerza o violencia se impondrá la pena de diez a quince años de prisión*».

Esta conducta que, lógicamente debe ser incriminada, no constituye un delito de piratería (salvo que queramos desnaturalizarla, creando un delito de *piratería impropia* o *cuasi-piratería*), sino el de resistencia, desobediencia o atentado contra la autoridad o sus agentes, o incluso resistencia a fuerza armada, que ya están tipificados en los artículos 556, 550 y 554, respectivamente, del Código penal español<sup>94</sup>. Y ello porque la acción

---

<sup>94</sup> A. Serrano Gómez y A. Serrano Maillo, *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit. pp. 1012 a 1019.

del presunto culpable no tiene necesariamente relación con los actos de piratería<sup>95</sup>. Puede tratarse de una desobediencia o resistencia de un buque extranjero en alta mar ante el ejercicio legítimo del derecho de visita por un buque de guerra, de acuerdo con el artículo 110 de la CNUDM-1982, lo que no convierte al buque desobediente o resistente en pirata, si no lo es. En mi opinión, por tanto, no existe fundamento convencional en los artículos 100 a 107 de la mencionada Convención para incluir a este delito entre los perseguibles en virtud del principio de jurisdicción universal conforme al artículo 23.4.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Añade un obstáculo adicional la modificación efectuada en tal precepto por la Ley Orgánica 1/2009, al establecer (como hemos analizado) una jurisdicción universal limitada de forma alternativa por razón territorial (presencia en España de los presuntos responsables), por el sujeto pasivo o víctima (de nacionalidad española) o por el criterio del vínculo de conexión relevante con España.

#### H. LA APLICACIÓN DE LAS PREVISIONES DE LA CONVENCION DE ROMA DE 1988

Las dificultades para reconducir el terrorismo marítimo («*Achille Lauro*») a la tradicional noción de piratería<sup>96</sup> propiciaron que la Organización Marítima Mundial (IMO) lograra la aprobación en Roma de la Convención de 10 de marzo de 1988 (Convenio SUA) para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (seguida de un Protocolo de la misma fecha para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de las instalaciones fijas sobre la plataforma continental). Este Convenio ha sido modificado por un Protocolo de 14 de octubre de 2005, para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. Entre los actos ilícitos que se describen en el artículo 3.1. a) de la citada Convención figuran las acciones intencionales de personas que se han apoderado o ejercido el control de un buque mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación. Y es evidente que los crímenes de piratería<sup>97</sup> y de «*robo a mano armada*» están comprendidos en las prevenciones de la Convención de 1988, como

---

<sup>95</sup> F. Marín Castán sostiene una opinión diferente en «Marco jurídico de la seguridad marítima», ob. cit. p. 201.

<sup>96</sup> A. Corrales Elizondo, «Soluciones jurídicas actuales en relación a la piratería y otros delitos graves en la mar», trabajo citado. A. Goia, «Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità», en *Revista di Diritto Internazionale*, 1/2004, pp. 12 y 13.

<sup>97</sup> J.M. Sobrino Heredia, «Piratería y terrorismo en el mar», Ponencia presentada en el Coloquio Protección marítima y violencia en el mar, ob. cit. J. Jorge Urbina en «La coope-

se deduce de las referencias que hacen las Resoluciones 1846 y 1851 del Consejo de Seguridad.

La referida Convención dispone que las Partes podrán tipificar delitos (entre los previstos en la norma internacional) en su ordenamiento penal interno, establecer su jurisdicción para enjuiciarlos o aceptar la entrega de las personas responsables o sospechosas de su comisión. Y los gobiernos, las autoridades portuarias y administrativas, los dueños de buques, los navieros, los capitanes y las tripulaciones tomar las medidas oportunas para prevenir actos ilícitos cometidos contra la seguridad de la navegación marítima. Estos preceptos, sin embargo, no implican el reconocimiento por la Convención SUA de una jurisdicción universal<sup>98</sup> para perseguir los indicados delitos cuando puedan ser calificados como «*robo a mano armada*» y, por tanto, en mi opinión, no podría ser de aplicación el artículo 23.4.h) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción modificada por la Ley Orgánica 1/2009: «*Cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, en particular los Convenios de Derecho Internacional Humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España*»), para atribuir competencia a la jurisdicción penal española con fundamento en la Convención de 1988.

#### I. LA INDETERMINACIÓN JURISDICCIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO ESTATAL DE LA PIRATERÍA

El hecho de que el crimen de piratería no se encuentre tipificado en algunos ordenamientos penales de los Estados y la falta de atribución de la jurisdicción universal en el delito de «*robo a mano armada*», incluso cuando se pueda calificar como un acto ilícito contra la seguridad de la navegación, constituyen serios obstáculos para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de actos de piratería, aún respecto a los detenidos en flagrante delito.

---

ración internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit pp. 336 y ss.

<sup>98</sup> No obstante, puede sostenerse la aplicación del principio *aut dedere aut judicare*, basado en la cooperación internacional, por el que el Estado puede enjuiciar al presunto culpable que se encuentre en su territorio, con independencia de su nacionalidad o lugar de comisión del delito (J.M. Sobrino Heredia, « Piratería y terrorismo en el mar », ob. cit.). En el mismo sentido, J. Jorge Urbina en «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit pp. 338 y 339.

Por una parte, la citada Resolución 1846 (de 2 de diciembre de 2008) del Consejo de Seguridad insta a los Estados Partes en el Convenio de 1988 (SUA) a cumplir plenamente las obligaciones derivadas de éste, y a cooperar con el Secretario General de las Naciones Unidas y con la OMI a fin de crear la capacidad jurídica necesaria para el eficaz enjuiciamiento de las personas sospechosas de actos de piratería o «*robo a mano armada*» frente a las costas de Somalia. En consecuencia, como apunta C. Jiménez Piernas<sup>99</sup>, el Consejo de Seguridad recomienda la cooperación entre los Estados interesados (Estados del pabellón de nacionalidad de las víctimas, de nacionalidad de los autores de actos de piratería y robo a mano armada, incluso de los Estados vecinos dispuestos a colaborar en la custodia y enjuiciamiento de las personas detenidas) para resolver los problemas de jurisdicción y lograr el enjuiciamiento de los autores de estos crímenes.

Por otra parte, para J. Jorge Urbina<sup>100</sup> la prevención y erradicación de la piratería y robo a mano armada contra buques requiere que la cooperación internacional se oriente en el fortalecimiento de la capacidad del Estado ribereño para perseguir estos delitos en su mar territorial o aguas próximas a sus costas, en la obtención e intercambio de información relativos a tales crímenes y en la cooperación entre las autoridades estatales en la vigilancia y control de los espacios marítimos.

No han debido dar el fruto apetecido las recomendaciones contenidas en la citada Resolución 1848, puesto que catorce días más tarde el propio Consejo de Seguridad en la Resolución 1851 (de 16 de diciembre) debió reconocer que la falta de capacidad, legislación interna y claridad sobre la adopción de disposiciones<sup>101</sup> respecto de los piratas, después de que han sido capturados, ha impedido que se adopten medidas más firmes en el plano internacional contra los piratas frente a las costas de Somalia y, en algunos casos, ha hecho que éstos sean puestos en libertad sin comparecer ante la justicia. Ante éste panorama el Consejo se limita a reiterar las disposiciones del Convenio SUA.

---

<sup>99</sup> C. Jiménez Piernas, «Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el derecho internacional», art. cit. p. 19.

<sup>100</sup> J. Jorge Urbina en «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», art. cit pp. 349-351.

<sup>101</sup> Cosa diferente ha sido la Acción Común PESC del Consejo de la Unión Europea en el terreno operativo, denominada Operación Atalanta, que ha logrado éxitos notables en la disuasión y prevención de la piratería y robo a mano armada frente a las costas de Somalia. Ver F. Marín Castán, «Marco jurídico de la seguridad marítima», ob. cit. pp. 197-199. A. Martínez Alcañiz, «Cuestiones Jurídicas sobre la piratería en la mar», art. cit. pp. 246-249. Ver también, E. Díaz del Río Jáudenes, «La piratería en el cuerno de Africa», en Revista General de Marina, marzo 2009, pp. 217-228.



## IV. ALGUNAS SOLUCIONES JURÍDICAS POSIBLES

### A. CONSIDERACIONES GENERALES

Pero la indeterminación jurisdiccional para el enjuiciamiento estatal de la piratería no se deriva sólo de la falta de cumplimiento por los Estados de sus obligaciones convencionales. Algo tienen que ver con estos casos de increíble impunidad la arcaica definición de la piratería en la CNUDM-1982 (art. 101), el ancestral criterio de atribuir jurisdicción a los Tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento (art. 105), la necesidad de calificar como «*robo a mano armada*» auténticos actos de piratería cometidos en el mar territorial de los Estados o la ineficacia del Convenio SUA. Sin olvidarnos de las decisiones de conferir arbitrariamente la competencia penal para juzgar un crimen internacional, como si se tratara de un juego (*de oca a oca y tiro porque me toca*) de oportunidad política, a los Tribunales de la nacionalidad de los piratas, del pabellón del buque atacado, de la nacionalidad de las víctimas, de los Estados vecinos dispuestos a ejercer su jurisdicción o de cualquier otro Estado interesado, aunque no resulte ejemplar en el respeto de los derechos humanos y garantías del debido proceso.

### B. LAS RESPUESTAS POSIBLES A NIVEL REGIONAL

Ahora bien, existen razones para sostener que un enjuiciamiento regional de los responsables de delitos de piratería presenta ventajas de índole pragmática, frente a las complicaciones legales, prácticas y políticas que conlleva la persecución penal fuera de la zona, puestas de manifiesto a lo largo del secuestro del atunero español *Alakrana*.

Concretándonos a la piratería en el Océano Índico (aguas próximas a Somalia), inicialmente podría considerarse la competencia de los Tribunales de Somalia para juzgar los actos de piratería cometidos por sus nacionales en la alta mar (incluyendo la zona económica exclusiva próxima a sus costas) o dentro de su mar territorial. Sin embargo existen obstáculos legales, puesto que este Estado no es parte en importantes tratados internacionales (aunque ha ratificado la CNUDM-1982) y no ha establecido una legislación penal interna directamente aplicable al crimen de piratería. Si a ello se une la débil estructura estatal de Somalia se debe concluir que no es realista ésta solución en el momento actual. Y en el futuro pasaría por el reforzamiento del Estado somalí, por su capacidad diplomática para lograr los acuerdos necesarios para el funcionamiento de sus Tribunales y por su financiación.

Otra posibilidad consistiría en residenciar la persecución de la piratería en un Tribunal regional, bien creando mediante un Tratado un nuevo Tribunal de alcance regional (lo que implica la negociación, aprobación y ratificación de un Convenio internacional entre los Estados de la zona interesados) o dotando de competencias penales a alguno de los Tribunales Regionales existentes.

Entre éstos destacamos el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>102</sup>, con sede en Arusha (Tanzania), establecido por un Protocolo adoptado en Addis Abeba (Etiopía), en 1998 y que entró en vigor en enero del año 2004. Se trata de un Protocolo adicional a la Carta Africana<sup>103</sup> de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (Nairobi, 24 de junio de 1981) que creó esta institución jurisdiccional para resolver los conflictos interestatales y la protección de los derechos humanos, pero a la que no se le asignan competencias penales. En el momento actual casi la mitad de los 53 miembros de la Organización de la Unión Africana son partes en el aludido Protocolo (24 ratificaciones). En julio de 2004 la Asamblea de la Unión Africana decidió unificar el Tribunal Africano de Justicia, que había sido constituido por un Protocolo adoptado en Maputo en julio de 2003 (y que todavía no había entrado en vigor), con el referido Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>104</sup>.

En mi opinión, no es buena solución adicionar salas penales a los Tribunales de Derechos Humanos, puesto que se desnaturaliza la función protectora específica que realizan y se corre el riesgo de que no se tenga en cuenta la necesaria composición especializada que requiere un juicio criminal (jueces con dilatada experiencia penal y procesal), particularmente en el juicio oral que se celebra en primera instancia. Por otra parte, no han faltado críticas<sup>105</sup> a la demora de la puesta en funcionamiento real del Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos, por parte de organizaciones no gubernamentales africanas. A todos estos inconvenientes se unen las dificultades para lograr un acuerdo internacional entre los Estados africanos puesto que, naturalmente, habría que modificar la

---

<sup>102</sup> Ch. Heyns y M. Killander, «The African Regional Human Rights System», en *Internacional Human Rights Law in a Global Context* (eds. F. Gómez Isa y K. De Feyter), Humanitarian Net, University of Deusto, 2009, pp. 855 y ss.

<sup>103</sup> F. Castro-Rial Garrone, «La Carta africana de los derechos humanos y de los pueblos», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1984, n.º 2, pp. 491 y ss.

<sup>104</sup> Ch. Heyns y M. Killander, «The African Regional Human Rights System», en *Internacional Human Rights Law in a Global Context* (eds. F. Gómez Isa y K. De Feyter), ob. cit. p. 885.

<sup>105</sup> J. A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, ob. cit. p. 232.

estructura del Tribunal dotándolo de competencias penales para enjuiciar el crimen de piratería.

### C. LA SOLUCIÓN POR NORMAS INTERNACIONALES

En consecuencia, es urgente ofrecer soluciones en la lucha contra la impunidad y en el enjuiciamiento de los piratas que pasan, en mi opinión, por la reforma o adopción de normas internacionales que las Naciones Unidas deberían elaborar y los Estados ratificar en los plazos más breves posibles:

#### **1. Un Convenio internacional sobre la prevención y represión del crimen de piratería**

La primera solución consistiría en un Convenio internacional sobre la prevención y represión del crimen de piratería, con una nueva y amplia definición, el establecimiento de la jurisdicción universal para la persecución de éste delito y la determinación de las competencias de jurisdicciones concurrentes. Para J.M. Sobrino Heredia<sup>106</sup> la solución jurídica más completa sería la adopción de una Convención, similar al Acuerdo de Nueva York de 4 de agosto de 1995, revisora de la CNUDM-1982, para clarificar el concepto jurídico internacional de la piratería. Sin duda sería la mejor solución, pero el largo tiempo previsible para su entrada en vigor (por el lento recorrido de su elaboración y de las necesarias ratificaciones) no ofrece respuestas al problema en el corto y medio plazo.

#### **2. La modificación de la Convención de las Naciones sobre el Derecho del mar**

La segunda propuesta estaría integrada por la modificación de la CNUDM-1982, por lo que se refiere a la definición de piratería y competencias estatales para su enjuiciamiento. J.M. Sobrino Heredia<sup>107</sup> señala las razones para una revisión de la tipificación del delito internacional de piratería, aludiendo al ámbito espacial (lugar donde puede iniciarse y finalizar

---

<sup>106</sup> J.M. Sobrino Heredia, «Piratería y terrorismo en el mar», Ponencia presentada en el Coloquio Protección marítima y violencia en el mar, ob. cit.

<sup>107</sup> J.M. Sobrino Heredia, «Piratería y terrorismo en el mar», Ponencia presentada en el Coloquio Protección marítima y violencia en el mar, ob. cit

la persecución), concepto de buque pirata y buque autorizado para la captura, medidas preventivas contra los piratas en el mar territorial y aguas interiores de los Estados, así como la ampliación de los motivos o propósito personal de los piratas. Ahora bien, dadas las grandes dificultades que han existido para la aprobación y entrada en vigor de la Convención no se considera realista que pueda prosperar esta solución en un plazo razonable.

Dentro de este ámbito, podría pensarse en dotar de competencias penales para juzgar a los piratas al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, creado por el Anexo VI de la CNUDM-1982 y con sede en Hamburgo (R.F. de Alemania)<sup>108</sup>. La competencia de este Tribunal abarca a las controversias<sup>109</sup> y demandas que le sean sometidas de acuerdo con la citada Convención y a todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal (art. 21 del mencionado Anexo VI). Evidentemente se trata de un órgano judicial constituido para dirimir, fundamentalmente, las controversias entre los Estados Partes sobre la interpretación de la Convención y no para juzgar el crimen internacional de piratería, que la propia Convención confía a los Tribunales del Estado captor (art. 105).

A ello se une que, al adicionar salas penales, se desnaturaliza la función específica para la que fue creado el Tribunal y existe el riesgo (repetido en algunos Tribunales internacionales) de que, en su composición, no se otorgue el peso adecuado a los jueces con dilatada experiencia penal y procesal, necesaria en todo juicio criminal.

### **3. Un Tribunal Penal Internacional «ad hoc»**

La tercera iniciativa supondría la creación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de un Tribunal Penal Internacional «*ad hoc*» para el enjuiciamiento de los actos de piratería (o uno especial para Somalia), en cuyo Estatuto habría de definirse este crimen y establecerse las oportunas disposiciones sobre los principios generales de derecho penal, penas, organización del Tribunal y procedimiento. Se podría configurar este órgano judicial como un Tribunal internacionalizado o híbrido (al modo

---

<sup>108</sup> M. García García-Revilla, «El Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Origen, organización y competencia», Córdoba, 2005. Del mismo autor, «España y la jurisdicción del Tribunal Internacional del Derecho del Mar», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2006, I, pp. 289 y ss.

<sup>109</sup> Sobre la solución de controversias, ver: J. A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, ob. cit. p. 414-417.

del Tribunal para Sierra Leona, los Paneles de Timor Oriental o las Salas Extraordinarias para Camboya) con una composición mixta de jueces internacionales y nacionales de los Estados afectados. Esta parece ser la solución propuesta por algunos países de la OTAN. Aunque se trataría de la solución más rápida, la persistencia en el tiempo de los actos de piratería (no solo en Somalia), la falta de recursos que compromete la eficacia de estos Tribunales, la experiencia de los actuales en funcionamiento y la existencia de la Corte Penal Internacional no aconsejan la proliferación de este tipo de tribunales temporales.

#### 4. La Corte Penal Internacional

La solución que nos permitimos proponer consiste en la modificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, para incorporar a la piratería entre los crímenes de la competencia de la Corte, como uno de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional (artículo 5 del Estatuto)<sup>110</sup>. En un nuevo artículo podría definirse el crimen de piratería en términos muy amplios, pues la tipificación penal no tiene por qué ser tributaria de las Convenciones Internacionales (ejemplo: el crimen de lesa humanidad de tortura, art. 7.2.e) del Estatuto de Roma en relación con el art. 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984). Por otra parte, las competencias del Estado ribereño estarían garantizadas por el carácter complementario de la Corte respecto de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1). Tampoco sería necesario modificar el artículo 12 del Estatuto y la Corte, en todo caso, podría ejercer su competencia por iniciativa del Consejo de Seguridad (art. 13). Y existe una oportunidad muy próxima de proponer esta enmienda en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, que se celebrará en Kampala (Uganda) durante el año 2010. No parece, sin embargo, que los trabajos preparatorios de la aludida Conferencia de Revisión centrados en el crimen de agresión, contemplan esta posibilidad.

---

<sup>110</sup> A. Zimmermann, «Article 5. Crimes within the jurisdiction of the Court», en O. Triffterer (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, pp. 98-101. A. Gil Gil, *Derecho penal internacional*, Tecnos, 1999, p. 51. AA.VV., «Número extraordinario conmemorativo y monográfico sobre la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 75 (2000), 651 pp. CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J.W.D.J.; ESER, A.; GAJA, F.; KIRSCH, Ph.; PELLET, A. & SWART, B. (eds.): *The Statute of Rome of the ICC: Commentary*, Oxford University Press, USA, 2002, Vol.I y Vol.II.

**ACERCA DE LA RESERVA ESPAÑOLA DE 1979  
A LOS ARTÍCULOS 5 Y 6 DEL CONVENIO EUROPEO  
PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS  
Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE 4  
DE NOVIEMBRE DE 1950**

Fernando Pignatelli y Meca  
*Doctor en Derecho*  
*General Consejero Togado ®*  
*Magistrado del Tribunal Supremo*

*SUMARIO*

I.- Introducción. A. Consideraciones generales. B. Concepto, caracteres, objeto, efectos y clases de reservas. C. No exigibilidad de la aceptación unánime de la reserva y compatibilidad de esta con el objeto y fin del tratado. II.- Las reservas a los tratados multilaterales de derechos humanos. III.- Formulación y retirada de las reservas en el derecho español. A. La formulación de las reservas. B. La retirada de las reservas. IV.- La reserva española a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y la cuestión de sus efectos en relación con la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. A. Antecedentes. B. La declaración española de 2007 manteniendo la reserva de 1979. C. Los efectos de la reserva de 1979 desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998 a su registro por el Secretariado del Consejo de Europa. D. La cuestión de la Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil: la ignorancia inexcusable o la intencionada persistencia del legislador disciplinario en la generación del desdoro internacional de España.

## I. INTRODUCCIÓN

### A. CONSIDERACIONES GENERALES

La institución jurídica de la reserva tiene su origen y desarrollo en el seno de las relaciones convencionales colectivas, cuando *se inicia el multilateralismo* en las relaciones internacionales con el Acta Final del Congreso de Viena de 9 de junio de 1815 –en el momento de su firma, Suecia y Noruega formularon la primera reserva–, que España no suscribió, y con el posterior Tratado de indemnizaciones de París de 20 de noviembre de 1815, al que el 2 de diciembre de 1816 España, al adherirse al mismo, formuló una declaración –en realidad, una reserva, aun sin utilizar la expresión–, excluyendo, de hecho, la aplicación de su artículo 11, que reiteraba otras disposiciones del Acta Final –los artículos 99 y 105 de la misma, relativos a la cuestión de los Ducados italianos y a la retrocesión a Portugal de la plaza de Olivenza– igualmente rechazadas por nuestro país, aunque al suscribir España posteriormente, el 7 de mayo de 1817, el Acta Final renunciando al conjunto de sus iniciales reivindicaciones, viniera ello a comportar, ya en aquella fecha, una suerte de rudimentaria retirada de reserva<sup>1</sup>.

Posteriormente, la práctica de esta institución se extendió con los Convenios codificadores del *ius in bello* y arreglo pacífico de controversias de las Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y 1907, consolidándose tras la Segunda Guerra Mundial con la proliferación de los tratados multilaterales generales y abiertos<sup>2</sup>.

Desde el punto de vista de la técnica convencional, la reserva solo puede tener por objeto disposiciones contenidas en un *tratado multilateral*, puesto que en el tratado internacional de carácter bilateral la reserva comporta una propuesta de enmienda de determinadas disposiciones previamente pactadas, lo que supone que las partes habrán de llegar a un nuevo acuerdo al respecto sobre esta suerte de contraoferta en que la reserva consiste en este caso.

---

<sup>1</sup> Vid. QUEL LÓPEZ, Javier: «Las reservas a los tratados internacionales. Un examen de la práctica española». Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1991, págs. 58 a 63, 77 a 81 y 405 a 407; vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados». Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 213.

<sup>2</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio, RIQUELME CORTADO, Rosa M., DIEZ-HOCHLEITNER, Javier, ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza y PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis: «Derecho Internacional». McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 260 y 261; vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 213.

En efecto, en el ámbito de los tratados internacionales multilaterales, en cuanto procedimientos de creación de normas jurídicas internacionales, la institución jurídica de la reserva cumple la *doble función* de permitir, de un lado, que pueda participar en tales tratados un gran número de Estados, fomentando así una amplia cooperación internacional y de facilitar, de otra parte, en tanto manifestación de la soberanía estatal, que el Estado se comprometa únicamente respecto a aquellas obligaciones jurídicas que esté dispuesto a asumir al mismo tiempo que expresa su voluntad de vincularse jurídicamente, de modo que constituye la reserva un elemento de particularización del régimen convencional aplicable al Estado en función de sus intereses<sup>3</sup>.

La de las reservas es *una de las más discutidas instituciones del Derecho de los tratados*. Los detractores insisten en el daño que las reservas suponen para la integridad del tratado multilateral que, desnaturalizado, se fragmenta en una porción de confusos e inestables regímenes bilaterales, en los que participan los Estados que se han obligado incondicionalmente por el tratado, los que han formulado reservas diversas al mismo, los que las han aceptado y los que las han objetado total o parcialmente, consintiendo o no en la aplicación del tratado en sus relaciones con los autores de las reservas; al grave inconveniente de la fragmentación se añade el de la desigualdad en el nivel de compromiso de los Estados y el propiciamiento de las actitudes oportunistas de los que explotan una imagen de cooperación sólo aparente, al vaciar de contenido sus obligaciones mediante reservas<sup>4</sup>.

Por su parte, los partidarios de la institución alegan que gracias a las reservas se facilita y abrevia la adopción y entrada en vigor de los tratados y se favorece la más amplia participación en los mismos, objetivo prioritario como puso de relieve la Comisión de Derecho Internacional –CDI– en su Informe de 1966; las reservas sólo atentan contra la integridad del tratado cuando son numerosas y afectan a disposiciones fundamentales del mismo; no son una vía para la evasión de obligaciones sino para lograr que acepten algunas quienes, de no ser así, no van a comprometerse; y, en cuanto a la desigualdad entre las partes provocada por las reservas, y aunque ha de reconocerse que la misma se produce en relación con las obligaciones que han de ser observadas *per se*, independientemente de que las asuman también otros Estados –así, el compromiso de respetar los derechos humanos, que no ha de depender de que los demás acepten la misma obligación–,

---

<sup>3</sup> Vid. BONET PÉREZ, Jordi: «Las reservas a los tratados internacionales». José María Bosch, Editor, S. A., Barcelona, 1996, págs. 13 y 14.

<sup>4</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 230.



nada se gana, aun admitiendo la desigualdad, impidiendo a un Estado formular una reserva y devenir Parte en el tratado, pues si la situación de quienes se obligan sin reservas va a ser, en todo caso, la misma, resulta ventajoso y deseable para el tratado que otros Estados se obliguen por él en cierta medida y no que no sean Partes en él de ningún modo<sup>5</sup>.

Así pues, esta de las reservas a los tratados multilaterales es, desde luego, una de las cuestiones más controvertidas actualmente en el ámbito del Derecho de los tratados, más aún cuando, además del problema de los efectos jurídicos que las mismas producen y del inventario de cuestiones sin resolver por la actual regulación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 –que alcanza a treinta y dos cuestiones según inventaría la doctrina<sup>6</sup> siguiendo el *Primer Informe* del Relator especial del Derecho de los Tratados<sup>7</sup>–, desde hace años se viene cuestionando si el sistema de la Convención de Viena de 1969 resulta adecuado en su aplicación a las reservas formuladas a determinados tratados como son los relativos a los derechos humanos, cuyas disposiciones, en su mayoría, carecen de carácter sinalagmático –que comporta que el principio de reciprocidad de los efectos jurídicos de la reserva, que preside las relaciones entre el Estado que la formula y todos los demás Estados Partes en el tratado, se proyecta permanentemente en las relaciones entre uno y otros–, de manera que no se nutren de las concesiones de la reciprocidad, sino que configuran obligaciones absolutas de carácter objetivo<sup>8</sup>, tratados respecto a los que el sistema de reservas de la Convención de Viena de 1969 ha sido calificado de *enteramente inadecuado, rudimentario y primitivo, e incluso fragmentador y subdesarrollado*<sup>9</sup>.

Buena prueba de la necesidad de conferir certidumbre a las reglas codificadas en Viena en materia de reservas es que la CDI, a sugerencia de los debates habidos en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 46.º período de sesiones<sup>10</sup>, incluyó en 1993 el examen del tema de las reservas a los tratados en su programa de trabajo a largo plazo<sup>11</sup>, si bien bajo la idea de preservar el acervo jurídico en materia

<sup>5</sup> Ibidem, págs. 230 y 231.

<sup>6</sup> Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa: «Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena». Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2004, págs. 13 y ss.

<sup>7</sup> Vid. Doc. A/CN.4/470, p. 124 y ss.

<sup>8</sup> Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 17 y 18.

<sup>9</sup> Vid. CANÇADO TRINDADE, A. A.: Voto Razonado a la Sentencia de la CIDH de 22 de enero de 1969, asunto Blake contra Guatemala (reparaciones), Serie C., núm. 48, p. 10, 23 y 39.

<sup>10</sup> Vid. Doc. A/CN.4/L.469, p. 469.

<sup>11</sup> Vid. Doc. A/CN.4/L.473/Rev.1, p. 21 y 23.

de reservas consagrado en la Convención de Viena de 1969 en razón de considerar que sus reglas en la materia, que, como dice el Relator en el Primer Informe, « *fueron incluidas de nuevo en la Convención de 1986*»<sup>12</sup> –en referencia a la Convención sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, adoptada en Viena el 21 de marzo de 1986 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y que todavía no se encuentra en vigor, que consta de ochenta y seis artículos, de los que los primeros setenta y dos reproducen, *mutatis mutandis*, el tenor de los pertinentes preceptos de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969–, habían adquirido, ya entonces, valor consuetudinario, de manera que, sin prejuzgar ni modificar las disposiciones al efecto de la Convención de 1969, se precisaran las mismas, colmando sus lagunas y eliminando sus ambigüedades, para lo que habría de adoptarse una serie de directrices, lo más complejas y exhaustivas posible, para alumbrar la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales, plasmadas en una *Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados* en forma de proyecto de directrices comentadas.

La práctica ha confirmado que la facultad de formular reservas no ha producido los perjuicios ni los beneficios que los hostiles y los apologetas de la institución pronosticaron. Las reservas, además de poco numerosas, afectan, en su mayoría, a disposiciones secundarias de los tratados –pues cuando un Estado considera perjudicados sus intereses por una disposición fundamental o por el tratado en su conjunto, lo normal es que no manifieste su consentimiento–; y también ha confirmado que la esperanza de que gracias a la posibilidad de formular reservas se obtendría más fácil y rápidamente el consentimiento de los Estados y una más amplia participación en los tratados no se traduce suficientemente en la realidad, pues el número de Estados miembros de la comunidad internacional ha aumentado más en los últimos años que la media de participación en los tratados multilaterales, sin que las manifestaciones del consentimiento en obligarse de los Estados se caractericen hoy por la rapidez<sup>13</sup>.

El derecho a formular reservas se encuentra previsto en el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, facultad que solo se excepciona en el caso de que las propias disposiciones del tratado bien prohíban expresamente su formulación, bien autoricen únicamente ciertas reservas –artículo 19 a) y b) de la Convención– o en el caso de falta de regulación convencional específica, lo que

---

<sup>12</sup> Vid. Doc. A/CN. 4/470, p. 155.

<sup>13</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 231 a 233.

impide que puedan formularse reservas incompatibles con el objeto y fin del tratado –artículo 19 c)–.

El sistema articulado en la Convención de 1969 se basa en la libertad de los Estados de formular reservas, tal y como resulta tanto del sentido permisivo enunciado en el primer inciso de su artículo 19 –«*un Estado podrá formular una reserva ...*»–, libertad sólo limitada –«... *a menos ...*»– por las tres excepciones señaladas a continuación por dicho precepto, como de la advertencia de que el silencio o imprevisión del tratado no equivale a prohibición, si bien el de reservar no es un derecho absoluto del Estado pues aparece vinculado al tratado respecto del que la reserva se propone, de manera que ésta no puede desencadenar ningún efecto fuera del propio tratado ni más allá de la medida que el mismo establezca<sup>14</sup>.

## B. CONCEPTO, CARACTERES, OBJETO, EFECTOS Y CLASES DE RESERVAS

La reserva, en cuanto institución típica del Derecho de los tratados, pone en evidencia la flexibilización a que puede verse sometido el contenido de un convenio en atención al principio de soberanía de los Estados, facultados, por la vía unilateral de la reserva, a excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del mismo en su aplicación a dichos sujetos<sup>15</sup>. Aun cuando se ha afirmado la imposibilidad de contener en una definición un fenómeno tan complejo y dinámico como es el de las reservas<sup>16</sup>, la fijación del *concepto* de esta institución jurídica permite determinar las características, objeto y efectos de la misma.

La doctrina conceptúa la reserva como *una declaración de voluntad de un Estado que va a ser Parte en un tratado, formulada en el momento de su firma, de su ratificación o de su adhesión –o en el de su aceptación o aprobación– con el propósito de no aceptar íntegramente el régimen general del tratado –excluyendo de su aceptación determinadas cláusulas o interpretándolas para precisar su alcance respecto del Estado autor de tales declaraciones– y que, una vez aceptada expresa o tácitamente por todos los demás contratantes o algunos de ellos, forma parte integrante del tratado mismo*<sup>17</sup>, o como *una declaración unilateral formulada por escrito*

<sup>14</sup> Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 84 y ss.

<sup>15</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 369.

<sup>16</sup> Vid. DÍAZ BARRADO, Cástor: «Reservas a la Convención sobre Tratados entre Estados». Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 72.

<sup>17</sup> Vid. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: «Instituciones de Derecho Internacional Público». Editorial Tecnos, Madrid, 2009, pág. 167.

*por un sujeto de Derecho internacional al manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado multilateral y con la que, sea cual sea la denominación que se le de, se pretende excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese sujeto*<sup>18</sup>.

La facultad del Estado para reservar por vía convencional la aplicación de normas de Derecho internacional general parte de la base de que, como dice el artículo 2.1 a) de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, «se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular», es decir, una manifestación de voluntades concordantes imputables a dos o más sujetos de Derecho internacional de la que derivan obligaciones y derechos para las partes según las normas del Derecho internacional<sup>19</sup>, pues ningún Estado puede estar vinculado por obligaciones contractuales que no considere apropiadas<sup>20</sup>. La reserva viene a ser así una de las más originales instituciones del Derecho de los tratados, ajustada a la naturaleza de una sociedad internacional descentralizada y alejada de los conceptos propios del Derecho interno de los contratos, tan influyentes, sobre todo en un tiempo pasado, en la regulación de otros aspectos de los tratados<sup>21</sup>.

Por su parte, el artículo 2.1 d) de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 entiende por reserva «una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado»; habiéndose adherido España a la Convención de 23 de mayo de 1969 mediante Instrumento de 26 de mayo de 1972 y habiendo sido la misma publicada en el BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980, ésta es, desde entonces, la definición legal de reserva en nuestro ordenamiento interno *ex* artículos 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil. Este concepto ha sido mantenido sin cambios sustanciales en las

---

<sup>18</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 208.

<sup>19</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio, RIQUELME CORTADO, Rosa M., DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza y PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, op. cit., pág. 179.

<sup>20</sup> Vid. TOMUSCHAT, Ch.: «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties», en «Comments on arts. 16 and 17 of the ILC's 1966, Draft Articles on the Law of Treaties». *ZaöRV*, 1967, pág. 466.

<sup>21</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 207.

Convenciones de Viena de 1978 –artículo 2. j) – sobre sucesión de Estados en materia de Tratados y de 1986 –artículo 2.1 d)– sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y confirmado por la jurisprudencia internacional<sup>22</sup>.

De esta definición convencional se han extraído los siguientes *elementos característicos*<sup>23</sup>: se trata de una declaración unilateral de carácter formal hecha por un Estado, de naturaleza accesoria –puesto que pretende la particularización del acuerdo internacional respecto al sujeto internacional que la formula–, externa –por su modo de realización– al texto convencional y que debe formularse forzosamente por escrito –a la vista del artículo 23.1 de la aludida Convención de Viena de 1969, dados los efectos jurídicos que produce en el marco del tratado–; ha de ser necesariamente formulada en un momento preciso que coincide con la firma, ratificación, aceptación o aprobación del tratado o con la adhesión al mismo del Estado que la formula, de manera que aparece vinculada a la prestación del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, pues el único momento posible para formular la reserva es el de la manifestación de dicho consentimiento; y su objeto es la exclusión o modificación de ciertas disposiciones –o de determinados efectos jurídicos– del tratado respecto de quien la formula, disposiciones –o efectos jurídicos– que habrán de especificarse con claridad, evitando las reservas generales o imprecisas, siendo este objeto el elemento esencial para poder calificar como reserva a una declaración unilateral vinculada a un tratado, para lo cual dicha declaración debe interpretarse de conformidad con el sentido corriente que deba atribuirse a los términos en que haya sido formulada y dentro del contexto general del propio tratado internacional.

Recogiendo los elementos que configuran lo que el Relator llama *definición de Viena* (es decir, los elementos que integran la definición de los respectivos artículos de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 –la Convención sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, adoptada en Viena el 23 de agosto de 1978– y 1986), la directriz 1.1 de la Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados de la CDI afirma que «*se entiende por «reserva» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una Organización internacional al firmar, ratificar, confirmar oficialmente, aceptar o aprobar un*

---

<sup>22</sup> Vid. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, op. cit., pág. 168. Cita al respecto el laudo arbitral de 30 de junio de 1977 en el asunto sobre delimitación de la plataforma continental entre el Reino Unido y Francia o la STEDH de 29 de abril de 1988 en el asunto Belilos.

<sup>23</sup> Vid. BONET PÉREZ, Jordi, op. cit., págs. 61 y ss.

*tratado o al adherirse a él, o al hacer una notificación de sucesión de un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa Organización».*

El *objeto* de la reserva consiste en excluir o modificar los efectos de ciertas disposiciones del tratado en relación con el Estado reservante, en alterar, en definitiva, el contenido y alcance –material, subjetivo, territorial, temporal, etc.– de los derechos y obligaciones de las partes, dimanantes de disposiciones tanto sustantivas como adjetivas o instrumentales<sup>24</sup>.

La declaración unilateral en que la reserva consiste tiene, pues, por finalidad excluir o modificar los efectos jurídicos de determinadas disposiciones del tratado en su aplicación al Estado o a la organización internacional que la formula o, incluso, como dice la directriz 1.1.1 de la Guía, «*del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos*», a fin de recoger la práctica, «*extremadamente corriente*», de las llamadas *reservas transversales*, dirigidas a excluir o modificar el tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos del mismo –ciertas categorías de personas u objetos–, a situaciones o circunstancias bien determinadas –las derivadas de una situación de conflicto armado– o por razones particulares relativas a la situación del autor de la reserva –preservando su estatus de neutralidad o exonerándose de responsabilidad debido al reparto territorial de competencias mediante la denominada *reserva federal*–<sup>25</sup>.

En cuanto a las *clases* de reservas, estas pueden ser, por su objeto, *de exclusión de cláusulas, de modificación de cláusulas o interpretativas de cláusulas*. Con las primeras se pretende evitar todos o alguno de los efectos jurídicos que se derivan de la cláusula o cláusulas objeto de la reserva, es decir, descartar la aplicación de determinadas cláusulas de un tratado, de algunos de sus párrafos o apartados; las cláusulas, párrafos o apartados contemplados por esta última clase de reservas pueden ser uno o varios, si bien hay un límite que la reserva no ha de rebasar si desea conservar su condición: la declaración no puede excluir partes enteras del tratado, pues lo contrario defraudaría el tenor del artículo 17.1 de la Convención de Viena de 1969 a cuyo tenor «*sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19 a 23, el consentimiento de un Estado en obligarse respecto de parte de un tratado sólo surtirá efecto si el tratado lo permite o los demás Estados contratantes convienen en ello*». Por su parte, las reservas de modificación aspiran no a excluir sino a reducir, restringir o limitar los efectos jurídicos

---

<sup>24</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 210.

<sup>25</sup> Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 40 y ss.

de determinadas disposiciones de un tratado, pues el sujeto que las formula pretende cumplir una obligación prevista en el tratado de una manera diferente pero equivalente a la impuesta por este. Y, por último, mediante las interpretativas el sujeto que las formula condiciona su consentimiento a una determinada interpretación de la cláusula objeto de la reserva<sup>26</sup>.

También pueden ser *sustantivas o adjetivas, procesales o instrumentales*, según traten de excluir o modificar, en relación al Estado reservante, ora los efectos de disposiciones del tratado que protegen un derecho sustantivo, ora disposiciones convencionales relativas a competencias procesales –generalmente concernientes a procedimientos de solución de controversias o a la competencia de los órganos encargados de dirimir o resolver tales controversias–<sup>27</sup>.

### C. NO EXIGIBILIDAD DE LA ACEPTACIÓN UNÁNIME DE LA RESERVA Y COMPATIBILIDAD DE ESTA CON EL OBJETO Y FIN DEL TRATADO

Con el paso de los años, el régimen jurídico de las reservas ha cambiado radicalmente. A lo largo del siglo XIX y hasta 1950 la hostilidad de la entonces prevalente concepción contractualista se tradujo en la inadmisión de las reservas a menos que, en el caso de no estar previstas en el tratado, mediara la aceptación expresa de todos los Estados interesados, rigiendo, por tanto, el *principio del consentimiento unánime*, aunque su aplicación había sido dulcificada a partir de las Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y 1907 al introducirse la presunción irrevocable de aceptación de las reservas no objetadas en un plazo determinado; de acuerdo con este principio cada Estado tenía una especie de derecho de veto sobre las reservas ajenas, de manera que la objeción de uno impedía al reservante devenir contratante y lo excluía del círculo subjetivo del tratado<sup>28</sup>.

La regla de la unanimidad en la aceptación de las reservas, cuya razón de ser era el mantenimiento de la unidad jurídica de la norma convencional –en la que la integridad del convenio y la igualdad de las partes era el valor primordial frente a posibles alteraciones unilaterales de su contenido obligacional– contra la ruptura del equilibrio contractual alcanzado que la

---

<sup>26</sup> Vid. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, op. cit., pág. 169; vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 210 y 211.

<sup>27</sup> Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 235 y ss.

<sup>28</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio, RIQUELME CORTADO, Rosa M., DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza y PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, op. cit., pág. 261.

reserva comporta, abocó al mantenimiento de rígidas posiciones defensivas frente a todo intento de alterar el contenido del tratado en favor de una de las partes, viniendo a justificar el Consejo de la Sociedad de Naciones en su Memorandum de 17 de junio de 1927 la regla de la unanimidad de la aceptación de reservas como procedimiento aplicable en ausencia de cláusulas de reserva<sup>29</sup>; de acuerdo con este principio del consentimiento unánime –orientado a la salvaguarda de la unidad e integridad del tratado– cada uno de los Estados interesados podía impedir, mediante su rechazo de la reserva formulada por otro Estado, que éste último deviniera contratante y Parte en el tratado, excluyéndolo del círculo subjetivo del mismo.

Únicamente en un ámbito regional específico, el americano, se abrió paso con anterioridad a 1950 un criterio menos rígido, alimentado ideológicamente por la fuerza de los derechos soberanos del Estado y no por la energía consensualista. De acuerdo con la denominada *regla panamericana mínima*, propuesta en 1932 por el Consejo Directivo de la Unión Panamericana, se dio pie en las relaciones interamericanas a una práctica que permitía la entrada en vigor del tratado multilateral entre el Estado que formulaba una reserva y aquellos que la aceptaban, pero no entre el reservante y los Estados que la objetaban, combinando así el afán por ampliar la participación en los tratados con el reconocimiento de que las reservas no podían ser, en ningún caso, impuestas contra su voluntad a los demás Estados<sup>30</sup>.

Ante la formulación de numerosas reservas por los Estados a la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, adoptada unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 sin que existiese en el texto de la misma cláusula alguna que previese aquella posibilidad<sup>31</sup>, dicha Asamblea solicitó a la Corte

---

<sup>29</sup> Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 111 a 113 y 407 y 408.

<sup>30</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 214.

<sup>31</sup> *Ibidem*, págs. 214 y 215. A punto de alcanzarse el depósito del vigésimo instrumento de ratificación o adhesión exigido por el artículo 13 de la Convención para su entrada en vigor, algunos de los instrumentos –Bulgaria, Filipinas– contenían reservas, que eran objetadas por otros contratantes –Ecuador, Guatemala–, mientras que Estados signatarios aún no contratantes habían firmado con reservas –Unión Soviética, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia– o con objeciones a las reservas ajenas –Reino Unido–. En la Sexta Comisión de la Asamblea General, frente a los sostenedores del principio de la unanimidad –Francia, Reino Unido– se alzaron –bajo el liderazgo de la Unión Soviética– los países socialistas sosteniendo el derecho inalienable de cada Estado a hacer las reservas que le pluguesen en virtud de su soberanía e igualdad, sin necesidad de contar con el consentimiento de los demás; entre ambas posiciones quedaron quienes auspiciaban la generalización de la regla panamericana –entre ellos, Estados Unidos– y los patrocinadores –Holanda, Israel– de otras opciones intermedias, como la sustitución del principio del consentimiento unánime por el mayoritario o la admisión de regímenes diferenciados según la naturaleza del tratado.



Internacional de Justicia –CIJ–, mediante su Resolución 478 (V), de 16 de noviembre de 1950, una opinión sobre una serie de aspectos relacionados con la cuestión de las reservas.

La Opinión Consultiva de la CIJ de 28 de mayo de 1951 viene a suponer la quiebra del sistema anterior en materia de reservas –básicamente consistente en la necesidad de aceptación unánime de las mismas–, descartando el principio tradicional de la unanimidad basado en una concepción contractualista de la absoluta integridad del tratado y dando primacía al criterio de universalidad en la participación de los Estados, si bien esta concepción universalista viene atemperada por el *criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado*, como medida protectora, al menos en lo esencial, de éste<sup>32</sup>, siendo competente cada Estado Parte para determinar la consideración del Estado reservante como Parte en el tratado, es decir, para decidir discrecionalmente acerca del efecto jurídico de la reserva en sus relaciones con el Estado reservante<sup>33</sup>.

Por una apretada mayoría de siete a cinco –cuatro de los cinco jueces en minoría suscribieron una opinión disidente, mejor construida que el propio dictamen, en la que sostuvieron el principio del consentimiento unánime y subrayaron la incertidumbre, la fragmentación y el caos a que podía conducir el evanescente criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado, apreciado a su manera por cada Estado contratante–, la CIJ, lejos de confirmar el principio del consentimiento unánime –reflejado en la práctica de la Sociedad de Naciones y de las Naciones Unidas–, declaró que éste no se había convertido en una norma de Derecho internacional; frente a la concepción de la absoluta integridad del tratado cabía contraponer, en ciertos casos –como era el de la Convención sobre el Genocidio–, un objetivo de universalidad, bastante para justificar la admisión de reservas secundarias que respetasen el objeto y fin de la Convención. A juicio de la CIJ, ante el silencio de un tratado eran su objeto y fin los que limitaban, de un lado, la libertad de hacer reservas y, de otro, el derecho de objetarlas; un juicio de compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado debía mover a los contratantes, actuando individualmente, a aceptar u objetar las reservas formuladas por otros. Siendo éste un juicio descentralizado, la aceptación de unos Estados podía chocar con la objeción de otros; estos últimos, en sus relaciones con el autor de la reserva, podían considerar que no era éste parte en el tratado, pero una exclusión absoluta solo podía ser la

---

<sup>32</sup> Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 179 y ss.

<sup>33</sup> Ibidem, pág. 184.

consecuencia de una decisión de carácter jurisdiccional o de una objeción unánime, hipótesis ambas muy improbables<sup>34</sup>.

Es decir, la Opinión Consultiva de la CIJ de 28 de mayo de 1951, relativa a las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio –cuyo objeto era aclarar los efectos jurídicos derivados de ciertas reservas formuladas a dicha Convención, en la que no existe disposición alguna que regule expresamente dicha institución jurídica–, supuso una novedosa aproximación a la cuestión de las reservas a los tratados internacionales multilaterales y una ruptura con la antigua concepción de las reservas, introduciendo el principio de la no exigibilidad de la aceptación unánime de la reserva para que el Estado reservante pueda llegar a ser Parte en el tratado, y el criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado –que implica el respeto, en sus elementos esenciales, de la integridad del mismo–, junto con la valoración individual de cada Estado Parte a través de su derecho a formular objeciones a las reservas incompatibles, y realizando una delimitación de los efectos jurídicos de la relación que se genera entre el Estado que formula la reserva y el que la objeta<sup>35</sup>, orientándose actualmente la doctrina y la práctica por estas directrices –que, en su momento, fueron objeto de crítica en el seno de la CDI, favorable al mantenimiento del criterio general de la unanimidad<sup>36</sup>, contrario al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado<sup>37</sup> y, en definitiva, a que los Estados que formularan reservas a un tratado multilateral pudieran llegar a ser partes en él a pesar de las objeciones a tales reservas de algunas de las partes<sup>38</sup>–, que vinieron a ser apoyadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en sus Resoluciones 598 (VI), de 12 de diciembre de 1952 y 1452 (XIV), de 7 de diciembre de 1959<sup>39</sup> y por los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969<sup>40</sup>, preceptos que suponen el abandono definitivo de las reglas

---

<sup>34</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 214.

<sup>35</sup> Vid. BONET PÉREZ, Jordi, op. cit., págs. 29 a 31.

<sup>36</sup> Vid. Doc. A/1858, págs. 3 a 9.

<sup>37</sup> Ibidem. pág. 6, p. 24.

<sup>38</sup> Ibidem, pág. 7, p. 25.

<sup>39</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 215 y 216. La Asamblea General –Resolución 598– acabó conformándose con la opinión de la CIJ en lo concerniente a la Convención sobre el Genocidio, y, respecto a las convenciones futuras, dejó a cada Estado el cuidado de extraer, de las comunicaciones que recibiese del Secretario General en su papel de depositario, las consecuencias jurídicas que estimase oportunas, siendo este criterio confirmado y extendido en 1959 a todas las convenciones auspiciadas por Naciones Unidas de las que era depositario el Secretario General por la Resolución 1452, de 7 de diciembre.

<sup>40</sup> Vid. BONET PÉREZ, Jordi, op. cit., págs. 31 a 39.

clásicas sobre las reservas y la consagración de los nuevos principios al respecto<sup>41</sup>, resultando ser tales preceptos, según la Sentencia de la CIJ de 20 de diciembre de 1988 –asunto relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas; Nicaragua contra Honduras<sup>42</sup>–, la cristalización de verdaderas normas de Derecho internacional general<sup>43</sup>.

En definitiva, la CIJ, en su Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, marca el punto de inflexión de la construcción teórica y de la práctica estatal respecto de la institución jurídica de la reserva, que viene a convertirse desde entonces en una de las técnicas fundamentales al efecto de lograr el objetivo primordial que es la universalidad de las convenciones, si bien el sistema flexible de formulación de reservas, de carácter liberal, impone, como último y único límite a la soberanía estatal en el proceso de creación normativa convencional, el que las reservas formuladas resulten compatibles con la esencia misma del tratado, reconociendo así un gran margen de actuación estatal al formularlas y, paralelamente, el mismo liberalismo para aceptarlas por los demás contratantes. Dicho criterio es asumido y desarrollado por la CDI desde 1962 y posteriormente, con algunos matices, por la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969<sup>44</sup>.

En efecto, en 1962 la CDI, al advertir que la práctica de los Estados y de la Asamblea General de las Naciones Unidas no había corroborado los planteamientos que hasta entonces había mantenido –fieles al principio del consentimiento unánime o favorables a la implantación del principio mayoritario, tratando de ofrecer reglas seguras para las zonas en sombra de la práctica–, se decidió a seguir –con ciertas dosis de vacilación– las directrices de la Opinión Consultiva de la CIJ<sup>45</sup>.

A su vez, los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969 rinden homenaje a la doctrina de la CIJ, aunque, de hecho, la Convención se aleja de ella para ajustarse más a la regla panamericana mínima, cuyas consecuencias apura en un sentido muy favorable para el reservante<sup>46</sup>.

El criterio de la *compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado* viene consagrado en el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, precepto que establece el principio general de que cualquier Estado tiene derecho a formular reservas –«*un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de*

---

<sup>41</sup> Vid. DÍAZ BARRADO, Cástor, op. cit., págs. 19 y 20.

<sup>42</sup> Vid. CIJ, Recueil. 1988.

<sup>43</sup> Vid. CIJ, Recueil. 1988, pág. 69.

<sup>44</sup> Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 409 y 410.

<sup>45</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 216.

<sup>46</sup> Ibidem, pág. 216.

*adherirse al mismo*», salvo las excepciones expresadas en los párrafos a) a c) del mismo –que la reserva esté prohibida por el tratado; que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; que la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado–, conteniéndose en este último la cuestión de la excepción de incompatibilidad con el objeto y fin del tratado; y, por su parte, el artículo 20 de la Convención contiene, *a contrario sensu*, la norma tradicional de la aceptación de la reserva, expresa o tácitamente, por los Estados interesados, en los supuestos en que en el propio tratado no esté expresamente prevista la reserva, si bien en la actualidad el abandono de la práctica del consentimiento unánime y su sustitución por el consentimiento tácito es consecuencia del considerable número de participantes en las convenciones internacionales, resolviendo la cuestión el artículo 20.5 de la Convención de Viena<sup>47</sup>.

Este criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado, como criterio general supletorio que determina la formulación y admisión de las reservas a los tratados multilaterales, tiene actualmente *carácter general y universal* a la vista del artículo 19 c) de la Convención de Viena de 1969, siendo este el principio crucial que, pese a sus debilidades, sustenta todo el entramado de la Convención acerca de las reservas, conciliando así la universalidad del tratado multilateral general y su integridad a través de la conservación de sus elementos nucleares, es decir, del objeto y fin del mismo, estimando que todo tratado contiene una disposición implícita que limita la posibilidad de formular reservas que lo contradigan<sup>48</sup>, estimando la CDI que el criterio de la compatibilidad es el que «*reviste mayor importancia a los fines de la determinación de la licitud de las reservas*»<sup>49</sup>.

Respecto a las consecuencias que comporta la declaración de una reserva como incompatible con el objeto y fin del tratado –y, por ende, ilícita e inadmisible–, se plantea la cuestión relativa a determinar los efectos que produjo la reserva incompatible cuya nulidad contaminó la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse. Dado que la constatación de la ilicitud puede ocurrir mucho después de la expresión del consentimiento del Estado y haber producido entretanto efectos jurídicos, se trataría de aplicar a la reserva inadmisible los criterios que, en general, rigen el

---

<sup>47</sup> Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 192 a 196.

<sup>48</sup> Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 369 a 371.

<sup>49</sup> Vid. Conclusión 1.<sup>a</sup> de las «Conclusiones Preliminares adoptadas por la Comisión sobre las reservas a tratados multilaterales normativos, en particular los relativos a los derechos humanos». Informe CDI 49º –1997–, Doc. A/52/10, p. 157.

alcance temporal de los efectos de la nulidad de los tratados según el artículo 69.2 a) y b) de la Convención de Viena de 1969, restableciendo, en la medida de lo posible, la situación anterior –es decir, la que habría existido si no se hubiese formulado la reserva–, sin que, por el solo hecho de la nulidad, resulten ilícitos los actos ejecutados de buena fe, constituyendo la *restitutio ad pristinum* un derecho cuyo alcance puede ser negociado por las partes<sup>50</sup>.

En cualquier caso, la CDI se ha decantado<sup>51</sup> por la inseparabilidad de la reserva inadmisibles, es decir, porque los Estados afectados por una decisión del órgano de supervisión del tratado apreciando la inadmisibilidad de una reserva como contraria al objeto y fin de aquél son los únicos jueces de las intenciones con que han formulado dicha reserva, por lo que, en consecuencia corresponde a ellos, en exclusiva, determinar si optan por modificar su reserva de manera que desaparezca la ilicitud, por retirarla o, incluso, por renunciar a ser Partes en el tratado<sup>52</sup>, postura que tiene visos de convertirse en definitiva en razón de determinados pasos dados por la Comisión durante la confección de la Guía de la práctica en materia de reservas a los tratados<sup>53</sup>.

Los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena ofrecen un conjunto de disposiciones sobre la formulación, admisión, efectos jurídicos y retirada de las reservas llamadas a aplicarse en defecto de las previsiones que, al respecto, puedan encontrarse en los tratados. El carácter supletorio latente en dichos preceptos se hace patente en la coetilla que, en algunos de sus apartados –artículos 20.1, 3, 4 y 5 y 22.1, 2 y 3–, advierte que lo en ellos dispuesto se aplicará «*a menos que el tratado disponga otra cosa*». En este sentido, es recomendable que los tratados incluyan una cláusula sobre reservas, como aconsejó la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 598 (VI), de 12 de diciembre de 1952. El Consejo de Europa cuenta desde 1962 y 1980 –como luego veremos– con su propia *marca de fábrica*, es decir, cláusulas-tipo o criterios de uniformación u homologación a los que se ajustan los convenios elaborados bajo sus auspicios<sup>54</sup>.

De acuerdo con el artículo 20.1 de la Convención de Viena de 1969, si el tratado nada dispone la reserva expresamente autorizada no requiere

---

<sup>50</sup> Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 353 y ss.

<sup>51</sup> Vid. Conclusión 10.<sup>a</sup> de las «Conclusiones Preliminares adoptadas por la Comisión sobre las reservas a tratados multilaterales normativos, en particular los relativos a los derechos humanos». Informe CDI 49<sup>o</sup> –1997–, Doc. A/52/10, p. 157.

<sup>52</sup> Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 373 a 376.

<sup>53</sup> Ibidem, págs. 376 y 377.

<sup>54</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 216 y 217.

ulterior aceptación, adquiriendo su autor la condición de contratante desde el instante en que consintió en obligarse –artículo 20.4 a)–. Sin embargo, es lo cierto que, aunque cuando el tratado expresamente autoriza reservas estas no requieren la ulterior aceptación de los contratantes, según establece el aludido artículo 20.1 de la Convención de Viena, por lo que nadie puede oponerse eficazmente a que el autor de una reserva expresamente autorizada adquiriera la condición de contratante y el tratado entre en vigor y se aplique en sus relaciones con las demás partes, abstracción hecha de las disposiciones reservadas, la autorización expresa de las reservas no implica que los contratantes se hayan despojado de la facultad de objetarlas y estén obligados a pasar por ellas<sup>55</sup>.

La reserva formulada por un Estado únicamente puede considerarse como efectivamente hecha cuando haya recibido el asentimiento de los demás Estados interesados, pues la facultad de formular reservas va unida al principio de que ningún Estado puede estar obligado en sus relaciones convencionales sin su consentimiento «y, en consecuencia, ninguna reserva le es oponible en tanto no haya dado su asentimiento»<sup>56</sup>, lo que viene a consagrarse en los artículos 20 –«*aceptación de las reservas y objeción de las reservas*»– y 19 –«*formulación de reservas*», rúbrica que concibe dicha formulación como una propuesta que sólo se entenderá efectivamente hecha cuando haya sido aceptada– de la Convención de Viena de 1969. Sólo en el supuesto de reservas expresamente autorizadas por el tratado puede concebirse la existencia de un verdadero derecho, en la medida en que ha de presumirse que la aceptación de los demás Estados contratantes se ha producido por adelantado al adoptar la cláusula convencional que las permite, de ahí que en tales casos no se requiera su posterior aceptación<sup>57</sup>.

La *aceptación de la reserva* puede ser *expresa*, en cuyo caso debe formularse, obligadamente, según el artículo 23.1 de la Convención de Viena de 1969, por escrito, es decir, de manera formal, en el plazo de doce meses desde la recepción de su notificación o comunicación, debiendo ser comunicada a los demás Estados contratantes y facultados para llegar a ser Partes en el tratado –siendo esta última una posibilidad a la que muy raramente se recurre–, o *por aquiescencia*; esta última forma de aceptación presenta, a su vez, dos modalidades, a saber, la aceptación *tácita* de la reserva notificada en ausencia de objeción –que es una presunción comúnmente admitida en la práctica interna-

---

<sup>55</sup> Ibidem, págs. 217 y 218.

<sup>56</sup> Vid. Dictamen de la CIJ de 1951 sobre las reservas a la Convención de Genocidio. Recueil, 1951, p. 21.

<sup>57</sup> Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 208 y 209.

cional<sup>58</sup>, una vez agotado el plazo de doce meses desde que se hubiera recibido la comunicación de la reserva sin haber formulado objeción, disponiendo al efecto el artículo 20.5 de la Convención de Viena que, salvo que el tratado disponga otra cosa, «*se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando este no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior*»– y la aceptación implícita, que se deriva de la ausencia de objeción del Estado al tiempo de obligarse por el tratado respecto de las reservas formuladas con anterioridad.

La *objeción a la reserva* ha de ser, en todo caso, expresa –más precisamente, por escrito, según el artículo 23.1 de la Convención de Viena– y ha de plantearse en el término de doce meses desde la recepción de la notificación de la formulación de la reserva –si el objetante era contratante ya en esa fecha– o –si no lo era– al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado –artículo 20.5–<sup>59</sup>.

Como se desprende de la regulación de la objeción, la aceptación de la reserva, además de expresa y por escrito –artículo 23.1 de la Convención de Viena–, puede –y suele– ser tácita, cuando se agota el término de doce meses sin que los contratantes formulen objeción, e implícita, cuando un Estado se obliga por el tratado sin objetar las reservas previamente formuladas a éste por otro u otros Estados –artículo 20.5–<sup>60</sup>.

El artículo 64 –hoy 57– del Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 constituye una derogación del principio del consentimiento unánime, dejando, en principio, a los Estados Partes libertad de apreciación de las reservas formuladas, aunque a partir de la década de los setenta del pasado siglo –y, sobre todo, a partir de la Decisión de la Comisión en el asunto *Alparslan Temeltasch* contra Suiza de 5 de mayo de 1982– ha primado la concepción que otorga a los órganos de control establecidos en el Convenio –actualmente el TEDH– la *competencia para apreciar la validez de las reservas*, en razón, fundamentalmente, «*al carácter objetivo no recíproco de las obligaciones suscritas por las Partes Contratantes*», que genera la necesaria existencia de órganos de control tendentes a asegurar la garantía colectiva de los derechos enunciados<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Vid. Dictamen de la CIJ en el asunto de las reservas a la Convención de genocidio. Recueil, 1951, p. 21.

<sup>59</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 223.

<sup>60</sup> Ibidem, pág. 224.

<sup>61</sup> Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 246 y 247.

## II. LAS RESERVAS A LOS TRATADOS MULTILATERALES DE DERECHOS HUMANOS

Aunque los términos reserva y derechos humanos parecen en sí mismos contradictorios –sobre todo si se considera que los convenios sobre derechos humanos contienen estándares mínimos de protección de tales derechos a los que se otorga la categoría de *ius cogens*, en cuyo caso no cabría la posibilidad de derogarlos o modificarlos–, dado que ciertos derechos reconocidos en tratados resultan ser fundamentales e inderogables, constituyendo principios reconocidos por los Estados civilizados en su conjunto y no sólo por los Estados Partes en tales tratados en sus mutuas relaciones convencionales, por lo que cualquier reserva que en relación a ellos se pretendiere formular sería incompatible con el objeto y finalidad del convenio de mérito, y, por tanto, no permitida, es lo cierto, sin embargo, que no todas las disposiciones de protección de los derechos humanos recogidas en los tratados de que se trata poseen la categoría de normas de naturaleza imperativa.

Las reservas a los tratados multilaterales normativos de derechos humanos presentan una *problemática específica*, ya que estos se caracterizan por la naturaleza objetiva de las obligaciones jurídicas –cuya finalidad es la protección de los derechos y libertades fundamentales– que de los mismos se derivan, lo que comporta que con este tipo de tratados se pretende establecer obligaciones jurídicas que no van dirigidas a un mero intercambio recíproco de intereses entre los Estados sino a crear un orden legal donde esos Estados asumen ciertos compromisos hacia los individuos bajo su jurisdicción, de manera que la reciprocidad, aunque no esté totalmente ausente de dicho tipo de tratados internacionales, no constituye una característica esencial de los mismos<sup>62</sup>, reflejándose su especificidad en el régimen de las reservas, ya que en ellos la imposibilidad de hacer operativo el juego de la reciprocidad a las obligaciones absolutas de carácter objetivo que las previsiones de tales tratados imponen privilegia la posición del Estado autor de la reserva, cuya exclusión o limitación únicamente desplegará efectos jurídicos en el ámbito territorial bajo su jurisdicción en tanto los demás contratantes quedan vinculados por las disposiciones reservadas en su aplicación a los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones<sup>63</sup> –incluidos los nacionales del Estado reservante–, lo que, a juicio de algunos, dado que se trata de instrumentos que no tienen por objeto establecer un equilibrio

---

<sup>62</sup> Vid. BONET PÉREZ, Jordi, op. cit., pág. 140.

<sup>63</sup> Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 68 y 69.



entre los derechos y obligaciones que se reconocen mutuamente las partes sino que se orientan a instituir una normativa internacional en defensa de intereses comunes superiores que todas las partes se comprometen a respetar<sup>64</sup>, justificaría la posibilidad de un régimen jurídico especial para esta clase de reservas distinto del previsto con carácter general en los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969.

En definitiva, en los tratados relativos a la protección de los derechos humanos los efectos jurídicos que se deducen de la aceptación de una reserva por los demás contratantes *no producen modificación de las disposiciones del tratado* entre el Estado reservante y el aceptante y viceversa en la medida prevista por la reserva, tal y como, con carácter general, hemos visto que establece el artículo 21.1 a) y b) de la Convención de Viena, ya que el principio de reciprocidad que late detrás de dicho precepto no se proyecta en la práctica de manera uniforme, pues, en el caso de aquellos concretos tratados, la observancia por una parte de las obligaciones que de ellos resultan es independiente de la asunción por otras de una obligación idéntica, reduciéndose la reciprocidad en estas circunstancias a negar al Estado autor de la reserva el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones que para sí mismo ha excluido o modificado, sin avalar su inobservancia por los demás Estados<sup>65</sup>.

No obstante, la CDI concluyó que, dada la conveniencia de preservar la unidad del régimen jurídico de las reservas consagrado en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 –que, dada su flexibilidad y adaptabilidad, resulta adecuado *«a las exigencias de todos los tratados, cualquiera que sea su objetivo o naturaleza»*, logrando *«un equilibrio satisfactorio entre los objetivos de mantener la integridad del texto del tratado y la universalidad de la participación en él»*–, las reglas generales enunciadas en las Convenciones de Viena mencionadas *se aplican plenamente a las reservas formuladas a los tratados multilaterales normativos relativos a los derechos humanos*<sup>66</sup>, siendo casi unánime la conformidad de las opiniones expresadas al respecto por los Estados –entre ellos España<sup>67</sup>– que, durante el debate habido en el 52.º período de sesiones de la Sexta Comisión de la Asamblea General, manifestaron que *no existía ninguna razón decisiva*

---

<sup>64</sup> Vid. CII, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio. Recueil, 1951, p. 23; vid. Sentencia del TEDH de 18 de enero de 1978, asunto Irlanda contra el Reino Unido, p. 239.

<sup>65</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 224 y 225.

<sup>66</sup> Vid. Informe CDI, 49.º período de sesiones, Doc. A/53/10, p. 157.

<sup>67</sup> Vid. Doc. A/C.6/50/SR.22, p. 44.

que obligara a derogar el régimen general de las reservas en atención a las peculiaridades de ciertos tratados en función de su objeto<sup>68</sup>.

La Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados elaborada por la CDI recomienda el *examen periódico de la utilidad de las reservas olvidadas u obsoletas* a fin de considerar su retirada, prestando particular atención, a este último efecto, al objetivo de preservar la integridad de los tratados multilaterales, sobre todo los relativos al ámbito de los derechos humanos, en cuyo contexto la utilidad del mantenimiento de las reservas ha de ponerse en relación con el Derecho interno y con la evolución de éste desde que aquellas se formularon.

El Consejo de Europa, en relación a los tratados adoptados bajo sus auspicios, como es el caso del CEDH hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, adoptó en 1962 y 1980 unas cláusulas-modelo o criterios de normalización, estandarización, homologación o unificación acerca de cuando, cómo y qué efectos han de atribuirse a las reservas previstas en los tratados auspiciados en su seno<sup>69</sup>. Dichas cláusulas están diseñadas para cubrir los objetivos consistentes en prever las reservas autorizadas –que se añadirán en un Anexo a la convención–, regular la posibilidad de su retirada mediante comunicación al Secretario General del Consejo de Europa –que surtirá efectos a partir de la fecha de su recibo– y establecer los efectos de la reserva en cuanto a la aplicación del principio de reciprocidad –la parte reservante no podrá exigir la aplicación de la disposición reservada por otra parte, aunque, si su reserva es parcial o condicional, podrá exigir la aplicación de aquella disposición en la misma medida en que haya sido aceptada por ella–<sup>70</sup>.

Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1223 (1993), de 1 de octubre, adoptada en su 51.<sup>a</sup> sesión, relativa a las reservas formuladas por los Estados miembros a los convenios del Consejo de Europa, y *por lo que concierne a los tratados a concluir en el futuro*<sup>71</sup>, recomienda la elaboración de disposiciones que precisen con exactitud las reservas admisibles y, en su caso, las condiciones en que podrían formularse, añadiendo una recomendación dirigida a prever la *limitación de la validez de las reservas* por un período máximo de diez años, a partir del cual la Secretaría

---

<sup>68</sup> Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 69 y ss.

<sup>69</sup> Estos modelos fueron aprobados por los Delegados de los Ministros en su 113.<sup>a</sup> reunión, en 1962 –10 a 18 de septiembre–, vid. Doc. CM 62 (148) y en su 315.<sup>a</sup> reunión, en 1980 –18 a 21 de febrero–, vid. Doc. CM 80 (315), respectivamente.

<sup>70</sup> Vid. artículo e) de ambas cláusulas modelo.

<sup>71</sup> Vid. P. B.i).

General del Consejo de Europa, en su calidad de depositario, invitaría al Estado autor a reexaminarla para su retirada en la medida de lo posible o, caso contrario, a explicar las razones de su mantenimiento, disponiendo asimismo que si la reserva no es expresamente renovada devendría caduca<sup>72</sup> e instando a los Estados Partes, por lo que concierne a los convenios en vigor, al reexamen de sus reservas de cara a su retirada *en la medida de lo posible*<sup>73</sup>, previsión cuya utilidad reside en que obligaría al autor de la reserva a replantearse su utilidad a la luz de los cambios acontecidos en su legislación interna<sup>74</sup>, si bien no parece que dicha recomendación –especialmente en lo concerniente a la limitación temporal de la validez de las reservas– tenga, a nuestro juicio, virtualidad práctica alguna.

Sin perjuicio de la dificultad que ofrece la clasificación de las cláusulas de reservas más al uso, la cláusula de autorización de las reservas al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 contenida en su artículo 64 –hoy 57– es una *cláusula mixta entre autorización y prohibición*, que autoriza las reservas sin mayor precisión pero prohíbe las de alcance general al tratado<sup>75</sup>, autorización que no empece la circunstancia de que determinados Protocolos al CEDH contengan cláusulas prohibiendo, con carácter general, la formulación de reservas a las disposiciones de los mismos<sup>76</sup>.

El actual artículo 57 del CEDH de 1950 prevé *tres exigencias particulares a la hora de formular reservas* a dicho tratado, a saber, según su apartado 1, en primer lugar, que la reserva se refiera a una disposición del Convenio en la medida en que una ley interna esté en desacuerdo con la misma<sup>77</sup>, condicionando, además, conforme al artículo 19 c) de la Convención de Viena de 1969, la posibilidad de formular reservas de alcance particular a la circunstancia de que dicha *ley, en vigor, en ese momento, en su ordenamiento interno, obligue a ello*; en segundo término, *se prohíbe formular reservas de alcance o carácter general* al tratado –«este artículo

---

<sup>72</sup> Vid. P. B. ii).

<sup>73</sup> Vid. recomendación A.1.

<sup>74</sup> Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 96 a 98.

<sup>75</sup> Ibidem, págs. 99 y ss.

<sup>76</sup> El artículo 4 del Protocolo número 6 al Convenio de Roma de 1950, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, relativo a la abolición de la pena de muerte –Instrumento de ratificación de 14 de enero de 1985; BOE núm. 92, de 17 de abril de 1985–, estipula que «no se aceptará reserva alguna a las disposiciones del presente Protocolo invocando el artículo 57 del Convenio».

<sup>77</sup> Vid. BONET PÉREZ, Jordi, op. cit., pág. 144.

*no autoriza las reservas de carácter general*»<sup>78</sup>, es decir las formuladas en términos tan indeterminados, abiertos, vagos o genéricos que impidan apreciar su sentido y alcance jurídico exactos; y debiendo, en tercer lugar, según exige el apartado 2 del citado precepto, *acompañarse a la reserva, al tiempo de su formulación, una breve exposición de dicha ley*, exposición que comporta no solo una exigencia de forma sino también una condición de fondo<sup>79</sup>, constituyendo un elemento de prueba y de seguridad jurídica

---

<sup>78</sup> La Decisión de la Comisión de 5 de mayo de 1982 –asunto Alparslan Telmestach contra Suiza– afirma, en su p. 84, que una reserva es de carácter general «if it does not refer to a specific provision of the Convention or if it is worded in such way that its scope cannot be defined». Por su parte, la STEDH de 29 de abril de 1988 –asunto Belilos contra Suiza– en su p. 55 interpreta la prohibición de reservas generales significando que «por «reserva de carácter general», el artículo 64 (art. 64) entiende ante todo una reserva redactada en términos demasiado vagos o amplios para que pueda apreciarse su sentido y ámbito de aplicación exactos», añadiendo que «el artículo 64.1 (art. 64.1) exige precisión y claridad»; en este sentido, la STEDH de 31 de julio de 2000 –asunto Jecius contra Lituania–, afirma en su p. 81 que «a pesar de los puntos flacos lingüísticos de la reserva, no era imposible determinar su sentido y su campo de aplicación. La reserva se refería con suficiente claridad al artículo 5.3 del Convenio y a la legislación interna pertinente». En lo que atañe a la exigencia de que la ley interna que obligue a formular la reserva se encuentre en vigor en ese momento, la STEDH de 23 de abril de 1997 –asunto Stallinger y Kuso contra Austria– afirma que «solamente las leyes «en vigor en ese momento» en el territorio de un Estado contratante pueden ser objeto de una reserva», por lo que si la disposición en discusión –vigente desde 1982– no estaba en vigor, como era el caso, en el momento en que se formuló la reserva –Austria ratificó el Convenio y formuló la reserva litigiosa en 1958–, ello «dispensa al Tribunal de examinar la validez de la reserva a la luz de las demás condiciones fijadas en los apartados 1 y 2 del artículo 64 del Convenio» –p. 48 y 49–. Finalmente, la STEDH de 4 de julio de 2001 –asunto Illie Ilascu et al. contra Moldova y la Federación de Rusia– señala que la declaración formulada al ratificar el CEDH por la República de Moldova no equivale a una reserva en el sentido del Convenio dado que no se refiere a ninguna disposición específica del mismo, así como por la ausencia de ley concreta en vigor que obligara a dicha República a formular una reserva *ratione loci* al CEDH excluyendo de la competencia del TEDH los actos y omisiones cometidos en la República de Transnistria –la República de Moldova alegó en su declaración no poder garantizar el respeto de las disposiciones del Convenio en relación con los actos y omisiones realizados por los órganos de la autoproclamada República de Transnistria en el territorio sobre el que dichos órganos ejercían un control efectivo hasta que se resolviera definitivamente el conflicto en esa región–, por lo que, en consecuencia, dicha declaración no podía impedir el ejercicio por el TEDH de su jurisdicción.

<sup>79</sup> Vid. Decisión de la Comisión de 5 de mayo de 1982 –asunto Alparslan Temeltasch contra Suiza–. Por su parte, la STEDH de 29 de abril de 1988 –asunto Belilos contra Suiza– afirma, en su p. 58, respecto de la exigencia de la «breve exposición de la ley de que se trate» a que se refiere el apartado 2 del artículo 64 –hoy 57– del CEDH, que «la obligación de acompañar a la reserva una breve exposición de las leyes que un Estado tiene intención de reservar permite a las otras Partes contratantes, así como a los órganos del Convenio y a toda persona concernida, conocer dicha legislación», añadiendo en su p. 59 que «la «breve exposición de la ley de que se trate» constituye a la vez un elemento de prueba y un factor de seguridad jurídica. En efecto, el artículo 64.2 (art. 64.2) apunta a ofrecer, principalmente a las demás Partes contratantes y a los órganos del Convenio, la garantía de que la reserva no va más allá de las disposiciones explícitamente excluidas por el Estado concernido. No

en la medida en que ofrece, tanto a los Estados Partes como a los órganos de control del Convenio, la garantía de que la reserva no sobrepasa las disposiciones explícitamente descartadas<sup>80</sup>.

La *competencia* para pronunciarse tanto sobre la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del Convenio Europeo de 1950 como para extraer de la eventual determinación de la inadmisibilidad de la reserva la consecuencia de que carece la misma de efectos jurídicos –manteniéndose, en cambio, intacta la expresión de voluntad del Estado autor de aquella de quedar vinculado por el tratado, cuya manifestación del consentimiento en obligarse no queda, pues, viciada por aquella eventual inadmisibilidad– corresponde al órgano de control de los derechos definidos en dicho Convenio, que es hoy el TEDH<sup>81</sup>, a quien compete la jurisdicción para considerar, en relación con el artículo 64 –hoy 57– del CEDH, la validez de una reserva<sup>82</sup>. En efecto, tras su enmienda en virtud del Protocolo número 11, de 11 de mayo de 1994, el artículo 32.2 del Convenio Europeo para la

---

comporta una simple exigencia de forma; estipula una condición de fondo»; en el mismo sentido, SSTEDH de 22 de mayo de 1990 –asunto Weber contra Suiza–, p. 38, de 3 de octubre de 2000 –asunto Eisenstecken contra Austria–, en la que el Tribunal declara la invalidez de la reserva austriaca de 1958 al artículo 6 del CEDH en relación con la Ley General de 1950 sobre procedimiento administrativo en razón de que dicha reserva no satisface las exigencias del artículo 64.2 –57.2– del Convenio, dado que falta en ella una «breve exposición» de la ley pretendidamente incompatible con el artículo 6 del CEDH, por lo que dicha reserva «no ofrece en la medida suficiente «la garantía de que no va más allá de las disposiciones explícitamente excluidas» por Austria» –p. 29–, de 4 de julio de 2001 –asunto Illie Ilascu et al. contra Moldova y la Federación de Rusia– y de 2 de noviembre de 2006 –asunto Dacosta Silva contra España–, p. 37.

<sup>80</sup> Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 113 a 120; vid. BONET PÉREZ, Jordi, op. cit., pág. 144.

<sup>81</sup> Ibidem, págs. 332 y ss.

<sup>82</sup> Si en un principio fue la Comisión –asunto Alparslan Temeltasch contra Suiza, Decisión de 5 de mayo de 1982– quien afirmó su competencia para pronunciarse sobre la conformidad con el CEDH de una reserva o una declaración interpretativa, hoy es el TEDH el que, en el asunto Belilos contra Suiza –Sentencia de 29 de abril de 1988, párrafos 40 a 50, 52 y 60–, suscribe la posición de principio adoptada por la Comisión al constatar que no se podía poner en duda su jurisdicción para considerar, en relación con el artículo 64 –hoy 57– del Convenio, la validez de una reserva o de una declaración interpretativa –p. 50–, recalificando como reserva una declaración interpretativa de Suiza relativa al artículo 6.1 del CEDH –p. 40 a 49–, que no consideró válida dado su carácter general –p. 52–, de lo que extrajo como consecuencia que, a la vista de que la declaración tiene carácter general y no contiene una breve exposición de la ley en discusión, no se ajusta a dos de los imperativos del artículo 64 del Convenio, «de sorte qu'il échet de la réputer non valide. Or, à n'en pas douter, la Suisse est et s'estime liée par la Convention indépendamment de la validité de la déclaration ...» –p. 60–.

Por su parte, en sus Sentencias de 22 de mayo de 1990 –asunto Weber contra Suiza– y 26 de abril y 23 de octubre de 1995 –asuntos Fischer contra Austria y Gradinger contra Austria– el TEDH determina las condiciones para la formulación de reservas al Convenio de Roma.

protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales capacita al TEDH para determinar el ámbito de su propia competencia, lo que le faculta para apreciar la licitud de las reservas formuladas al Convenio en la medida en que ello pueda afectar al alcance de su competencia o jurisdicción en relación con los Estados interesados, pues, de no ser así, no podría ejercer su misión de salvaguarda y control del cumplimiento de los derechos definidos en el tratado<sup>83</sup>.

En todo caso, el TEDH mantiene una férrea posición en orden a la inadmisibilidad de las reservas que no se ajustan a los parámetros del actual artículo 57 del Convenio de Roma –que inevitablemente se proyectan en la limitación de sus funciones de vigilancia del cumplimiento de los derechos reconocidos en el mismo–, como se desprende de la Sentencia de la Gran Sala de 4 de julio de 2001 –asunto *Illie Ilascu et al.* contra la República de Moldova y la Federación de Rusia–, en la que se declara la invalidez de la reserva de la República de Moldova imponiendo restricciones *ratione loci* a la jurisdicción del TEDH.

En definitiva, en el ámbito del Consejo de Europa el TEDH concluye que las reservas contrarias a las previsiones del artículo 64 –hoy 57– del Convenio de Roma se pueden separar del resto del texto del instrumento de ratificación, dejando intacta la aceptación de su autor al mismo Convenio, teniendo su base esta dissociabilidad entre la reserva y el instrumento de manifestación del consentimiento del Estado en obligarse en el carácter tuitivo de determinados derechos esenciales que, en definitiva, tiene el Convenio, descartando la opción de considerar al Estado autor de la reserva excluido del ámbito subjetivo del mismo<sup>84</sup>.

---

En su Sentencia de 23 de marzo de 1995 –asunto *Loizidou* contra Turquía– el TEDH, siguiendo la Decisión de la Comisión de 14 de marzo de 1991 –asunto *Chrysostomos y Papachrysostomou* contra Turquía–, en la que se afirma que «cuando un Estado claramente expresa su intención de obligarse ... pero añade restricciones a su declaración incompatibles con el Convenio, debe prevalecer la primera intención» –p. 45 y 46–, desestima la pretensión de indisociabilidad entre las restricciones impugnadas y el instrumento de aceptación; en el asunto *Loizidou* el TEDH, tras afirmar su jurisdicción y considerar que las restricciones *ratione loci* –y, encubiertas con ellas, *ratione materiae*– insertas en la declaración turca de reconocimiento de su jurisdicción –afectantes a Chipre– no son válidas y equivalen a reservas –ya objetadas por otros contratantes y puestas en cuestión por el Secretario General del Consejo de Europa en su calidad de depositario del Convenio, que procedió a su comunicación reservándose su posición acerca de las cuestiones jurídicas que pudieran suscitarse en relación a su validez–, las estimó incompatibles con la naturaleza del Convenio y el objeto y fin de los artículos del mismo –25 y 46– sobre los que dicha declaración recaía –p. 89–.

<sup>83</sup> Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 345 y ss.

<sup>84</sup> Vid. SSTDH de 29 de abril de 1988 –asunto *Belilos* contra Suiza–, 23 de marzo de 1995 –asunto *Loizidou* contra Turquía– y 4 de julio de 2001 –asunto *Illie Ilascu et al.* contra Moldova y la Federación de Rusia–.

### III. FORMULACIÓN Y RETIRADA DE LAS RESERVAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

#### A. LA FORMULACIÓN DE LAS RESERVAS

Frente a la tesis aristocrática según la cual el Gobierno goza de absoluta libertad en materia de reservas, habiendo de limitarse el Legislativo a autorizar, cuando fuere procedente, la conclusión de los tratados, sin que sea de su incumbencia pronunciarse en términos jurídicamente relevantes sobre las reservas *embrionarias* comunicadas por el Gobierno a título informativo y, menos aún, hacer y aprobar por su cuenta nuevas reservas<sup>85</sup>, una concepción democrática de la conducción de la política exterior del Estado –que aspira a ampliar la participación parlamentaria y reconocer la libertad del Gobierno sólo en la medida en que lo haga indispensable la misma naturaleza de la acción exterior– considera que el carácter unilateral de la reserva y el momento de su formalización en el orden internacional –al manifestarse el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado– hacen factible la participación de las Cámaras legislativas en la determinación del número y contenido de las reservas concernientes a tratados cuya conclusión requiere de autorización parlamentaria, no existiendo razones definitivas para otorgar al Gobierno la exclusiva en la formulación de reservas y obligar a las Cámaras a pasar por todas –y sólo– ellas o, como alternativa, denegar su autorización para la conclusión del tratado<sup>86</sup>.

Aún cuando la Constitución Española de 1978 no se pronuncia expresamente por una u otra de las opciones a que acaba de hacerse mención<sup>87</sup>, la concepción democrática que tiene del *treaty making power* impone la

---

<sup>85</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 236. Señala al respecto el autor que durante el régimen franquista, en el que la intervención de las Cortes en la conclusión de los tratados era consultiva, el Gobierno se consideró enteramente libre de tener en cuenta o ignorar, corregir o completar las reservas aprobadas por las Cortes, como se deduce de la comparación de las reservas adoptadas por la Comisión de Asuntos Exteriores en relación con el Convenio sobre los Derechos Políticos de la Mujer, el 21 de noviembre de 1972, y las finalmente depositadas por el Gobierno –BOE de 23 de abril de 1974–.

<sup>86</sup> *Ibidem*, págs. 233 y 234.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pág. 234. Significa el autor que «en 1978, meses antes de que se promulgara la vigente Constitución, el hecho de que las reservas que el Gobierno se proponía formular a la Convención y Protocolo sobre el estatuto de los refugiados pasaran inadvertidas para las Cortes por culpa de un defecto de publicidad, dio lugar en el Congreso a un debate clarificador: todos, Gobierno y oposición, al margen de la razón o sinrazón del incidente parlamentario, estuvieron de acuerdo en la competencia de las Cámaras para intervenir en la confección de las reservas a tratados cuya conclusión fuese de preceptiva autorización por las Cortes».

necesaria participación de las Cortes Generales en materia de reservas, tal y como resulta del contenido de los respectivos Reglamentos del Congreso y del Senado<sup>88</sup> y de la interpretación que del artículo 94.1 de la Constitución se lleva a cabo en la práctica –y lo mismo habría que decir respecto al artículo 93 del Primer Cuerpo Legal en relación a las reservas a los tratados que se tramiten a su amparo–.

Partiendo de esta idea, resulta evidente que, en nuestro Derecho y tanto por su naturaleza como por el momento de su formulación, la reserva puede y debe ser una institución jurídica respecto de la que la intervención de las Cortes Generales sea posible –intervención constitucionalmente limitada, empero, a determinados tratados que requieren autorización parlamentaria para posteriormente vincular internacionalmente al Estado, dado el sistema de lista positiva que, en función de un criterio exclusivamente material, se enumera en forma tasada en los artículos 93 y 94.1 de la Norma Legal Fundamental, limitación que afecta, obviamente, a las reservas a aquellos tratados excluidos del conocimiento de las Cámaras, de manera que en los convenios inmersos en la vía procedimental del artículo 94.2 de la Constitución el Gobierno puede formular cuantas reservas estime oportunas sin posibilidad de control parlamentario alguno<sup>89</sup>–, sin que, como se ha dicho, existan razones para otorgar al Gobierno la facultad exclusiva en la formulación de reservas.

El procedimiento relativo a la formulación de las reservas debe ser necesariamente *análogo al de la conclusión de tratados*, ya que una reserva modifica la aplicación de las previsiones del tratado, alterando la sustancia de una estipulación convencional.

Ha de formularse la reserva en un momento determinado, el de la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, y, más concretamente, al perfeccionarse dicho consentimiento, por lo que lo habitual es que la reserva se integre en el mismo instrumento donde consta la voluntad de obligarse del Estado<sup>90</sup>. Una reserva puede ser formulada en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación o adhesión al tratado –artículo 2.1 d) de la Convención de Viena–, debiendo ser emitida por escrito y recogida en un instrumento diplomático. Si la reserva se formula en el momento de la firma, debe ser incluida en el instrumento original del tratado y si es formulada en la ratificación, adhesión, etc., del tratado, deberá incluirse en el correspondiente instrumento de ratificación,

---

<sup>88</sup> Ibidem, pág. 234.

<sup>89</sup> Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 386 y 387.

<sup>90</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs 208 y 209.



adhesión, etc.; puede también ser recogida en un protocolo separado o *procés verbal* en el momento de la firma o la adhesión o puede también estar incluida en el *procés verbal* realizado al momento del cambio de instrumentos de ratificación<sup>91</sup>.

Las reservas cuya formulación propone el Ejecutivo en razón de que consideraciones de legalidad o de mera oportunidad lo lleven a la decisión política de concluir un tratado con determinadas reservas –inducidas de posiciones previamente mantenidas en la negociación multilateral o de los informes y dictámenes elaborados, en el trámite de regulación normativa, por los distintos Departamentos ministeriales o por los órganos consultivos–, deben ser comunicadas a las Cortes Generales junto con el texto del tratado y los demás documentos exigibles para el inicio del trámite parlamentario, tal y como disponen los artículos 20.3 y demás concordantes del Decreto 801/1972 y 155.2 del Reglamento del Congreso<sup>92</sup>.

El valor fundamental del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales –BOE núm. 85, de 8 de abril de 1972–, que fue un importante medio de racionalizar la dispersa y caótica normativa que, hasta entonces, constituía el procedimiento de conclusión de tratados internacionales en España, como consecuencia de la inminente adhesión de nuestro país a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –adhesión que tuvo lugar por Instrumento de 16 de mayo de 1972, si bien su publicación en el BOE no se llevó a cabo hasta el 13 de junio de 1980–, reside en el compromiso asumido por la Administración de no hurtar en lo sucesivo a las Cortes los tratados que, por razón de la materia, fueren de su competencia<sup>93</sup>, no limitando el Decreto de mérito –respecto a los convenios en relación con los cuales la intervención de las Cortes sea de carácter vinculante *ratione materiae*– el conocimiento del Legislativo únicamente a las disposiciones del tratado sino también a las reservas que el Gobierno pretendiera formular, autolimitación por el Ejecutivo de su capacidad –hasta entonces omnímoda y sin control– en relación a las reservas que se infiere del texto de su artículo 20.3 –y del artículo 26 en relación a los convenios objeto de adhesión por parte española–, que señala que «*la comunicación por la que, de conformidad con el artículo 18, se remite a las Cortes* [por

<sup>91</sup> Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., pág. 203.

<sup>92</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 234 y 235.

<sup>93</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Las Cortes y la Política Exterior Española (1942-1976) (Con especial referencia a su participación en la conclusión de los tratados internacionales)». Cuadernos de la Cátedra «J.B. Scott», Universidad de Valladolid, Valladolid, 1977, pág. 26.

el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores] *el tratado, contendrá los extremos siguientes: ... 3. Las reservas o declaraciones que se proponga formular España al ratificar el tratado ...*»<sup>94</sup>, exigiendo imperativamente el artículo 21.1 siguiente que «*el instrumento de ratificación contendrá el texto de reservas o declaraciones formuladas por España*» y el artículo 29 que «*los tratados en los cuales España sea Parte se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado»*», publicación que se llevará a cabo, a tenor del apartado 2 de este último precepto, «*mediante la inserción del texto íntegro del tratado ... así como, en su caso, de las reservas o declaraciones formuladas ...*»; por su parte, el artículo 26 del Decreto 801/1972 establece que «*la comunicación por la que ... se remite a las Cortes el tratado, contendrá los extremos mencionados en los apartados 1 a 3 del artículo 20*».

A partir de los Reglamentos del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 –BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1982– y del Senado, de 3 de mayo de 1994 –BOE núm. 114, de 13 de mayo de 1994– se normaliza la regulación de las competencias que, en materia de reservas, la Constitución de 1978 reconoce ampliamente a las Cámaras en el marco de su participación en el proceso de celebración de tratados, disponiendo estas de plenas competencias de control en los convenios sometidos a su autorización –los de los artículos 93 y 94.1–, al tiempo que se les reconoce capacidad de formulación de nuevas reservas con el único límite que pueda imponer el propio tratado<sup>95</sup>.

Aquellos tratados, como el CEDH de 1950, en los que la formación de la voluntad del Estado en obligarse en el ámbito internacional requiere un procedimiento complejo caracterizado por la intervención necesaria tanto del Gobierno como de las Cortes Generales, es decir, tanto los del artículo 93 como los subsumibles en las categorías previstas en el artículo 94.1 de la Constitución –en los convenios tramitados por la vía del artículo 94.2 de la Norma Legal Fundamental en los que se hayan incorporado reservas por parte del Gobierno y que se remiten al Parlamento para su conocimiento, sin que éste haya tenido oportunidad de intervenir en su conformación, la intervención de las Cortes *a posteriori* puede introducir modificaciones, e, incluso, suprimir tales reservas–, respecto de los que las Cortes están constitucionalmente llamadas a intervenir en razón de la materia regulada por el tratado, requieren, en aplicación de los artículos 20.3 del Decreto 801/1972 y 155.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados, que,

---

<sup>94</sup> Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 372 a 374.

<sup>95</sup> Ibidem, págs. 418 y 419.

junto a la comunicación por la que el Gobierno remita o envíe a las Cortes Generales el acuerdo del Consejo de Ministros solicitando la concesión de autorización para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio del tratado –solicitud que deberá ser presentada por el Gobierno al Congreso dentro de los noventa días siguientes al acuerdo del Consejo de Ministros, plazo que, en casos justificados, podrá ser ampliado hasta ciento ochenta días–, obren, además del texto de éste, las reservas que el Ejecutivo se proponga formular al ratificarlo<sup>96</sup>, a fin de que, como estipula el citado artículo 155.2, último inciso, el Congreso se pronuncie *«tanto acerca de la concesión de la autorización como sobre la formulación de reservas y declaraciones propuestas por el Gobierno»*, con lo que el control parlamentario de las reservas queda perfectamente garantizado, pudiendo el Legislativo, en la realización del trámite de autorización que le corresponde en razón de la materia objeto de regulación convencional, conocer y realizar propuestas en relación a cualquier extremo de las reservas cuya formulación se propone por el Ejecutivo, así como formular por propia iniciativa reservas de nuevo cuño respecto de los tratados que deba autorizar, siempre que no estén prohibidas por tales tratados.

A este respecto, el artículo 155.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados dispone, en relación con la previa autorización de las Cortes Generales precisa para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios, que *«el Gobierno solicitará de las Cortes Generales la concesión de dicha autorización mediante el envío al Congreso de los Diputados del correspondiente acuerdo del Consejo de Ministros junto con el texto del Tratado o convenio, así como la Memoria que justifique la solicitud y las reservas y declaraciones que el Gobierno pretendiere formular, en su caso. El Congreso deberá pronunciarse tanto acerca de la concesión de la autorización como sobre la formulación de reservas y declaraciones propuestas por el Gobierno»*.

Por su parte, con una técnica sumamente deficiente, el artículo 144.4 del Reglamento del Senado –Texto Refundido aprobado el 3 de mayo de 1994– viene a conferir al Pleno de dicha Cámara la decisión sobre *«si debe accederse o no a la autorización solicitada»* por el Gobierno acerca de la ratificación de los tratados del artículo 94.1 de la Constitución –y, obviamente, de las reservas a los mismos–.

En consecuencia, los actuales Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, de 1982 y 1994, prevén tanto la necesidad de que las Cámaras entren a conocer, en todo caso, cualquier propuesta de reserva con

---

<sup>96</sup> Ibidem, págs. 387 y 388.

que el Ejecutivo acompañe al texto del tratado, siguiendo lo dispuesto en los artículos 20.3 y 26 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, como el régimen de tramitación aplicable a tal clase de propuestas –el procedimiento legislativo común, con las particularidades que se prevén en los respectivos Reglamentos–. A este último efecto, como hemos dicho, el artículo 155.2, inciso primero, del Reglamento del Congreso establece, por lo que atañe a los tratados del artículo 94.1 de la Constitución, la necesidad de adjuntar al texto del tratado o convenio sometido al trámite de concesión de autorización la «*Memoria que justifique la solicitud y las reservas y declaraciones que el Gobierno pretendiere formular, en su caso*», señalando, asimismo, en su inciso segundo, la obligación del Congreso de «*pronunciarse tanto acerca de la concesión de la autorización como sobre la formulación de reservas y declaraciones propuestas por el Gobierno*»; y en relación a las reservas que el Ejecutivo pudiera acompañar a un tratado de los del artículo 93 de la Constitución, la obligatoriedad de la remisión de las reservas que el Ejecutivo pretenda formular a los tratados del artículo 94.1 ha de hacerse lógicamente extensiva a las reservas que el Gobierno pretendiere formular en relación con los tratados incardinables en dicho artículo 93<sup>97</sup>, por lo que ha de entenderse que el proyecto de Ley Orgánica de autorización que el Ejecutivo envíe al Legislativo para el preceptivo trámite parlamentario contemplará todas las reservas que, a propuesta del Gobierno, vaya a formular el Estado español.

Estas reservas propuestas por el Ejecutivo pueden ser combatidas por los parlamentarios del mismo modo que los artículos de un proyecto de ley, pues, como dispone el artículo 156.1 del Reglamento del Congreso, «*la tramitación en el Congreso de la concesión de autorización se ajustará al procedimiento legislativo común, con las particularidades que se contienen en el presente Capítulo*».

Por otra parte, los Reglamentos del Congreso –artículo 156.2 y 3– y del Senado –artículo 144.1 y 3– establecen el derecho de los parlamentarios a *proponer reservas* a los tratados remitidos por el Gobierno a las Cortes.

Respecto al régimen de estas propuestas de reserva hay que distinguir según que el tratado permita o no las reservas. Proponer una reserva prohibida por el tratado es tanto como pretender la enmienda de éste, por lo que parece lógico que su tratamiento se equipare al de una propuesta de no autorización o de veto.

El Reglamento del Congreso –siguiendo este criterio aunque sin expresarlo correctamente, al distinguir según las reservas estuvieren *previstas*

---

<sup>97</sup> Ibidem, pág. 388.

o no por el tratado, siendo así que los tratados pueden prever las reservas tanto para permitir las como para prohibirlas, resultando inexacto confundir en bloque a las reservas no previstas con las no autorizadas o permitidas; en realidad, el Reglamento, con dicción desafortunada, intenta referirse a las reservas permitidas y no admitidas<sup>98</sup>— considera como *enmiendas a la totalidad*— artículo 156.2.b— las reservas propuestas por los diputados y por los Grupos Parlamentarios cuando el tratado o convenio no las «prevea» —es decir, no las permita—; y cuando las reservas están «previstas» —o sea, permitidas— por el tratado, el ejercicio por los parlamentarios de su facultad de proponer una reserva tiene por objeto facilitar la conclusión del tratado —no torpedearla—, siendo jurídicamente irrelevante que la iniciativa para su formulación haya partido de las Cámaras o del Gobierno, y a tal efecto el Reglamento —artículo 156.3.a y b— les otorga la consideración de *enmiendas al articulado*. Es decir, que, según el artículo 156.3.a y b del Reglamento del Congreso, las propuestas de los diputados o los Grupos Parlamentarios para la supresión, adición o modificación de las reservas que acompañen al texto del tratado propuesto por el Ejecutivo y las que tales diputados o Grupos formulen, siempre que dicha formulación esté expresamente permitida por el tratado y sean compatibles con el objeto y fin de éste, tendrán, en cuanto a su tramitación, la consideración de enmiendas al articulado, mientras que, a tenor del artículo 156.2.b del citado Reglamento, las propuestas de reservas cuya formulación no estuviese expresamente permitida por el tratado o que fuesen contrarias al objeto y fin del mismo tendrán la consideración de enmiendas a la totalidad<sup>99</sup>; en concreto, el artículo 156 del Reglamento del Congreso estipula que las propuestas presentadas por los diputados y por los Grupos Parlamentarios tendrán la consideración «de enmiendas a la totalidad ... b. Cuando propusieran reservas o declaraciones y estas no estuvieran previstas por el tratado o convenio» —apartado 2.b— y «de enmiendas al articulado... a. Cuando propusieran la supresión, adición o modificación a las reservas o declaraciones que el Gobierno pretendiere formular. b. Cuando formularen reservas o declaraciones previstas por el tratado o convenio» —apartado 3.a y b—.

A su vez, el artículo 144 del Reglamento del Senado, con idéntica errónea dicción, dispone, en su apartado 1, que «podrán presentarse, en la forma que se señala en los apartados siguientes, propuestas ... de reserva respecto de los Tratados y Convenios Internacionales que requieran la autorización de las Cortes Generales ...», estipulando su apartado 3 que «las

<sup>98</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 235 y 236.

<sup>99</sup> Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 389 y 391.

*propuestas de reserva sólo podrán ser formuladas a los Tratados y Convenios que prevean esta posibilidad o cuyo contenido así lo admita», debiendo seguir dichas propuestas «el régimen establecido para las enmiendas en el procedimiento legislativo ordinario».*

Se ha dicho<sup>100</sup> que la exclusión de las propuestas de reservas prohibidas o no permitidas es más aparente que real, en la medida en que sus objetivos son alcanzables a través de lo que, en su artículo 144.1, el Reglamento del Senado llama, con buen criterio, «*propuestas de no ratificación*», esto es, de denegación de la autorización solicitada por el Gobierno, estableciendo el artículo 144.2 de dicho Reglamento que «*la presentación de propuestas de no ratificación se sujetará a lo dispuesto para las propuestas de veto*».

Si el Ejecutivo, una vez agotado el trámite parlamentario del tratado, decide formalizar el compromiso internacional del Estado, habrá de hacerlo con las reservas aprobadas por las Cortes Generales, sólo con ellas y tal y como lo hayan sido, sin omisiones, alteraciones o adiciones, acompañándose tan señalados efectos al carácter vinculante de la intervención parlamentaria en la conclusión de los tratados a los que las reservas conciernen<sup>101</sup>.

En cuanto a la formulación de las reservas sustantivas en el ámbito de los tratados protectores de derechos humanos, la práctica española ha evolucionado en función de la situación política interna. Mientras que en los pródromos del franquismo se puso de manifiesto el extremado carácter defensivo del régimen en sus relaciones internacionales –la reserva al artículo 99 del Convenio III de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra, refleja la situación de aislamiento de España en los foros internacionales, tanto de las Naciones Unidas como de sus organismos especializados, en un momento en que en el seno de la CDI se empezaba a elaborar un proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y a formular los principios de Derecho internacional reconocidos en el Estatuto y Fallo del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg–, los tímidos intentos posteriores de *apertura* en la asunción de compromisos reconocedores de derechos esenciales se vieron acompañados de reservas derivadas de la indisimulable realidad de una discriminatoria legislación interna cuyas consecuencias desvirtuaban, en buena medida, el contenido del tratado en su aplicación a nuestro país, como es el caso de las tres reservas a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos Políticos de la Mujer de 31 de marzo de 1953 que con-

---

<sup>100</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 236.

<sup>101</sup> Ibidem, pág. 236.

tenía el Instrumento de Adhesión de España de 14 de enero de 1974 –BOE núm. 97, de 23 de abril de 1974–, que ponían de relieve la existencia en la legislación interna de importantes discriminaciones por razón de sexo<sup>102</sup>.

## B. LA RETIRADA DE LAS RESERVAS

La retirada o revocación de las reservas es –salvo exclusión convencional– una posibilidad siempre abierta a quienes las plantearon, ajustándose a los mismos requisitos formales de su formulación y sin necesidad del consentimiento de los Estados que las hubieren aceptado; el carácter unilateral de la reserva, su consideración como un mal necesario que ha de soportarse en la medida en que sea inevitable y el deseo de devolver cuanto antes al tratado su integridad y unidad, explican que para retirar las reservas se prescinda del consentimiento de los aceptantes –artículos 22.1 y 3 a) *in fine* de la Convención de Viena–.

Respecto a la retirada de las reservas, ésta –como la formulación de las mismas– no puede nunca presumirse, debiendo ser expresa y por escrito, tal y como prevé el artículo 23.4 de la Convención de Viena –«*el retiro de una reserva o de una objeción a una reserva habrá de formularse por escrito*»–, refiriéndose el artículo 22 de la Convención al procedimiento y a los efectos de la posible retirada de la reserva. En principio, según el artículo 22.1, y «*salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado que la haya aceptado*»; este artículo 22.1 de la Convención de Viena acepta la teoría de la retirada de las reservas de forma unilateral en razón de que la reserva modifica o excluye una determinación jurídica del tratado en beneficio de una parte y en detrimento de la integridad del instrumento convencional, por lo que si el Estado que formuló la reserva decide renunciar a este beneficio, restaurando, por tanto, la integridad del tratado, no es necesario que sea requerido el previo consentimiento de las partes otrora aceptantes<sup>103</sup>.

No obstante, la disposición de los Estados a retirar formalmente sus reservas, incluso cuando han perdido estas su significación real, es escasa. Ciertamente, los cambios constitucionales y la satisfacción de sentidas reivindicaciones mueven en ocasiones a la retirada; así, en la práctica española, en virtud de acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el 25 de agosto de 1978 –BOE núm. 182, de 31 de julio de 1979–, el 5 de enero

---

<sup>102</sup> Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 235 a 238 y 411.

<sup>103</sup> Ibidem, págs. 203 y 204.

de 1979 se retiró la reserva formulada al ratificar, mediante Instrumento de 4 de agosto de 1952, el Convenio III de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra, según la cual solo se entendería por *derecho internacional vigente* el precedente de fuente convencional o bien el elaborado previamente por organismos en los que España tomara parte, surtiendo efectos dicha retirada a partir del 10 de mayo de 1979, fecha en que fue comunicada por el Gobierno Federal suizo en cuanto depositario de los Convenios de Ginebra –BOE de 31 de julio de 1979–.

En relación a los efectos de la retirada de las reservas, señala el artículo 22.3 a) de la Convención de Viena que aquella «*sólo surtirá efecto respecto de otro Estado contratante cuando ese Estado haya recibido la notificación*» de la retirada, si bien no especifica cuales sean los efectos de dicha retirada, es decir, sus consecuencias para las relaciones entre el Estado reservante y los demás Estados Partes<sup>104</sup>.

Se ha dicho que en el actual sistema constitucional español la democratización y transparencia impregna el conjunto de actuaciones del Estado y en especial el proceso de celebración de tratados, circunstancia que se manifiesta también en la formulación de reservas a través tanto de la exigencia de su publicación como del conocimiento de las mismas por el Parlamento, y, decimos nosotros, en el procedimiento de retirada de las mismas, que exigirá, igualmente, en el caso de los tratados que se hubieren tramitado por la vía del artículo 94.1 de la Constitución, cual es el caso del CEDH hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, su aprobación por las Cámaras y su posterior publicación en el BOE.

En efecto, lo que se ha señalado respecto de la formulación de las reservas puede igualmente aplicarse respecto de la retirada de las mismas, puesto que, aunque no existe alusión expresa alguna en los Reglamentos del Congreso y del Senado a la cuestión de la retirada de las reservas formuladas por España, viene a ser competente el Legislativo, como se infiere de la práctica parlamentaria, para conocer de la retirada de reservas que proponga el Gobierno y cuya formulación autorizó, así como para proponer tal retirada<sup>105</sup>, competencia de las Cámaras para intervenir en la retirada de las reservas expresamente reconocida por nuestro país al responder a la pregunta sobre cual es la autoridad competente para retirar las reservas previamente formuladas, manifestando que «*serán competentes el Gobierno y las Cortes sobre la base del principio del acto contrario a sus principios*», es decir, que poseen competencia para participar en la retirada de reservas

---

<sup>104</sup> Ibidem, pág. 204.

<sup>105</sup> Ibidem, págs. 387 y 388.



precisamente aquellas instituciones que han participado en la formulación de las mismas<sup>106</sup>; en tal sentido, la Constitución Española dispone, en su artículo 96.2, que las Cortes han de autorizar no sólo la conclusión sino también la denuncia de los tratados y convenios internacionales referidos en el artículo 94.1 de la misma, para lo que «*se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94*», por lo que si, a tenor del apartado 1 de este último, se autorizó por el Legislativo la conclusión de un tratado con determinada reserva, las Cámaras han de intervenir también decisivamente en la retirada de ésta<sup>107</sup>, puesto que dicha retirada comporta que el Estado se obliga internacionalmente por ella del mismo modo que lo hizo al formularla en los términos del artículo 94.1 de la Constitución.

Y, en tal sentido, estipula el artículo 32.2 del Decreto 801/1972 que «*el Ministerio de Asuntos Exteriores adoptará las medidas pertinentes para publicar en el «Boletín Oficial del Estado» comunicaciones suscritas por el Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores relativas a: ... 2. La retirada de las reservas formuladas por España... a los tratados multilaterales en los que sea parte ...*».

En definitiva, la retirada de una reserva formulada por España supone para el Estado español obligarse internacionalmente del mismo modo en que lo hizo al formularla, por lo que el Ejecutivo que se propone retirar dicha reserva ha de solicitar a las Cámaras, al amparo del artículo 94.1 de la Constitución, autorización para obligarse internacionalmente por medio de la retirada de la reserva formulada por España<sup>108</sup>, al igual que hizo, en su día, para formularla.

La práctica española en materia de retirada de reservas ha sido deficiente –consecuencia de una falta de conocimiento de la naturaleza y efectos de la institución, a lo que se añadió la existencia, hasta mediados de la década de los ochenta del pasado siglo, de una situación de discrecionalidad y falta de transparencia en el conjunto de las relaciones exteriores–, pudiendo afirmarse la existencia, en ocasiones, de una escasa preocupación en relación a las reservas formuladas, que siguieron surtiendo sus efectos a pesar de la

---

<sup>106</sup> Ibidem, pág. 393, nota a pie de página 1181, en referencia al cuestionario publicado por el Consejo de Europa –«L'expression du consentement des Etats à être liés par un traité». Affaires Juridiques, Estrasburgo, 1978, pág. 33–.

<sup>107</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 238.

<sup>108</sup> Vid., a tal efecto, a título de ejemplo, el Dictamen de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados de 11 de marzo de 2009 sobre la retirada de la reserva formulada por España a la totalidad del artículo IX del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1948 –Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura, Serie C, núm. 85-2, de 17 de marzo de 2009, pág. 1–.

desaparición de las condiciones domésticas que motivaron su formulación –como es el caso de la mencionada reserva al Convenio III de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que, formulada como medida defensiva en un contexto histórico concreto, no fue retirada, sin embargo, como se ha señalado, hasta el 25 de agosto de 1978–, o que, incluso, continúan actualmente sin ser retiradas, como las tres reservas formuladas a los artículos 1, 2 y 3 de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 31 de marzo de 1953, hoy carentes de todo sentido, al igual que acontece con la reserva a la totalidad del artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, que, formulada al momento de la adhesión de España, el 13 de septiembre de 1968, eludía el sometimiento a la Corte Internacional de Justicia de las controversias entre las Partes contratantes relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III de la misma, y cuya autorización de retirada se encuentra actualmente en tramitación en el Parlamento por la vía de los artículos 94.1 de la Constitución y 155 y 156 del Reglamento del Congreso y 144 y siguientes del Reglamento del Senado<sup>109</sup>.

La retirada de reservas formuladas a tratados que hubieren sido tramitados por la vía del artículo 94.2 de la Constitución se lleva a cabo por el Gobierno mediante la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la fecha a partir de la cual surtan aquellas efectos<sup>110</sup>.

En relación con la retirada –o modificación restringente– de reservas, la *iniciativa parlamentaria* en orden a la misma tiene un valor meramente *recomendatorio* al Gobierno, pues su tramitación se efectuará como *proposición no de ley*, de manera que la resolución de la Cámara que eventualmente la adoptara carecería de valor obligatorio.

Y aunque nada dice al respecto la Convención de Viena de 1969, nada obsta a entender, aplicando por extensión las reglas correspondientes a la retirada, que, si cabe retirar o renovar una reserva, también será posible *modificarla o enmendarla* para reducir su alcance<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Aprobada la propuesta por el Pleno del Congreso en su sesión de 18 de marzo de 2009 –Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura, Serie C, núm 85-3, de 26 de marzo de 2009, pág. 1– y por el Pleno del Senado en su sesión del 15 de abril siguiente –Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. IX Legislatura, Serie IV, núm 63 (c), de 17 de abril de 2009, pág. 5–.

<sup>110</sup> Vid., a título de ejemplo, la retirada de la reserva formulada por el Gobierno en el Instrumento de Adhesión al Tratado de cooperación en materia de patentes, hecho en Washington el 2 de octubre de 1979, por resolución del Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores de 28 de enero de 1998 –BOE núm. 36, de 11 de febrero de 1998–.

<sup>111</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 229.

#### IV. LA RESERVA ESPAÑOLA A LOS ARTÍCULOS 5 Y 6 DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES Y LA CUESTIÓN DE SUS EFECTOS EN RELACIÓN CON LA LEY ORGÁNICA 8/1998, DE 2 DE DICIEMBRE, DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS

##### A. ANTECEDENTES

El Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 establecía un sistema de depuración y sanción de infracciones disciplinarias que, en muchos de sus aspectos, no resultaba acorde con las prescripciones de los artículos 5 y 6 del CEDH. Mientras que, de un lado, los artículos 443 a 447 –Capítulo III del Título XV del Tratado Segundo– del nombrado Código enunciaban las *faltas leves* y sus correcciones –que, según el artículo 1.007, se imponían *de plano*–, regulando los artículos 1.007 y 1.008 el procedimiento para la sanción de tales faltas leves, por su parte, los artículos 1.003 a 1.006 de dicho texto legal –integrantes del Título XXIV del Tratado Tercero– determinaban los procedimientos para sancionar en el ámbito castrense las *faltas graves* disciplinarias, enunciadas en los artículos 431 a 442 –dentro del Capítulo II del Título XV del Tratado Segundo–. En uno y otro caso, tales infracciones disciplinarias podían ser corregidas con sanciones privativas de libertad de hasta seis meses de duración para las graves y de hasta dos meses para las leves –artículos 415 y 416–.

De conformidad con el artículo 64 –hoy 57– del CEDH de 4 de noviembre de 1950, España, que lo ratificó mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979 –BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979–, formuló, al depositar dicho Instrumento el 29 de septiembre siguiente, una reserva para excluir de la protección que confieren los derechos reconocidos en los artículos 5 –«Derecho a la libertad y a la seguridad»– y 6 –«Derecho a un proceso equitativo»– del aludido tratado a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil a los que, por entonces, se aplicaban indistintamente, de acuerdo con lo que disponía el a la sazón vigente Código de Justicia Militar, las disposiciones relativas al régimen disciplinario de dicho Código. En concreto, reza la meritada reserva que «*de conformidad con el artículo 64 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, España se reserva la aplicación de: 1) Los artículos 5 y 6, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas*

*Armadas, se contienen en el título XV del Tratado Segundo y en el título XXIV del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar».*

De esta manera, y en lo que aquí interesa, la prohibición de privar de libertad establecida en el artículo 5.1 del CEDH –con las salvedades que dicho precepto convencional expresa en sus párrafos a) a f)– debía atemperarse con la limitación del derecho a la libertad que comporta la sanción de *arresto* impuesta por autoridades administrativas propia del Derecho disciplinario militar, tal y como, *a contrario sensu*, autoriza el apartado 3 del artículo 25 de la Constitución Española –que admite que por la Administración militar se impongan «sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad»<sup>112</sup>–, lo que, en realidad, suponía añadir una más al elenco de excepciones previsto en el propio artículo 5.1; así pues, el legislador debió entender que, de no formularse la reserva, los arrestos disciplinarios militares supondrían una violación del CEDH por imponer una privación de libertad no comprendida entre las incluidas en el propio artículo 5.1 del mismo, y que, por tanto, dichas sanciones resultarían ilícitas por esta razón<sup>113</sup>.

En méritos al concreto aspecto del CEDH de 1950 a que se refiere la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 de aquél se ha calificado la misma de *sustantiva* en razón de recaer sobre derechos reconocidos por el propio Convenio<sup>114</sup>, pudiendo, además, calificarse como *de exclusión*, pues se trata con ella de evitar o descartar los efectos jurídicos derivados de los artículos del Convenio objeto de la reserva.

Las SSTC 21/1981, de 15 de junio y 44/1983, de 24 de mayo, reconocen la existencia y operatividad de la reserva de que se trata, «*contenida en el Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*», de manera que el artículo 24.2 de la Constitución «*no es de aplicación inmediata al régimen disciplinario y tampoco puede aplicarse como derecho interno el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre la base de la remisión del art. 10.2 de la Constitución*».

---

<sup>112</sup> Vid. STC 21/1981, de 15 de junio, cuyo Fundamento Jurídico Octavo afirma que «la Constitución Española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. Del art. 25.3 se deriva «a sensu contrario» que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Y el art. 17.1 establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley. De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la ley para la fijación de los supuestos».

<sup>113</sup> Vid. DE ARANDA Y ANTÓN, Gonzalo: «Consideraciones en torno a la posible inconstitucionalidad de las sanciones disciplinarias limitativas de libertad previstas en la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil». Revista General de Derecho, núm. 89, enero-febrero 1992, pág. 373.

<sup>114</sup> Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit, págs. 389 y 391.

La aprobación de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que derogó, en este concreto aspecto, las antecitadas disposiciones del Código de Justicia Militar del franquismo, dio lugar a que, mediante Nota Diplomática de 28 de mayo de 1986, remitida por el Representante Permanente de España ante el Consejo de Europa al Secretario General del mismo, se informara a los Estados Partes en el CEDH de que la materia objeto de la reserva pasaba a estar regida por la citada Ley Orgánica 12/1985. Los términos de esta declaración, que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado mediante una comunicación de 24 de septiembre de 1986 suscrita por el Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores –BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 1986–, fueron los siguientes: *«Al ratificar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por instrumento de 29 de septiembre de 1979, España se reservó la aplicación de «los artículos 5 y 6, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el título XV del Tratado II y en el título XXIV del Tratado III del Código de Justicia Militar». En relación con esta reserva, se manifiesta que las mencionadas disposiciones del Código de Justicia Militar han sido sustituidas por las contenidas en el capítulo II del título III y los capítulos II, III y V del título IV de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 1 de junio del año actual. La nueva legislación ha modificado la anterior para disminuir la duración de los correctivos de libertad que pueden ser impuestos sin intervención judicial y ha incrementado las garantías procesales de las personas afectadas», afirmando, finalmente, que «España mantiene, no obstante, la reserva a los artículos 5 y 6 en la medida en que fueran todavía incompatibles con las disposiciones que se relacionan con el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y que se contienen en el capítulo II del título III y los capítulos II, III y V del título IV de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que sustituyen a las disposiciones mencionadas en la expresada reserva».*

En definitiva, en 1986 nuestro país procedió a adaptar la reserva formulada en 1979 a la nueva legislación interna sobre régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas –la Ley Orgánica 12/1985–, adaptación consistente en *mantener la reserva* a los artículos 5 y 6 del Convenio *«en la medida en que fueran todavía incompatibles con las disposiciones que se relacionan con el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y que se contienen en el capítulo II del título III y los capítulos II, III y V del título IV»* de la

mencionada Ley Orgánica 12/1985, que sustituyen a las disposiciones del Código de Justicia Militar mencionadas en la reserva de 1979. El mantenimiento, adaptándola o actualizándola, de la meritada reserva encuentra su razón de ser en la regulación contenida en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, teniendo en cuenta las disposiciones de los Títulos II –«De las faltas y de las sanciones», artículos 7 a 33– y IV –«Del procedimiento sancionador», artículos 34 a 58– de dicho texto legal, que, para el supuesto de la comisión de faltas disciplinarias leves o graves, establecen la posibilidad de imposición de sanciones privativas de libertad mediante procedimientos al margen de las garantías señaladas en los artículos del Convenio Europeo objeto de la reserva española<sup>115</sup>.

Se produjo, con posterioridad, una nueva modificación legislativa que, poniendo término a la inveterada indiferenciación del sistema sancionador de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, procedió a regular separadamente del de aquellas el régimen disciplinario propio del Instituto armado. En adelante, este último se regiría por la nueva Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de conformidad con lo previsto en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y con lo indicado en la STC 194/1989, de 16 de noviembre –cuyo Fundamento Jurídico Cuarto, que vino a ser reproducido por la STC 44/1991, de 25 de febrero, recordaba al legislador disciplinario que, de acuerdo con la previsión de la aludida Ley Orgánica 2/1986, «*que no puede quedar indefinidamente incumplida, dando pie para una aplicación transitoria, pero también indefinida, del régimen disciplinario militar*», debía «*ser fiel a su propósito, zanjando de una vez por todas indefiniciones legislativas sobre la especificidad a estos efectos de la Guardia Civil, y regulando la materia disciplinaria de dicho Instituto armado de un modo directo y positivo y no, como hasta ahora, por medio de técnicas de exclusión y de remisión*»–, mientras que el de las Fuerzas Armadas continuó regulándose por la Ley Orgánica 12/1985 y, luego, por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, que vino a sustituir a esta, sin que la citada reserva formulada por España al CEDH fuera, no obstante las claras –y lamentablemente *ignoradas* o *desoídas*– indicaciones al respecto de la doctrina<sup>116</sup>, actualizada en relación

---

<sup>115</sup> Ibidem, págs. 247 a 249.

<sup>116</sup> Vid. DE ARANDA Y ANTÓN, Gonzalo, op. cit., pág. 379. En relación con la Ley Orgánica 11/1991 afirma el autor que «debería superarse la inconstitucionalidad en que a nuestro juicio se incurre, atemperando nuevamente la actual reserva española tantas veces mencionada a la nueva regulación legal, que ha radiado del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas el atinente a la Guardia Civil»; vid. GARCÍA LABAJO, Juan Manuel: «El arresto por falta grave», en «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998)». Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa,

a la previsión de sanciones privativas de libertad que, para los miembros del Instituto Armado, se preveían en los artículos 10.1 y 2 y 13 de la Ley Orgánica 11/1991 y que, para los de las Fuerzas Armadas, se contienen en los artículos 9.1 y 2, 13 y 14 de la vigente Ley Orgánica 8/1998.

## B. LA DECLARACIÓN ESPAÑOLA DE 2007 MANTENIENDO LA RESERVA DE 1979

En la conocida STEDH de 2 de noviembre de 2006 –asunto Dacosta Silva contra España–, en la que, básicamente, el Tribunal de Estrasburgo declara que la reserva formulada por España el 29 de septiembre de 1979, al depositar el Instrumento de ratificación del CEDH de 26 de septiembre anterior, no resulta aplicable a la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil –norma posterior a la Ley Orgánica 12/1985, «*que tiene precisamente por objeto regular el régimen disciplinario de la Guardia Civil en tanto que régimen específico y, por consecuencia, diferente del aplicable a las Fuerzas Armadas*»<sup>117</sup>–, afirma el TEDH que, conforme al artículo 57.1 del Convenio Europeo sólo pueden ser objeto de una reserva «*las leyes en vigor en aquél momento*» en el territorio de un Estado contratante y que «*la Ley Orgánica 11/1991, precitada, no se encontraba en vigor ni en 1979, fecha de la reserva, ni en 1986, fecha de la actualización de la reserva relativa al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*», por lo que concluye que «*la reserva española siempre tuvo por objeto el «régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas». Si desde 1991 la Guardia Civil, «fuerza y cuerpo de seguridad del Estado», y no «fuerza*

---

Subdirección General del Centro de Publicaciones, Madrid, 2000, pág. 593. Tras señalar la circunstancia de haberse actualizado la reserva formulada en 1979 con referencia a la Ley Orgánica 12/1985, el autor concluye que sería «también bueno que ahora se hiciese, procediendo análogamente a adaptar los términos de la reserva a esta nueva Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre».

<sup>117</sup> Frente a la alegación del Gobierno español –cuya defensa pudo, sin duda, articularse mejor, para lo que hubiera, tal vez, bastado la consulta a los órganos que, habitualmente, ejercen el asesoramiento en materia disciplinaria tanto en el ámbito de las Fuerzas Armadas como de la Guardia Civil– de que –p. 28– «las disposiciones de la Ley Orgánica 12/1985 continúan en vigor ... la Ley Orgánica 11/1991 es una simple especificación del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en la medida en que se adapta a las particularidades de la Guardia Civil en cuanto «institución armada de naturaleza militar»», sin, por lo tanto, sustraerla a las competencias del Ministerio de Defensa o de la jurisdicción militar. El Gobierno español asimila, por tanto, el Régimen Disciplinario de la Guardia Civil al de los militares ...», afirma el TEDH –p. 36– que «pretender que la reserva española, basada en el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, sea aplicable a una norma posterior, que tiene precisamente por objeto regular el régimen disciplinario de la Guardia Civil en tanto que régimen específico, y, por consecuencia, diferente del aplicable a las Fuerzas Armadas, en nuestra opinión es difícilmente sostenible».

*armada», tiene por imperativo legal, recordado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, un régimen disciplinario específico, diferente del de las Fuerzas Armadas, y regido por una Ley Orgánica propia, la reserva no puede por consecuencia extenderse a una norma que tiene por finalidad una separación del objeto reflejado en la reserva. Siendo esta pretensión contraria al Convenio, el Tribunal no puede aceptarla».*

Independientemente de lo expuesto, y a modo de *obiter dictum*, expresamente señalaba el TEDH que «*el objeto de la reserva española era el régimen disciplinario de las fuerzas armadas, regido por el Código de Justicia Militar al tiempo de la reserva (1979), y posteriormente por la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, que la Parte contratante comunicó al Consejo de Europa en 1986. Actualmente el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas esta regulado por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, modificación legislativa de la que hasta el día de hoy el Consejo de Europa no ha sido informado*»<sup>118</sup>.

Fue precisamente este concreto párrafo de la STEDH de 2 de noviembre de 2006 el que dio lugar a que por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, mediante escrito de 4 de diciembre de 2006, se propusiera a la del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación que, previos los trámites pertinentes, y a la mayor brevedad posible, se procediera, por el Representante Permanente de España ante el Consejo de Europa, a formular, al amparo del artículo 57 del CEDH de 4 de noviembre de 1950, una declaración *manteniendo* la reserva española en relación a la Ley Orgánica 8/1998 –respecto al régimen disciplinario de la Guardia Civil, la STEDH de 2 de noviembre de 2006 resultó, sin duda, determinante a la hora de resolver el pulso desarrollado hasta ese momento entre partidarios y enemigos de mantener, en el régimen disciplinario específico de este Instituto armado de naturaleza militar, la posibilidad de imposición de sanciones privativas de libertad, abogando aquella en pro de la postura favorable a la supresión de las mismas, tal y como vino a decidirse finalmente en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, aunque nada al respecto se indica en su Preámbulo, como a continuación veremos– con el texto tentativo que se reseñaba en aquél escrito, y que, en lo que aquí interesa, venía a decir que «*el Reino de España confirma, no obstante, su reserva a los artículos 5 y 6 en la medida en que resultaren incompatibles con la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre –Capítulos II y III del Título III y Capítulos I, II, III, IV y V del Título IV–, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999*».

---

<sup>118</sup> Vid. p. 35.



Dicha propuesta para la formulación de la citada declaración fue admitida sin objeción alguna por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, que abundó en la necesidad de nuestro Estado de seguir manteniendo la reserva formulada a los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y en la conveniencia, por ende, de que por el Representante Permanente de España ante el Consejo de Europa se procediera a informar al Secretario General de éste, en cuanto depositario del CEDH, de los cambios legislativos ocurridos en la materia en España. Tras diversos trámites e informes –destacadamente el de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de 26 de enero de 2007–, que culminaron con el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 9 de febrero de 2007 por el que se toma conocimiento de la declaración del Reino de España por la que se *modifica* (sic.) su reserva a los artículos 5 y 6 del CEDH, la Misión Permanente de nuestro país ante el Consejo de Europa remitió al Secretario General de éste, como depositario del CEDH, una Nota Verbal con el texto de la declaración unilateral de España por la que se *mantiene* la reserva española –que fue registrada por el Secretariado General de la organización el 23 de mayo de 2007–, cuyo texto, publicado mediante comunicación de 24 de octubre de 2007 del Secretario General Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación –BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2007–, es, en lo esencial, del siguiente tenor: «*La Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, ha sido sustituida por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999. Esta Ley Orgánica 8/1998 deroga la Ley 12/1985, reduce el límite máximo de la sanción de arresto por falta grave que puede ser impuesta sin intervención judicial y en materia de procedimiento avanzada en el reconocimiento de las garantías y derechos personales. El Reino de España mantiene su reserva que quedará redactada en los siguientes términos: «España, de conformidad con el artículo 64 del Convenio, se reserva la aplicación de los artículos 5 y 6 en la medida [en] que resulten incompatibles con la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre –Capítulos II y III del Título III y Capítulos I, II, III, IV y V del Título IV–, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999»».*

Los trámites que siguió esta declaración unilateral –como los de la de fecha 28 de mayo de 1986, publicada en el BOE núm. 234, de 30 de septiembre siguiente– no han sido los de las reservas –o las declaraciones interpretativas–, formuladas en el momento de manifestar el Estado el consentimiento en obligarse por un tratado –artículos 20.3 y 29.2 del Decreto

801/1972 y Circular del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación núm. 3.173–, pues la misma no es una reserva sino un *mantenimiento*, una *actualización* o una *adaptación* de la reserva formulada en su día –desde luego, no una modificación–, y por ello se lleva a cabo en momento distinto, aunque, por su relevancia, se somete al trámite de toma de conocimiento por el Consejo de Ministros, publicándose su texto en el BOE –de conformidad con el artículo 29.2 del Decreto 801/1972– con posterioridad a producirse la comunicación de la citada declaración al Secretario General del Consejo de Europa.

C. LOS EFECTOS DE LA RESERVA DE 1979 DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 8/1998 A SU REGISTRO POR EL SECRETARIADO DEL CONSEJO DE EUROPA

La cuestión de cuales hayan de ser los efectos de la meritada reserva española en el ínterin entre la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998 –el 3 de febrero de 1999– y la fecha en que fue registrada por el Secretariado del Consejo de Europa la declaración unilateral española manteniendo la reserva de 1979 a los artículos 5 y 6 del CEDH en relación con dicha Ley Orgánica –el 23 de mayo de 2007– ha sido objeto de algunos pronunciamientos de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en relación a las sanciones disciplinarias privativas de libertad impuestas a miembros de las Fuerzas Armadas en dicho lapso temporal, en razón de haberse entendido por los interesados que, durante ese intervalo de tiempo, la reserva no surtía efectos y, por tanto, las sanciones de que se trata resultaban ser contrarias al CEDH –en concreto, a su artículo 5.1– y, por ende, nulas.

En dicha doctrina jurisprudencial, esencialmente concorde en descartar cualquier asimilación entre los arrestos impuestos en el ámbito del régimen disciplinario de la Guardia Civil, que fue objeto de la STEDH de 2 de noviembre de 2006, y las sanciones de la misma clase recaídas en el campo disciplinario propio de las Fuerzas Armadas, así como en atribuir plena validez y efectos a la reserva de 1979 entre la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998 y la fecha en que la declaración española de 2007 fue registrada por el Secretariado General del Consejo de Europa –y a salvo, naturalmente, de los eventuales pronunciamientos al respecto tanto del Tribunal Constitucional como, en su caso, del TEDH–, podemos advertir *tres líneas argumentales*, todas ellas mutuamente complementarias. Las dos primeras se contraen, ante todo, al análisis de los efectos de la reserva de 1979 desde el punto de vista del Derecho internacional y de la juris-

prudencia del TEDH, mientras que la tercera aborda la cuestión desde la perspectiva constitucional española.

La primera, básicamente mantenida desde la Sentencia de 6 de febrero de 2008<sup>119</sup>, y seguida, invariablemente, por todas las que, a continuación, citaremos, afirma, en relación con la validez de la reserva de 1979 –tras haber omitido el Estado español informar al Consejo de Europa acerca de la sustitución de la Ley Orgánica 12/1985 por la Ley Orgánica 8/1998–, que no puede admitirse, como se ha pretendido, que los efectos de la reserva –esto es, la exclusión de los efectos jurídicos de los artículos 5 y 6 del CEDH en cuanto a su aplicación al Estado español en el concreto ámbito material de la reserva– hubieran quedado en suspenso entre el 3 de febrero de 1999 y 23 de mayo de 2007. Y ello por cuanto que –sin perjuicio de la competencia del TEDH para declarar la validez de las reservas–, en el caso de haber decaído aquella como consecuencia de su falta de comunicación, no podría *«reactivarse una reserva ya finalizada porque ello sería contrario al texto y al espíritu del Convenio, que sólo consiente reservas hechas al tiempo de su firma o adhesión (actual art. 57 del Convenio)»*, significando, a la hora de ponderar las consecuencias de aquella omisión del deber de informar acerca de un cambio legislativo directamente relacionado con la norma invocada al formular la reserva, que ésta se mantiene en aquél lapso temporal en su contenido y alcance sustancial, *«de manera que el ámbito material cubierto sigue siendo el mismo, con abstracción de la norma disciplinaria vigente en cada momento»*, ya que *«ni se han ampliado los contenidos, ni tampoco se ha producido rebaja alguna en el nivel de los compromisos asumidos por España al adherirse al Convenio»*, de manera que *«la LO. 8/1998 representa un claro progreso en la formulación de los tipos, reducción del tiempo de duración de las sanciones de arresto y ampliación de las garantías de los sujetos afectados por la actuación disciplinaria, dándose lugar a una subrogación normativa en la materia que para nada desborda aquel núcleo esencial de lo que fue y sigue siendo el*

---

<sup>119</sup> STS, Sala Quinta, de 6 de febrero de 2008 –Ponente: Calderón Cerezo–. Afirma que en la propia STEDH de 2 de noviembre de 2006 se exponen las razones por las que «la decisión del legislador de establecer un régimen específico para el Instituto armado, en su condición de Fuerza y Cuerpo de Seguridad del Estado (art. 9.º b) LO. 2/1986, de 13 de marzo), determinó su separación de aquél ámbito propio de los Ejércitos en sentido estricto, con lo que no podía mantenerse a raíz de la entrada en vigor de la LO. 11/1991, que la exclusión aplicativa de los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio representada por la reserva española comprendiera las privaciones de libertad que en concepto de arrestos disciplinarios pudieran imponerse a los miembros de dicho Instituto. Y a mayor abundamiento cuando la reserva ni siquiera se llegó a actualizar con referencia a la LO. 11/1991», así como que el ámbito material a que la reserva se constriñe ha sido siempre «el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas».

*objeto de reserva. La jurisprudencia citada (casos «Belilos», «Webe» y la decisión de la Comisión Europea de 12.10.1981, asunto «Temeltasch») se pronuncia sobre las razones de fondo que justifican la invocación de la Ley nacional en vigor excluyente de alguna disposición del Convenio, «acompañada de una breve exposición de la Ley de que se trate», y ello por razones probatorias, de publicidad y de seguridad jurídica, para conocimiento de las Partes, de los Órganos del Convenio y de cualquier ciudadano sobre el alcance de las reglas cuya aplicación pretende evitar un Estado mediante la reserva; si bien que tales pronunciamientos adquieren más relevancia en el momento de la presentación de la reserva o en los casos de alteración de los contenidos de la misma, que en los supuestos de sucesión y continuidad de normas en que no se afectan las condiciones iniciales sino para mejorar la regulación positiva de la materia», como es el caso de la Ley Orgánica 8/1998. Tras ello, sienta que «la materia de los arrestos impuestos a los militares en aplicación del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, continúa rigiéndose por la norma específica que lo regula representada por LO. 8/1998, de 2 de diciembre, que forma parte del derecho interno nacional en función y como efecto derivado de la reserva realizada por España en 1979 a los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la cual fue actualizada en 1986 y ha sido mantenida en 2007; de manera que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en SS. 21/1981, de 15 de junio, 44/1983, de 24 de mayo, 31/1985, de 5 de marzo, y 14/1999, de 22 de febrero, y nuestra propia jurisprudencia (Sentencia 27.09.2004, y las que en ella se citan), el hecho de la imposición de los reiterados arrestos en el ámbito singular propio del Régimen Disciplinario Militar, recaídos con sujeción a la expresada normativa, no vulnera por sí solo las disposiciones del Convenio Europeo comprendidas en la reserva, ni el derecho fundamental que se invoca a la libertad personal»<sup>120</sup>.*

---

<sup>120</sup> A esta Sentencia se formuló por dos magistrados –Juanes Peces y Calvo Cabello– un Voto Particular concurrente en el que, tras exponer que la determinación de la compatibilidad de la reserva con el tratado –y las consecuencias jurídicas de la falta de actualización de una reserva– corresponde no a los órganos nacionales sino a los internacionales –en cuanto al CEDH, primero la Comisión y actualmente el TEDH–, se afirma que la resolución del recurso «está en íntima relación con la cuestión de si las reservas una vez efectuadas deben ser o no actualizadas e igualmente, la forma en que dicha actualización debe ser llevada a efecto», señalando en tal sentido que «el Convenio de Roma no dice nada respecto a la obligación por parte de los Estados de actualizar sus reservas, sin embargo, la praxis y el propio TEDH (Caso Dacosta Silva, STEDH 2 de noviembre de 2006 –EDJ 2006/277898–) así lo exigen y ello por razones de seguridad jurídica, en palabras del propio TEDH, ya que pudiera darse el caso de que la nueva ley modificadora del régimen jurídico anterior objeto de reserva fuese más allá de los términos de la reserva en su día realizada, resultando así

A esta Sentencia de 6 de febrero de 2008 la siguen las de la misma Sala de 28 de octubre del aludido año<sup>121</sup>, que reitera, en su Fundamento de Derecho Primero, la conclusión a que se llega en el apartado 5 del Primero de los Fundamentos de Derecho de aquella y la de 13 de noviembre

---

incompatible con el Convenio, de ahí que el TEDH entienda que las reservas deben actualizarse cuando se produce un cambio legislativo. En tal sentido algunos autores hablan de actualización de reservas y otros de adaptación, pero cualquiera que sea la denominación utilizada, el hecho cierto es que es absolutamente necesario que el reservante notifique el cambio legislativo operado al depositario del Tratado produciéndose así de esta manera una adaptación de la reserva, la que subsiste en todo su contenido o ámbito material pero cuya base legal interna se ha modificado». Añade, tras ello, que «sin embargo, al modificarse el Régimen Disciplinario de las FFAA por mor y efecto de LO 8/98, este cambio legislativo no se comunicó hasta el 23 de mayo de 2007 de suerte que ha existido un lapso de tiempo en el que España no había actualizado la reserva referida respecto a los arts. 5 y 6 del Convenio lo que plantea, por tanto, si esta omisión en este lapso temporal determina la invalidez de la reserva con carácter temporal. Es cierto que el TEDH en la Sentencia Belilos y posteriormente en el caso Weber ha considerado que el no acompañar a la reserva la breve exposición de la o las normas internas exigidas por el art. 64.2 constituye una cuestión de fondo y no un mero trámite, lo que a su vez nos plantea dos cuestiones colaterales pero conectadas entre sí: a) Si hay un plazo en el Convenio para llevar a efecto la actualización de las reservas. b) Las consecuencias jurídicas, no de la falta de comunicación del cambio legislativo, sino de un retraso en el mismo. En definitiva, si una comunicación tardía puede dar lugar a la invalidez de la reserva durante el tiempo en que tuvo lugar dicha omisión», concluyendo que «el Tratado no establece ningún plazo para la actualización de las reservas, entre otras razones, porque no las regula, de manera que es lógico deducir que los Estados tienen un margen de actuación en este sentido, lo que no excluye la posibilidad de que en cada caso se considere que el Estado reservante ha ido más allá de un margen de actuación razonable a la hora de comunicar el cambio legislativo operado. En segundo lugar que, en mi opinión, no puede hacerse una traslación mimética de la doctrina del TEDH en el caso Belilos, en donde se sancionaba con la invalidez de la reserva el no acompañamiento a la misma de una breve exposición de las normas internas, porque las exigencias formales son más intensas en el caso de la reserva que es por definición el acto clave en esta materia que en el de la mera actualización. A tenor de lo expuesto, habremos por tanto de abordar si una notificación del cambio legislativo operado en el ámbito disciplinario de las FFAA realizada tiempo después de la adopción de una nueva ley conlleva la invalidez de la reserva durante el tiempo en que se produjo la omisión de la comunicación. Habrá de ser desde la perspectiva de los Principios Generales del Derecho, en particular, el de la buena fe y el de proporcionalidad, desde cuya óptica examinemos si una notificación realizada por el Estado Español determina la invalidez de la reserva inicialmente hecha. Pues bien, en razón a tales principios, y a que la comunicación tuvo lugar, aunque varios años después, considero que sería absolutamente contrario a los principios de buena fe y proporcionalidad considerar inválida una reserva expresamente hecha por España por el mero hecho de haber realizado la comunicación del cambio legislativo tiempo después de la aprobación de la LO 8/98, cuando a mayor abundamiento y a estos solos efectos la modificación de la Ley Disciplinaria de las FFAA en materia de arrestos no ha modificado en lo esencial el régimen jurídico objeto de la reserva, lo que no prejuzga que el TEDH o la Comisión puedan entender que dicha omisión posteriormente subsanada tiene entidad suficiente para invalidar la reserva durante el tiempo en que no se efectuó pues, en definitiva, tal como hemos señalado, es al TEDH al que corresponde esta apreciación».

<sup>121</sup> STS, Sala Quinta, de 28 de octubre de 2008 –Ponente: Calderón Cerezo–.

siguiente<sup>122</sup>, que, en su Fundamento de Derecho Segundo, reitera lo que se dijo en las de 6 de febrero y 28 de octubre anteriores, añadiendo, en el Tercero de sus razonamientos jurídicos, y siguiendo, en parte, el tenor del Voto Particular concurrente formulado a la Sentencia de 6 de febrero de 2008, lo que, a nuestro juicio, integra la segunda de las líneas argumentales a que hicimos referencia anteriormente.

Por su parte, la Sentencia de 13 de noviembre de 2008 señala, en primer término, que *«el Estado Español siempre ha tenido la voluntad de mantener la reserva a los arts. 5.1 y 6.1 del CEDH, en el caso de las Fuerzas Armadas, como lo demuestran las sucesivas actualizaciones que hizo a la reserva inicial, no importa que en el caso de la Ley 8/98 no lo hiciera hasta Mayo de 2.007»*, añadiendo que *«el Convenio de Roma no establece obligación por parte de los Estados de actualizar las reservas hechas al inicio de la ratificación del Tratado. Sin embargo, la praxis y lo que es más relevante a los efectos aquí examinados, el TEDH (caso Dacosta Silva de 2 de noviembre de 2.006 EDJ 2006/277898) así lo exigen por razones de seguridad jurídica, ya que pudiera ocurrir que la normativa sustitutiva de la anterior que sí fue objeto de reserva, introdujera modificaciones sustanciales respecto a la antigua normativa, de suerte que pudiera resultar incompatible con el Convenio de Roma, de ahí que el Tribunal obligue a los Estados nacionales a comunicar cada cambio legislativo que se produzca respecto a las leyes objeto de reserva a fin de verificar su acomodación a los términos del Convenio»*, para señalar finalmente que *«existe obligación de actualizar las reservas (STEDH Caso Belilos vs Suiza de 29 de abril de 1.988 y Weber vs Suiza 22 de mayo de 1.990 –EDJ 1988/10470 y EDJ1990/12363, respectivamente–) cualquiera que sea la denominación utilizada»*, por lo que *«la inmediata cuestión a dilucidar es si la reserva queda suspendida hasta que se actualice o si, por el contrario, continúa en vigor en tanto que el Tribunal declare incompatible la nueva ley con el Tratado. El recurrente, en el caso que nos ocupa, así lo entiende con la consecuencia de que el arresto impuesto en el tiempo en que la reserva aún no había sido actualizada es nulo. Esta Sala por el contrario, tal como dijimos en nuestras sentencias anteriormente citadas, considera que la reserva a los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio estaba en vigor en la fecha en que tuvo lugar el arresto del recurrente y ello porque las reservas cumplen una función diferente a la de las actualizaciones. En efecto, las reservas (admitidas en el Convenio de Roma siempre que no sean generales) tienen como fin excluir en los términos que el Convenio autoriza la aplicación de algunos preceptos de este último. Por*

---

<sup>122</sup> STS, Sala Quinta, de 13 de noviembre de 2008 –Ponente: Juanes Peces–.

*el contrario, las actualizaciones responden a otra finalidad: la de permitir un control a posteriori por parte del TEDH de que las modificaciones introducidas en la ley objeto de reserva se ajustan al Convenio, al no introducir un régimen jurídico diferente al anterior; salvo modificaciones, y, por tanto, no esencial. Pues bien, desde esta perspectiva, es decir, del fin de la norma, es claro que en el presente caso el hecho de que el Estado Español se retrasase varios años en la notificación del cambio legislativo realizado en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, no conlleva como se pretende, la nulidad del arresto impuesto al recurrente ya que la notificación de la aprobación de la ley permite al TEDH comprobar, aunque tardíamente bien es cierto, si la mencionada ley se adapta o no al Convenio, pudiendo ocurrir que el TEDH así lo considerase (lo que por otra parte parece improbable, pues como señalamos en nuestras sentencias anteriormente referidas, se trata de leyes, la anterior y la nueva, prácticamente idénticas), en cuyo caso la reserva hecha carecería de efectos respecto a la ley posterior, siendo de aplicación la integridad del Convenio, pero hasta que esta hipótesis no se de, la reserva es válida en razón a que su eficacia no queda condicionada, como se sostiene de contrario, a su actualización ya que esta cumple una función distinta: la de propiciar en su caso que el TEDH pueda hacer un examen a posteriori respecto a la compatibilidad de la nueva ley con el Convenio. Efectuada esta actualización, habrá de ser el propio TEDH quien en su caso, declare incompatible la ley con el Tratado. Hasta que esta eventualidad no se produzca, la reserva inicialmente hecha por el Estado Español extiende sus efectos a la ley 8/98 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Cuestión distinta es que el Estado Español no hubiera notificado nunca el cambio legislativo operado. En este caso, la problemática, compleja, sería otra».*

La tercera, y última, línea argumental viene a complementar o reforzar, desde un punto de vista formal y constitucional, las dos primeras, pues, asumiendo, en su integridad, el contenido de las SSTS de 6 de febrero y de 13 de noviembre de 2008, y las que las siguieron, pone de relieve que, conforme a nuestro Derecho interno, la reserva de 1979, con sus sucesivas modificaciones, forma parte del CEDH tal como fue ratificado por el Estado español, que prestó su consentimiento en obligarse por dicho tratado si bien con la exclusión de efectos de los artículos 5 y 6 del mismo determinada por la reserva que, en tal momento, formuló. La STS de 19 de enero de 2009<sup>123</sup>, seguida por las de 2 de abril, 14 y 18 de mayo y 22 de junio de 2009, tras reiterar lo expuesto sobre la cuestión en las Sentencias que la preceden, se-

---

<sup>123</sup> STS, Sala Quinta, de 19 de enero de 2009 –Ponente: Pignatelli Meca–.

ñala, en el Tercero de sus Fundamentos de Derecho, que «*el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 141/1998, de 29 de junio, seguida por la del Pleno de dicho Tribunal núm. 292/2005, de 10 de noviembre, afirma que “la reserva consiste en una declaración unilateral hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado multilateral, o al adherirse a él, y si tiene por finalidad excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado, según disponen los arts. 2.1 d) y 21.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, de 1969 (cuyo Instrumento de adhesión fue publicado en el BOE de 13 de junio de 1980), la consecuencia es que la reserva, en cuanto modifica o excluye una disposición, forma parte del tratado y, por la misma razón, también forma parte de él la retirada de la misma”*. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 2 d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la que se adhirió España mediante Instrumento de 16 de mayo de 1972 (BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980)», tras lo que afirma que «*la reserva formulada por España en 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio de 4 de noviembre de 1950 puede calificarse como una reserva sustantiva de exclusión de cláusulas del Convenio, pues trata de evitar o excluir algunos de los efectos jurídicos que se derivan de los citados preceptos, siendo una reserva permitida por el tratado sobre el que opera (artículo 64 del primitivo texto del mismo, hoy 57 según la modificación del articulado operada por el Protocolo núm. 11, de 11 de mayo de 1994, ratificado por España el 16 de diciembre de 1996 –BOE núm. 152, de 26 de junio de 1998–) y compatible con el objeto y el fin del mismo; la reserva española de mérito forma, pues, parte integrante del Convenio desde 1979*».

Sentado lo anterior, la STS de 19 de enero de 2009 concreta que «*dado que, a tenor del artículo 21.1 a) y b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, la reserva modifica las disposiciones del tratado respecto a las que se formula, “en la medida determinada por la misma”, en las relaciones del Estado autor de la reserva con los demás Estados Partes en el tratado y viceversa y que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 23.4 de dicha Convención de Viena, la retirada de la reserva “habrá de formularse por escrito”, es obvio que, en tanto esto último no se hubiere llevado a cabo, la reserva, una vez formulada por el Estado, surte sus efectos indefinidamente, a menos que el tratado respecto al que se haga disponga expresamente otra cosa, lo que no es el caso del artículo 57 del Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950. En efecto, la reserva, en cuanto que, una vez aceptada, forma parte integrante del tratado –y, como dice la aludida STC 292/2005, de 10 de noviembre, siguiendo la STC 141/1998, de 29 de junio, “no entra a formar*



*parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial”–, debe, por ende, ser publicada con éste, ya que, como estipula el artículo 29.2 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales, la publicación en el BOE de los tratados en que España sea Parte se llevará a cabo “mediante la inserción del texto íntegro del tratado... así como, en su caso, de las reservas o declaraciones formuladas...”; como afirma la STC 141/1998, tan nombrada, el principio de publicidad de las normas a través de su publicación en el BOE viene a ser exigencia del artículo 9.3 en relación con el 96.1, ambos de la Constitución y 1.5 del Código Civil, principio que guarda íntima relación con el de seguridad jurídica consagrado en el mentado artículo 9.3 de la Norma Legal Fundamental (SSTC 179/1989, 151/1994 y 141/1998). Y, en idéntico sentido, debe la reserva, para dejar de surtir sus efectos, ser formalmente retirada mediante la correspondiente publicación en el BOE, como estipula el artículo 32.2 del indicado Decreto 801/1972, de manera que, como señala la tan aludida STC 141/1998, “la reserva, en cuanto modifica o excluye una disposición forma parte del Tratado y, por la misma razón, también forma parte de él la retirada de la misma», de manera que «una cláusula de un Tratado –y ya se ha indicado que la retirada de reserva lo es– no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido publicada previamente de forma oficial”».*

La Sentencia concluye que, «en suma, a tenor de la STC 292/2005 siguiendo la STC 141/1998, “las reservas a un convenio, y consecuentemente su eliminación, forman parte del convenio mismo, pues delimitan su ámbito de aplicación, tal y como dispone el art. 21.1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969... y por tanto deben ser publicadas. Una publicación que además también resulta preceptiva a la luz del Derecho interno español, en el que el art. 32 del Decreto 801/1972 exige la publicación no sólo de las retiradas de las reservas, sino asimismo de cualquier ‘acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España’”, de manera que el formalismo de la reserva –consecuencia de la exigencia de certeza jurídica en cuanto al alcance del consentimiento del Estado en obligarse que es consustancial al Derecho de los Tratados–, consistente en la forma expresa y escrita de ésta y su comunicación oficial, consignándola en un Instrumento diplomático, al momento en que el Estado manifiesta su consentimiento en obligarse definitivamente por un tratado, impide entender que la reserva formulada por España en 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Dere-

*chos Humanos y de las Libertades Fundamentales pudiera encontrarse condicionada en su virtualidad o eficacia a la, a tales efectos accesoria, circunstancia de la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa de los cambios legislativos que se produzcan en la materia a que dicha reserva se contrae –en el caso que nos ocupa, el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y, más en concreto, la imposición con arreglo al mismo por la Administración militar de sanciones privativas de libertad–, pues, como dice nuestra citada Sentencia de 13 de noviembre de 2008, la actualización de la reserva en relación a la Ley interna que venga a regular la materia objeto de reserva cumple, únicamente, la función de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que instituye el artículo 19 del Convenio de Roma de 1950 pueda examinar el respeto, por el Estado Parte que lleva a cabo la notificación o comunicación, de los compromisos que resultan del mismo –y no se olvide, a efectos de dicho examen, que, como hemos dicho, del texto del Convenio forma parte, en relación a tal Estado, el de la reserva–. Aceptar la tesis de la recurrente comportaría atribuir al hecho de no comunicar al Secretariado del Consejo de Europa una modificación legislativa afectante a la materia sobre la que recae la reserva los mismos efectos que hubiera producido la retirada de esta última. En definitiva, la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma de 1950 surte efectos indefinidamente en relación a éste último, puesto que forma parte del mismo, en tanto no se retire o revoque formalmente en los términos al efecto previstos en el artículo 22 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, como así lo demuestra, a mayor abundamiento, la práctica española al respecto ... debiendo tal retirada o revocación, para surtir sus efectos tanto “in foro domestico” como en el ámbito internacional, llevarse a cabo de la misma forma en que se produjo la formulación de la reserva, es decir, por las Cortes Generales, en los términos previstos en los artículos 94.1 de la Constitución y 160 en relación con el 155.2, ambos del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 y concordantes del Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994. No habiéndose retirado, pues, la reserva por el Estado español, ésta surtió sus plenos efectos desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, hasta la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa, el 23 de mayo de 2007, de la modificación habida por dicha Ley Orgánica en la materia objeto de reserva, sin que, por tanto, pueda prosperar la pretensión de la recurrente de que los arrestos impuestos en tal lapso temporal al amparo de dicha Ley Orgánica fueren nulos. En suma, el mantenimiento de la reserva de 1979 llevado a cabo por España en 2007 no comporta sino que el Consejo de Europa y el TEDH en*

*su caso tengan conocimiento de que la materia objeto de reserva aparece ahora regulada en la Ley Orgánica 8/1998, es decir, una mera notificación de que las disposiciones de la Ley Orgánica 12/1985 a que se refería la comunicación de 28 de mayo de 1986 han venido a ser reemplazadas por las de la Ley Orgánica 8/1998 que se mencionan en la comunicación de 23 de mayo de 2007, manteniéndose la reserva formulada en 1979 a los aludidos artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de 1950 en la medida en que continuaren resultando estos incompatibles con las disposiciones que se citan de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre».*

En conclusión, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ha sentado, en primer término, el carácter permanente de la validez de la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 del CEDH, cuyos efectos no han quedado en suspenso o decaído entre el 3 de febrero de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998 y el 23 de mayo de 2007, fecha en que el Secretariado del Consejo de Europa registró la declaración española de 2007 actualizando aquella reserva de 1979, pues el ámbito material cubierto por esta ha sido siempre el mismo –el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas–, abstracción hecha de la norma interna disciplinaria vigente en cada momento que lo regule.

En segundo lugar, resulta evidente según aquella doctrina jurisprudencial que el Estado español siempre ha tenido la intención de mantener la reserva de 1979 a los artículos 5.1 y 6.1 del CEDH en relación únicamente al régimen disciplinario propio de las Fuerzas Armadas, y aunque la actualización de la misma viniera exigida por razones de seguridad jurídica, en orden a que pueda el TEDH verificar la acomodación al CEDH de los cambios legislativos habidos en 1998, la reserva no queda decaída o suspendida hasta que efectivamente se actualice o adapte y ello por cuanto que la actualización únicamente cumple la función de posibilitar al TEDH un control *a posteriori* de las modificaciones legislativas relativas al ámbito, sustantivo o adjetivo, de la reserva a fin de controlar que tales modificaciones no se apartan, en lo sustancial, del ámbito propio de la misma –es decir, del específico régimen disciplinario de los Ejércitos–. Ello impide entender que la reserva de 1979 se encontrara condicionada en su virtualidad o eficacia a la circunstancia, meramente accesoria, circunstancial o episódica, de la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa de los cambios legislativos producidos, con posterioridad a su formulación, en la materia a que aquella se contrae, por lo que el innegable retraso del Estado español en la notificación del cambio legislativo habido en 1998 en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas no puede afectar a la eficacia de la reserva de 1979, que, repetimos, no queda condicionada en su validez por

razón de su actualización, ya que, como acertadamente señalan las citadas SSTs de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 13 de noviembre de 2008, dicha reserva sólo cumple la función de propiciar que el TEDH pueda examinar, en su momento, la compatibilidad de la nueva Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas con el CEDH, teniendo en cuenta a tal efecto que el ámbito material de la reserva de 1979 ha sido *siempre* dicho régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Por último, y como señala la STS de la Sala de lo Militar del Alto Tribunal de 19 de enero de 2009, desde un punto de vista adjetivo y constitucional, en tanto no se retire formalmente la reserva formulada por España al CEDH en 1979 forma parte integrante del mismo, en cuanto que viene permitida por el Convenio y excluye –de manera compatible con el objeto y fin de éste– determinados efectos jurídicos que se derivan de la aplicación de sus artículos 5 y 6 –que aparecen modificados, en las relaciones entre España y los demás Estados Partes en el Convenio, en la medida determinada por dicha reserva–. Por consiguiente, en tanto la citada reserva no sea retirada, y dado que el procedimiento para ello exige –al amparo de lo dispuesto en los artículos 94.1 de la Constitución Española, 23.4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, 160 en relación con el 155.2, ambos del Reglamento del Congreso y 144 del Reglamento del Senado, todos ellos *in fine* y 32.2 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo– que se lleve a cabo mediante las mismas formalidades determinadas constitucionalmente para que el Estado prestase su consentimiento en obligarse por dicho Convenio y formulase dicha reserva –es decir, a propuesta del Gobierno, con aprobación de las Cámaras legislativas y publicación de la retirada en el BOE–, solo podría considerarse que la reserva ha dejado de surtir efectos, tanto *in foro domestico* como en el ámbito internacional, cuando hubiera sido formalmente retirada, lo que no es el caso.

D. LA CUESTIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA DE LA LEY ORGÁNICA 12/2007, DE 22 DE OCTUBRE, DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL: LA IGNORANCIA INEXCUSABLE O LA INTENCIONADA PERSISTENCIA DEL LEGISLADOR DISCIPLINARIO EN LA GENERACIÓN DEL DESDORO INTERNACIONAL DE ESPAÑA

Si tanto la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, como, lógicamente, la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, que ha venido a suceder a aquella a partir del 23 de enero de 2008 en la regulación del régimen dis-

ciplinario específico de la Guardia Civil, tienen por finalidad, como dice el TEDH en su Sentencia de 2 de noviembre de 2006 –*asunto Dacosta Silva contra España*– «*una separación del objeto reflejado en la reserva*» de 1979, es decir, de la exclusión de la aplicabilidad de los artículos 5 y 6 del CEDH al régimen disciplinario propio de las Fuerzas Armadas, lo dispuesto en el inciso segundo del párrafo primero del apartado 1 del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad –que, en virtud de la modificación introducida por la Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, estipula ahora que «*cuando la Guardia Civil actúe en el cumplimiento de misiones de carácter militar o cuando el personal de dicho Cuerpo se integre en unidades militares, resultará de aplicación el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*»–, origina, en lo que atañe a la eventual aplicabilidad de las sanciones privativas de libertad previstas en los artículos 9.1 y 2, 13 y 14 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, a miembros de la Guardia Civil, una compleja problemática derivada de haberse ignorado paladinamente por el legislador disciplinario de 2007 aquella *separación o segregación* del específico régimen disciplinario del Benemérito Instituto del objeto reflejado en la reserva de 1979 –el régimen disciplinario propio de las Fuerzas Armadas– de que tan clara mención hace el TEDH en aquella Sentencia.

Evidentemente no puede sino convenirse en que, por mor de la aludida Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007, se ha producido esa «*ampliación de contenidos*» a que se refiere la STS de 6 de febrero de 2008 para entender que la reserva de 1979 no se mantiene en 2007 en su ámbito y alcance sustancial –contenido precisado, en lo que ahora se analiza, por el hecho de que «*la decisión del legislador de establecer un régimen específico para el Instituto armado, en su condición de Fuerza y Cuerpo de Seguridad del Estado (art. 9.ºb) LO. 2/1986, de 13 de marzo*), *determinó su separación de aquél ámbito propio de los Ejércitos en sentido estricto*»–, puesto que «*la subrogación normativa en la materia*» que indiscutiblemente origina dicha Disposición adicional es evidente que «*desborda aquél núcleo esencial de lo que fue y sigue siendo el objeto de reserva*», es decir, el específico régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, y ello por cuanto que, como afirma rotundamente la indicada STS de 6 de febrero de 2008, «*no podía mantenerse a raíz de la entrada en vigor de la LO. 11/1991, que la exclusión aplicativa de los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio representada por la reserva española comprendiera las privaciones de libertad que en concepto de arrestos disciplinarios pudieran imponerse a los miembros de dicho Instituto*».

Estamos, en consecuencia, ante una *modificación o alteración amplia- toria* de los contenidos de la reserva de 1979 tal y como ha sido esta actuali- zada o adaptada en 2007, cuyo ámbito material viene a ser, de esta for- ma, notablemente sobredimensionado, y no ante un supuesto de sucesión y continuidad de normas, en el que no se afectan las condiciones iniciales sino para mejorar la regulación positiva de la materia. Una reserva a un trata- do cuyo objeto es la tuición de derechos esenciales puede ser enmendada para reducir su alcance pero en modo alguno puede ampliarse su objeto –en forma casi subrepticia– mediante una modificación normativa interna que no se notifica al depositario del tratado, con apariencia de una clara infracción, a nuestro entender, del principio de la buena fe.

Como dice la STS de 13 de noviembre de 2008, el Estado español siempre ha tenido la voluntad de mantener la reserva a los artículos 5.1 y 6.1 del CEDH «*en el caso de las Fuerzas Armadas, como lo demuestran las sucesivas actualizaciones que hizo a la reserva inicial*». A tal efecto, la actualización de la reserva de 1979 llevada a cabo en 2007 resultaba obli- gada, ya que, como hemos dicho, el TEDH así lo viene exigiendo por ra- zones de seguridad jurídica, a fin de evitar que el Estado reservante amplíe el objeto de su reserva introduciendo en la normativa interna que la motivó modificaciones que amplíen o desborden dicho objeto.

Y es precisamente una *modificación o alteración lata o no restringente del objeto de la reserva* de que se trata lo que, a tenor de la Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007, viene a producirse ahora, ex- tendiendo el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley Orgánica 8/1998 más allá de lo que fue, y, a nuestro juicio, sigue siendo, el núcleo esencial de la reserva<sup>124</sup>, es decir, el específico régimen disciplinario aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas, en méritos al cual pueden estos, y solo estos, ser castigados por la Administración militar con sanciones discipli- narias privativas de libertad.

La razón de ser de esta Disposición adicional viene expresada con pal- maria claridad en el apartado II del Preámbulo de la Ley Orgánica 12/2007. Tras señalar cuales son los motivos «*de la supresión de la figura del arres- to del cuadro de sanciones disciplinarias*» aplicables a los miembros del Instituto Armado –entre los que, por cierto, y no obstante su importancia ancilar al efecto, no se hace mención de la STEDH de 2 de noviembre de 2006–, sin rebozo alguno declara el legislador disciplinario de 2007 que queda «*limitada la eventual aplicación de esta figura sancionadora, típica*

---

<sup>124</sup> Según la STEDH de 29 de abril de 1988 –asunto Belilos contra Suiza– «una reserva ocasiona la inaplicabilidad del Convenio sobre un punto particular» –p. 40–.

*del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, para los supuestos en que se lleven a cabo misiones de naturaleza militar o cuando el personal del Cuerpo se integre en Unidades Militares –generalmente desplazadas en el extranjero–, situaciones en las que es preciso dar un tratamiento unitario a las consecuencias de los ilícitos disciplinarios».*

Así pues, el fundamento de esta decisión del legislador disciplinario de 2007 no es otro que «*dar un tratamiento unitario*» a las «*consecuencias*» (sic.) de las infracciones disciplinarias que se pudieran cometer por los Guardias Civiles que se encuentren en estas dos situaciones de desempeño de misiones militares o de integración en Unidades militares, y ello no obstante reconocer que la sanción de arresto es «*típica del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*». Se prevé, pues, la posibilidad de imposición –obviamente por la Administración militar– de sanciones privativas de libertad a quienes no son miembros de las Fuerzas Armadas por razones de discutible utilitarismo u oportunidad –habría que preguntarse el porqué de que esas dos situaciones concretas, y no otras como luego veremos, impongan el *tratamiento unitario* de las *consecuencias* de los ilícitos disciplinarios y, aunque no parece ser ese el propósito del legislador disciplinario de 2007, de los propios ilícitos de que se trata, pues la legislación específica de las Fuerzas Armadas habrá de aplicarse, en estos casos, en su integridad, por lo que los tipos configurados en los artículos 7, 8 y 17 de la Ley Orgánica 8/1998, así como los procedimientos sancionadores y las autoridades con competencia para imponer las sanciones serán, en bloque, las previstas en esta norma legal–, conculcando con ello, desde luego, el tenor de los artículos 5.1 y 6.1 del CEDH. No puede decirse, pues, que el Estado español haya no ya cumplimentado sino ni siquiera respetado, en esta concreta Disposición adicional, la STEDH de 2 de noviembre de 2006, pues este –a nuestro entender, inmeditado– cambio legislativo posterior a dicha resolución la desconoce o ignora por completo, lo que no es de extrañar, por otro lado, dada la patente levedad del bagaje jurídico de que parece adornado el autor de la Ley Orgánica 12/2007. Tal vez si los supuestos en que se aplicara a los miembros de la Guardia Civil la normativa disciplinaria de las Fuerzas Armadas fuesen aquellos de que se hace mención en el párrafo segundo del artículo 7 bis –añadido al vigente Código Penal Militar de 9 de diciembre de 1985 por la Disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 12/2007–, que son distintos de los dos señalados ahora en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, a saber, en tiempo de guerra o durante la vigencia del estado de sitio –y ello siempre que España llevara a cabo la notificación de incorporación de la Guardia Civil a sus *fuerzas armadas* que prevé el apartado 3 del artículo 43 del Protocolo I de

8 de junio de 1977, Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, ratificado por nuestro país mediante Instrumento de 21 de abril de 1989; BOE núm. 177, de 26 de julio de 1989–, pudiera entenderse que la previsión ahora contenida en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, no resulta contradictoria con el tenor del consentimiento prestado en 1979 por el Estado español para obligarse por el CEDH.

No estamos, en consecuencia, ante un «*supuesto de sucesión y continuidad de normas en que no se afectan las condiciones iniciales sino para mejorar la regulación positiva de la materia*», como dice la STS de 6 de febrero de 2008 en referencia a la Ley Orgánica 8/1998, sino, a nuestro juicio, ante una auténtica *ampliación* del contenido de la reserva de 1979, tal como ha sido este delimitado por el TEDH en su Sentencia de 2 de noviembre de 2006, por lo que la imposición de arrestos que se permite ahora fuera del ámbito singular propio del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas vulneraría disposiciones del CEDH comprendidas en la reserva. La actual redacción del artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986 comporta, en definitiva, alterar o modificar las disposiciones del CEDH sobre las que la reserva de 1979 se formuló, puesto que viene a introducirse ahora un régimen jurídico –para la Guardia Civil– esencialmente diferente de aquél al que la reserva de 1979 ha quedado circunscrita por virtud de la declaración española de 2007, reserva que, en los términos en que la fija la citada declaración, forma parte del CEDH en relación a España, por lo que estamos no ante una actualización sino, como hemos dicho, ante una verdadera modificación o alteración del contenido de dicha reserva y, por ende, del Convenio de Roma de 1950.

La razón de ser de este proceder del legislador disciplinario de 2007 no puede ser otra que la más acendrada y persistente *ignorancia* de la materia que regula. La STEDH de 2 de noviembre de 2006 era, al momento de procederse a la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica que fue luego la 12/2007, de 22 de octubre, generalmente conocida, puesto que su contenido fue notoriamente publicitado, no obstante lo cual resultó desatendida, lo que, en nuestra opinión, significa que el contenido del inciso segundo del párrafo primero del apartado 1 del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo –que abocará inexorablemente a las autoridades con competencia disciplinaria, no obstante su fundada reluctancia a ello, a la imposición de sanciones privativas de libertad a miembros de la Guardia Civil por faltas leves o graves de las configuradas respectivamente en los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, o, en



su caso, y para no ver posteriormente revocada su resolución, a abstenerse sistemáticamente de imponerlas, sustituyéndolas por otras de distinta naturaleza, en concreto, por la de reprensión en el supuesto de las faltas leves y por las de pérdida de destino o baja en el centro docente militar de formación y en otros centros de formación en el de las graves, y ello incluso en aquellos supuestos en que haya de producirse la sanción de hechos en los que hubieren participado tanto miembros de las Fuerzas Armadas como de la Guardia Civil cuando estos últimos lleven a cabo misiones de naturaleza militar o se hallen integrados en unidades de tal carácter–, no resistiría, previsiblemente, la revisión judicial de las resoluciones administrativas que, a su amparo, impongan sanciones privativas de libertad a miembros del Instituto Armado ni, desde luego, un eventual juicio de constitucionalidad por infracción de los artículos 5 y 6 del CEDH, cuyo contenido creemos que tiene rango constitucional en España por mor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución –SSTC 12/1981, de 10 de abril, 62/1982, de 15 de octubre y 36/1991, de 14 de febrero, entre otras–, en cuanto que ambos proclaman sendos derechos que están también consagrados por los artículos 17.1 y 24 de nuestra Norma Legal Primigenia, por lo que, debiendo llevarse a cabo la interpretación de estos preceptos constitucionales de acuerdo con aquellos artículos del Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 –preceptos, estos últimos, de los que, en lo que a España concierne, forma parte la reserva española al CEDH de 1979 en sus propios términos, que creemos se ajustan, exclusivamente, al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas–, dicha interpretación de los artículos 17.1 y 24 de la Constitución habría de llevarse a cabo con arreglo a las meritadas normas convencionales tal y como han sido ratificadas por España y, por ende, tal y como forman parte de nuestro vigente ordenamiento.

En cualquier caso, y sin perjuicio de una deseable y profunda meditación –que bien pudiera concluir en la *derogación* del actual inciso segundo del párrafo primero del apartado 1 del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo–, sería deseable –en orden a evitar que, por consecuencia de la aplicación de una sanción privativa de libertad en cumplimiento de lo dispuesto en dicho precepto legal, una eventual Sentencia del TEDH pudiera comportar un auténtico *desdoro* para España, al confrontar el Tribunal Europeo el hecho de una actuación del Estado español flagrantemente contradictoria con su Sentencia de 2 de noviembre de 2006 no obstante la naturaleza meramente declarativa de ésta<sup>125</sup>– que, por los Mi-

---

<sup>125</sup> Vid. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, en «Instituciones de Derecho Internacional Público», op. cit., pág. 955. «El Protocolo número 11 mantiene el modelo tradicional de sentencias declarativas que carecen de fuerza ejecutoria en los ordenamientos internos

nisterios concernidos –los del Interior y de Defensa, a cuya propuesta conjunta el Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2007 aprobó el Proyecto de Ley Orgánica del régimen disciplinario de la Guardia Civil, si bien la tramitación del mismo tuvo lugar en las respectivas Comisiones de Interior del Congreso de los Diputados y del Senado–, se planteara al de Asuntos Exteriores y de Cooperación la oportunidad o conveniencia de notificar al Secretario General del Consejo de Europa el cambio legislativo operado mediante una declaración de nuestro país manteniendo, actualizando o adaptando aquella reserva de 1979 en cuanto a la aplicación de la Ley Orgánica 8/1998 a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en los supuestos –alguno, desde luego, como en el futuro habrá ocasión de comprobar, de carácter no tan excepcional cual, a primera vista, pudiera creerse– a que ahora se contrae el inciso segundo del párrafo primero del apartado 1 del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1986, y ello por cuanto que pudiera darse el caso de que algún otro Estado Parte en el CEDH *objetase* lo que, de hecho, vendría a ser una auténtica *reserva de nuevo cuño* afectante a la integridad del CEDH, formulada con posterioridad al momento en que el Estado español manifestó su consentimiento en obligarse por el Convenio y adquirió la condición de Parte en éste –que, no se olvide, no prevé la posibilidad, excepcionalmente admitida en algunos tratados, de formalizar más adelante reservas por los Estados que ya sean Partes en él–<sup>126</sup>.

En suma, dejando a un lado –por no ser objeto de estas líneas– las consecuencias –constitucionales y de otra índole– a que la eventual aplicabilidad de sanciones disciplinarias privativas de libertad a miembros de la Guardia Civil pudiera dar lugar en el ámbito interno, debiera el Estado español, de no dar marcha atrás deshaciendo este embrollo legal al que fatalmente se aboca a las autoridades disciplinarias militares, no persistir, al menos, en el retraso en la comunicación al TEDH de este cambio legislativo operado en 2007, comunicación obligada tanto razón del propio CEDH como por mor del principio de buena fe, pues, como indican las

---

de los Estados y que, por consiguiente, otorgan a éstos un amplio margen de discrecionalidad en la ejecución de las mismas»; vid. EISSEN, Marc-André: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1985, págs. 72, 101 y 102. Sobre la obligación jurídica de los Estados Partes en el CEDH de adoptar, tras una Sentencia del TEDH contraria a sus intereses que revele su necesidad, enmiendas a su legislación o de dictar leyes en determinado sentido, afirma el autor que numerosas SSTEDH «han provocado o acelerado, según los casos, una reforma legislativa». En España la reforma legislativa posterior a la STEDH de 2 de noviembre de 2006 vuelve a incurrir en la vulneración del CEDH que esta puso de relieve en relación a la Ley Orgánica 11/1991 que dicha reforma deroga.

<sup>126</sup> Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 209 y 210.

SSTEDH de 29 de abril de 1988 y 22 de mayo de 1990<sup>127</sup>, existe obligación de actualizar las reservas cualquiera que sea la denominación utilizada y es lo cierto que la Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007 ha venido a ampliar notablemente –o, en el más benévolo de los casos, a *actualizar o adaptar*– el ámbito aplicativo de la Ley Orgánica 8/1998, que, en las situaciones a que dicha Disposición adicional se contrae, vendría a ser ahora el mismo que el de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre.

En definitiva, la comunicación de esta tan *singular* actualización o adaptación habría de permitir al Secretario General del Consejo de Europa, en tanto que depositario del Convenio, poner en cuestión la validez de la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 del CEDH en relación con el inciso segundo del párrafo primero del apartado 1 del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en la redacción conferida por la Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, y, eventualmente, al TEDH verificar –en el momento oportuno– si la modificación introducida por la Ley Orgánica 12/2007 en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, y, por ende, en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 8/1998, que es, hoy por hoy, la Ley objeto de reserva, se ajusta al Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 en razón de no introducir un régimen jurídico diferente al anterior y, por tanto, no esencial<sup>128</sup>, pues, siguiendo el voto particular concurrente a la STS de 6 de febrero de 2008, pudiera darse el caso de que esta nueva disposición legal ahora contenida en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, modificadora, en nuestra opinión, del régimen jurídico objeto de la reserva española de 1979 tal como el mismo viene delimitado por la STEDH de 2 de noviembre de 2006 y por la declaración unilateral española de 23 de mayo de 2007, «*fuese más allá de los términos de la reserva en su día realizada, resultando así incompatible con el Convenio*»<sup>129</sup>. Desde luego, no sería de extrañar que el TEDH entendiera que esta norma legal va más allá de lo que, según la STS de 13 de noviembre de 2008, siempre

---

<sup>127</sup> Vid. SSTEDH de 29 de abril de 1988 y 22 de mayo de 1990 –asuntos Belilos contra Suiza y Weber contra Suiza, respectivamente–.

<sup>128</sup> Como dice la STEDH de 29 de abril de 1988 –asunto Belilos contra Suiza– «el silencio del depositario y de los Estados contratantes no priva a los órganos del Convenio de su poder de apreciación» –p. 47–, facultad que incluye la necesidad de indagar cual sea «la intención del autor» de la reserva –p. 48–, destacando la competencia del TEDH «para apreciar a la vista del artículo 64 (art. 64) la validez de una reserva» –p.50–.

<sup>129</sup> En definitiva, el TEDH habría de examinar la compatibilidad del precepto legal de mérito con la reserva española de 1979, es decir, como dicen las SSTEDH de 23 de octubre de 1995 –asuntos Umlauf contra Austria y Gradinger contra Austria– en sus respectivos p. 34 y p. 39, «si les dispositions appliquées en l'espèce tombent sous le coup de ladite réserve».

ha sido la voluntad del Estado español, es decir, «mantener la reserva a los arts. 5.1 y 6.1 del CEDH en el caso de las Fuerzas Armadas, como lo demuestran las sucesivas actualizaciones» que ha hecho de la misma, incluida la de 2007; como dice la STS de 19 de enero de 2009, la materia a que la reserva española de 1979 se contrae es «el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y, más en concreto, la imposición con arreglo al mismo por la Administración militar de sanciones privativas de libertad», por lo que la modificación legal introducida por la Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo –y, por ende, en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre–, excede, con mucho, de los límites aplicativos a que dicha reserva se constriñe.

## EL TÍTULO IV DE LAS REALES ORDENANZAS A LA LUZ DEL DERECHO MILITAR OPERATIVO

Carlos Eymar Alonso  
*General Auditor*

### SUMARIO

I.- El nacimiento del Derecho Militar Operativo en España. II.- ¿Qué es el Derecho Militar Operativo? III.- Las Ordenanzas Militares y la ética militar operativa. IV.- El carácter ético-jurídico del Título IV de las Reales Ordenanzas. V.- Principios jurídicos implícitos en cada tipo de operación. A. Operaciones de combate. B. Operaciones de paz y ayuda humanitaria. C. Operaciones de seguridad de los ciudadanos, evacuación y rescate. VI.- ¿Ética en operaciones o Derecho Internacional Humanitario?

El presente artículo tiene por objeto establecer una relación entre el Título IV de las *Reales Ordenanzas*, relativo a las operaciones, y ciertas orientaciones del Derecho Militar Operativo, disciplina en cuyo nacimiento, como trataré de mostrar en las páginas que siguen, desempeñó un importante papel el Magistrado Don Agustín Corrales Elizondo. Con la autoridad que me confiere el haber formado parte de la Comisión para la redacción de las *Reales Ordenanzas* de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009 de 6 de febrero, mi propósito no es el de ofrecer una interpretación auténtica del texto, sino el de dar cuenta del proceso intelectual seguido en mis aportaciones al mismo.

## I. EL NACIMIENTO DEL DERECHO MILITAR OPERATIVO EN ESPAÑA

En el año 1999, recién nombrado director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, recibí el encargo del General Consejero Togado, Don Agustín Corrales Elizondo, a la sazón Asesor Jurídico General de Defensa, de organizar un curso sobre «Aspectos jurídicos de la Cooperación Cívico Militar», dirigido a todos los miembros de las Fuerzas Armadas. El objetivo del curso era el de analizar los problemas jurídicos que se estaban planteando a las tropas españolas desplazadas en el extranjero, en relación con la aplicación del derecho interno. La intervención de las Fuerzas Armadas españolas en operaciones de paz, la creciente participación en misiones internacionales como la de la ex –Yugoeslavia o en unidades multinacionales como el Eurocuerpo o Eurofor, iba haciendo sentir la necesidad de sistematizar respuestas. Uno de los principales problemas planteados, con inequívoca repercusión jurídica, era el de la coordinación de actividades y competencias entre el ámbito civil de una operación, integrado por las organizaciones no gubernamentales o las autoridades locales, y la estructura militar interviniente.

De forma aún vaga e imprecisa, pero no exenta de ambición, diseñé, junto al General Corrales, un programa de curso para tres semanas. En él, desde una perspectiva interdisciplinar, se abordaban todo tipo de problemas. Se combinaban temas estrictamente jurídicos como los de estatutos de tropas, contratos o Derecho Internacional Humanitario, con otros operativos o relativos a la defensa o protección civiles. En cuanto al tratamiento de los temas, también la perspectiva jurídica se completó con otras aproximaciones estratégicas, sociológicas o históricas, relativas, por ejemplo, a la evolución de la cooperación cívico militar en España, que corrió a cargo del historiador y académico Don Carlos Seco Serrano. No se prescindió tampoco de los estudios comparativos sobre la cooperación cívico militar, a cuyos efectos se contó con la aportación de representantes de Alemania, Francia, Italia y Estados Unidos.

El resultado fue que en el mes de febrero del año 2000, a las puertas del nuevo siglo y del nuevo milenio, tuvo lugar, en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, el «Primer curso sobre Aspectos jurídicos de la cooperación cívico militar». Primero y último porque, debido a la amplitud del tema y a la combinación de temas jurídico militares y operativos, tanto la Dirección General de Política de Defensa, que tenía a su cargo la publicación de los Manuales sobre Operaciones de Paz, como las Direcciones de Enseñanza de los respectivos ejércitos, comenzaron, por su parte, a abor-

dar la materia. Fue así cómo, durante los años siguientes, se sucedieron los cursos de CIMIC en las Escuelas de Estado Mayor o en el CESEDEN. Independientemente de que en los citados cursos se incluyeran temas de contenido jurídico, la centralidad comenzó a otorgarse a la cooperación cívico militar. Se resolvió así un cierto conflicto de competencias en cuanto a la difusión y tratamiento de un tema que afectaba por igual a jurídicos militares y a militares operativos. La opinión del General Corrales, si bien era la de seguir subrayando el protagonismo de la dimensión jurídica y la pertinencia de su enseñanza en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, el tema acabó por resolverse en el sentido de una creciente separación de hecho.

A la vista de lo anterior, surgió la idea de reconducir todos los esfuerzos realizados hacia la elaboración de un curso orientado hacia miembros del Cuerpo Jurídico Militar y relativo al tratamiento de los problemas, eminentemente jurídicos, planteados en el ámbito operativo militar internacional. Del material acumulado en aquel primer curso de aspectos jurídicos de la cooperación cívico militar, seleccioné el más propiamente jurídico y lo estructuré a modo de libro. A la hora de encontrar un nombre que aglutinase todo aquel material, propuse al General Corrales el de Derecho Operativo y, tras una larga conversación, en la que tratamos de precisar el concepto, decidió bautizarlo bajo el rótulo de *Lecciones de Derecho Operativo*. El libro apareció al año siguiente, en el 2001, editado por el Ministerio de Defensa. Ya en su prólogo, el entonces Subsecretario de Defensa, Don Víctor Torre de Silva, realizaba una primera aproximación al concepto. En primer lugar, introducía la expresión de Derecho Internacional operativo y enmarcaba su aparición en un escenario de renacimiento del Derecho Internacional, favorecido por el creciente proceso de globalización y participación de unidades militares en conflictos internacionales y operaciones de mantenimiento de paz. En segundo lugar remitía la expresión de Derecho Internacional operativo a una denominación desarrollada en los centros académicos militares de Estados Unidos. Por último, destacaba el afán de los autores intervinientes en el libro de «marcar la pauta y los primeros pasos en estos estudios en nuestros Centros de Enseñanza Militar»<sup>1</sup>.

De acuerdo con este impulso inicial, y desde aquel año, se han ido convocando cursos de Derecho Militar Operativo en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, con gran éxito de demanda y participación de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar.

---

<sup>1</sup> *Lecciones de Derecho Operativo*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2001, p.18

## II. ¿QUÉ ES EL DERECHO MILITAR OPERATIVO?

En estos primeros momentos, dado el carácter pionero del libro, quedaba pendiente un largo proceso de precisión intelectual y de identificación de temas. Ante todo, y no como una cuestión menor, estaba el problema del nombre. Su origen estadounidense, ya apuntado, y concretamente la expresión *Operational Law*, utilizada en sus centros académicos militares, planteaba el problema de la traducción del término *operational*. En el momento en que se redactó el libro ya existía un cierto uso, en los ámbitos jurídico militares, del término Derecho Operativo y fue sin duda esta práctica la que determinó la elección del nombre. No obstante, desde un punto de vista gramatical, existen suficientes argumentos para mantener el término operacional. En el *Diccionario de la Real Academia Española*, el término operacional se define como «relativo a las operaciones matemáticas, militares o comerciales» y en una segunda acepción como «las operaciones militares que están en condiciones de operar». Por el contrario, operativo se entiende en un sentido más amplio como «lo que obra o hace su efecto». Tomando literalmente el sentido de ambos adjetivos, podríamos llegar a la conclusión de que el término Derecho operacional, en cuanto aplicado a las operaciones militares, resultaría más acorde con su sentido gramatical. Sin embargo, hay que constatar que el uso en español ha impuesto la palabra operativo para referirse a las operaciones militares. Así, por ejemplo, en muchos textos legislativos como en la *Ley Orgánica de la Defensa Nacional* se emplea la expresión de «estructura operativa» y no de estructura operacional. Lo operativo aludiría entonces no a aquello que está en condiciones de operar en cualquier forma, sino precisamente en las operaciones militares. Y referida al derecho, la palabra operativo acentuaría el aspecto eminentemente práctico y actuante de las normas jurídicas. El Derecho Operativo subrayaría entonces el elemento de efectividad de un derecho, el momento en que se vuelve eficaz o incluso, en sentido negativo, las limitaciones que impiden u obstaculizan su ejercicio.

Excluido, por otra parte, el término operatorio que, según el *Diccionario de uso del español* de Seco, se aplica exclusivamente a operaciones comerciales, matemáticas o quirúrgicas, la cuestión de la traducción de *operational* quedaba reducida a la elección bien del término operacional, o bien del término operativo. Por las razones antedichas de la extensión de su uso, se escogió el de operativo, reconociendo, no obstante, que este término podría prestarse a alguna confusión. Por ello, para aclarar plenamente su significado, se sintió la necesidad de añadirle el término militar. Fue así como empezó a utilizarse la expresión de Derecho Militar Operativo, el



cual, en un primer momento, podría definirse como aquel aplicable a operaciones militares. La expresión Derecho Operativo, inicialmente utilizada en el citado libro del Ministerio de Defensa, sufría así una necesaria revisión. De hecho, desde el primer curso que se convocó, ha sido la expresión Derecho Militar Operativo la que se ha venido utilizando.

En cuanto a su nacimiento como disciplina, tal y como se señalaba en el prólogo del citado libro, hay que buscarlo en las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos donde surge con todo su sentido técnico, como respuesta a la nueva situación planteada tras la Segunda guerra mundial. La *US Army*, centrada en la defensa del llamado mundo libre frente a la amenaza comunista, se preparó para conflictos de alta intensidad, se desplegó en la Alemania del Este y en la zona desmilitarizada entre Corea del Norte y del Sur. Fue así como se estacionaron en estas dos zonas más de doscientos mil soldados. En este contexto, los dos principales problemas que los asesores jurídicos militares norteamericanos se veían obligados a abordar fueron los del Derecho de la Guerra, con los *Convenios de Ginebra* de 1949 recién aprobados, y los de Estatutos de Fuerzas, los célebres *Status of Forces Agreements* cuyo paradigma fue el SOFA de la OTAN de 15 de diciembre de 1951.<sup>2</sup>

Las operaciones realizadas por el ejército norteamericano en Granada y en América Central, durante los años ochenta, generaron un gran número de nuevas cuestiones con las que tuvieron que enfrentarse los asesores jurídicos norteamericano (*judges advocates*). Entre estas se encontraban, por ejemplo, la legitimidad de usar fondos propios de la operación para suministrar ayuda humanitaria a civiles extranjeros y entrenamiento a soldados extranjeros. Asimismo se comenzó a plantear el tema de las reglas de enfrentamiento en conflictos de baja intensidad, cuestiones de disciplina en fuerzas conjuntas o nuevos problemas relacionados con la contratación o las reclamaciones. Este nuevo entorno legal, en unas nuevas circunstancias, condujo a la creación del término *Operational Law* para referirse al ejercicio del Derecho por los abogados militares en el contexto de las nuevas operaciones<sup>3</sup>.

A la hora de tratar de definir el concepto, ya desde el *Operational Law Handbook* de 1998, se viene definiendo al Derecho militar operativo (*Operational Law*) como «el conjunto de normas de derecho interno, extranjero e internacional que afecta específicamente a las actividades de las fuerzas militares a lo largo de todo el espectro operativo». Posteriormente, en el

---

<sup>2</sup> *Operational Law Handbook*, 2000, Judge Advocate General School, Charlottesville, Virginia.

<sup>3</sup> GRAHAM, «Operational Law. A concept comes on age», en *Army Law*, July 1987

manual del año 2000, se revisó la definición en el siguiente sentido: «contenido de normas de derecho interno, extranjero o internacional que afecta directamente a la conducción de las operaciones militares». En esta definición ya se ve que el Derecho Militar Operativo no es propiamente una rama del Derecho internacional, tal y como se afirmaba en el prólogo del libro *Lecciones de Derecho Operativo*. Evidentemente existen normas de Derecho Internacional que pueden incidir directamente sobre las operaciones, pero, junto a ellas, habrá que considerar otras del Derecho interno del país que realiza la operación, así como del Derecho de la nación anfitriona. El único criterio diferenciador es el de que ya se trate de Derecho Internacional, interno o extranjero, sea «directamente» aplicable a las operaciones militares.

A la hora de delimitar qué sectores del Derecho tienen una influencia directa sobre las operaciones militares, se hace necesario establecer una especie de tipología de éstas. Inicialmente, en los primeros manuales de *Operational Law*, se procedía a establecer, de acuerdo con el sentido empírico anglosajón, una lista de temas o *check list*. Estos temas se llegaban a definir mediante el cruce de dos ejes de coordenadas. El primero se refería a las distintas áreas funcionales del ordenamiento jurídico: uso de la fuerza, tratamiento de no combatientes, integración y coordinación de competencias, aspectos económicos, administración, justicia y disciplina. El segundo eje de coordenadas se refería a las distintas fases de una operación: predespliegue, inteligencia, contrainteligencia, defensa, ataque, y postconflicto<sup>4</sup>. El cruce de estos dos ejes de coordenadas daba lugar a lo que en la jerga militar se conoce con el nombre de *check-list*, una lista interminable de problemas jurídicos, desde la revisión de los procedimientos de tomas de decisión militar, hasta la revisión de la instrucción en Derecho Humanitario y reglas de enfrentamiento, pasando por en *targeting*, interrogatorio de prisioneros o la revisión de contratos.

En posteriores versiones del *Operational Law Handbook*, se ha puesto el acento no tanto en un *check-list*, más o menos sistematizado, sino en una división en capítulos de acuerdo con los principales ámbitos de competencia especialmente jurídica. Así, desde el 2006, se vienen distinguiendo los siguientes capítulos: Uso de la fuerza, reglas de enfrentamiento, SOFAS, y asistencia legal en los distintos tipos de operaciones. Entre éstas se especifican las siguientes: lucha contra el terrorismo, operaciones internas, operaciones de evacuación de combatientes, operaciones especiales y asuntos civiles. A ellas hay que añadir una remisión a la publicación

---

<sup>4</sup> *Operational Law Handbook* 2000, I-2

*Joint Pub 3-07*, en la que casi volvemos a entrar en el sistema del *check list*, con una alusión a las siguientes operaciones: Control de armamentos, terrorismo, drogas, imposición de sanciones, interceptación marítima, imposición de zonas de exclusión, seguridad de libertad de navegación y vuelo, asistencia humanitaria, apoyo militar a autoridades civiles, operaciones de paz. En lo que respecta a estas últimas, tiene gran importancia la publicación *FM 3-07*.

Esbozados a grandes rasgos los temas del Derecho Militar Operativo, remitidos, en definitiva, al carácter central de la operación de que se trate, es preciso aludir a la cuestión de la metodología. La redacción del *Operational Law Handbook* tiene carácter anual y se lleva a cabo por el Departamento de Derecho Internacional Militar y de Derecho Militar Operativo de la Escuela Jurídica de los *Judges Advocates General (JAG)* de Charlottesville en Virginia. Se trata de un departamento bastante concurrido que, además, con el transcurso de los años, ha ido ampliándose, hasta alcanzar el manual un número de veinticuatro autores. El procedimiento de redacción y de revisión se fundamenta en un diálogo vivo, por cuanto cualquier comentario o sugerencia puede ser enviado al citado departamento. Se procede, a continuación, a un proceso de selección, depuración y sistematización en el que pretendidamente se trata de huir de la tendencia a agotar los temas y traspasar los límites propios de lo que debe ser un manual orientado a la práctica.

De acuerdo con este modelo americano, y con las lógicas limitaciones, se trató de orientar la formación en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. De hecho la estructura del libro *Lecciones de Derecho Operativo* se acomoda bastante a ese sistema americano, conteniendo los siguientes temas: Uso de la fuerza, SOFAS, reglas de enfrentamiento, MOUS con sus aspectos económicos, contratación y reclamaciones patrimoniales (tema este último abordado por el General Corrales) y aspectos penales y disciplinarios, así como el tratamiento legal de las bajas. Asimismo, en una tercera parte, se trataba de la exposición de determinados temas de contenido jurídico, desarrollados por personal con experiencia sobre el terreno. Se cumplía así una de las notas características exigidas por el calificativo de operativo, es decir, su aspecto pragmático de derecho en acción que prevalece sobre su sentido teórico o sistemático. Todo Derecho Militar Operativo, conforme a su idiosincrasia anglosajona, tiene una necesaria componente práctica de «how to» que no puede ser ignorada.

En definitiva, se observa que el concepto, los temas y el procedimiento de elaboración del Derecho Militar Operativo español, según se desprende del manual del 2001, aunque mucho más incompleto, no se separa de su

modelo norteamericano. Quedaría por articular un mejor procedimiento de redacción y revisión de los posibles manuales, a partir de los distintos cursos ofrecidos por la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Para ello, habría tan solo de buscar un mecanismo de recogida y publicación de las experiencias prácticas vividas por miembros del Cuerpo Jurídico Militar en operaciones, que, de hecho, viene siendo compartida y difundida en el marco de los citados cursos.

Especial tratamiento merece la cuestión de las relaciones entre el Derecho Militar Operativo y el Derecho Internacional Humanitario. La relación entre estas dos disciplinas jurídicas hay que enfocarla también a la luz del proceso sufrido en la US Army. En los años setenta y ochenta, la denominación que solía emplearse por la doctrina era del Derecho de la Guerra. Así, en el año 1982, el profesor Fernández Flores publicaba un libro pionero, que recogía lo esencial de los Convenios de la Haya y de los Convenios de Ginebra<sup>5</sup>. Solo un año más tarde, en 1983, el profesor Rousseau iniciaba una línea tendente a sustituir la expresión Derecho de la Guerra por la de Derecho de los Conflictos Armados<sup>6</sup>. Este suele definirse como «el conjunto de normas de Derecho Internacional establecidas para la protección de las personas y de los bienes en tiempo de guerra o de conflictos armados entre Estados»<sup>7</sup>. Posteriormente se ha venido utilizando la expresión de Derecho Internacional Humanitario (DIH), atendiendo, sobre todo, a la función que realiza. Esta expresión se va imponiendo en la doctrina, promovida especialmente por la Cruz Roja<sup>8</sup>. Ha sido el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de esta Institución el que, a lo largo de los últimos años, ha venido realizando una gran labor de difusión y formación, apoyada en unos excelentes textos sobre Derecho Internacional Humanitario.<sup>9</sup>

Es evidente que el Derecho Militar Operativo y el Derecho Internacional Humanitario son fácilmente diferenciables. Ante todo, como ya hemos indicado, el Derecho Militar Operativo, aunque contiene normas de Derecho Internacional, abarca también determinadas normas de Derecho

---

<sup>5</sup> José Luis FERNANDEZ FLORES, *Derecho de la Guerra*, Madrid, Ediciones Ejército, 1982

<sup>6</sup> Charles ROUSSEAU, *Droit des Conflits Armés*, Paris, Pedone, 1983

<sup>7</sup> FERNANDEZ FLORES, *El Derecho de los Conflictos Armados. De iure Belli. El Derecho Internacional Humanitario. El Derecho Humanitario Bélico*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2001, p. 163

<sup>8</sup> *Ibid*, p. 166

<sup>9</sup> Vid su *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007 y la edición anterior de 2002, así como el Curso de Derecho Internacional Humanitario, Ciudad Real, Cruz Roja, 1999

Interno y Derecho extranjero, mientras que el Derecho Internacional Humanitario puede considerarse como una rama del Derecho Internacional. El Derecho Internacional Humanitario posee una clara consistencia y autonomía teórica, regida por el propósito de la humanización de los conflictos armados. Sin embargo, junto a estas diferencias existen también numerosas coincidencias. *The Law of War* es un capítulo esencial del Derecho Militar Operativo el cual surge precisamente, como ya se ha indicado, dada la insuficiencia del primero para resolver los problemas planteados en el contexto de las nuevas operaciones. El concepto de operación militar es mucho más amplio y abarcante que el de guerra o el de conflicto armado. El término doctrinal de *Operations other than war* (MOOTW) es usado en el ámbito americano para referirse a aquellas operaciones que caen fuera de la tradicional definición de conflicto armado. Ese cambio de contexto operativo es el que también ha influido en el campo del Derecho de los Conflictos Armados y orientado su acción hacia lo humanitario, aproximándolo al concepto de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Pero, en definitiva, el Derecho Militar Operativo no puede prescindir del conocimiento de los Convenios de Ginebra y demás normas de Derecho Internacional Humanitario. Todo jurista militar operativo debe conocer muy bien las normas que integran el Derecho Internacional Humanitario y, asimismo, todo curso de Derecho Militar Operativo, como así se ha venido haciendo, debe incluir al Derecho Internacional Humanitario como uno de sus principales capítulos. Por su parte el DIH, independientemente de su autonomía teórica, cambia de perspectiva y de acentos al integrarse en el ámbito de las nuevas operaciones militares.

### III. LAS ORDENANZAS MILITARES Y LA ÉTICA MILITAR OPERATIVA

La decisión de proceder a una revisión de las *Reales Ordenanzas* de 1978, no es ajena a todo el cambio acaecido en el contexto internacional. Así se reconoce en el Preámbulo de la *Ley Orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional*, aludiendo a un escenario estratégico en el que ha desaparecido la política de bloques, han disminuido las guerras de tipo convencional y proliferan conflictos armados con implicaciones notables más allá del lugar donde se producen. La constatación de que, desde finales del siglo XX, las Fuerzas Armadas Españolas han venido actuando fuera de nuestras fronteras ya sea como observadores, como fuerzas de interposición, de mantenimiento de la paz o de ayuda humanitaria, lleva a una necesaria re-

visión de sus tradicionales misiones. Forzosamente, el propósito enunciado en el artículo 20 de la citada Ley Orgánica, de establecer unas reglas generales de comportamiento de los militares por futuro Real Decreto, habría de tomar en cuenta como uno de sus criterios inspiradores, la adaptación al nuevo contexto.

*La Ley Orgánica de la Defensa Nacional*, junto a la aparición de nuevas misiones, confiere una gran importancia al concepto de operación. Ya en su Exposición de motivos se alude a los principios de jerarquía, disciplina, unidad y eficacia como fundamento de la organización de las Fuerzas Armadas. Pero la finalidad última de estos criterios de organización, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 11.3, es «la consecución de la máxima capacidad operativa». La estructura operativa, sin perjuicio de su apoyo en la estructura orgánica, representa la última razón de ser de las Fuerzas Armadas en cuanto orientadas a la acción. Lo operativo aparece siempre íntimamente ligado a la fuerza, definida en el artículo 13 como «el conjunto de medios humanos y materiales que se agrupan y organizan con el cometido principal de prepararse para la realización de operaciones militares». La centralidad que la *Ley Orgánica de la Defensa Nacional* confiere a lo operativo, a la fuerza, a la eficacia, se manifiesta en la detallada descripción que, en el artículo 16, se hace de las operaciones militares, estrechamente vinculadas a las misiones definidas en el artículo 15. No puede existir una operación que no sea, al mismo tiempo, una acción requerida por el cumplimiento de la correspondiente misión. No obstante, en la Ley Orgánica parece existir un cierto contraste entre el carácter de *numerus clausus* de las misiones y el carácter *ad exemplum* de las operaciones. Efectivamente, en el primer párrafo del artículo 16, tras un esbozo de clasificación entre operaciones en el exterior y en el interior, se concluye con la frase: «En particular, las operaciones pueden consistir en», expresión que no excluye la posibilidad de otras posibles operaciones. En cuanto a la relación de éstas: vigilancia de espacios marítimos y aéreos, colaboración en operaciones de mantenimiento de la paz, apoyo en la lucha contra el terrorismo, respuesta contra el uso terrorista de aeronaves, colaboración en situaciones de grave riesgo y catástrofe, preservar la seguridad de ciudadanos españoles en el extranjero, recuerda bastante al sistema de *check list* de manuales militares americanos como el *Joint Pub 3-07* ya citado. Pero, en definitiva, lo que nos interesa subrayar no son tanto las operaciones concretas, como el lugar preferencial que la Ley Orgánica 5/2005 atribuye a lo operativo.

Obedeciendo a la remisión legislativa hecha en el artículo 20.1 de la *Ley Orgánica 5/2005*, la *Ley 39/2007 de la Carrera Militar*, incluyó en su

artículo 4 unas reglas de comportamiento del militar. En ellas, la referencia, tácita o expresa, a lo operativo y a las operaciones militares, resulta especialmente significativa. El deber más alto y específico del militar, que es de entregar la vida, señalado en el número 1 del citado artículo, solo resulta efectivo en un contexto operativo. Fuera de una operación en la que se da un riesgo específico, el militar no tiene ocasión de actualizar su deber de sacrificio hasta la muerte. En los otros números (4.2 y 4.3), se establece el Código ético del militar siguiendo una referencia a los distintos tipos de operaciones: mantenimiento de paz, situaciones de crisis o situación de combate. Otras normas, como la del empleo gradual de la fuerza, exige, por sí misma, la referencia a una operación militar. Pero incluso los principios generales incluidos en los restantes números del artículo 4, como el de disciplina, respeto al poder jerárquico o responsabilidad del mando, adquieren su mayor expresión en la realización de funciones operativas. A este respecto, resulta especialmente significativo el hecho de que en el artículo 19 de la *Ley 39/2007*, se dice que «el militar profesional ejerce funciones operativas, técnicas, logísticas y administrativas». Es decir que, sin perjuicio de la importancia de las demás, la función operativa ostenta el primer lugar en el rango de las funciones del militar. Las otras tres funciones tienen un carácter subordinado de apoyo a la fuerza. Esto aparece aún con mayor claridad en el artículo 19.3 en el que, al hablar de la acción del mando, se afirma que éste «alcanzará su máxima y especial responsabilidad cuando se aplica a la preparación y empleo de la Fuerza de los Ejércitos». Lo mismo que se dice del ejercicio del mando, podría afirmarse de la obediencia, la disciplina o el respeto al orden jerárquico. Todos estos valores adquieren su mayor importancia cuando se hacen operativos, cuando se expresan en una operación militar en la que se usa la fuerza.

En las Reales Ordenanzas que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la *Ley Orgánica 5/2005*, tienen como misión la de desarrollar las reglas de comportamiento definidas en la *Ley de la Carrera Militar*, la importancia de la función operativa no podía menos que ser subrayada. Las *Reales Ordenanzas*, en virtud de ese mandato legal, confinadas en el ámbito del Real Decreto, no podían inventar nada sino que habían de limitarse a recoger y explicitar los valores que inspiraban los dos anteriores textos legislativos. Tal y como acabamos de ver, el planteamiento esencial de la *Ley de la Carrera Militar* con respecto a la ética del militar, era el de referirla a las operaciones militares. Por esta razón las *Reales Ordenanzas* debían adoptar igualmente este criterio. Sin embargo, ello no suponía hacer ninguna violencia al común sentir de la institución militar. Una de las características esenciales de las *Reales Ordenanzas*, que les confiere

un indudable valor simbólico, es el de ser un texto que encarna un común sentir tradicional de los ejércitos. Así también lo ha hecho notar el Consejo de Estado que, en su dictamen en relación con el proyecto de Real Decreto, afirma que la deslegalización de las *Reales Ordenanzas* no priva a este conjunto normativo del especialísimo carácter que a lo largo de la historia le ha correspondido como código deontológico de la profesión militar<sup>10</sup>. El cumplimiento de las exigencias impuestas por la Ley no era incompatible con el hecho de que las nuevas *Reales Ordenanzas* habían de ser también representantes de un espíritu tradicional que se remontaba a las Ordenanzas de 1748 de Fernando VI para la Armada y las de 1768 de Carlos III para los Ejércitos. Pero si no existía contradicción entre los imperativos de la ley y los de la tradición, tampoco había oposición entre la adaptación a un nuevo contexto internacional marcado por las nuevas operaciones y la importancia atribuida secularmente a lo operativo por el estamento militar.

En la distinción ya habitual, en el campo de la Sociología Militar, sobre todo a partir de Moskos y Wood, entre un modelo institucional y otro ocupacional de las Fuerzas Armadas, las *Reales Ordenanzas* han tendido tradicionalmente a la adopción de un modelo institucional. En este modelo predomina un criterio de legitimidad basado sobre valores normativos como el honor, la obediencia, el sentido de subordinación a la colectividad y la preferencia por una organización vertical y jerárquica. El modelo ocupacional, por el contrario, estaría basado en una concepción de lo militar como una profesión tanto más legítima y atractiva cuanto mejor remunerada, de acuerdo con criterios de especialización y competencia técnica. De acuerdo con esto, una de las tendencias que se suele observar en los estudios de sociología militar comparada es el distinto sentimiento de identidad profesional entre los militares profesionales de armas y los técnicos o especialistas. Normalmente éstos conceden una importancia primordial a la función especializada que podían desarrollar igualmente en organizaciones civiles. Cuando el coste de permanecer en el ejército es demasiado elevado, las oportunidades que se les presentan fuera del ejército, determinan sus elecciones profesionales, de acuerdo con el modelo económico de máxima remuneración<sup>11</sup>. Esta tendencia ocupacional, basada en la especialización técnica es bastante fuerte en la mayoría de los ejércitos del mundo e incluso puede llegar a alcanzar la supremacía. En algunas ocasiones, el modelo institucional se ha sentido amenazado y ha tratado de tomar medidas correctoras. Así sucedió, por ejemplo, en Estados Unidos

---

<sup>10</sup> Expediente 819/2008, aprobado el 10/7/2008

<sup>11</sup> Charles C. MOSKOS-Frank R. WOOD, *Lo Militar: ¿Más que una profesión?*, Madrid, Ministerio de Defensa, 1991, p. 66



donde se desarrolló un proyecto, llamado *Warrior*, destinado a los pilotos de guerra, para destacar sus cometidos y recordar a todos los miembros de las Fuerzas Aéreas las misiones de combate que podían estar llamados a cumplir<sup>12</sup>. Según Wood, los líderes organizativos militares, si quieren evitar la implantación exclusiva de un modelo ocupacional, han de fomentar las tendencias institucionales, reafirmar aquello que es distintivo del ejército y asegurarse de que esta distinción es entendida y legitimada dentro y fuera de la organización<sup>13</sup>.

A la luz de lo anterior no se puede ignorar que las *Reales Ordenanzas*, así como la *Ley de la Carrera Militar* en la que se apoyan, representan un cierto equilibrio entre el modelo ocupacional y el institucional. Hay, por ejemplo, algunos aspectos concernientes a los derechos, la insistencia muy marcada, en la igualdad de hombres y mujeres o en la conciliación entre vida familiar y profesional, elementos típicos de un modelo ocupacional. Asimismo, en el Preámbulo, se alude a principios y conceptos, especialmente asumidos por la sociedad española, que se recogen de la Ley 7/2007 del *Estatuto Básico del Empleado Público*. El militar, evidentemente, no puede sustraerse a este carácter. Es un funcionario del Estado, que, en cuanto tal, está sometido a los mismos principios éticos de todo empleado público, señalados en los artículos 53 y 54 de la citada Ley. Así, en especial, tiene que aceptar y cumplir los principios de economía, eficiencia, consecución del interés general o atención a los ciudadanos con independencia y objetividad. Son todos ellos valores compartidos con el mundo civil y que gozan de una gran aceptación y legitimación social. Son también valores más próximos al modelo ocupacional.

Si bien en las *Reales Ordenanzas* se contienen muchos elementos ocupacionales, su carácter distintivo viene dado por la reafirmación del modelo institucional y de los rasgos específicos que diferencian al militar de un funcionario público civil. Así, el rasgo característico y propio del militar viene establecido por su deber de participar en operaciones. Desde esta perspectiva hay que señalar la primacía que desempeña lo operativo en las *Reales Ordenanzas*. En primer lugar porque estas reproducen, en su artículo 14, el artículo 19 de la *Ley de la Carrera Militar*, anteponiendo las funciones operativas a las técnicas, logísticas y administrativas. Y, en segundo lugar, por la importancia comparativa que ostenta el Título IV relativo a las operaciones. Es, sin duda, el Título más novedoso y el que mejor recoge las reglas de comportamiento establecidas en la Ley de la

---

<sup>12</sup> *Op. Cit.*, p. 68

<sup>13</sup> *Op. Cit.*, p. 70

Carrera Militar. Estamos en presencia de unos artículos que definen una auténtica ética militar operativa como el núcleo más específico del código deontológico del militar.

#### IV. EL CARÁCTER ÉTICO-JURÍDICO DEL TÍTULO IV DE LAS REALES ORDENANZAS

Las *Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas*, en cuanto código deontológico y compendio de los principios éticos y reglas de comportamiento del militar español, presentan en muchos de sus artículos una doble característica. Por una parte constituyen principios éticos dirigidos a la conciencia del militar y, por otra, pueden adoptar una forma jurídico normativa ya sea directamente aplicable, ya sea como principio inspirador de una determinada norma jurídica o como criterio seguro para su interpretación. En este sentido el Consejo de Estado ha señalado que diversos artículos de las *Reales Ordenanzas* alternan una función preceptiva con otra expositiva que persigue explicar y fundar las razones últimas de los principios y reglas que se acogen<sup>14</sup>. Especialmente en el Título IV, encontramos, dentro de una común naturaleza preceptiva, principios éticos que, a su vez, están incluidos en normas jurídicas positivas. Si, anteriormente, hemos calificado como ética militar operativa el núcleo del citado Título, también se puede afirmar que esos principios éticos pueden ser incorporados a un Derecho Militar Operativo. Para demostrarlo no tenemos más que analizar la estructura del Título y subrayar dentro de ella aquellos aspectos más jurídicos con especial aplicación a las operaciones.

En cuanto a su estructura, el Título IV bajo el rótulo general «De las operaciones», se articula en seis capítulos que, tal y como expone el Consejo de Estado siguiendo al texto legal, obedecen a la siguiente sistemática: El primero establece las normas generales aplicables y el sexto se refiere a la ética de las operaciones. Del Capítulo II al Capítulo V, se van exponiendo sucesivamente los distintos tipos de operaciones: combate, paz, ayuda humanitaria, seguridad y bienestar de los ciudadanos, evacuación y rescate. El Consejo de Estado realizó la observación de que algunos de los artículos y principios, señalados entre los capítulos 2 al 5 para operaciones específicas, eran susceptibles de ser generalizados y, por tanto, de ser incluidos en el Capítulo I sobre normas generales aplicables. A este respecto se señalaban, a título de ejemplo, dos artículos: el 105 (actual 95) sobre

---

<sup>14</sup> Vid dictamen Consejo de Estado exp. 819/2008

adaptación a situaciones complejas y el 111 (actual 101) sobre la competencia en la actuación<sup>15</sup>. Si bien no se incorporaron estas observaciones al texto definitivo, no cabe duda de que, caso de haberse adoptado, la sistemática habría ganado en rigor y claridad. En primer lugar con la ubicación del Capítulo VI como Capítulo II, por tener sus normas un carácter más general, incluyendo a continuación los principios relativos a las distintas operaciones concretas de modo descendente. En segundo lugar nada se habría resentido el texto definitivo si, tal y como aconsejaba el Consejo de Estado, se hubieran trasladado los artículos 95 y 101 al Capítulo I. Es evidente, por ejemplo, que la capacidad de análisis e iniciativa para hacer frente a las situaciones imprevisibles, la mentalidad abierta o el atender al cumplimiento de la misión, exigidas en el artículo 95, no solo son aplicables a las operaciones de paz y ayuda humanitaria, sino a todo tipo de operación.

Hecha esta observación general a la sistemática, pasamos, a continuación, a analizar los principales aspectos jurídico-operativos, contenidos en los distintos capítulos del Título IV.

Con respecto al Capítulo I hay que citar, ante todo, el artículo 84 referente al uso legítimo de la fuerza: «En el empleo legítimo de la fuerza, el militar hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe». Se trata de una copia literal de la regla de comportamiento recogida en el número 6 del artículo 4 de la *Ley 39/2007 de la Carrera Militar*. Por primera vez en un texto legal se aludía al concepto de regla de enfrentamiento, ampliamente utilizado en el ámbito operativo militar de los últimos años. Al incorporarse a las *Reales Ordenanzas*, este concepto, normalmente confinado al ámbito de las Instrucciones militares operativas, pasa a consolidarse y a adquirir un mayor rango teórico. Las reglas de enfrentamiento constituyen uno de los temas centrales del Derecho Militar Operativo, en cuya elaboración, selección o difusión desempeña un importante papel el jurista militar operativo. Ya en el citado libro de *Lecciones de Derecho Operativo* de 2001, se incluía un capítulo dedicado a las reglas de enfrentamiento (ROE), desarrollado por el Coronel Auditor D. Gonzalo Zarranz<sup>16</sup>. Dado el doble carácter de las reglas de enfrentamiento, de elemento técnico para alcanzar la finalidad de una operación y de referencia jurídica para su legitimación, es exigible la presencia tanto de expertos operativos como de asesores jurídicos en su elaboración o planeamiento.

---

<sup>15</sup> Ibid

<sup>16</sup> *Lecciones de Derecho Operativo*, Capítulo IX, págs. 146 y sgs..

Recuerda Zarranz que en las reglas de enfrentamiento confluyen tres elementos: las metas políticas de la operación, los condicionantes militares de la misma y las normas jurídicas que la limitan<sup>17</sup>. La utilización de la fuerza en cada caso está sometida, por tanto, a limitaciones de orden político o diplomático, militar y jurídico. La elaboración y modificación de las reglas de enfrentamiento, de acuerdo con las circunstancias, se erige, pues, sobre la base de un auténtico diálogo jurídico-operativo. Este exige del asesor jurídico militar una cierta formación operativa al tiempo que una capacidad pedagógica para hacer ver al mando las limitaciones legales a las que puede estar sometido. Conceptos como los de autodefensa, acción hostil, intención hostil, inminencia del ataque, que suelen incluirse en todas las reglas de enfrentamiento, han de exigir en su definición o interpretación un asesoramiento jurídico. Lo mismo podría decirse de los procedimientos de aplicación y modificación de las reglas de enfrentamiento en el contexto de operaciones multinacionales, como en el marco de operaciones de la OTAN regidas por el documento MC 362/1. Cuestiones como las de la legalidad de obtención de información, daños colaterales, *targeting*, operaciones de acoso o abordaje y una larga lista de actuaciones que afectan a todas las secciones del estado mayor, tendrían que ser controladas y revisadas por el asesor jurídico militar.

Pese a su redacción un tanto confusa por la sinonimia de los términos uso y empleo, el artículo 84 de las *Reales Ordenanzas* lo que hace es vincular la legitimidad del uso de la fuerza a su gradualidad y proporcionalidad, remitiéndose éstas, a su vez, a lo establecido en las reglas de enfrentamiento. Gradualidad y proporcionalidad son conceptos que, si bien obedecen a determinados criterios, como es el de adecuación de los medios a los fines<sup>18</sup>, se basan en última instancia sobre un juicio de oportunidad que corresponde al mando de la operación. Dada la variabilidad de las circunstancias, de los distintos tipos de operaciones y la presión impuesta por la urgencia de determinadas situaciones, la labor de asesoramiento jurídico no siempre resultará sencilla. El artículo 94 de las *Reales Ordenanzas*, en el capítulo relativo a las operaciones de paz, vuelve a referirse a las reglas de enfrentamiento: «El conocimiento y cumplimiento de las reglas de enfrentamiento, le permitirán hacer frente a las situaciones cambiantes de cada momento». Pero no siempre, por muy bien que se las conozca, podrán las reglas de enfren-

---

<sup>17</sup> Ibid, p. 146

<sup>18</sup> Vid, por ejemplo MC MARQUEZ CARRASCO, *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 1998 y Félix VACAS FERNÁNDEZ, *El régimen jurídico del uso de la fuerza por parte de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas*, Madrid, Marcial Pons, p. 242 y sgs

tamiento ofrecer una clara respuesta ante situaciones complejas, si no van acompañadas de una interpretación o un criterio jurídico. Esto nos remite necesariamente al problema de la formación en este terreno.

Una cosa es la elaboración y modificación de las reglas de enfrentamiento para una operación determinada, y otra el conocimiento general de su naturaleza y aplicación. En lo que respecta a su elaboración, se admite unánimemente que las reglas de enfrentamiento deben alcanzar el máximo de concreción y aplicabilidad, y por ello se ha de evitar incluir en ellas cualquier consideración de tipo estratégico o doctrinal<sup>19</sup>. Sin embargo, por otra parte, las reglas de enfrentamiento son también cuestión de doctrina, de conocimiento y entrenamiento en su aplicación. Teniendo en cuenta que el tema de las reglas de enfrentamiento constituye un núcleo esencial del Derecho Militar Operativo y que entre sus principales destinatarios y aplicadores se encuentran los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, habría que subrayar, con mayor intensidad, el papel formativo de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos en este campo. Volvemos de nuevo a encontrarnos con la referencia del modelo norteamericano<sup>20</sup>. Tras destacar el crecimiento exponencial de los problemas planteados por el concepto y aplicación de las reglas de enfrentamiento, Hoeger comparte la decisión del Jefe de Cuerpo de los *Judges Advocates*, de hacer hincapié en su estudio teórico y en su aplicación práctica<sup>21</sup>. Unificar la doctrina, sobre la base de las lecciones aprendidas en las distintas operaciones, se convierte en uno de los principales retos de la formación específica de los *Judges Advocates* y de todas las Fuerzas Armadas. La doctrina, entendida como un lenguaje y una cultura común en la forma de conducir las operaciones, requiere una máxima difusión y unanimidad en los conceptos y en la aplicación de los mismos. Pero, además de elaboración teórica, la doctrina ha de incluir una guía práctica de actuación en lo que se refiere al estilo de ejercer el asesoramiento jurídico sobre la aplicación de las reglas de enfrentamiento. Se trata de llevar al ánimo del jurista operativo la idea de unidad de la misión, propugnando la actitud de cooperación con el mando y desaconsejando las prácticas demasiado legalistas o intrusivas que puedan llegar a inhibir u obstaculizar la misión<sup>22</sup>.

En definitiva, la redacción del artículo 84, en relación con el artículo 94, de las *Reales Ordenanzas*, al incorporar el término de reglas de enfren-

---

<sup>19</sup> Vid. *Lecciones de Derecho Operativo*, p. 150

<sup>20</sup> Vid. Howard H. HOEGE, «ROE...also a Matter of doctrine» en *The Army Lawyer*, June 2002

<sup>21</sup> *Ibid*, p.1

<sup>22</sup> *Ibid*, p.3

tamiento, sienta las bases para su consolidación y desarrollo en la doctrina militar, como un importante capítulo del Derecho Militar Operativo.

Un segundo tema, con contenido jurídico, aparece en este primer capítulo dedicado a los conceptos generales. Se trata del principio de humanidad, rótulo con el que se encabeza el artículo 85. Dice así: «Su conducta en el transcurso de cualquier conflicto u operación militar deberá ajustarse a las normas que resulten aplicables de los tratados internacionales en los que España fuera parte relativos al Derecho Internacional Humanitario». A reserva de lo que luego diremos al tratar del capítulo expresamente dedicado al Derecho Internacional Humanitario, puede anticiparse que este artículo, salvo su rótulo, es redundante con el contenido del artículo 106. Es, sin embargo, la única vez en la que se menciona en el texto el principio de humanidad, sin duda, uno de los más importantes para orientar la conducta del militar. Del conjunto del artículo 85 se deriva la conclusión de que una conducta será tanto más humana cuanto más ajustada esté a las normas del Derecho Internacional Humanitario. A ello hay que añadir que no se trata de un comportamiento humano en general y en cualquier circunstancia, sino en el contexto de un conflicto u operación militar. En consecuencia, para que las acciones operativas del militar estén inspiradas por el principio de humanidad, se requiere un adecuado conocimiento de las normas y tratados internacionales relativos al Derecho Internacional Humanitario. En este contexto operativo, el valor ético está siempre vinculado a un conocimiento jurídico y es el asesor jurídico operativo quien, en definitiva, puede también asesorar sobre la humanidad de una determinada acción. Ética y Derecho aparecen estrechamente ligados por la aspiración a un valor moral como el de humanidad que viene definido jurídicamente. Ser humano en unas circunstancias inhumanas, de conflicto armado o de crisis social, es la principal meta del movimiento iniciado en los tiempos modernos por Henry Dunant. El principio de humanidad se constituye, por tanto, como el primero y más importante de los principios definidos por el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Se le considera como el principio esencial, pues de él proceden todos los restantes principios<sup>23</sup>. No obstante, no existe una definición legal de trato humano. En el artículo 3 común a los *Convenios de Ginebra* se vincula el trato humano a la permanencia y a la igualdad. Las personas deben ser tratadas con humanidad, «en todas circunstancias» y «sin discriminación», pero ese artículo ofrece más bien una definición negativa de lo que es trato humano.

---

<sup>23</sup> Manuel Antón AYLLÓN y Mercedes BABÉ Y ROMERO, «El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja», en el libro *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Tirant, 2007, p. 88

Tratar con humanidad sería no someter a un individuo a tratos inhumanos, humillantes o degradantes o no atentarse contra su vida e integridad corporal (art. 3, 1 a y c).

Lo que interesa subrayar, en el contexto de este Capítulo I, es que el trato humano recibe en las *Reales Ordenanzas* una alta consideración como virtud operativa. En este sentido, el artículo 87, que describe las acciones distinguidas en operaciones que el mando ha de valorar, se refiere, por supuesto, al valor o la pericia militar, pero también a «aquellas en que se manifieste de forma excepcional el trato humanitario». La identidad existente entre este principio de humanidad y el cumplimiento de los Convenios de Ginebra, hace de éstos un elemento esencial de las operaciones militares. El ideal al que apuntan las *Reales Ordenanzas* es el de una integración entre lo estrictamente operativo y lo ético-jurídico, propio, como vimos, de las reglas de enfrentamiento. En tanto que profesional que utiliza la fuerza, el militar está obligado a dominarla, a controlarla. Por eso las *Reales Ordenanzas* valoran también en este artículo 87 las dotes persuasivas o la capacidad negociadora para evitar o prevenir conflictos. La idea fundamental que aquí se expresa es la de la compatibilidad entre el valor, la pericia militar o el exceso en el cumplimiento del deber, por un lado, y la humanidad, el respeto a los límites legales o el arte de prevenir conflictos por otro. Se entiende que ambos grupos de cualidades, en cuanto susceptibles de ser distinguidas, son igualmente operativas.

## V. PRINCIPIOS JURÍDICOS IMPLÍCITOS EN CADA TIPO DE OPERACIÓN

Vistos los aspectos jurídicos del Capítulo I, válidos para todo tipo de operaciones, vamos a tratar ahora de los Capítulos II al V, referentes a cada tipo de operación.

### A. OPERACIONES DE COMBATE

En lo que se refiere al Capítulo II, relativo a las operaciones de combate, hay que hacer alusión a la primera frase del artículo 88: «En caso de conflicto armado, alentado por la legalidad y legitimidad de su causa y el apoyo de la Nación, el militar actuará siempre con inquebrantable voluntad de vencer». Evidentemente no se trata tanto del derecho de cualquier militar a revisar la decisión del gobierno de la nación de entrar en un con-

flicto armado, cuanto de una petición de principio. El artículo expresa la presunción de que cualquier futura decisión de entrar en un conflicto armado o participar en una operación internacional, se realizará conforme a los criterios de la legalidad y la legitimidad. También se afirma un nexo entre la voluntad de vencer y aquellos criterios ético-jurídicos que siempre añaden un plus de motivación al combatiente. Hay aquí una remisión a los artículos 17, 18 y 19 de la *Ley Orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional*, en los que se produce una mayor clarificación del *ius ad bellum* en el ordenamiento jurídico español. No es posible ignorar en esta afirmación el trasfondo del debate producido en la doctrina y en la sociedad en torno a las intervenciones en Kosovo, Irak o Afganistán. Los ataques aéreos iniciados por la OTAN el 24 de marzo de 1999, como respuesta a la campaña de limpieza étnica emprendida por Milosevic en Kosovo, abrieron un interrogante en lo que se refiere a la legitimidad para el empleo de medidas coercitivas y al principio de coordinación con las Naciones Unidas ¿Cuál podía ser el fundamento jurídico de una intervención armada como la de la OTAN, realizada sin consentimiento del Estado y sin mandato del Consejo de Seguridad?. La cuestión fue objeto de múltiples respuestas que, por no ser este ni el momento ni el lugar, no vamos a desarrollar<sup>24</sup>. Lo decisivo es que se empiezan a separar los conceptos de legalidad y legitimidad, los argumentos jurídicos y políticos, y a ponerse en tela de juicio el principio de primacía del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en materia de recurso al uso de la fuerza<sup>25</sup>. Finalmente algunos Estados, proclives a dejar de lado cualquier justificación legal de la intervención, acabaron por afirmar que esta base podía hallarse en resoluciones anteriores del Consejo de Seguridad, argumento que también fue utilizado para la intervención en Irak<sup>26</sup>.

La vinculación que, en las *Reales Ordenanzas*, se hace entre legalidad y legitimidad obedece al deseo de respetar escrupulosamente la legalidad internacional en materia de uso de la fuerza y a la exigencia de un mandato del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para cualquier intervención armada. En este sentido, en la Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 5/2005* se reconoce lo que, por otra parte se establece claramente en el artículo 24 de la Carta de las NU, es decir, «que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tiene la responsabilidad fundamental en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales». No parece contemplarse

---

<sup>24</sup> Me remito a mi artículo «Los principios rectores de las operaciones exteriores» en *Lecciones de Derecho Operativo*, p. 52 y sgs

<sup>25</sup> *Ibid*, p. 53-55

<sup>26</sup> *Ibid*, p. 53



en ningún caso el supuesto de una intervención legítima, es decir, apoyada en argumentos morales o políticos, que, al mismo tiempo, no sea legal conforme a la Carta de las Naciones Unidas. Pero las *Reales Ordenanzas*, de forma muy clara, expresan el deseo de que la causa por la que combate el militar sea también legítima, con lo cual se apunta implícitamente al derecho de España a reservarse un juicio de legitimidad sobre cualquier posible mandato. Esto nos lleva a considerar el criterio último de legitimidad, apuntado en el artículo 88, que es «el apoyo de la Nación».

La expresión «apoyo de la Nación», no puede desvincularse del tratamiento parlamentario del uso de la fuerza, el cual ha experimentado un notable desarrollo en la *Ley Orgánica 5/2005*. El artículo 1.2 de la Constitución señala que «la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado», y el artículo 66.1 dispone que «las Cortes Generales representan al pueblo español». Así pues, el apoyo de la Nación a las Fuerzas Armadas puede ser identificado con la aprobación parlamentaria del correspondiente mandato para utilizar la fuerza. Dentro del control general que las Cámaras ejercen sobre el Ejecutivo, y que viene establecido en el Título V de la Constitución (artículos 108 a 116), el control específico de las Fuerzas Armadas alcanza una especial dimensión. Con anterioridad a la *Ley Orgánica 5/2005*, se daba una tensión entre dos posturas en cuanto a este control parlamentario de las intervenciones militares en el exterior. Por una parte la postura que reclamaba una previa información a las dos Cámaras y la posterior autorización de éstas sobre cualquier intervención de las Fuerzas Armadas. Por otra, la que, aludiendo a la inconveniencia de someter al Gobierno a trámites y requisitos en situaciones de conflicto, rechazaba la previa autorización parlamentaria<sup>27</sup>. El sistema adoptado por la *Ley Orgánica 5/2005* es el de reconocer la competencia de las Cortes Generales, en virtud de lo previsto en el artículo 63.3 de la Constitución, para autorizar la declaración de guerra (artículo 4). Cuando se trate de ordenar operaciones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional, se exige la autorización del Congreso de los Diputados, ya fuese de forma ordinaria, ya a través de procedimientos de urgencia o, caso de no ser posible, recabando con posterioridad y con la máxima celeridad, su aprobación (artículo 17).

El anterior comentario de la primera frase del artículo 88, nos ha llevado a exponer brevemente los criterios del *ius ad bellum* en el ordenamiento jurídico español. Ahora se trata de destacar su relevancia para

---

<sup>27</sup> Vid la comparecencia del Ministro de Defensa ante las Comisiones de Defensa y Exteriores de 21 de abril de 1999, a la que me refiero en el Capítulo VI del libro *Lecciones de Derecho Operativo*, p. 106

el combatiente en un contexto operativo. Ante todo, el propio artículo 88 establece un nexo entre la voluntad de vencer y la conciencia de los tres factores señalados: legalidad, legitimidad y apoyo de la Nación. La motivación que ofrecen esos tres factores que implican conformidad con las normas legales, con las normas éticas y con las normas sociales, es inseparable del necesario conocimiento de ellas. Especial relevancia pueden tener para el mando, a quien se le exige una utilización más precisa de los términos del mandato que ampara la operación. Es el mandato, con su legalidad y legitimidad, el que orienta sobre la finalidad general de las operaciones, a la que se refiere el artículo 91 incluido en este mismo capítulo. Por lo tanto, el mandato que constituye la base jurídica general de las operaciones, ha de ser ampliamente difundido e interpretado para lo cual la labor del jurista operativo resulta de la máxima importancia. El *ius ad bellum*, si bien se defina a un nivel político y quede fuera del control del jurista sobre el terreno, ha de ser integrado, como de hecho lo viene siendo, entre los temas de Derecho Militar Operativo. Su conocimiento, con mayor profundidad por parte del jurista militar operativo, es indispensable para su difusión y enseñanza entre los combatientes o como último criterio de interpretación de los concretos problemas jurídicos que se puedan plantear.

Encontramos también, dentro de este Capítulo II relativo a las operaciones de combate, otro artículo en el que se pueden advertir ciertas consecuencias jurídico-operativas. Me refiero al artículo 92 en el que se alude a la obligación del mando de inspirar a sus subordinados, además de otras virtudes militares, la disciplina y la obediencia a las órdenes recibidas. En cuanto apela a la responsabilidad del mando, este artículo debe ser puesto en relación con el artículo 56 en el que se establece su deber de evitar la comisión de determinados delitos contra el Derecho Internacional Humanitario. En consecuencia, nos remitimos a lo que luego diremos en el próximo apartado.

## B. OPERACIONES DE PAZ Y AYUDA HUMANITARIA

Pese a haber constituido el grueso de las operaciones realizadas por las Fuerzas Armadas españolas en el exterior, desde la misión de verificación de las Naciones Unidas en Angola, en 1988, el tratamiento dado en las *Reales Ordenanzas* a las operaciones de paz resulta bastante escueto. La inmensa bibliografía que su estudio ha generado, a raíz de los problemas planteados, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el ético o

el operativo, queda tan solo sugerida en este Capítulo III del Título IV<sup>28</sup>. Habrá que recurrir en este sentido tanto al *Manual de Operaciones de Paz* de la Dirección General de Política de Defensa como a las *Orientaciones de Operaciones de Mantenimiento de la Paz* del Estado Mayor del Ejército. En cuanto a los grandes principios establecidos en las *Reales Ordenanzas*, para las operaciones de paz, muchos son repetición de los ya recogidos en los capítulos anteriores.

Se vuelve a reiterar, en el artículo 93, la idea de que cuando el militar participe en operaciones de mantenimiento de la paz o de ayuda humanitaria, «lo hará como instrumento de la Nación española al servicio de dichos fines». Como en el caso de las operaciones de combate, se debe hacer aquí referencia a su apoyo parlamentario, pues ser instrumento de la Nación española y tener mandato del Parlamento, o al menos del Congreso, son expresiones que se identifican. En este sentido hay que decir que las operaciones de paz o de ayuda humanitaria exigen autorización del Congreso en los términos, ya referidos, del artículo 17 de la *Ley Orgánica 5/2005*. Pero también se han de cumplir una serie de condiciones previas, previstas en el artículo 19 de la citada *Ley Orgánica*. Estas son: a) petición expresa del Gobierno o el Estado en cuyo territorio vaya a desarrollarse la operación o mandato de las Naciones Unidas o acuerdo de otra organización internacional de la que España forme parte, b) cumplir con los fines defensivos o humanitarios de las citadas organizaciones internacionales y c) que sea conforme a la Carta de Naciones Unidas o a las normas de derecho internacional ratificadas por España.

La referencia a la conformidad a la Carta de las Naciones Unidas, significa, de hecho, la aceptación de los principios generales de las Naciones Unidas, así como los principios específicos de las Operaciones de mantenimiento de paz, señalados por el Secretario General de las Naciones Unidas en su *Suplemento a un Programa de Paz* de 25 de enero de 1995. Estos se concretan en los siguientes: consentimiento de las partes, imparcialidad, uso limitado de la fuerza, mandato preciso sujeto a revisión periódica y el de unidad de dirección política y de mando<sup>29</sup>. La aceptación y conocimiento de estos principios por parte de los militares españoles es una consecuencia directa del deber de «estrecha colaboración con los ejércitos

---

<sup>28</sup> Vid una relación bibliográfica en *Lecciones de Derecho Operativo*, p. 34. También el libro de Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz* (2 vols) Huelva, Universidad de Huelva y Ministerio de Educación, 1998

<sup>29</sup> Vid mi artículo «Los principios rectores de las operaciones exteriores» en el libro *Lecciones de Derecho Operativo*, págs. 41 y sgs, donde se desarrollan los principios de *Un Programa de Paz*, Doc/A/ 47/277 y *Suplemento a un programa de Paz*, A/50/60

de países aliados y en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forme parte», impuesto por el mismo artículo 93 de las *Reales Ordenanzas*. Es preciso señalar asimismo que estos principios participan de la doble condición operativa y jurídica. En este sentido estamos de acuerdo con Fernández Sánchez cuando dice: «Si por principios jurídicos entendemos aquellos valores jurídicos fundamentales que informan un sistema jurídico en su totalidad o en un determinado sector del mismo... los principios comunes de las OMPs son principios jurídicos. Ello es así porque no constituyen en sí mismos una norma, pero subyacen bajo una norma y explican o proveen su razón de ser»<sup>30</sup>.

Especial importancia y tratamiento ha tenido el principio de uso limitado de la fuerza que es tratado por las *Reales Ordenanzas* en el artículo 94, mediante una nueva referencia a las reglas de enfrentamiento. Si bien nos hemos referido ya al carácter redundante que tiene este artículo con respecto al artículo 84, hay que señalar que su colocación en este capítulo podría tener sentido en cuanto remisión al contenido específico de las reglas de enfrentamiento en las operaciones de paz, en especial, al uso limitado de la fuerza. Es este el criterio más llamativo de una OMP y que quedó fijado ya desde el dictamen consultivo del TIJ en 1962, a propósito de ciertos gastos de las Naciones Unidas<sup>31</sup>. La utilización de la fuerza en las OMPs se ha centrado exclusivamente en la legítima defensa del personal de las Naciones Unidas, pero ello plantea numerosos problemas en el caso de la negativa a cooperar de algunas de las partes implicadas. En este caso se ha llegado a hablar, en el propio Comité Especial de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, de la posibilidad de proceder a una automática intensificación de la respuesta de la comunidad internacional en el caso de una actitud obstruccionista<sup>32</sup>. La posibilidad de ampliación de un mandato típico de una OMP hacia otro en el que se pueda utilizar la fuerza, como sucedió en Somalia, Yugoslavia y Ruanda, ha sido ampliamente discutida en la doctrina. Así, por ejemplo, en el completo estudio realizado por Félix Vacas Fernández, se llega a la conclusión de que la distinción entre operaciones de paz de Naciones Unidas de naturaleza coercitiva –operaciones de imposición de la paz– y de naturaleza consensual –OMPs– debe ser mantenida en todo caso y sin excepción<sup>33</sup>. En las primeras se puede utilizar

---

<sup>30</sup> FERNANDEZ SANCHEZ, *Op. Cit* t.1, p. 108

<sup>31</sup> Advisory Opinion of July 20, 1962, *ICI, Reports* 1962

<sup>32</sup> Doc A/47/253 de 4 de junio de 1992.

<sup>33</sup> Felix VACAS FERNANDEZ, *El régimen jurídico del uso de la fuerza por parte de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 289

la fuerza, mientras que en las segundas solo puede hacerse en caso de legítima defensa. El Consejo de Seguridad tiene la facultad y los fundamentos jurídicos para afrontar una situación de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión que exija el uso coercitivo de la fuerza para imponer el mandato a una de las partes enfrentadas. Lo que, según Vacas Fernández, no resulta aceptable desde la óptica jurídica, ni oportuno desde la perspectiva política, ni tan siquiera eficaz, es «la mezcla o la confusión jurídica de ambos tipos de operaciones como desgraciadamente se ha podido constatar sobre el terreno»<sup>34</sup>.

Para una correcta interpretación del artículo 94 de las *Reales Ordenanzas* habría que tener en cuenta las anteriores consideraciones. En primer lugar hay que señalar que todo el Capítulo III se refiere a las Operaciones de Paz y que, por tanto, es aplicable tanto a las de imposición como a las de mantenimiento de la paz. En segundo lugar hay que dejar claro que el artículo 94 no permite, por la vía de las reglas de enfrentamiento, pasar de una operación de mantenimiento de la paz a otra de imposición con la utilización de medidas coercitivas. El problema operativo planteado habría de ser resuelto, en la mayoría de los casos, con carácter previo a la creación de la operación. Es el Consejo de Seguridad quien a la vista de los datos previos, tiene la competencia para decidir si crea una operación de imposición de la paz en la que sea necesario o previsible el uso coercitivo de la fuerza<sup>35</sup>.

Hay que acentuar, por otra parte, por contraste con el artículo 84, el énfasis que el artículo 94 pone en el «conocimiento y cumplimiento» de las reglas de enfrentamiento. Es este deber de conocer de todo militar operativo el que asimismo determina el deber de enseñar por parte de quien tiene reconocida una cierta autoridad en este terreno, es decir, el jurista operativo.

Otro aspecto ya contemplado, pero que el artículo 95 vuelve a reiterar es el de la aplicación del «principio de humanidad» al que se trata de integrar con el de seguridad. A este respecto, nos remitimos a los comentarios hechos en relación con el artículo 85.

Por último, en lo que se refiere a este Capítulo III, hay que aludir a la labor de preparación antes del despliegue en una operación de paz o humanitaria, y a ese deber formulado por el artículo 96: «Se instruirá y pondrá todo su interés en el conocimiento y comprensión de los elementos identificadores de la cultura y las costumbres propias de la zona de despliegue». Se trata de un deber que tiene una significación especial en cuanto dirigida

---

<sup>34</sup> Ibid, p. 289

<sup>35</sup> Ibid, p. 290

al jurista militar operativo. La ley de la nación anfitriona es un importante dato para el ejercicio de la actividad de asesoramiento jurídico militar en operaciones. El Derecho extranjero constituye, según hemos visto en su definición, uno de los pilares fundamentales del Derecho Militar Operativo. El ordenamiento jurídico de la zona de despliegue, en especial sus normas fundamentales: Constitución, Derecho Civil o Derecho Penal, no solamente son elementos identificadores de la cultura de un pueblo, sino instrumentos con los que el asesor jurídico ha de trabajar. En especial en el caso de la llamada administración civil de transición, como se planteó a Naciones Unidas en Kosovo o Timor, la cuestión del conocimiento del derecho local resulta esencial. El conocido informe Brahimi ha hecho ver cómo en esos casos «el equipo de justicia de una misión debe primero estudiar ese código local y sus procedimientos conexos lo suficientemente bien como para enjuiciar y sentenciar casos en los tribunales»<sup>36</sup>. Por eso este ejercicio de estudio de Derecho comparado, propuesto como deber por las Reales Ordenanzas, resulta absolutamente pertinente.

#### C. OPERACIONES DE SEGURIDAD DE LOS CIUDADANOS, EVACUACIÓN Y RESCATE

Los Capítulos IV y V del Título IV de las Reales Ordenanzas resultan menos relevantes desde el punto de vista del Derecho Militar Operativo y apenas tienen referencias a aspectos jurídicos. El Capítulo IV se sitúa en el escenario de una catástrofe o calamidad pública, en territorio español. Aunque el concepto no está absolutamente consolidado, el Derecho Militar Operativo en su acepción más generalizada, tiene su ámbito de aplicación en las operaciones militares exteriores. Podía plantearse la duda de si en las maniobras o entrenamientos realizados en territorio español, con fuerzas armadas de otros países o con unidades multinacionales, estaríamos en presencia o no de la aplicación del Derecho Militar Operativo. En esos casos, además de poderse referir al aprendizaje del Derecho Militar Operativo, nos veríamos obligados a aplicar junto al Derecho interno español, otras normas de Derecho Internacional o incluso de Derecho extranjero. Otra cosa sucede en los supuestos previstos en el mencionado Capítulo IV, en el que se contemplan casos de protección civil o de actuación de la Unidad Militar de Emergencias. En ellos sería de aplicación únicamente el Derecho interno español, sobre disciplina, régimen de competencias o

---

<sup>36</sup> *Informe del Grupo sobre las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas 2/10/00* en [www.un.org/spanish/peace/operations\\_report/docs/part1.htm](http://www.un.org/spanish/peace/operations_report/docs/part1.htm)

coordinación con otras autoridades, instituciones o colectivos o sobre el régimen de derechos o libertades. Por esta razón no entramos a realizar ningún comentario.

En lo que se refiere al Capítulo V, relativo a las operaciones de evacuación y rescate, por cuanto describe situaciones de colaboración con organismos internacionales o de evacuación de españoles en el extranjero, sí entraría de lleno bajo la consideración del Derecho Militar Operativo. No obstante, en ninguno de los dos artículos que integran el citado capítulo, se hace referencia a ningún aspecto jurídico. Por lo tanto, serían de aplicación los principios generales contenidos en el Capítulo I, en especial el del uso gradual y proporcionado de la fuerza.

## VI. ¿ÉTICA EN OPERACIONES O DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO?

Sin duda, una de las novedades de las actuales *Reales Ordenanzas*, con relación a las de 1978, es la inclusión de todo un capítulo dedicado al Derecho Internacional Humanitario. Ello es fruto de una auténtica explosión del concepto de lo humanitario en la sociedad en general y en las Fuerzas Armadas en particular. Un nuevo universalismo surge en Occidente en los años noventa del pasado siglo, marcado por la idea de lo humanitario. Quizás, a consecuencia de los genocidios de Ruanda y Yugoslavia, se van consolidando instrumentos jurídicos tendentes a evitar semejantes crímenes que desembocan en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Se impone la idea de que nuestro universo moral, tal y como ha señalado Ignatief, debe traspasar las fronteras de la tribu, de la lengua, de la religión y la nación<sup>37</sup>. Un maestro del Derecho Humanitario como Mario Bettati, escribe en 1996 un libro titulado *El derecho de injerencia. Mutación del orden internacional*. En él da cuenta de la evolución del fenómeno que él llama sin-fronterismo, auspiciado por médicos sin fronteras en los años sesenta, hacia el nacimiento de un derecho de injerencia humanitaria<sup>38</sup>. Por otra parte, hay que tener presente esa evolución conceptual a la que ya nos hemos referido, que va del Derecho de la Guerra, a principios de los ochenta, hasta el Derecho Humanitario a finales de los noventa, pasando por el Derecho de los Conflictos Armados. El Derecho Internacional Humanitario representa, pues, una confirmación, en el campo del Derecho, del in-

<sup>37</sup> Michel IGNATIEF, *L'honneur du guerrier*, Paris, La Découverte, 2000, p.2

<sup>38</sup> Mario BETTATI, *Le Droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*, Paris, Odile Jacob, 1996

discutible prestigio que lo humanitario alcanza en la escena internacional. Su asimilación por parte de las Fuerzas Armadas españolas, se debe tanto a la participación de éstas en numerosas operaciones exteriores de paz o de ayuda humanitaria, como a la encomiable labor de difusión, a través de numerosos cursos, realizada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja.

En un texto como las *Reales Ordenanzas*, verdadero código deontológico del militar, no podía faltar una referencia a estos principios de Derecho Internacional Humanitario. Había que tener en cuenta esas palabras de Ignatief, inspiradas por Gilbert Holleufer, consejero de la Cruz Roja: «La Cruz Roja reconoce que el honor del guerrero es una frágil esperanza, pero esa podría ser la tenue línea que separase la guerra de la salvajada. De ahí se deriva otra esperanza: los hombres pueden ser formados para combatir con honor. Los ejércitos arrastran a la gente para matar, pero también enseñan el control y la disciplina, canalizan la agresión hacia el ritual. La guerra solo puede ser redimida por reglas morales»<sup>39</sup>.

Consciente de esa evolución y en cuanto ponente para la redacción de los artículos relativos al Derecho Internacional Humanitario, presenté el correspondiente texto a la Comisión. Evidentemente, el texto debía limitarse a unos cuantos principios esenciales con el único objetivo de ofrecer un recordatorio e impulsar el conocimiento de unas normas ya vigentes. Pues, desde el principio hay que señalar que en ninguno de los artículos que integran el Capítulo VI del Título IV de las *Reales Ordenanzas*, se contienen deberes que no estuvieran ya contenidos en los correspondientes Tratados. Sin embargo, esto que aparentemente se podría calificar de redundancia, adquiere un pleno sentido. Efectivamente, el que una amplia referencia al Derecho Internacional Humanitario se incluyese en las *Reales Ordenanzas*, era una forma simbólica de expresar que las Fuerzas Armadas lo incorporaban de un modo más íntimo, haciéndolo suyo. Pero también era una forma de llevar a cumplimiento lo previsto en los propios *Convenios de Ginebra*. En este sentido hay que recordar que cada uno de los cuatro Convenios (artículos 47, 48, 127 y 144 respectivamente), incluyen cláusulas relativas al deber de las Altas Partes Contratantes de difundir sus textos lo más ampliamente posible y a que «sus principios sean conocidos del conjunto de la población, especialmente de las fuerzas armadas combatientes». No cabe duda de que con la inclusión en las *Reales Ordenanzas* de los artículos 106 a 114, se contribuye a una difusión de los principios del Derecho Internacional Humanitario y, con ello, se da abundante cumplimiento a lo previsto en los *Convenios de Ginebra*.

---

<sup>39</sup> IGNATIEF, *Op. Cit.*, p.164



Es esta obligación de conocimiento y difusión la que atraviesa todo el Capítulo VI que se abre con el artículo 106 que establece los deberes del militar en relación con el Derecho Internacional Humanitario. Estos deberes son precisamente los de su conocimiento, difusión y aplicación. Es previsible y deseable que con su inclusión en las *Reales Ordenanzas*, el Derecho Internacional Humanitario adquiriera una mayor relevancia en los programas de estudio e instrucción militar y que, por otra parte, potencie la ya importante labor de difusión que viene realizando el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja. Como síntoma de lo anterior hay que referirse, por ejemplo, al XI Curso Monográfico organizado por la Cruz Roja Española en el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, bajo el título «Los valores humanitarios de las Nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas», entre el 15 y el 18 de junio de 2009. Sin conocimiento y difusión del Derecho Internacional Humanitario, difícilmente se podrá dar la aplicación del mismo. Otros artículos de las *Reales Ordenanzas*, insistiendo en su aplicación, apuntan también implícitamente a esta obligación de estudio. Así el artículo 11 dice: «Ajustará su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en los conflictos armados». Como ya hemos visto, la expresión Derecho de los Conflictos Armados puede considerarse equivalente a la de Derecho Internacional Humanitario y, en cualquier caso, su conocimiento es la condición de posibilidad de una conducta conforme al mismo. También en el artículo 85, ya comentado, se dice: su conducta «deberá ajustarse» al Derecho Internacional Humanitario. En definitiva, todo el texto de las *Reales Ordenanzas*, está impregnado de una firme voluntad de generar entre las Fuerzas Armadas españolas una demanda de conocimiento en relación con el Derecho Internacional Humanitario.

No obstante, a la hora de orientar el punto de vista y el modo de redactar los artículos concretos, no se podía seguir la técnica de reproducir literalmente determinadas secciones de los *Convenios de Ginebra*. La perspectiva general de éstos, redactados en 1949, tras la Segunda Guerra mundial, era la de la guerra convencional, la de un conflicto armado. Sin embargo, en el momento actual, la perspectiva había cambiado y se pensaba más bien en el ámbito general de las operaciones militares. Esto se deriva de la misma estructura del Título IV a la que ya nos hemos referido y cuyo hilo conductor es el concepto de operación. El Capítulo VI dedicado al Derecho Internacional Humanitario, se inscribía todo él bajo el concepto más abarcador de operación, y esto condicionaba inevitablemente la perspectiva a adoptar. Durante algún tiempo se planteó en la doctrina la cuestión de si las operaciones de paz de Naciones Unidas estaban o no so-

medidas al Derecho Internacional Humanitario. Ya en la guerra de Corea, autorizada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, China elevó una queja al Secretario General de la ONU por la presunta violación de normas de Derecho Internacional Humanitario por parte de los combatientes. La responsabilidad se rechazó por parte del Secretario General de la ONU, alegando que las tropas enviadas no eran de Naciones Unidas y estaban bajo mando estadounidense. El debate doctrinal, no obstante, se mantuvo vivo hasta los años noventa<sup>40</sup>. La cuestión empezó a aclararse por la publicación de la *Convención sobre la seguridad del personal de Naciones Unidas y del personal asociado* de 9 de diciembre de 1994, que reconocía la plena sumisión al Derecho de los conflictos armados de las operaciones coercitivas, decididas al amparo del Capítulo VII de la Carta. Finalmente el *Boletín del Secretario General* de agosto de 1999, relativo a la observancia del Derecho Internacional Humanitario por las Fuerzas de las Naciones Unidas, zanjó definitivamente la importante cuestión<sup>41</sup>. Si bien, dada la trascendencia del contenido, hubiera sido preferible una resolución del Consejo de Seguridad o una decisión de la Asamblea General, la forma menos solemne del *Boletín del Secretario General* es inobjetable. El Secretario General, en cuanto jefe directo de las fuerzas de mantenimiento de paz de las Naciones Unidas, tiene la competencia de dictar estas normas organizativas que, a diferencia de las resoluciones del Consejo de Seguridad, no son vinculantes para los Estados<sup>42</sup>. Pero no cabe duda de que el Boletín representa una importantísima aportación para vincular la actuación de las tropas de la ONU al Derecho Internacional Humanitario y establecer, en su caso, la correspondiente responsabilidad. Reconocimiento de responsabilidad plenamente válido en derecho, puesto que como señala Urios Moliner, se trata de un acto jurídico unilateral atribuible a la ONU en la medida en que contiene los elementos de licitud, publicidad, claridad, precisión, intención de obligarse y competencia del Secretario General para emitirlo<sup>43</sup>. Su propósito, tal y como se afirma en el Preámbulo, es el de «establecer principios y normas fundamentales del Derecho Internacional Humanitario aplicables a las fuerzas de las Naciones Unidas que realizan operaciones bajo el mando y control de las Naciones Unidas». Y su ámbito de aplicación (Sección 1) se extiende a las

---

<sup>40</sup> Vid un resumen de este debate en la obra de Félix VACAS, *Op. Cit.*, p 257 y sgs

<sup>41</sup> Doc.NN.UU, ST/SGB/1999/13

<sup>42</sup> Vid el artículo de Santiago URIOS MOLINER, «El Boletín del Secretario General de las Naciones Unidas del 6 de agosto de 1999 sobre la observancia del Derecho Internacional Humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas», en la revista *Derechos y Libertades*, 2000, n.º9

<sup>43</sup> *Ibid*, p.488

fuerzas de las Naciones Unidas en situaciones de conflicto armado, de imposición de la paz o de mantenimiento de paz en las que se ha autorizado la legítima defensa. En las Secciones 5 a 9, de acuerdo con el preámbulo se contiene una síntesis de los «principios y normas fundamentales de Derecho Internacional Humanitario».

A la hora de redactar una síntesis de las normas fundamentales del Derecho Internacional Humanitario, para ser incluidas en las *Reales Ordenanzas*, fue el *Boletín del Secretario General de las Naciones* el documento de referencia. En primer lugar, teniendo en cuenta la perspectiva operativa del Título IV de las *Reales Ordenanzas*, el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario coincide con el del Boletín. Así, en los artículos 85 y 106 se habla de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario «en el transcurso de cualquier conflicto armado u operación militar». Como ya hemos señalado la expresión operación militar puede abarcar todo tipo de operaciones de imposición, de mantenimiento de la paz o de ayuda humanitaria en los que esté autorizado el uso de la fuerza. En cuanto al contenido de las principales normas de Derecho Internacional Humanitario, los correspondientes artículos se redactaron sobre la base de las secciones del *Boletín del Secretario General*, y de la clásica división tripartita: limitación del uso de la fuerza *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione conditionis*<sup>44</sup>. De esta forma, la sistemática implícita en el Capítulo VI, sería la siguiente: Protección de las personas (artículos 107 y 108 para los heridos, 110 para los prisioneros, 111 y 112 para el personal civil), protección de los bienes (artículo 113) y limitación de los medios de combate (artículo 114). A estos artículos habría que añadir el artículo 106, introductorio, relativo al deber de conocimiento y al ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, al que ya nos hemos referido. Por otra parte, el artículo 109, relativo a la actuación como prisionero, con texto idéntico al de las anteriores *Reales Ordenanzas*, no pertenece estrictamente, por su contenido, al ámbito del Derecho Internacional Humanitario y si fue incluido en este Capítulo fue por hacer referencia a la condición de prisionero. A sensu contrario, el artículo 56, relativo a la responsabilidad del mando por el cumplimiento de las normas de Derecho Internacional Humanitario por parte de sus subordinados, bien podría haber sido incluido en el presente Capítulo. Esta cuestión de la responsabilidad del mando por violaciones del Derecho Internacional Humanitario resulta del máximo interés, y de indudable trascendencia operativa. En este sentido el artículo

---

<sup>44</sup> Vid. Eric DAVID, *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, págs 205 y sgs

de Rosario Domínguez Matés, que se hizo acreedor al premio Querol, en 2008, resulta de lectura obligada<sup>45</sup>.

No podemos entrar aquí en un análisis pormenorizado de cada uno de los artículos, pues ello exigiría un pequeño tratado de Derecho Internacional Humanitario que poco añadiría a los ya existentes. Centrados como estamos en la perspectiva general de las *Reales Ordenanzas*, se trata solo de iluminar su texto a la luz del *Boletín del Secretario General*. En este sentido resulta significativo establecer las correspondencias y modificaciones. Por ejemplo el artículo 107 se corresponde con la Sección 9.1, el 110 con la Sección 8, el 111 con la Sección 5.1, el 112 con la Sección 7.3 y 7.4, el 113 con la 6.6 y el 114 con la 6.2 y 6.3. Se comprobará así, por ejemplo, que la redacción de la Sección 5.1 del Boletín, donde se afirma: «las operaciones militares se dirigirán únicamente contra combatientes y objetivos militares», queda más suavizada en el artículo 111 con ciertas inflexiones como «tendrá en cuenta» o «evitar en lo posible». Está claro que los nueve artículos dedicados en las *Reales Ordenanzas* al Derecho Internacional Humanitario, no podían recoger la enorme riqueza de matices contenidas en los *Convenios de Ginebra*, ni tan siquiera la más precisa regulación del *Boletín del Secretario General*. Estas necesarias deficiencias, quedan corregidas por la remisión general de las *Reales Ordenanzas* al texto literal de los *Convenios de Ginebra*, a los principios generales como el de trato humano o incluso a la aceptación del *Boletín del Secretario General* cuando se participe en misiones de la ONU. No obstante, hubiera sido deseable, a mi juicio, y así se incluyó en la inicial propuesta de la Comisión, una referencia a la cláusula Maertens, es decir, al respeto, en caso de carencia de regulación expresa «a los principios del derecho de gentes, tales y como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública». Ello hubiera ofrecido la ocasión de difundir mejor la importancia de esta cláusula y el significado histórico del citado embajador ruso en la Conferencia de la Haya en 1899. Sin embargo, por vía indirecta de referencia, al estar expresamente incluida en cada uno de los cuatro *Convenios de Ginebra*, su vigencia y sentido quedan intactos.

Queda, por último, la interesante cuestión del rótulo dado al Capítulo VI. En el texto definitivo, y dada la perspectiva deontológica general de las *Reales Ordenanzas*, los artículos relativos al Derecho Internacional Humanitario pretenden constituirse como una ética general de todas y cada

---

<sup>45</sup> Rosario DOMÍNGUEZ MATÉS, «La doctrina de la responsabilidad del mando a la luz de la actual jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia» en *REDEM* n.º 91

una de las operaciones militares. ¿Son realmente una ética o se trata más bien de obligaciones jurídicas?. Son muchos los filósofos del Derecho que subrayan hoy la necesidad de hacer más hincapié en la unidad que en las diferencias entre el Derecho y la Moral<sup>46</sup>. Una de las dimensiones típicas de toda norma jurídica está constituida por su pretensión de encarnar determinados valores éticos. Esto resulta especialmente claro en las normas jurídico internacionales relativas a la limitación de la fuerza militar por razones humanitarias. Ellas serían la encarnación de un sentimiento moral universal, de principios de humanidad o de conciencia pública, y en este sentido tendrían un plus de moralidad. Por otra parte, uno de los clásicos criterios diferenciadores entre el Derecho y la Moral, establecido por Kant, es el de la disposición de ánimo (*Gesinnung*) que tiene el sujeto al cumplir la ley. El obrar teniendo como motivo el respeto por la ley, el amor a la ley, sería, según Kant, lo decisivo para caracterizar la moralidad<sup>47</sup>. Teniendo en cuenta este criterio, se puede afirmar que las principales normas de Derecho Internacional Humanitario, son cumplidas por los militares con profundo respeto y amor, como formando parte integrante de su honor en tanto que valor primario<sup>48</sup>. Es la misma perspectiva de Ignatief que, como hemos visto, vincula el honor militar y la redención de los males de la guerra, al cumplimiento de las normas «morales» de Derecho Humanitario<sup>49</sup>. En una línea parecida se mueve el profesor de Derecho Internacional Humanitario, Sidney Axinn quien incluye el estudio de los *Convenios de Ginebra* como un capítulo de la Moral militar. Declarándose heredero de Kant y de Lieber, autor del famoso código de conducta para las Fuerzas Armadas norteamericanas en tiempo de Lincoln, Axinn considera que todo militar debe ser advertido sobre su responsabilidad como agente moral en el caso de que le sean dadas órdenes contrarias al Derecho Internacional Humanitario<sup>50</sup>. Similar apelación a la «grave responsabilidad» por la desobediencia de órdenes que vayan contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, la encontramos también en el artículo 48 las Reales Ordenanzas. Por último, otro autor como Fernández López establece una vinculación entre la ética de las Fuerzas Armadas y el cumplimiento de los Tratados Internacionales a los que se refiere el artículo 10 de la

---

<sup>46</sup> Vid. por ejemplo José María RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Derecho y Ética*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 32

<sup>47</sup> KANT, *Crítica de la razón práctica*, Buenos Aires, Losada, 1973, p.88

<sup>48</sup> Vid. Juan de la LASTRA DÍAZ, *La formación en valores en la profesión militar*, Ministerio de Defensa, 2008, p. 139

<sup>49</sup> IGNATIEF, *Op. Cit.*, p. 164

<sup>50</sup> Sidney AXINN, *A Moral Military*, Philadelphia, Temple University Press, p.XII

Constitución española, entre los cuales podrían incluirse los *Convenios de Ginebra*<sup>51</sup>.

Pese a lo dicho en el párrafo anterior, también hay argumentos para subrayar el carácter jurídico de los artículos que integran el Capítulo VI. Otro de los criterios clásicos para diferenciar la Moral y el Derecho, es el de la coercibilidad, es decir, la posibilidad que tiene el Derecho de imponer una coacción exterior para el cumplimiento de la ley<sup>52</sup>. En este sentido, casi todas las obligaciones derivadas de cada uno de los artículos del citado Capítulo VI, son susceptibles de sanción penal en el caso de incumplimiento. Baste citar a este respecto el exhaustivo libro de Pignatelli sobre los crímenes de guerra en el Derecho español<sup>53</sup>.

En definitiva, puede concluirse que, tal y como venimos avanzando a lo largo de este trabajo, las normas de Derecho Internacional Humanitario contenidas en el Capítulo VI, así como muchos otros artículos del Título IV de las *Reales Ordenanzas*, participan de un doble carácter ético-jurídico. No resulta posible hoy día separar estos dos ámbitos. Cuando se trata, por ejemplo, de profundizar en la dimensión ético moral del militar se acaba inevitablemente por desembocar en cuestiones jurídicas<sup>54</sup>. Paralelamente, cualquier consideración o interpretación jurídico-operativa será ininteligible sin la referencia última a los principios y valores definidos en las *Reales Ordenanzas*. La ética militar operativa debe encontrarse necesariamente con el Derecho Militar Operativo.

---

<sup>51</sup> Javier FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Ética, Derecho y nuevas misiones para las Fuerzas Armadas» en *La Ética en las nuevas misiones de las Fuerzas Armadas*, Monografías del CESEDEN n.º 46, 2001, p.67

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Op. Cit.*, p. 35.

<sup>53</sup> Fernando PIGNATELLI, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*, Ministerio de Defensa, 2003.

<sup>54</sup> Vid. Rafael CERVERA CALDUCH, «Virtudes y principios del militar español ante el reto de un mundo global» en *Dimensión Ético Moral de los cuadros de mando de los ejércitos*, CESEDEN, 2009, p. 105.

## EL TRATADO DE PROHIBICIÓN DE LAS BOMBAS DE RACIMO<sup>1</sup>

Gonzalo Jar Couselo  
*General de División de la Guardia Civil*  
*Doctor en Ciencias Políticas y Sociología y miembro*  
*del Centro de Estudios de Derecho Internacional*  
*Humanitario de Cruz Roja Española (CEDIH)*

### SUMARIO

I.- Definición y consideraciones generales. II.- El papel del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media luna Roja (MICRMLR) ante dicha problemática. III.- La creación de la CMC: El «Proceso de Oslo». IV.- La posición de España. V.- Similitudes entre los Procesos de Ottawa y Oslo. VI.- La firma del Tratado. Bibliografía.

### I. DEFINICIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES

Una primera cuestión que se pretende resolver antes de abordar la problemática de este tipo de armas es dejar constancia de la variedad de términos que se emplean indistintamente para referirse a las mismas, algo que ciertamente no ha resultado pacífico. Así, se habla de ‘municiones racimo’ (*cluster bombs*), ‘submuniciones’, ‘bombas de fragmentación’, ‘bombas de dispersión’ o, la más común y restringida, ‘bombas de racimo’, denominación que será la utilizada en este trabajo (a partir de ahora, BR). Éstas se pueden considerar como proyectiles con cartuchos metálicos de caída libre o dirigida

---

<sup>1</sup> Este artículo fue redactado, para el número «In memoriam» Agustín Corrales Elizondo, por el General Jar durante su última enfermedad. Gonzalo Jar falleció en Madrid el día de Navidad de 2009. Descanse en paz.

que contienen cientos de pequeñas submuniciones explosivas –cada unidad mide unos 10 cms.–, también llamadas ‘bombetas’, que se lanzan desde el aire (puede contener hasta 664 unidades) o desde piezas de artillería (hasta 60) que, en teoría, están diseñadas para explosionar, al impactar sobre el terreno o con un objeto o tras un lapso de tiempo prefijado, con el fin de inutilizar amplias zonas de terreno mediante la dispersión de dichos artefactos.

Durante una de las sesiones de la Conferencia de Examen de la ‘Convención de las Naciones Unidas sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados’ de 1980 (CCAC o CWC, en inglés), la propuesta de definición de BR presentada por Alemania había provocado discusiones intensas. Consideraba que eran armas «que se lanzan [desde piezas de artillería, de misiles o lanzadas desde aviones] y están diseñadas para detonar en el momento del impacto con una distribución estadística en un área predefinida», caracterizadas por una «falta de capacidad de detección de objetivos autónomos» y, con frecuencia, por la «existencia de un elevado número de peligrosos artefactos sin explotar que suponen serias amenazas humanitarias después de su uso». Además, ese término, no cubría las «municiones de fuego directo, munición de llamarada y humo, munición equipada con sensores y capacidad de detección de objetivos autónomos, submunición sin explosivos y minas antipersona».

En lo que sí existe acuerdo es en que las BR están diseñadas para matar soldados y dañar las armas enemigas; sin embargo, lo que suele ocurrir en la práctica, de ahí su perversión, es que muchas de ellas, dispersas por el terreno, no explotan según lo previsto y permanecen allí como una amenaza mortal hasta que son manipuladas –los expertos calculan que entre el 20 y el 30% de las arrojadas no explotan, ya sea por defectos de fabricación, caída en zonas blandas o en árboles, etc.–, convirtiendo el área afectada (‘zona de impacto’) en un verdadero campo de minas, lo que incrementa el riesgo para la población civil. Como las minas antipersonal (MAP), las BR pueden permanecer activas durante décadas después de terminada la guerra, o ser arrastradas por las lluvias, lo que provoca muertes y heridas a los civiles –el 98% del total, de las que el 27% de ellas son niños– que vuelven a sus casas y tierras una vez acabado el conflicto y después del cese de las hostilidades. Mientras el coordinador de actividades relativas a las minas para el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), B. Lark, explicaba que, para muchas FAS, las BR, son muy rentables, al ser relativamente sencilla su producción, pues «Pueden producirse en gran cantidad y permiten de manera bastante fácil plagar una zona determinada con artefactos explosivos», el jefe de la Unidad de Armas de dicha organización, P. Her-



by, resaltaba la paradoja que puede suponer el que estas armas puedan ser también utilizadas por las fuerzas militares internacionales que intervienen «en nombre de causas humanitarias y de protección de la población».

A juicio de muchos analistas y organizaciones humanitarias, el uso de BR produce unos efectos altamente indiscriminados que suelen dar lugar a frecuentes violaciones de disposiciones fundamentales del Derecho Internacional Humanitario (DIH), al afectar a muchas áreas de terreno y personas de forma indiscriminada, con una alta probabilidad de provocar lesiones superfluas o sufrimientos innecesarios, sobre todo entre los civiles, y en cualquier caso desproporcionados en comparación con cualquier ventaja militar que se pueda obtener con su empleo, por lo que su uso sería constitutivo de violación grave del mismo. Para Alcalde, dos eran los motivos para prohibirlas. En primer lugar, porque sus efectos se diseminan por una zona de gran amplitud y resulta muy difícil delimitar su daño a un objetivo concreto, además de que, cuando son usadas cerca de población civil, constituyen casi con total seguridad una forma de ataque indiscriminado, al no ser posible distinguir entre personas civiles y objetivos militares. El segundo problema lo constituyen las municiones que quedan sin explotar a modo de MAP, lo que, de hecho, había provocado en los últimos años un renovado interés por parte de las organizaciones implicadas en el problema que estas armas ocasionan entre la población civil.

Distintas fuentes cifraban en 34 los países que fabricaban al inicio del ‘Proceso de Oslo’ hasta 210 tipos de BR –entre ellos, España–, armas que se habían utilizado al menos en 23 países hasta ese momento, en tanto eran 76 los que disponían en sus arsenales de este tipo de munición. K. Stapp, colaboradora de la organización *Tierramérica*, subrayaba que, a pesar de que los 75 gobiernos que almacenan BR –en especial, EE UU (en 2005, tenía unas existencias cercanas a los 730 millones de submuniciones), Rusia y China–, la mayor parte de las cuales se estaban tornando obsoletas y resultaban cada vez menos fiables, hacen oídos sordos a los llamamientos a favor de una regulación de las mismas y rechazan una moratoria, crecía la presión internacional contra su uso. Según estimaciones de esas mismas fuentes, el número de víctimas mortales causadas a nivel mundial por las BR oscilaba entre 56.218 y 64.982 –*Handicap Internacional* las cifraba en torno a 100.000 en los últimos 30 años–, de las cuales 275 eran militares, 3.906 desconocidos y el resto civiles.

Desde la II Guerra Mundial se han venido empleando diferentes variedades de BR en numerosos conflictos, desde Vietnam a los más recientes de Laos, Kosovo, Irak, Afganistán, Israel, Líbano y Georgia en el conflicto de 2008 (un informe de la UE, hecho público el 1-X-09 reconocía que este

país las había usado y que existían «indicaciones» de que también Rusia en la ciudad de Gori). Mientras *Human Rights Wachts* (HRW) denunciaba que el uso de BR en Kosovo «no fue consecuente con la doctrina de la fuerza limitada», el CICR recabó datos que mostraban que las BR causaron más de un tercio de las casi 500 víctimas civiles en dicho territorio –número similar al registrado en total por las minas terrestres y otros tipos de municiones–, de las que los niños menores de 14 años tenían cinco veces más probabilidades de resultar afectados por esas armas que por las MAP.

A raíz del conflicto de Irak (2003), tanto Washington como Londres alegaron que las BR eran armas de guerra legítimas y que, en los últimos años, habían desarrollado una nueva generación que, según decían, eran mucho más certeras, con efectos tardíos tan sólo en menos de un 1% de los casos. D. Karas, portavoz del Pentágono, aseguraba que la Fuerza Aérea de su país había usado en Irak BR «muy certeras», diseñadas para «funcionar contra blancos previstos» y no diseminar municiones si no los alcanzaban. Sin embargo, otras preguntas sobre víctimas civiles y la posible propuesta de moratoria no fueron respondidas por Karas ni por otros funcionarios del Departamento consultados al efecto.

El 1-IX-06, la ONU calculaba que las FAS israelíes habían esparcido en el sur del Líbano entre dos y tres millones de BR –Israel reconoció haber disparado 1.800 proyectiles que transportaban 1, 2 millones de BR–, de las cuales unas 100.000 seguían activas, la mayoría de ellas (un 90%) lanzadas durante las últimas 72 horas de la guerra entre Israel y Hezbolá, por lo que es frecuente encontrarse, todavía hoy, en el sur del país con el acceso prohibido a determinadas zonas y se recomienda no salir del margen de muchas carreteras. Unos 300 soldados del ejército libanés y otros 30 equipos, cada uno con un máximo de 30 expertos, trabajan allí en tareas de limpieza. El coronel M. Fahmy, jefe de la oficina nacional de limpieza de minas comentaba que su prioridad era «limpiar las casas, las carreteras principales y los huertos para que los desplazados puedan volver a sus aldeas. La siguiente fase será limpiar los terrenos agrícolas».

Mientras la organización británica *Land Mine Action*, recordaba que los equipos de desminado aún estaban trabajando en Líbano para desactivar BR utilizadas en las incursiones israelíes de 1978 y 1982, tarea que podía durar todavía 10 años, el coordinador de Ayuda Humanitaria de la ONU, J. Egeland, tras señalar que se habían localizado 359 zonas separadas con presencia de BR, además de unas 20.000 unidades de artillería también sin explotar, calificaba de completamente «inmoral» a Israel por utilizar este tipo de munición en áreas residenciales en los últimos días de la guerra, lo que estaba provocando la muerte diaria de muchas personas,

acusaciones a las que el gobierno israelí respondía que la utilización de BR no estaba prohibida por la legalidad internacional y acusaba a Hezbolá de lanzar los cohetes desde áreas consideradas civiles. Más contundente se mostraría Ch. Clark, responsable de la ONU para la limpieza de estas armas, al acusar a Israel de haber entregado a la Finul mapas «inútiles» sobre las áreas donde se habían lanzado las BR.

Una vez declarado el alto el fuego (VIII-06), todos esos restos de armamento se iban a convertir en una de las mayores amenazas para las tropas de la Fuerza Interina de Naciones Unidas (Finul), incluidos los 1.100 soldados españoles, y la población civil en la zona, artefactos que habían provocado ya la muerte de al menos 30 civiles y 191 heridos por este tipo de armamento. Como señalaba S. Lovell, supervisor de uno de los equipos de limpieza, ellos «Viven con esto a diario». En X-06, se habían eliminado 4.500 BR, al tratarse de un procedimiento dolorosamente lento, por lo que las autoridades calculaban que les llevaría unos 15 meses finalizar la tarea de limpiar la región. Según fuentes de la ONU, el día 29-XII-06 resultaron afectados, por vez primera, dos *cascos azules* belgas que sufrieron heridas por la explosión de BR.

El periódico israelí *Haaretz* publicaba, el 12-IX-06, un artículo anónimo donde se citaba al jefe de una unidad de cohetes en Líbano que criticaba la decisión de usar BR, pues «Lo que hemos hecho es demencial y monstruoso, hemos cubierto pueblos enteros de bombas de racimo». Todos los esfuerzos para conseguir que las autoridades israelíes explicasen la razón por la que se usaron estas armas resultaron vanos, y sus portavoces remitían las preguntas a breves declaraciones oficiales que sostenían que todo se había hecho «conforme a la legalidad internacional». Si bien los expertos militares consideraban que las BR eran armas legales muy eficaces si se dirigían contra objetivos militares, funcionarios de la ONU y miembros de Amnistía Internacional (AI) y HRW, opinaban que no siempre era así, toda vez que consideraban difícil dirigirlas con precisión exclusivamente contra blancos militares. En ese sentido, criticaban a Israel por haber lanzado la mayoría de las BR al final de la guerra, cuando el Consejo de Seguridad de la ONU negociaba ya la resolución del conflicto.

Tanto el coordinador de la ONU en ese país, D. Shearer, como D. Farran, funcionario de enlace con las comunidades en el Centro de Coordinación de la Acción de Limpieza de Minas en la zona, declaraban que un elevado porcentaje de los proyectiles sin estallar eran de fabricación estadounidense y, también, israelí, de igual manera que hay que dejar constancia de que también la guerrilla de Hezbolá había lanzado BR a través de sus cohetes Katiushkas sobre la zona norte de Israel. Por su parte, EE

UU, que reconocía haber vendido BR a Israel en el pasado, afirmaba estar investigando si su uso en esta guerra incumplía un acuerdo secreto que restringía su modo de empleo.

En I-07, el Departamento de Estado enviaba al Congreso un informe preliminar en el que se indicaba el posible uso ilegal de BR por parte de Israel, al haber incumplido este país el acuerdo suscrito con EE UU en esta materia. Su portavoz, S. McCormack, sin concretar el modo en que se llevaron a cabo y tras advertir que «esto no es un juicio definitivo», declaraba que, a buen seguro tras comprobar los efectos que dichas armas habían producido sobre la población civil una vez finalizado el conflicto, «Hubo posibles violaciones» del citado acuerdo. Por su parte, el portavoz de la embajada israelí en Washington, D. Siegel, tras recordar el derecho de su país a utilizarlas con arreglo a las leyes internacionales, subrayaba que «Ejercemos nuestro derecho a la defensa propia». A raíz de conocerse este informe, HRW instaba a EE UU a dejar de exportar ese tipo de munición a Israel, razón por la que el periódico *The New York Times* señalaba que EE UU estaba estudiando la posibilidad de aplicar sanciones contra Israel por el uso de dichas armas, consideradas por muchos como de efectos indiscriminados que pueden causar la muerte de civiles, lo que se consideraba como una violación grave del DIH.

Por su parte, la ‘Comisión Winograd’ hacía público su informe, el 30-I-08, sobre la gestión de esa última guerra, en el que recomendaba que las FAS no volviesen a disparar las BR empleadas en la misma, lo que suponía un duro golpe a los argumentos del gobierno israelí, que había esgrimido, contra el criterio de los organismos internacionales de derechos humanos, que las BR eran un arma legal e insistía en la legitimidad de las acciones de guerra emprendidas. Según ese informe, los proyectiles estaban compuestos por miles de pequeñas bombas que «se diseminan sobre una gran extensión y la desactivación completa de las pequeñas cargas explosivas que dispersan, del tamaño de un teléfono móvil, se ignora cuándo concluirá. Algunas de ellas no explotan y pueden causar daños por un largo periodo de tiempo», añadiendo que «El modo en que se utilizaron no es conforme a la legislación internacional». Hay que reconocer que esa recomendación de no lanzar BR ya no tendría demasiadas consecuencias prácticas, pues, sólo en el caso de que se desatara una nueva guerra, se podría comprobar si el gobierno israelí haría caso de esa sugerencia. De cara al futuro, la comisión consideraba conveniente que, a la luz del derecho internacional, «elementos no militares» asesorasen a los militares sobre el uso de ciertas armas.

Alcalde considera que el bombardeo del Líbano por Israel acabó ayudando a la causa de la lucha contra las BR y tuvo, sin duda, una relevancia

extraordinaria, como lo puso de manifiesto la representante de la Campaña Internacional contra las MAP (ICBL) J. Williams en Oslo, el día 21-II-07, en su discurso ante ONGs, representantes de gobiernos y los medios de comunicación social (**mcs**), al agradecer de manera irónica el uso que había hecho Israel de las BR: «*Thanks Israel*». Hay que recordar que la cobertura mediática había sido muy intensa, incluso varios meses después del fin de la guerra, debido precisamente a las dificultades de las tareas de limpieza y desminado y los problemas socioeconómicos para las comunidades de las zonas afectadas, derivados de la presencia de restos de explosivos sin explotar. En ese sentido, el dato más citado por los **mcs** fue que, seis meses después del alto el fuego, al menos 200 civiles habían muerto o sufrido heridas por la acción de las BR que permanecían sin explotar. Para el mismo autor, si se aplican «*términos contrafactuales*», podría incluso afirmarse que, en caso de no haber existido la guerra del Líbano, probablemente la conferencia de Oslo no hubiese tenido lugar y que, de cualquier manera, lo ocurrido en ese conflicto había acelerado el proceso de negociación sobre las BR.

## II. EL PAPEL DEL MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y LA MEDIA LUNA ROJA (MICRMLR) ANTE DICHA PROBLEMÁTICA

Ya se ha dicho con anterioridad que un sector de la doctrina se mostraba partidario de abordar el problema de las BR en el ámbito de la CCAC, razón por la que, tras la experiencia de Kosovo (1999), una iniciativa del CICR alcanzó un éxito limitado al conseguir que se aprobase en 2003 el Protocolo V de esa Convención, sobre restos explosivos de guerra (REG), según el cual todas las partes en un conflicto armado tenían la responsabilidad de proceder a la remoción de las municiones sin explotar, prestar asistencia para hacerlo y suministrar información sobre los tipos y la ubicación de dichas municiones. A pesar de la presión de organizaciones como el CICR, *Landmine Action*, UNMAS y HRW, que creyeron que dicha norma recogería las aspiraciones de los partidarios de una regulación de las BR, el resultado final fue considerado como un documento bastante débil respecto a las pretensiones iniciales, ya que el texto no contenía restricciones sobre el empleo de las BR ni obligaciones para reducir su elevado índice de fallos, ni tampoco abordaba el elevado riesgo y los efectos indiscriminados que suponían los ataques con ese tipo de armas cuando las submuniciones no explotan, particularmente si el ataque se perpetraba en una zona poblada.

Mientras los partidarios del luego denominado ‘Proceso de Oslo’ consideraron como «insuficiente» dicho Protocolo para sus fines, G. Laurie, coordinador de UNMAS, realizaba una interpretación más optimista de las posibilidades del mismo y, respecto al proceso de negociación, señalaba que «el enfoque pragmático de los negociadores, el hábil liderazgo del Coordinador y sobre todo la honda inspiración humanitaria de los trabajos, promovida fundamentalmente por el CICR, permitieron concluir las negociaciones del Protocolo V de manera rápida y efectiva». Por su parte, Alcalde consideraba que, como consecuencia de la adopción del nuevo Protocolo, el enfoque de la iniciativa *Cluster Munition Coalition* (CMC) empezaba a cambiar, pues entendía, citando a su coordinador, T. Nash, que el hecho de que los Estados mostrasen voluntad de afrontar el problema de los REG en términos generales, mientras defendían el derecho a usar las grandes cantidades de BR que mantenían en sus arsenales, acabó de convencer a las ONGs para centrarse en conseguir una respuesta específica a los problemas causados por estas armas. Así, pues, a partir de ese momento, el objetivo de la CMC quedaba delimitado a los problemas específicos de las BR –extensión del área de sus efectos y el de la existencia de REG–, idea que, desde finales de 2004, explicitaban ya claramente los documentos de esa coalición.

Por su parte, el CICR, desde su informe sobre Kosovo (2000), venía expresando sus preocupaciones humanitarias acerca de los efectos de las BR, participando de manera activa en todos los debates internacionales sobre las mismas, tanto en el marco de la CCAC como en otros foros. Desde 2003, año en que hizo un llamamiento para que se prohibiera su uso en zonas pobladas, el Consejo de Delegados expresaba su preocupación acerca del alto coste humano que generaba el empleo de esas armas. En 2005, ese mismo Consejo hacía también un llamamiento a los Estados para que eliminasen las BR que no fuesen precisas o que tuviesen un elevado índice de error, ya que, ante el constante aumento del sufrimiento de las personas civiles y de la dificultad de limpiar estas armas, era cada vez más apremiante que los Estados actuaran en los planos nacional e internacional para abordar la cuestión.

En la Conferencia de Examen de la CCAC, celebrada en Ginebra en XI-06, el CICR señalaba que las amenazas particulares de estas armas exigían que se adoptasen medidas urgentes por parte de los gobiernos, como el cese inmediato del uso de BR que no fuesen precisas y fiables, la prohibición de lanzarlas contra objetivos militares ubicados en zonas pobladas y la eliminación y no transferencia de existencias de las imprecisas y poco fiables. Precisamente, durante esa conferencia, el entonces secretario ge-

neral de la ONU, K. Annan, pidió que se tomaran medidas para atajar los efectos de las BR sobre la población civil y, en clara alusión a Líbano, añadía que «Hechos recientes muestran la atrocidad y los efectos inhumanos de estas armas». Por su parte, J. Egeland solicitaba que se congelase el uso de las BR, advirtiendo que, «Mientras no exista una prohibición efectiva, esas armas seguirán afectando de manera desproporcionada a los civiles, mutilando a mujeres, niños y otros grupos vulnerables».

Esa implicación del CICR, organización neutral y respetada por las distintas partes en los conflictos, merecía, a juicio de Alcalde, ser subrayada, al ser un hecho poco frecuente que expresase su apoyo claro a una campaña de este tipo. El compromiso del CICR se plasmaría en Oslo en la organización de la reunión de expertos que tendría lugar en IV-07, en la localidad suiza de Montreux, para debatir la utilidad militar de este tipo de armas y la elaboración de nuevas normas de DIH destinadas de manera específica a reglamentarlas, en concreto, un tratado por el que se prohibiese el uso, desarrollo, producción, almacenamiento y transferencia de las que no fuesen precisas ni fiables, incluyendo también disposiciones relacionadas con la asistencia a las víctimas, la limpieza de las zonas afectadas y las actividades para minimizar sus consecuencias para la población civil.

El Consejo de Delegados, tras recordar la Resolución sobre Armas y DIH (Seúl, XI-05) y acoger con agrado el informe de seguimiento del CICR, ponía de relieve que los controles adecuados sobre el uso y la proliferación de armas era esencial para proteger a las personas civiles contra los efectos indiscriminados y a los combatientes contra sufrimientos innecesarios. Asimismo, se mostraba «profundamente preocupado» por el costo humano de las BR durante los conflictos y después de éstos, reconocía los obstáculos que estas armas suponían para la reconstrucción tras un conflicto y para el desarrollo, expresaba su gran preocupación por los efectos indiscriminados de dichas armas y las consecuencias que éstas tenían para la población civil y la acción humanitaria, y alarmado por la presencia de millones de BR que no eran precisas ni fiables en los arsenales de diferentes países.

Al mismo tiempo, se congratulaba por el compromiso contraído en la Conferencia de Oslo para concluir un tratado hacia finales de 2008 por el que se prohibiesen las BR que causen daños inaceptables a las personas civiles, así como por los esfuerzos para abordar esta cuestión en el contexto de la CCAC y el creciente número de Estados que ya había decidido aplicar una moratoria al uso de las BR que no fuesen precisas ni fiables, incluso a eliminar las armas de esta índole. Por todo ello, alentaba todos los trabajos que se estaban realizando para aliviar los sufrimientos de las víctimas

de las BR y para remover estas armas y otros REG que ya contaminaban a países afectados por la guerra. Tras instar a todos los componentes del Movimiento a que sensibilizasen acerca de los ingentes costos humanos y socioeconómicos del uso de las BR y ayudasen a fomentar el apoyo nacional para la aprobación de ese nuevo tratado de DIH, pedía al CICR que informase al Consejo de Delegados de 2009 sobre los progresos realizados en la aplicación de dichos objetivos.

En opinión del CICR, mientras el objetivo de los trabajos de la CCAC sobre las BR estaba definido con menor precisión, era probable que en los próximos años el asunto de estas armas siguiese ocupando un lugar destacado en los programas de las políticas nacionales e internacionales. En ese sentido, el compromiso formalizado ya por unos 70 Estados de concluir ese tratado hacia finales de 2008, estaba adquiriendo importancia y un creciente número de gobiernos se estaban alineando con ese objetivo humanitario. Sin embargo, consideraba posible que los dos procesos –el de la CCAC y la ‘Iniciativa Noruega’– pudiesen dar lugar a la elaboración de esos instrumentos en 2008 o 2009, fin por el que el CICR seguiría trabajando.

El 21-II-08, coincidiendo con la celebración de la conferencia que se celebraba en Wellington (Nueva Zelanda), Cruz Roja Española hacía público un comunicado de prensa en el que reclamaba medidas urgentes contra dichas armas. Tras recordar que se trataba de múltiples pequeñas bombas diseñadas, en general, para explotar por impacto, que tenían un radio de acción considerable, sin embargo subrayaba que un alto porcentaje de ellas no suele estallar según lo previsto, lo que provoca muertes y heridas entre la población civil durante años después del fin de las hostilidades. Además de causar víctimas directas, la presencia de submuniciones sin estallar demoraba la llegada de la ayuda humanitaria, obstaculizaba la reconstrucción y hacía que el uso de las zonas agrícolas se tornase sumamente peligroso. Como apunta J. L. Rodríguez Villasante, director del CEDIH, «Las personas civiles sufren intensamente durante los conflictos. Es inaceptable que deban seguir padeciendo los efectos del empleo de estas armas años después del fin de las hostilidades».

A nivel internacional, el MICRMLR ya había exhortado a los Estados a negociar, con urgencia, un nuevo tratado de derecho internacional que prohibiese por completo las BR «imprecisas y no fiables», tratado que debería también contener disposiciones sobre la limpieza de las zonas en ese momento contaminadas por estas armas y sobre la asistencia a las víctimas de las mismas. Durante la celebración de la XXX Conferencia Internacional del MICRMLR, celebrada en XII-07 en Ginebra, se formuló la promesa de apoyar y difundir la ‘Declaración de Oslo’, promoviendo la aprobación de



un tratado internacional sobre prohibición de las BR, así como la asistencia a las víctimas y la remoción de tales municiones, de tal forma que, como indicaba Rodríguez Villasante, «Ahora tenemos la oportunidad de prevenir un gran sufrimiento humano si logramos que estas armas nunca se usen y sean destruidas. Si proliferan y se utilizan, podríamos enfrentarnos a una crisis humanitaria mayor que la causada por las minas terrestres».

### III. LA CREACIÓN DE LA CMC: EL «PROCESO DE OSLO»

A fin de abordar la problemática relativa a las BR, en XI-03 y coincidiendo con las fechas previas a la reunión de la CCAC, una coalición de cerca de 80 ONGs de todo el mundo, entre las que se encontraban HRW y *Handicap Internacional*, presentaban en La Haya la iniciativa *Cluster Munition Coalition* (CMC), compuesta en la actualidad por más de 200 ONGs de 50 países, encargada de promover una campaña internacional para conseguir la prohibición total de las BR. En el documento fundacional, además de intentar impedir la fabricación, venta y uso de este tipo de artefactos, se pretendía también que los países que los hubiesen empleado adquiriesen una responsabilidad especial para la limpieza de los conocidos como REG dejados tras de sí por los conflictos armados y a asistir a las víctimas, con el argumento de que la CMC debía llenar el hueco dejado por la ICBL, que no incluía las BR en su mandato. Hay que señalar que un importante aliado de esas ONGs y los países que colideraban el proceso eran algunos de los departamentos de la ONU, muchos de los cuales –UNICEF, UNMAS, el PNUD y OCHA– ya habían suscrito una declaración en 2003 pidiendo una moratoria en el uso de estas armas.

Al igual que había ocurrido con las MAP, el primer punto de inflexión se produciría con la decisión de Bélgica, el 9-VI-06, de aprobar la legislación que prohibía las BR en su territorio, con dos excepciones: las que no contenían submuniciones explosivas y están diseñadas para crear humo o luces y las que contenían submuniciones con mecanismos individuales que van directamente al objetivo y que, por tanto, no dejan REG, excepciones que, en principio, serían aceptables para la CMC en un futuro tratado internacional. El gobierno belga llegó incluso a prohibir las inversiones en bancos que financiasen la producción de BR (según el último informe de *Netwerk Vlaanderen*, BBVA y Banco Santander estarían entre ellos), decisión que sirvió para que influyentes organizaciones en este ámbito, como *Landmine Action*, decidieran modificar su posición inicial, de defensa de una moratoria, para pasar a pedir la prohibición de las BR en Gran Bretaña.

Como ya se ha dicho, el uso masivo de BR en la guerra del Líbano (2006) puso de relieve la necesidad de tomar medidas urgentes para hacer frente a las consecuencias para la población civil y a la proliferación de esas municiones. Por ello, durante la reunión de la CCAC (2006) y tras años de renuencia a abordar esta cuestión, 25 países hicieron un llamamiento a favor de la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante sobre las BR. De manera simultánea, fuera de ese ámbito y mientras el gobierno noruego había comenzado a realizar una serie de reuniones entre los Estados que se habían comprometido a entablar negociaciones en 2008 sobre un tratado relativo a esas armas, el CICR continuaba trabajando en la búsqueda de una solución urgente a los problemas humanitarios que planteaban dichas armas, con lo que pretendía contribuir al logro de los mejores resultados posibles tanto en el contexto de la CCAC como de la ‘Iniciativa Noruega’.

Dado que, entonces, casi todas las principales potencias militares se opusieron a iniciar negociaciones para el nuevo tratado, los Estados Partes en la CCAC sólo estuvieron de acuerdo en continuar las discusiones sobre las BR por medio del Grupo de Expertos Gubernamentales, el cual se reunió en VI-07 pero no logró el consenso sobre la línea que había de seguirse. Aun cuando varias de esas potencias indicaron que estaban dispuestas a negociar un instrumento en el marco de la CCAC, otros se seguían oponiendo a ello, razón por la que el Grupo no logró acuerdo alguno, pero recomendó que la Reunión de Estados Partes que tendría lugar en XI-07 decidiese sobre la mejor manera de abordar las consecuencias de las BR en el ámbito humanitario.

Fue al finalizar esa reunión de Examen de la CCAC cuando Noruega declaró su intención de organizar la Conferencia de Oslo, para lo cual invitó a los gobiernos que deseasen apoyar la elaboración de nuevas normas sobre esas armas a una reunión en Oslo en II-07. Al mismo tiempo, la correlación de fuerzas dentro de la CMC se iba modificando con la entrada de nuevas organizaciones en su comité ejecutivo, entre otras, *Norwegian People's Aid*, lo que propiciaba que ganasen más peso los partidarios de la prohibición. En el caso de la ICBL, ausente en todo el proceso de creación de la CMC, no decidió formar parte activa de la misma hasta XII-06, presencia que provocó que la coalición aumentase notablemente su cobertura mediática, su legitimidad y sus relaciones con distintos sectores de la sociedad y la política internacional. A partir de ese momento, el objetivo de la CMC pasaba a ser la prohibición total de las BR, sin que las excepciones de la ley belga fuesen vistas como una amenaza a este planteamiento.

Los días 22 y 23-II-07, 49 Estados –los que habían mostrado un mayor interés y voluntad de llevar a cabo una acción urgente para tratar el problema de las BR–, y más de 100 organizaciones humanitarias y ONGs –entre ellas, *Greenpeace España*, *Fundació per la Pau* y *Moviment per la Pau* como miembros de la CMC–, el CICR y la CMC se reunían en Oslo, en una conferencia organizada por el gobierno de Noruega, para debatir medidas realistas y efectivas que impidiesen que la crisis humanitaria provocada por el uso de BR continuase y se propagase, así como impulsar la aprobación en 2008 de un tratado internacional que proscribiese esas armas. Debemos destacar que tres acontecimientos conformaron la semana de acción contra las BR en la capital noruega: el primero, la propia reunión gubernamental; el segundo, el foro social de las ONGs en torno a la CMC, que contó con la participación de dos ministros del gobierno noruego, la Premio Nobel J. Williams y una intensa cobertura de los **mcs** y, por último, una serie de talleres informativos para ONGs.

El objetivo del gobierno de Noruega –que había decretado ya una moratoria junto a Austria–, y de las ONGs participantes en la conferencia, era lograr la prohibición de las BR y acordar los medios necesarios para destruirlas y para ayudar a los países afectados por las mismas. El ministro de Asuntos Exteriores de Noruega, J. G. Store, en un llamamiento a favor de esa prohibición, recordaba que la comunidad internacional debería solucionar los problemas que planteaban estas armas y crear un nuevo instrumento legal para poner fin al desastre humanitario que provocaban, ya que ocasionaban un grave e innecesario sufrimiento a civiles en las zonas de guerra, durante y después del conflicto. A su juicio, sólo una respuesta humanitaria colectiva que adoptase pronto medidas eficaces, similares a las adoptadas con las MAP una década antes, podría abordar el problema de una manera significativa.

Ante la ya denominada también ‘Iniciativa Noruega’, Alcalde descubre posiciones a favor y en contra. Así, los países más reticentes al proceso argumentaban que este proceso debería seguir siendo abordado en el marco de la CCAC, pues, de lo contrario, no contaría con la participación de los principales productores de BR. Toda vez que países como EE UU, Rusia y China nunca aceptarían prohibir las BR, se debería intentar buscar soluciones más realistas y de compromiso entre todas las partes. En Oslo, una de las cuestiones previas al debate se planteó al considerar algunos Estados, los partidarios de tratar este tema en el ámbito de la CCAC –Alemania, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Italia, Letonia y Suiza–, hicieron declaración explícita de su voto positivo en el sentido de que lo era porque se entendía que el foro de debate debería ser la CCAC. Por contra, se re-

cordaba también que la negociación de un nuevo tratado que pretendiese prohibir las BR podría afectar la práctica de los Estados que no lo suscribiesen, de modo similar a como el Tratado de Ottawa había modificado la de muchos Estados no miembros del mismo. Alcalde recuerda que, aunque en su primera intervención se había mostrado de modo similar a los países anteriores, finalmente España no hizo mención a esta cuestión al manifestar el sentido de su voto.

La declaración final fue aprobada por 46 de los 49 Estados representados en la conferencia, entre ellos alguno de los principales productores: Alemania, Francia y Gran Bretaña. La histórica declaración, muy bien acogida por parte del secretario general de la ONU, abogaba por la conclusión en 2008 de un instrumento internacional que prohibiese el uso, producción, transferencia y almacenamiento de «las municiones de racimo que causen daños inaceptables a las personas civiles» e instaba a cada país a dar los pasos necesarios a nivel nacional para acabar con esas armas y para que el tratado fuese posible, además de establecer un marco de cooperación y asistencia para el cuidado y la rehabilitación de los supervivientes, la limpieza de las zonas contaminadas, la educación sobre los riesgos, y la destrucción de las BR prohibidas. Por su parte, España, que sí había apoyado el texto, anunciaba que participaría «activamente» en todos los foros que trataran la cuestión e instaba a los países a «definir en 2008 un instrumento internacional legal» que permitiese prohibir «el uso, producción, transferencia y almacenamiento de estas municiones de racimo que causan daños inaceptables a los civiles».

Al mismo tiempo, algunos de los principales productores de armas del mundo, como EE UU, Rusia, Israel o China, países que tampoco habían firmado el Tratado de Ottawa, intentaron boicotear con sus ausencias el éxito de la conferencia, pero la organización prefirió restar importancia a las mismas. Otros países, como Australia, India o Pakistán, tampoco asistieron, con el argumento de que este tema debería ser tratado en otros foros, como la CCAC, aun cuando se daba la circunstancia de que, en XI-06, los Estados parte de esa Convención no lograron un acuerdo para iniciar las negociaciones sobre este tema, razón por la que el gobierno noruego anunció que lideraría un proceso encaminado a lograr ese nuevo tratado.

El gobierno de EE UU, aun cuando era consciente de que se trataba de un asunto que generaba gran preocupación a nivel humanitario, defendía el uso de las BR como una «opción militar», explicando que ya había tomado medidas para hacer frente a la amenaza que pudiesen plantear este tipo de armas, como el establecimiento de mejoras técnicas o de reglas claras sobre cómo podían y debían utilizarse. En ese sentido, EE UU entraría en el

grupo de los partidarios de las BR, al poseer una doctrina militar que prevé intervenciones militares en las cuales puede tener que enfrentarse a fuerzas militares basadas en el uso de unidades blindadas, sin contar todavía con una tecnología alternativa e igual de barata y efectiva para ese fin.

En opinión de Alcalde, el argumento de la utilidad militar de las BR era, sin duda, uno de los que más controversia causaba, ya que, si bien fueron diseñadas principalmente durante la *guerra fría* para ser usadas contra columnas extensas de carros blindados, los conflictos militares actuales eran muy distintos y el uso de este tipo de armamento suponía en ocasiones una dificultad añadida a estrategias políticas y militares, al poner en riesgo a civiles e incluso a los propios soldados. En cualquier caso, hasta la fecha no se había hecho pública evidencia concreta de su efectividad militar, por lo que, ante esa incertidumbre, las ONGs argumentaban que, «sea cual sea su utilidad militar, sin duda sus consecuencias humanitarias son mayores». Para Alcalde, el asunto de la utilidad militar era clave, al entender que muchos de los países que pretendiesen adherirse al ‘Proceso de Oslo’ tendrían en consideración este factor para defender sus propios intereses, de ahí que esperase que los que contasen con industrias militares avanzadas, y con altos presupuestos de defensa, tuviesen incentivos para invertir en mejoras técnicas que aumentasen la fiabilidad de estas armas. De igual manera, consideraba improbable que los países pobres lo hiciesen, aunque podrían ser inducidos a no utilizar las (escasas) BR que tuviesen almacenadas si se les ofrecía una alternativa económicamente asequible.

Los partidarios del ‘Proceso de Oslo’ consideraban un éxito importante la respuesta positiva por parte de países que habían mostrado en el ámbito de la CCAC posiciones reacias a un proceso como éste, en particular Alemania, Canadá, Francia, Gran Bretaña, Italia y Suiza, pues ello habría provocado una reacción en cadena, arrastrando consigo a otros países que no tenían las preferencias demasiado definidas. Una serie de países, entre otros, Argentina, Angola, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Egipto, España, Finlandia, Jordania, Líbano, Malta y Serbia, expresaron en sus intervenciones su apoyo al texto en su totalidad, sin especificar matices especiales al mismo. En concreto, países como Austria, Bélgica, Costa Rica, Irlanda, México, Nueva Zelanda y Perú, se comprometieron a organizar las siguientes reuniones del proceso, mostrándose dispuestos, junto a Noruega, a coliderarlo. También las organizaciones internacionales presentes en la conferencia dieron su apoyo total al mismo, como el CICR, el Vaticano y distintos departamentos de Naciones Unidas, entre ellos, PNUD, OCHA, UNHCR, UNIDIR y UNICEF.

Por el contrario, los tres países que abiertamente rechazaron adherirse al texto, y expresaron sus reservas al mismo al considerar que el asunto debería tratarse en la CCAC, fueron Japón, Polonia y Rumanía, previendo, quizás, que habría muchos más que votarían en contra. Japón y Polonia fueron de los primeros en votar, viéndose después en una posición muy incómoda, ya que las declaraciones negativas eran recibidas con un frío silencio por parte de los representantes de las ONGs presentes en la sala, que agradecían con calurosos aplausos los votos positivos. En ese sentido, Japón se vio obligado a hacer una segunda e insólita intervención para matizar su posición e intentar así mejorar su imagen de cara a la opinión pública y al resto de las delegaciones oficiales. Curioso también fue el argumento esgrimido por Polonia, al considerar que «este proceso contribuirá a mejorar el funcionamiento de la CCW, así que ahora podemos volver a negociar en el marco de la CCW».

Como valoración de lo conseguido en Oslo, mientras S. Eckey, del Ministerio de Asuntos Exteriores noruego, afirmaba que «Hemos superado las expectativas más optimistas... En el primer día había varios que tenían reservas. Hemos tenido que realizar un trabajo político, con las delegaciones y con los Gobiernos, para lograr este resultado. Estamos muy satisfechos», J. Williams, premio Nobel de la Paz en 1997 por su activismo contra las MAP, declaraba: «Cuando empezamos la campaña contra las minas, nadie creyó que lo lograríamos. En cinco años conseguimos el apoyo de la gente y un tratado para prohibirlas. Por eso estoy convencida de que habrá otro sobre las bombas de racimo».

Para Alcalde, la declaración aprobada en Oslo era «un texto inteligentemente escrito» que, de forma deliberada, utilizaba un «lenguaje ambiguo, amplio y abierto», que permitía incorporar todo tipo de matices e interpretaciones. Esa ambigüedad hacía referencia a la delimitación temporal del proceso, al señalar el texto final que debería haber un tratado en 2008; sin embargo, algunos Estados condicionaron su voto a la interpretación de esta frase como un «objetivo ambicioso», pero no como una fecha ante la que habría necesariamente que haber concluido un documento «legalmente vinculante». Entre los países que defendían un proceso más lento, se hallaban Alemania, Suiza y Canadá –afirmaba que dos años era un período muy corto para negociar un tratado de estas características–, lo que en el caso de este último país mostraba una vez más que no estaba dispuesto a desempeñar en este proceso el papel protagonista que tuvo en la negociación para acabar con las MAP.

Como conclusión, Alcalde considera el resultado de la Conferencia de Oslo «un gran éxito» para las ONGs agrupadas en la CMC, para los países

que colideraban este proceso y, particularmente, para la imagen y el prestigio internacional de Noruega, si se tiene en cuenta que 46 de 49 países, un número mayor incluso de lo que esperaba la CMC –su coordinador, Th. Nash, afirmaba que «esperamos entre 30 y 40 Estados»–, acordaron profundizar en el proceso de prohibición. Antes de producirse la votación, el copresidente de la CMC, S. Goose, señalaba que obtener el apoyo de 30 Estados a la declaración sería ya «todo un éxito». Sin embargo, el mismo Alcalde opina que pensar que el texto legalmente vinculante prohibiría todas las BR parecía un «ejercicio de optimismo desmesurado», por lo que el futuro de la negociación pasaba por acordar qué era exactamente lo que se iba a prohibir, qué era lo que se iba a restringir y qué era lo que se iba a permitir.

No hay que olvidar, como señala dicho autor, que los Estados no son «entidades unitarias y herméticas» y, de hecho, presentan a menudo diversidad de opiniones e intereses en su seno, con tensiones frecuentes entre los Ministerios de Defensa y Asuntos Exteriores y, en aquellos países donde existe, particularmente con el Ministerio de Desarrollo Internacional. Ese era el caso, por ejemplo, de Gran Bretaña que, pese a anunciar, el 19-III-06, una prohibición de las BR «no inteligentes» o que no contuviesen mecanismos de autodestrucción y firmar (con condiciones) la declaración de Oslo, seguía siendo uno de los países más reacios a tratar el tema fuera de la CCAC. Alcalde consideraba que el esperanzador comienzo del ‘Proceso de Oslo’ sugería que la influencia de las organizaciones de la sociedad civil podía ser realmente efectiva bajo una serie de condiciones, que incluyesen «unas reglas del juego flexibles y un liderazgo efectivo y creíble por parte de países aliados» dispuestos a dedicar recursos y organización a una cuestión que tuviese efectos humanitarios concretos.

En opinión de Alcalde, parecía claro que, en Lima (V-07), reunión a la que asistieron más de 70 países, los Estados tendrían que poner las cartas sobre la mesa para intentar asumir de partida una serie de compromisos, más concretos que el texto abierto y ambiguo aprobado en Oslo, de cara a conseguir una solución que contase con el mayor número de países favorables y que limitase de algún modo el uso de este tipo de armas, llegando incluso a prohibir aquellas que tuviesen un mayor porcentaje de error y que produjesen, por tanto, mayores efectos negativos desde el punto de vista humanitario. Desde la Perspectiva militar, sería en propio interés de las FAS de esos países el intentar hallar una tecnología más avanzada y eficaz de la que disponían las actuales BR.

Frente a los Estados que se oponían a toda posible excepción a la definición de «munición en racimo», manifestando su apoyo a una prohibición to-

tal, otros abordaron una lista de excepciones en la que se incluían varios tipos de sub-municiones explosivas: las que apuntan, detectan y aseguran objetivos o blancos; las que contienen un menor número de sub-municiones explosivas que el especificado; las que dispongan de mecanismos de auto-destrucción y/o auto-desactivación u otro mecanismo a prueba de fallos, aquellas cuya tasa probada de error fuese menor a un porcentaje específico, las de naturaleza no-convencional y las que están por encima de un umbral mínimo por volumen y masa. Al mes siguiente, representantes de EE UU anunciaban que estaban dispuestos a negociar un nuevo tratado sobre el uso de las BR, con lo que este país alteraba su anterior postura contra la necesidad de un nuevo tratado, si bien continuaba oponiéndose a la propuesta de prohibición, posición que, según los analistas, podría interesar también a Rusia y China.

En X-07, coincidiendo con la Conferencia de países afectados por las BR celebrada en Belgrado –organizada, dentro del ‘Proceso de Oslo’, con apoyo financiero de Noruega y logístico del PNUD–, la OTAN informaba a Serbia de la localización exacta de las lanzadas por la organización en su ofensiva aérea de 1999 con ocasión de la guerra de Kosovo, en la que más de 1.000 artefactos de ese tipo cayeron en un total de 219 lugares diferentes, para lo que se solicitaba ayuda internacional. Participaron alrededor de 50 países, de ellos 20 afectados y 10 de la UE (Alemania, Austria, Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia, España, Gran Bretaña, Hungría, Irlanda y República Checa). En el acto de inauguración de la misma, el ministro serbio de Asuntos Exteriores anunció que su país estaba estudiando la posibilidad de declarar una moratoria unilateral para las BR y, aun cuando el tono general de la reunión se mostró a favor de esa posición, no llegó a debatirse el texto concreto elaborado en Lima.

En el primer Día Mundial de Acción contra las BR (5-XI-07), la CMC, reunida en la ciudad de La Haya, instaba a los gobiernos a que declarasen una moratoria en el uso, comercio y producción de este tipo de armas, «hasta que sus problemas humanitarios estén resueltos», y que participasen en las discusiones sobre un nuevo tratado internacional para su prohibición que tendría lugar el mes siguiente. Ocho días después, de manera al parecer deliberada, finalizaba la reunión anual de la CCAC en Ginebra sin que se hubiese alcanzado compromiso alguno acerca de la prohibición del uso de las BR, tal y como señalaba el CIRC, sino sólo un vago compromiso para impulsar, a partir del año siguiente, las negociaciones para un tratado que abordase los aspectos humanitarios de este tipo de armamento. No obstante, algunos países, como España, Gran Bretaña o Japón, solicitaban contemplar ciertas excepciones en este tratado, principalmente en el caso de que técnicamente se pudieran presentar mecanismos autodestructivos



para las BR. Es de destacar, asimismo, la postura adoptada por algunos países de relevancia, como el caso de Rusia, que participaba en estos foros en calidad aparente de observador, o la de aquellos que se mantenían abiertamente ajenos a cualquier proceso en este ámbito, como EE UU, China, Israel, India o Pakistán.

En la conferencia celebrada en Viena (XII-07), con el respaldo de 138 países, se comenzó ya a elaborar un texto mucho más concreto, que permitió debatir sobre aspectos que finalmente serían incorporados a la Convención. Así, varias delegaciones expresaron su preferencia por que los objetivos del proceso fueran destacados en el texto de la Convención, como era el caso de la necesidad de poner fin al sufrimiento de las víctimas que las BR causan entre los civiles, algo que se reflejaría en el preámbulo. Asimismo, algunas delegaciones expresaron de nuevo la necesidad de trabajar de manera detallada el tema de la *interoperabilidad* militar con los Estados No Parte de la Convención, asunto sobre el se volvería de manera más precisa en Wellington.

Una nueva conferencia se celebró del 18 al 22-II-08 en la ciudad neozelandesa de Wellington, con la presencia de representantes de 122 países, donde, además de sentar las bases para un nuevo tratado internacional para la prohibición de las BR, se firmó una nueva declaración donde los Estados deberían suscribir la nueva convención en una conferencia diplomática, que se celebraría en Dublín durante el mes de mayo próximo, de ahí que el proyecto de texto fuese presentado por el embajador irlandés para el Desarme, H. O'Ceallaigh. En un encuentro de composición abierta de expertos jurídicos militares, presidida por el general K. Riordan, director general de la Sección Legal de la Fuerza de Defensa de Nueva Zelanda, las delegaciones debatieron sobre cuestiones fundamentales, como la forma en que las fuerzas militares podrían seguir trabajando en operaciones conjuntas hasta la firma del nuevo tratado junto con Estados que no fuesen partes en la Convención, en países como Afganistán.

El debate en las sesiones plenarias se centró en el texto del nuevo tratado, en las que hubo referencias a determinadas características técnicas (por ejemplo, del sensor de detonación, mecanismos de autodestrucción, etc.), que podrían ser excluidas de la definición de BR. Finalmente, la conferencia se clausuró con el apoyo de 82 países favorables al borrador del tratado de prohibición –19 países firmaron la Declaración de Wellington–, cuyo texto final fue aprobado tras rechazarse las enmiendas que buscaban suavizar su contenido. En línea con esa decisión final, se esperaba además que otros gobiernos subscribiesen este borrador antes del encuentro en Dublín del próximo mes de mayo, donde se pretendía negociar el texto final.

Se llevaron a cabo, también, sesiones oficiosas sobre cuestiones como la limpieza de las BR y la asistencia a las víctimas y, en otra de esas sesiones, presidida por el general nezeolandés K. Riordan, director general de Servicios Jurídicos de Defensa, se debatió sobre el concepto de *interoperabilidad*. Se trató de una enmienda presentada por Alemania, y apoyada por Francia, Gran Bretaña, Italia, Dinamarca y España para que se incluyese como segunda frase en el artículo 1, 1(C)], al hablar de la prohibición absoluta de uso de BR, el texto siguiente: «Esta disposición no excluye la mera participación en el planeamiento o ejecución de operaciones, ejercicios u otras actividades de las Fuerzas Armadas o un nacional de un Estado Parte de esta Convención dirigidas en combinación con las Fuerzas Armadas de Estados no parte de la Convención los cuales participen en actividades prohibidas bajo esta Convención». Finalmente, este concepto sería incorporado como apartado 3 del artículo 21.

#### IV. LA POSICIÓN DE ESPAÑA

Al igual que había ocurrido con el ‘Proceso de Ottawa’, la posición española frente al problema de las BR no pareció seguir una línea clara respecto a lo que podía ser la decisión final a la hora de suscribir un tratado de prohibición de esas armas. En ese sentido, conviene recordar que ya, el 26-X-06, con ocasión de aprobarse en el Comité de la ONU que aborda las cuestiones de desarme y seguridad internacional una resolución que, en síntesis, creaba un grupo de expertos gubernamentales que estudiaría el futuro desarrollo de un tratado internacional vinculante sobre transferencias de armas convencionales, España había votado entonces a favor de esa decisión, por lo que, muy pronto, debería aprobarse a nivel interno una ley que controlase, hasta cierto punto, el comercio de armamentos, la cual llegaría en un buen momento, pues coincidiría con el proceso de regulación internacional de transferencias de armas.

A fin de cumplir esos mandatos, el último Consejo de Ministros de 2006 aprobaba el proyecto de Ley sobre ‘Control del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso’, texto que, a juicio de Alcalde, presentaba serias debilidades, entre ellas, llamaba particularmente la atención la decisión del gobierno de no prohibir las BR, lo que entraba en contradicción con el discurso de apuesta por la paz adoptado por el Ejecutivo de Zapatero, todo ello a pesar de que la diplomacia española podría implicarse a fondo en las iniciativas multilaterales para prohibir ese tipo de armas. Las ONGs, que venían alentando todo ese proceso desde hacía más de una

década, no fueron consultadas sobre el tema, en contraste con la actitud del Gobierno respecto a la industria española de armamentos, que sí había tenido incluso acceso al texto del anteproyecto antes de su aprobación por el Consejo de Ministros, con lo que, finalmente, desde dichas organizaciones se consideró que el texto aprobado coincidía parcialmente con los intereses de la industria de defensa y dejaba de lado bastantes de sus reivindicaciones, en particular respecto al nivel de transparencia de las operaciones, con lo que la regulación vigente no se veía modificada de forma sustancial.

Aun cuando los respectivos gobiernos no habían realizado nunca declaraciones expresas sobre el empleo de las BR –el Ministerio de Defensa había admitido, en VI-05, que las FAS poseían «un arsenal limitado de bombas que contienen, respectivamente, submuniciones contra carro y antipista»–, sí se conocía su posición a través del sistema de control parlamentario llevado a cabo por los partidos de la oposición. Así, en sendas respuestas parlamentarias a los diputados C. Campuzano (CiU) y J. Herrera (IU-ICV), fechadas el 28-XI-06, el gobierno socialista, tras reconocer que en España se fabricaban «dos modelos de bombas dispensadoras de submuniciones», que «disponen de sistemas de seguridad que inactivan y dejan inerte la munición al cabo de un corto período de tiempo», subrayaba que, pese a tratarse del mayor riesgo para sus *cascos azules* destacados en Líbano, el gobierno descartaba prohibir por el momento la producción de «las municiones de ese tipo fabricadas por España y de dotación en sus FAS [ya que] cumplen con los requerimientos técnicos de autodestrucción y autoneutralización» y que «las capacidades militares que proporcionan estas municiones son necesarias para el mantenimiento de la operatividad de las Fuerzas Armadas». Hay que señalar que, en dichas respuestas, el gobierno se mostraba también favorable a establecer «un grupo de trabajo para tratar en profundidad el impacto humanitario de las municiones de racimo», así como a negociar un tratado «que regule los aspectos humanitarios suscitados por su utilización».

De manera casi simultánea, en XII-06, la rama española de la ONG *Greenpeace*, al mismo tiempo que, por medio de su director, presentaba una proposición en el parlamento para prohibir las BR, publicaba un informe –*Bombas de racimo: la lluvia de acero. Razones para la prohibición*– donde denunciaba que España era «uno de los países que poseen y fabrican bombas de racimo», armamento que había sido utilizado ya en más de 20 conflictos en los últimos años y que había causado alrededor de 100.000 muertos, el 98% de los cuales civiles. A juicio de la organización, es imposible emplear este armamento sin afectar a la población civil, con lo que se estaría contraviniendo el DIH, resaltando la contradicción de la

postura española, en la medida que la desactivación de esas armas era una de las tareas que asumían sus soldados en las misiones de paz, por lo que, dados sus efectos indiscriminados, reclamaba que las BR se sometiesen a un proceso de prohibición similar al de las MAP.

Según ese informe, las FAS españolas disponían de tres tipos de BR: la CBU-100B (Rockeye), importada de EE UU, la antipista BME-330 para el Ejército del Aire y la granada de mortero MAT-120 para el de Tierra, estas dos últimas fabricadas por las empresas españolas FAEX, Instalaza, SA, Santa Bárbara e Internacional Technology, SA. Las dos últimas se habían utilizado en conflictos como los de Kosovo o Irak y, en VII-06, el Ejército de Tierra había adquirido 500 MAT-120 a Instalaza, cada una con 21 submuniciones, por valor de 1, 4 millones de euros. Hay que señalar que, mientras que las norteamericanas se desactivaban automáticamente, las españolas incorporaban un dispositivo electrónico para hacerlas estallar pasado un tiempo, de ahí que el problema surgiese cuando fallasen estos mecanismos.

Tras considerar que las capacidades militares que proporcionaban las BR eran necesarias para el mantenimiento de la operatividad de las FAS, de ahí la conveniencia de incidir en la importancia de limitar la prohibición de estas armas únicamente a las municiones inseguras e intentar evitar a toda costa una prohibición total de las mismas, lo que debilitaría las capacidades en caso de conflicto, desde instancias próximas al Ministerio de Defensa, se reconocía que las FAS españolas disponían de BR que cumplían con los requisitos máximos de fiabilidad y seguridad, y que por tanto podían considerarse armas aceptables dentro del ámbito del DIH. Mientras las MAT-120 disponían de espoletas electrónicas que, en caso de fallar tras su empleo por las causas que fuesen, pierden la carga electrónica de los condensadores, lo que impide su activación posterior, las BME-330 no disponían de tales sistemas, si bien podrían instalarse en las bombas y desarrollos futuros de otro tipo de municiones. En cualquier caso lo que preocupaba a *Greenpeace* era que «la falta de transparencia en el comercio español de armamento hace imposible saber a quiénes las vende».

En V-07, coincidiendo con el debate de la ley citada anteriormente en el Congreso de los Diputados, tanto CiU como IU-ICV presentaban iniciativas en el Congreso para prohibir las BR. Días después, el gobierno, por medio de una enmienda transaccional ofrecida por el PSOE a los demás grupos, se comprometía por ley a promover y apoyar las iniciativas «que tengan por objetivo la restricción y, en su caso, la prohibición de las bombas de racimo, especialmente peligrosas para las poblaciones civiles». Sin embargo, para *Greenpeace*, la paradoja estribaba en que empresas españolas fabricaban BR y, de momento, no había intención de que dejaran de

hacerlo, por lo que subrayaba la contradicción de esa postura respecto al hecho de que la desactivación de estas peligrosas armas fuese, precisamente, una de las tareas que debían asumir los soldados españoles desplegados en el Líbano.

Desde instancias oficiales se recordaba que, en las diferentes reuniones internacionales celebradas para tratar el futuro de las BR (Oslo, Lima y Wellington), habían surgido dos posturas claramente diferenciadas: por un lado, el grupo de países y organismos que defendía una prohibición total y, por otro, aquellos otros partidarios de una prohibición parcial, limitada a las municiones que no dispusiesen de sistemas que las hagan seguras y fiables dentro del ámbito humanitario, con la incorporación de mecanismos de autodestrucción. Esta última postura fue, precisamente, la que apoyó la delegación española en las reuniones a las que asistió, al mismo tiempo que defendía la necesidad de tratar este asunto dentro del marco de la CCAC, si bien finalmente no hizo mención a esta cuestión al manifestar el sentido positivo de su voto al texto en su totalidad, sin especificar matices especiales al mismo. Esa posición llevaba a Alcalde a considerar que la posición española debería ser consecuente con su postura a nivel internacional, de ahí que, si bien había que valorar positivamente la presencia de sus representantes en Oslo, sin embargo, el espíritu de la 'Iniciativa Noruega' debería verse reflejado también en la legislación a nivel interno.

Dado que en aquellos momentos el principal tema de discusión se centraba en el logro de un acuerdo que estableciese una definición definitiva de BR y las restricciones de su empleo, en la reunión del Grupo de Expertos Gubernamentales de la CCAC (Ginebra, VI-07), la delegación alemana propuso a la española formar parte de un grupo de 13 países –compuesto, además de por los dos, por Australia, Dinamarca, Francia, Finlandia, Gran Bretaña, Holanda, Polonia, Portugal y Suiza–, para impulsar un nuevo Protocolo (sería el VI de la CCAC) dedicado a las BR, con el fin de presentarlo en la próxima reunión de Estados Parte que se celebraría en esa ciudad en XI-07, propuesta aceptada por la delegación española. En ese borrador de Protocolo, que se empezó a redactar con las aportaciones de cada uno de esos Estados, se pretendía obtener una definición definitiva de BR, así como las limitaciones y restricciones a imponer en el empleo de estas armas con objeto de evitar daños colaterales dentro del ámbito humanitario.

Alcalde considera que la posición de España en el ámbito internacional respecto a este tema se había expresado hasta ese momento en «declaraciones de muy buenas intenciones, pero sin verdadera voluntad de superar o de ir más allá de lo que se acuerde con los demás socios comunitarios». En cualquier caso, dado que España estuvo en Oslo y dio su apoyo a la declaración apro-

bada, debería mantener una postura congruente en la ley sobre el ‘Control del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso’ que se discutía en esos momentos en el Parlamento español. Para dicho autor, y dado que España estaba en el grupo de cabeza a nivel internacional, debería ser coherente en su política interna, todavía más influida por los intereses económicos que por aspectos humanitarios, advirtiendo que la «política pacifista» de Zapatero necesitaba de «gestos claros, más allá de las palabras y del talante».

Como señalaba un editorial del periódico *El País* (4-I-07), la única manera de que la decisión del gobierno de no apoyar la prohibición de las BR no incurriese en contradicción con «el discurso de pacifismo a ultranza adoptado por el Ejecutivo de Zapatero», era que la diplomacia española se implicase a fondo en las iniciativas multilaterales para prohibir ese tipo de armas. A juicio de dicho diario, la reciente experiencia de Líbano constituía un poderoso argumento para «no demorar los esfuerzos para alcanzar un acuerdo internacional que las prohíba». Finalmente, el gobierno español aprobaría, el 11-VII-08, un Acuerdo por el que se disponía una moratoria unilateral relativa a las BR y anunciaba que impulsaría el proceso de firma y ratificación del texto aprobado en la reunión de Dublín, lo que implicaba un firme compromiso a favor de la prohibición de dichas armas. Así, el 3-XII-08, firmaba el tratado de Oslo, ratificado posteriormente, el 17-VI-09, convirtiéndose en el décimo país en hacerlo.

En virtud de lo previsto en el artículo 3, España tendría que deshacerse en el plazo de 8 años de las BR con que contase en sus arsenales, proceso que se llevó a cabo en las instalaciones extremeñas de FAEX en un tiempo record (18-III-09) y con un coste aproximado de 4,9 millones de euros. De cara a los fines establecidos en el apartado 6 del citado artículo –«para el desarrollo de y entrenamiento en técnicas de detección, limpieza y destrucción... no excederá el número mínimo absolutamente necesario para estos fines»–, decidió retener 836 municiones, que contenían 28.615 submuniciones en el Centro Internacional de Desminado de Hoyo de Manzanares (Madrid), convertido el 2-X-09 por el Consejo de Ministros en ‘Centro de excelencia contra artefactos explosivos improvisados’.

## V. SIMILITUDES ENTRE LOS PROCESOS DE OTTAWA Y OSLO

Llegados a este punto, y después de lo descrito con anterioridad, no parece descabellado plantearse si entre los dos procesos no existen similitudes suficientes que hagan pensar en un mismo final para ambos. Conviene, pues, dar un salto atrás en el tiempo y retrotraerse a la conferencia de

revisión de la CCAC (1996), donde la ausencia de resultados concretos respecto al planteamiento de prohibición de las MAP defendido por la ICBL y otras organizaciones (CICR, ONU, etc.) provocó que Canadá convocase la primera reunión de Ottawa (X-96), que desembocaría en la firma del Tratado de prohibición en dicha ciudad (3-XII-97) y posterior entrada en vigor (1-III-99). De igual manera, ahora, la falta de acuerdo en los foros tradicionales de desarme, entre ellos de nuevo la CCAC, al revelarse, en palabras de Alcalde, como un «procedimiento excesivamente lento, burocrático e ineficaz», capaz de impulsar un proceso más rápido y efectivo que abordase el tema de las BR, dio lugar al denominado ‘Proceso de Oslo’, considerado por dicho autor un claro ejemplo de «nueva diplomacia creativa», similar al instrumentado en Ottawa, caracterizada por procesos de negociación multilaterales y abiertos, con reglas flexibles y con un papel protagonista de la sociedad civil y el apoyo de los **mcs**.

El corresponsal R. Lobo consideraba que la campaña internacional contra las MAP constituía el «gran referente» de la que había empezado en Oslo en II-07, pues aun cuando ambas arrancaron «de una manera modesta», con apenas media docena de ONGs que las pusieron en marcha, con posterioridad reuniría hoy a miles de organizaciones a favor de sus respectivas causas. En ese mismo sentido, un sector de los analistas en este tipo de cuestiones consideraba que Noruega pretendía seguir los pasos dados por el gobierno canadiense con ocasión del proceso de Ottawa, al descubrir que contaba, al menos, con 40 Estados favorables a la prohibición. El que los grandes fabricantes de armamento –EE UU, Rusia y China– estuviesen ausentes de los dos procesos no hacía más que aumentar su similitud.

Que este nuevo proceso era heredero del de Ottawa fue un hecho reconocido por activistas y diplomáticos. Así, uno de los padres de esta iniciativa, S. Kongstad, jefe de la delegación noruega en dicha conferencia, había sido el embajador de su país en la misión permanente de la ONU en Ginebra y el jefe de la delegación negociadora en la CCAC en los años 90, por lo que tuvo un papel protagonista en el ‘Proceso de Ottawa’. J. Engeland, que anteriormente había presidido la sección noruega de AI y trabajado también para el CICR, persona clave en el papel de liderazgo que ejerció Noruega en las negociaciones para prohibir las MAP, era en ese momento secretario general adjunto para Asuntos Humanitarios, cargo que desempeñó durante la crisis del Líbano en 2006. Finalmente, J. G. Store, ministro de Asuntos Exteriores noruego desde 2005 y antiguo secretario general de la Cruz Roja de su país, fue el encargado de iniciar los discursos institucionales en el Foro de la Sociedad civil de Oslo sobre los efectos humanitarios de las BR.

De hecho, el gobierno de Noruega ya había expresado su deseo de que el nuevo tratado fuese similar al negociado en Oslo en 1997 contra las MAP. Así, mientras el propio Store se mostraba convencido de que los 156 firmantes de Ottawa tendrían las mismas razones para adherirse a la campaña para erradicar las BR porque «estamos hablando de lo mismo», S. Eckey, alto funcionario del departamento, tras recordar que ese tipo de armas «no distinguen entre civiles y militares», aseguraba que «Esta conferencia arranca con más apoyos de los que hubo en 1992. Tenemos 49 países, incluido Colombia, que se acaba de sumar, y tenemos peticiones de otros que desean sumarse. El objetivo no es a largo plazo, el objetivo es lograr un acuerdo en 2008. Éste es un problema creciente y debemos actuar antes de que afecte a más personas».

A fin de reafirmar la similitud en dichos procesos, en Oslo también estaba J. Williams, que se convirtió en la gran estrella de la primera jornada de la conferencia, comparando ambas situaciones porque «las bombas de racimo también son responsables de la muerte de miles de civiles», insistiendo en que «Indiscriminado es indiscriminado, sea una mina antipersona, una bomba de racimo o un artefacto nuclear. Toda arma indiscriminada es ilegal bajo la ley internacional». En la misma línea, se consideraban muy clarificadoras las palabras del secretario de Estado británico para el Desarrollo Internacional, en XI-06, recogidas en una carta filtrada a las ONGs: «es difícil ver como podemos mantener una posición tan prominente contra las minas antipersona y, al mismo tiempo, seguir manteniendo que el uso de las bombas racimo es, de algún modo, aceptable».

Otros invitados especiales en Oslo fueron personas que tradicionalmente habían jugado papeles de mediación «en la sombra» en el ‘Proceso de Ottawa’, como los representantes de la ICBL, particularmente J. Williams y S. Goose, D. Atwood (director de la Oficina de Ginebra de los Cuáqueros en la ONU y pieza clave en los procesos negociadores en MAP y armas ligeras), P. McCarthy (Coordinador del Foro de Ginebra, mecanismo informal de reunión e información particularmente activo en el tema de las armas ligeras), junto a algunos miembros de UNIDIR (quienes analizan regularmente las negociaciones internacionales en el campo del desarme) y A. Honeyman (directora ejecutiva del Fondo por la Memoria de Diana, Princesa de Gales, una de las instituciones que más recursos dona a las causas de las MAP y las BR). También las ONGs implicadas en este tema, agrupadas en la CMC, como había hecho la ICBL en el tema de las MAP, llevaron a cabo una estrategia de sensibilización pública efectiva, publicando datos y mensajes concretos a través de los **mcs** y conseguido situar este problema humanitario en la agenda de la



comunidad internacional, forzando a los Estados a tener que debatir sobre el asunto.

Asimismo, fueron también frecuentes los vínculos entre los propios actores de ambos procesos, tanto diplomáticos como activistas. Así, algunos de los miembros de la CMC, cuyos despachos se encontraban en las oficinas de *Landmine Action* en Gran Bretaña, eran secciones nacionales de la ICBL (como las de Camboya, Japón y Afganistán). Uno de los máximos donantes de *Landmine Action*, el Fondo para la memoria de Diana, Princesa de Gales, se convirtió también en principal donante de la CMC. Y organizaciones como HRW tenían representantes en los Comités Ejecutivos de la ICBL y de la CMC. Lo cierto es que, una década después, muchas de las ONGs que formaron parte de la ICBL y otras nuevas, agrupadas en la CMC, asumieron un papel de magnitud similar en el proceso de negociación para prohibir las BR.

De igual manera que con las MAP, se comenzaron los procesos planteando dos perspectivas distintas: prohibición o restricción. Así, mientras HRW, basándose en una lectura rigurosa del DIH, llevaba desde 1998 proponiendo una moratoria en el uso de BR y una serie de reformas respecto a la prohibición de usar este tipo de armamento cerca de áreas pobladas y las que no estuviesen equipadas con mecanismos de autodestrucción o autoneutralización, otras organizaciones como *Handicap International* y el *Comité Central Menonita*, enfrentadas a diario con los efectos de estas armas, proponían prohibir totalmente su uso, argumentando que introducir únicamente reformas limitadas no sería suficiente para evitar que se siguiesen produciendo más víctimas. Finalmente, una posición intermedia era la mantenida por *Norwegian People's Aid*, entidad coorganizadora de la semana de acción contra las BR en Oslo y partidaria de una prohibición de algunas de estas municiones, que aceptaba restricciones a la prohibición, siempre y cuando se tratase de tipos concretos de armas cuyo uso no supusiese una preocupación humanitaria.

A juicio de Alcalde, existen numerosas semejanzas entre las MAP y las BR, pues, aparte de aspectos meramente técnicos, como el hecho de que tanto unas como otras pueden ser antipersona y antivehículos, existen factores de mayor trascendencia. Así, ambas producen efectos socio-económicos en las comunidades afectadas que van más allá de los efectos puramente humanitarios; en ambos casos existen importantes coaliciones de ONGs que apoyan la causa y, en los dos casos, se ha optado por desarrollar procesos de «diplomacia no tradicional». Sin embargo, dos diferencias afectaban estos procesos para la creación de nuevas normas internacionales. En el caso de las MAP, considerarlas como armas con una utilidad militar mani-

fiestamente baja y, hasta cierto punto, desfasadas tecnológicamente, lo que no impedía que sus efectos, desde el punto de vista humanitario fuesen más evidentes que en el caso de las BR. Sin embargo, y pese a que éstas habían matado y herido ya a miles de personas en las últimas décadas, la principal catástrofe todavía no había ocurrido y podía, por tanto, aún evitarse, lo que le convertía sobre todo en un «objetivo de prevención».

## VI. LA FIRMA DEL TRATADO

La ceremonia de firmas que tuvo lugar los días 3 y 4 de diciembre de 2008 en Oslo, con 94 Estados que suscribieron la Convención tuvo, para todas las ONGs que formaban parte de la CMC, los Estados que habían promovido el proceso, las agencias de la ONU, y el MICRMLR, que habían venido luchando desde hacía más de cuatro años en favor de la prohibición de las BR, un claro sabor a victoria. Desde la CMC su copresidente, R. Moyes, declaraba que «El mundo es un lugar más seguro hoy. Este es el acuerdo humanitario más importante de la última década» y consideraba que el tratado suponía un compromiso moral que aumentaría el coste político de la utilización de estas armas para todos los países, ya que «Incluso los países que no firmaron tendrán dificultades de utilizar estas armas en el futuro». Por su parte, el ministro noruego de Asuntos Exteriores, J. G. Støre, que ejerció de anfitrión de la ceremonia, calificaba de «histórico» el día y comunicaba que el tratado ya había sido ratificado por cuatro países: Noruega, el primero, Irlanda, Ciudad del Vaticano y Sierra Leona.

Más de 100 países estuvieron representados allí, algunos por sus ministros de Exteriores, como el caso de España, Francia, Alemania, Gran Bretaña y Japón, a fin de hacer más visible su compromiso con la iniciativa. Afganistán, según anunció su representante, que se había negado a firmarlo por ser un país en guerra, cambió a última hora de opinión, lo que provocó un estallido de júbilo entre los asistentes a la conferencia. Por el contrario, otros países productores y usuarios de BR, como EE UU, Rusia, China, India, Pakistán e Israel, brillaron por su ausencia. D. Kimball, director de la organización *Arms Control Association* (ACA), con base en Washington, sostenía que «Es cierto que hay ausencias importantes, pero el mundo debe saber que el paso dado es muy importante», y que, «Con más de 100 países comprometidos en su prohibición, el Gobierno que utilice una bomba de racimo a partir de ahora sentirá los reproches de la comunidad internacional y deberá dar muchas explicaciones».

Según la propia ACA, EE UU, con un stock de 700 millones de BR, se comprometía de aquí a 2018 a no utilizar, vender o transferir BR cuya tasa de error fuese superior al 1% –la mayoría de las que posee no cumplen con este requisito–, reiterando el Departamento de Estado su oposición al tratado, pues, «Aunque compartimos las preocupaciones humanitarias de los Estados signatarios del convenio (...) nosotros no nos sumaremos a él». Como argumento, alegaba que una prohibición de estas bombas formulada de manera tan general «pondrá en peligro las vidas de nuestros hombres y nuestras mujeres» y de sus socios de coalición en los conflictos. Con ese pretexto, Israel no sólo no adoptaba ningún tipo de compromiso similar, sino que seguía comprando BR en EE UU y utilizándolas en su último conflicto, como la invasión de la Franja de Gaza.

Sin embargo, las ONGs que confiaban en que la llegada de B. Obama a la Casa Blanca modificase esa postura, vieron cómo, en IV-09, el presidente firmaba una ley que prácticamente eliminaría la posibilidad de exportar este tipo de armas, al poner en marcha restricciones que prohíben vender las BR cuando exista la posibilidad de que se vayan a destinar a zonas donde se encuentren civiles, decisión que se consideraba un gran éxito para la campaña contra esas municiones y que representaba, además, una señal de su compromiso con la diplomacia multilateral.

El texto final del nuevo tratado prohíbe la producción, uso, venta, transferencia y almacenaje de BR, y no le será de aplicación a las minas, el cual entrará en vigor a los seis meses de que haya sido ratificado por 30 Estados, los cuales deberán presentar un listado detallado de sus arsenales, que deberán ser destruidos en un plazo máximo de ocho años (salvo el «número mínimo absolutamente necesario» para tareas de formación) y reclama la limpieza de las zonas «contaminadas» en un plazo de diez años y la ayuda a las víctimas. A pesar de las reticencias de algunos países, no se han incluido periodos de transición que permitirían seguir utilizando dichas armas durante un cierto tiempo, ni tampoco existe la posibilidad de que algún país exprese reservas sobre algunas de las disposiciones del tratado, ya que éste lo prohíbe de manera expresa. Otro mecanismo que incorpora el tratado es el proceso por el que tendría que pasar un país firmante para tener que usar o vender BR, con el que, para *Greenpeace*, se trata de fijar una barrera de «vergüenza política» con la que los dirigentes tendrían que explicar tan detalladamente los motivos que tenderían a evitarlo para no quedar retratados.

Uno de los elementos más innovadores, y que más satisfacción suscitaba entre las ONGs, era el apartado relativo a la asistencia a las víctimas –uno de los menos fuertes del Tratado de Ottawa–, ya que se establece la

obligación de proporcionar asistencia médica, rehabilitación y apoyo psicológico, teniendo en cuenta las consideraciones de sexo y edad, así como recabar si es necesario ayuda internacional. La aplicación de estas medidas deberá llevarse a cabo por cada Estado parte mediante el desarrollo de planes nacionales, donde se fijen calendarios y presupuesto y cuyo cumplimiento será supervisado por el secretario general de la ONU mediante informes en los que los gobiernos deberán comunicar las medidas adoptadas para cumplir sus cláusulas.

Cada Estado Parte estará obligado a informar al secretario general de la ONU «tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, no más tarde de 180 días a partir de la entrada en vigor de la Convención para ese Estado», de las medidas de transparencia a que obliga la misma. La primera reunión de los Estados Parte se convocará en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención y la primera conferencia de examen a los cinco años de esa fecha. El contenido de la Convención no estará sujeto a reservas y su duración será ilimitada, en tanto cualquier Estado puede declarar, mientras dura el proceso de incorporación, que aplicará «provisionalmente» el contenido del artículo 1. Finalmente, «los Estados Parte, su personal militar o sus nacionales» podrán cooperar militarmente y participar en operaciones con Estados no Parte «que pudieran desarrollar actividades que estén prohibidas a un Estado Parte» (art. 21.3).

La permisividad respecto al ya conocido como término de *interoperabilidad* lo que viene es a permitir, también, que las FAS de los Estados Partes puedan cooperar con otras que sí utilicen las BR, punto incluido en las negociaciones para que países como Reino Unido pudieran sumarse al tratado sin poner en peligro su colaboración con EE UU. La cooperación entre un país Parte y otro deberá cumplir, sin embargo, una condición básica: que el Ejército del primero no se apoye en el segundo, o se beneficie, de las BR que utilice el segundo en las operaciones militares, vía que ha permitido que el tratado recibiese el apoyo de 18 de los 26 miembros de la OTAN.

Lo cierto es que todo parece indicar que, al igual que ocurrió en Ottawa, tras la firma del tratado de Oslo es posible que otros muchos se vayan sumando al mismo de manera progresiva (no hay que olvidar que, en estos momentos, son ya 156 los Estados Parte de Ottawa), hasta conseguir limitar en la medida de lo posible los terribles efectos de estas armas. Una vez finalizada la ceremonia de Oslo, la Convención aún puede ser firmada por los Estados en la sede de la ONU en Nueva York hasta que entre en vigor, una vez que 30 Estados hayan depositado sus instrumentos de ratificación ante el secretario general de la ONU —que actuará como depositario del tra-

tado—, algo que Støre esperaba ocurriese en 2009, de tal forma que, una vez que el tratado entrase en vigor, el periodo para su firma quedase cerrado.

A día 24-XI-09, eran ya 24 los Estados que lo habían ratificado, el último Nicaragua (2-XI-09), mientras algunos tan significativos como Colombia, sin ratificarlo todavía, ya ha procedido a la destrucción de sus arsenales. En todo caso, los esfuerzos para incrementar el número de firmas y ratificaciones continuarán, a cuyo fin ya están siendo planeadas reuniones nacionales y regionales para animar a los Estados a unirse lo más pronto posible al mismo, recordando que los países firmantes están obligados a presionar a los países no vinculados con el tratado para que no empleen este tipo de armamento y a que lo ratifiquen cuanto antes. Por su parte, el CIRC ha preparado una variedad de materiales para ayudar a promover la Convención y un DVD en el que describe el problema de las BR y las obligaciones del nuevo tratado<sup>2</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE, Javier, *¿Las bombas de racimo ilegales en 2008? Hacia un nuevo proceso de desarme internacional*. DT N.º 15/2007. (IV-07).

– *España y las bombas de racimo*, Instituto de Gobernabilidad de Cataluña, 2007.

GUSI, Francesc, *La Conferencia de Dublín acuerda la prohibición de las bombas de racimo*. Revista Gobernanza, Núm. 3, agosto 2008.

LAURIE, G. «*Restos explosivos de guerra*», 2007 (citado por Alcalde).

LOBO, Ramón, «*Contra las bombas antipersona*» (*El País*: 23-II-07).

NASH, Thomas, «*Stopping Cluster Munitions*», Disarmament Forum, Special Issue on Cluster Munitions, 2006/4, pgs. 35-44.

STAPP, Catherine, «*Racimos de muerte*» (citada por Alcalde).

VARIOS AUTORES, *Derecho Internacional Humanitario*, 2.<sup>a</sup> edición, Edit. Tirant lo Blanch y Cruz Roja Española, Valencia, 2007.

---

<sup>2</sup> Nota de la redacción: En fecha 16-II-2010 se depositó el trigésimo instrumento de ratificación (Burkina Faso), por lo que la Convención de Oslo entrará el vigor el 1 de agosto de 2010.

## LA CONVENCIÓN DEL DERECHO DEL MAR CUMPLE SUS BODAS DE PLATA CON MÁS SOMBRAS QUE LUCES

José Cervera Pery  
General Auditor (R)

*Miembro de la delegación española en la Tercera Conferencia de  
Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar*

### SUMARIO

I.- La posición española ante el Derecho del Mar. II.- Consideraciones finales.

El 30 de abril de 1982 fue una fecha histórica en los anales de la Organización de Naciones Unidas. En ese día tras nueve años de sesiones oficiales y bastantes más si se tienen en cuenta los trabajos de la Comisión Ampliada de Fondos Marinos, la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, terminó, si no a gusto de todos los Estados participantes al menos decisivamente sus ímprobos tareas. Su resultado es conocido: El nacimiento de una nueva Convención con 320 artículos y nueve anexos, y cuyo texto final, por razones de peso, no pudo ser adoptado por consenso, sino en aplicación del propio reglamento de la Conferencia, con el cómputo total de 130 votos a favor, cuatro en contra y diecisiete abstenciones. (La de España entre ellas).

Al texto de la Convención hay que añadir cuatro Resoluciones tituladas: *I.º Establecimiento de la Comisión Preparatoria de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. II Inversiones preparatorias en las primeras actividades relacio-*

*nadas con los nódulos poli metálicos III relativa a los Territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado la plena independencia u otras regiones de autonomía, reconocida por las Naciones Unidas o territorios bajo dominación colonial y IV relativa a los Movimientos de liberación nacional.*

De todas estas Resoluciones, la primera adquiere una excepcional importancia por su contenido y la tercera debe ser tenida muy en cuenta al plantear los aspectos económicos de las inversiones preparatorias relacionadas con los nódulos poli metálicos.

Nacía así un nuevo orden marítimo internacional basado en fuertes condicionamientos económicos, complejos aspectos jurídicos e inevitables supuestos políticos. Los primeros lo condicionan de tal manera, que los simples planteamientos ya suponen una auténtica novación revolucionaria en la dimensión oceánica. Los segundos responden en todo al lógico esfuerzo de codificación y revisión de viejos conceptos dando entrada a los nuevos y en cuanto a los supuestos políticos hay que reconocer que a pesar de su contexto especialmente técnico, la Conferencia del Mar, sobre todo en su última fase estuvo muy politizada y la pugna de intereses opuestos se dejó sentir. Ha sido sobre todo una victoria del Tercer Mundo, en el que países africanos, asiáticos e hispanoamericanos no ocultaron su satisfacción sobre el resultado final y su propósito general de firmar y ratificar la Convención a la que consideran como un progreso indudable y una superación necesaria de los Convenios de Ginebra de 1958-1960

Podemos preguntarnos si se ha construido, a la vista de ello, un nuevo orden marítimo internacional con seriedad y eficacia, tras este esfuerzo maratónico en la búsqueda de un convenio multilateral realista y razonable en el que puedan verse contemplados los indudables problemas y apoyadas las más acuciantes aspiraciones que el Derecho del Mar plantea a la comunidad internacional. He aquí una interrogante todavía no resuelta, a pesar del tiempo transcurrido desde que la convención adquirió vigencia. Tradicionalmente el mar se ha considerado esencialmente como una vía de comunicación, una fuente de alimentación y un espacio estratégico, pero este concepto tridimensional se ha ampliado notablemente, sobre todo desde que las investigaciones económicas, los progresos técnicos y los conocimientos del medio marino se desarrollaron en profundidad y una toma de conciencia de su dimensión económica se extendió por el mundo. Porque el nuevo Derecho del Mar surge antes que nada de un proceso de transformación proyectado hacia el futuro, y sus determinantes económicos, tecnológicos y políticos juegan un importante papel en la teoría y la práctica de los espacios marítimos.

Es evidente por tanto que este ordenamiento oceánico tiene unas características especiales al mezclarse consideraciones de tipo económico,

industrial, político, diplomático, científico, tecnológico y aún de tipo estratégico. Viejos conceptos del ordenamiento marítimo se adecuaron a circunstancias imperantes, pero también nacieron nuevas concepciones e importantes facetas de un derecho en permanente evolución. Así la zona económica exclusiva constituye la figura jurídica central sobre la cual se ha edificado la actual estructura del Derecho del Mar, y que representa en cierta medida el triunfo de los países en vías de desarrollo, que al adoptarla esperan aprovechar este vasto espacio oceánico para acelerar su desarrollo socioeconómico; y ello unido al entendimiento del alta mar –en cuanto a la exploración y explotación de sus recursos, – como *patrimonio común de la Humanidad*, ha venido a transformar radicalmente el contenido de viejas estructuras y conceptos consuetudinarios.

Desde la ya lejana iniciación de negociaciones hasta la entrada en vigor de la convención, es indudable que surgió un *derecho emergente*, prácticamente irreversible y que supuso su aplicación en la mayor parte de la comunidad internacional; así, la extensión del mar territorial fijada con criterio unánime en doce millas; la adopción de la zona económica exclusiva en doscientas; el nuevo concepto de plataforma continental, etc. Acorde con esta realidad, España dictó sus leyes sobre el mar territorial de 4 de enero de 1977 y sobre zona económica exclusiva de 20 de febrero de 1978, precisamente en los periodos de debates mas intensos en la Conferencia del Mar y otros países en gran número hicieron lo mismo, sin esperar que el convenio estuviese terminado y aceptado.

## I. LA POSICIÓN ESPAÑOLA ANTE EL DERECHO DEL MAR

Hay que ser sinceramente realistas. El Convenio de Jamaica no es un buen convenio para España, pero obvias razones de peso obligan a no quedar la margen del mismo.. En las deliberaciones y negociaciones, la delegación española siguiendo puntualmente las instrucciones recibidas dejó oír su voz sobre todo en aspectos que nos concernían fundamentalmente; (paso y sobrevuelo por los estrechos, cuestiones de delimitación, régimen de islas y zona económica, situación de Gibraltar, etc.) Preocupaba que en el marco global de aplicación de la política española de defensa, la incidencia que el Convenio de Jamaica una vez en vigor pudiera ejercer negativamente sobre los intereses marítimos españoles. Expondremos brevemente algunos puntos de inflexión sobre aspectos que configuraban planteamientos concretos y que hubo que seguir muy atentamente.



La posición española en lo que se refiere a los estrechos utilizados para la navegación internacional –término escogido muy cuidadosamente y en el que da mayor importancia a su utilización que a su ubicación – fue clara y definida desde el principio. España hubiese deseado ver recogida como codificación la regulación tradicional, basada en el paso inocente sin posibilidad de suspensión tal y como fue formulada por la Corte de Justicia Internacional en el asunto del Canal de Corfú, por considerar que ese sistema garantiza satisfactoriamente los intereses de la navegación y de los Estados ribereños. No ha sido sin embargo el sistema adoptado por la Convención, que ha introducido un nuevo modelo conocido como *paso en tránsito*, que incluye el derecho al sobrevuelo. La delegación española con espíritu de compromiso se mostró abierta a que la navegación marítima quedase sometida a ese nuevo régimen, aunque se advirtieran en el mismo deficiencias en cuanto a las facultades reglamentarias conferidas al Estado ribereño que aparecen insuficientemente desarrolladas, así como la enumeración de actividades militares prohibidas a los buques a su paso por los estrechos, que gozan de mayor amplitud de facultades que en el *paso inocente*, pero se opuso a los artículos relativos al sobrevuelo considerándolos como inaceptables. Efectivamente en el Convenio no se especifican las actividades prohibidas a las aeronaves; no se mencionan expresamente las leyes y los reglamentos que en relación con el sobrevuelo podrían dictar los Estados ribereños, ni se alude a los corredores aéreos, que a semejanza de las rutas marítimas contempladas en el propio régimen de paso en tránsito será necesario establecer; pero lo más preocupante es que las aeronaves de Estado queden prácticamente al margen de toda reglamentación, ya que solo *normalmente* habrán de cumplir las normas y medidas de seguridad establecidas por la OACI. La consecuencia inevitable es que las aeronaves representarán una amenaza cierta para la navegación aérea, para las poblaciones ribereñas de los estrechos y para la seguridad misma de los Estados sobrevolados.

Por otra parte, aunque se establezca en el texto una responsabilidad internacional por las pérdidas o daños causados a los Estados ribereños en el caso de los buques y aeronaves que gocen de inmunidad soberana, se requieren que estos actúen de forma contraria a las leyes y reglamentos dictados por los propios Estados ribereños, por lo que es evidente que esos buques o aeronaves al ejercer su derecho en tránsito pueden crear nuevos riesgos y deberían quedar sometidos a un régimen más estricto de responsabilidad objetiva. Esta laguna legal resulta especialmente importante en el caso de las aeronaves de Estado, que, como se ha señalado, quedarán al margen de toda reglamentación por lo que difícilmente podrán incurrir en responsabilidad.

En definitiva lo que se ha introducido en el Convenio es el concepto de *estrecho aéreo* que resulta absurdo por definición. La geografía no ha creado estrechos en el espacio aéreo, (como es el caso en el espacio marítimo) y las rutas aéreas alternativas son infinitas, no siendo preciso que el paso en tránsito de las aeronaves tenga que realizarse necesariamente sobre el mar. De aquí que la posición española durante las tareas de la Conferencia del Mar fuese clara y terminante, entendiéndose la inexistencia de motivos para imponer a los Estados ribereños, –que tienen que soportar ya la servidumbre de la navegación marítima, con todos los riesgos que supone– una nueva servidumbre de navegación por el espacio aéreo.

Con respecto a la zona económica exclusiva, la posición española no ha diferido en líneas generales del comportamiento de otros Estados que de modo unilateral extendieron su soberanía más allá de los reconocidos límites tradicionales en el antiguo Derecho, y tomando en consideración esa norma generalizada, promulgó su Ley 15/78 de 20 de febrero, aunque con anterioridad había hecho constar en el seno de la Conferencia, que en el establecimiento de dicha zona debían quedar salvaguardados debidamente los derechos e intereses pesqueros de terceros Estados. Postura más que lógica al ser España un país de pesca distante, ya que la mayor parte de las capturas de la flota pesquera española se realiza en aguas próximas a las costas o en todo caso dentro de la zona económica de terceros Estados.

En virtud de los derechos soberanos aplicables a la zona económica, corresponde al Estado español el derecho exclusivo sobre sus recursos, la competencia para reglamentar su conservación, exploración, explotación y preservación del medio marino, así como la jurisdicción exclusiva para hacer cumplir las disposiciones pertinentes y cualesquiera otras competencias que el Gobierno establezca de conformidad con el Derecho Internacional. El ejercicio de la pesca queda reservado a los españoles, sin perjuicio de los convenios con otros gobiernos o lo establecido en los tratados en los que España sea parte, quedando a salvo la libertad de navegación, sin que la misma permita la pesca a buques extranjeros.

Pero una eficaz aplicación de la ley citada necesita ser desarrollada por una serie de disposiciones de rango inferior que contemple entre otros, el problema más importante que de ellas pueda derivarse; el de la delimitación de las aguas con el criterio de la línea media o equidistante, (mantenido activamente a lo largo de toda la Conferencia por España y otros veinte países) frente a los defensores del criterio de la equidad, (Irlanda y veintiocho países más, entre los que se cuentan Francia, Argelia y Marruecos, naciones con las que España tiene que delimitar sus zonas económicas) Con Francia en el Golfo de Vizcaya y el de León, con Argelia en el Mar Mediterráneo y

con Marruecos en dicho mar y en el Atlántico. Países favorables al sistema de los principios equitativos, que no es criterio que convenga en absoluto a los intereses españoles. De aquí que la Ley española de la zona económica exclusiva, tenga de entrada una limitación en cuanto al espacio marítimo de aplicación que queda circunscrito a las costas españolas del Océano Atlántico incluido el Mar Cantábrico, peninsulares e insulares, si bien se faculta al Gobierno para acordar su extensión a otras costas españolas. Claro es que las dificultades para el establecimiento de una zona económica exclusiva en un área marítima en la que también existirían las de otros Estados ribereños mediterráneos (Francia, Italia, Marruecos y Argelia) y la que podría haber solapamientos o superposiciones de varias zonas son evidentes. Pero esta es una materia legislativa que exige un riguroso planteamiento en su adopción.

La plataforma continental, ampliamente debatida en las diferentes etapas de la Conferencia y en la que se han barajado muy diferentes fórmulas para el establecimiento del límite exterior, (fórmulas irlandesa, soviética, árabe y la llamada fórmula Aguilar tomando el nombre del embajador que la incorporó) no parece afecte negativamente a España, ya que desgraciadamente nuestra estructura geológica submarina nos es desfavorable en todas las costas y las pendientes son bruscas ya, cerca de aquellas, llegándose a grandes profundidades y configuraciones de fondos oceánicos antes de las doscientas millas náuticas, mínimo reconocido a cualquier país.

En cuanto al régimen de las islas en el que España ha mostrado también especial interés, el texto surgido del Convenio no es totalmente favorable, aunque se entendió que cualquier modificación que hubiese prosperado desde cualquiera de los numerosos intentos que surgieron en la Conferencia, podía haber sido más perjudicial en orden a un sentido más restrictivo de los espacios marinos de las islas. Naciones como Argelia, Libia y Marruecos, trataron en su día de introducir enmiendas que contemplasen el efecto negativo que determinadas islas de un Estado produce en la delimitación de los espacios marinos de otro Estado costero frente al que se encuentran. Para España el sistema de trazado de las líneas de base de un archipiélago perteneciente a un Estado continental es importante; de aquí la oposición española a todo lo que supusiera un cambio sustantivo del texto y un juicio para nuestros intereses.

## II. CONSIDERACIONES FINALES

Tras este aniversario jubilar del Convenio de Jamaica existe un marco conceptual global en el cual se desenvuelve la disciplina del Derecho del

Mar. En el juego de los poderes en que se relacionan entre sí, el mar y los espacios marítimos que lo definen, son los de mayor sensibilidad política, y frecuentemente, en la historia de las relaciones internacionales, las disputas por los espacios marítimos y su uso han sido las causas principales de cruentos conflictos entre los Estados. La nueva regulación del Derecho Internacional Marítimo busca un entendimiento compartido a través de una diplomacia que aspira a que las disputas por estos espacios se lleven en un plano de igualdad frente a los Estados que tienen poderes asimétricos entre sí, pero que tienen igual derecho a usar el mar en su beneficio. Esto es particularmente importante en los comienzos de este siglo donde la población demanda alimentos y riquezas minerales que permitan un mayor bienestar.

El nuevo Derecho del Mar necesariamente deberá ser actualizado en aquellos aspectos en donde la costumbre y la práctica aconseje nuevos ajustes o modificaciones. Desde la inquietud o la esperanza, España tiene asignada una importante e irrenunciable misión en el nuevo contexto del Derecho del Mar y en el que puede ser un excelente enlace entre la Unión Europea y los países iberoamericanos aglutinadores de comunes afectos y voluntades. La nueva dimensión del mar, articulada y vertebrada en sus aspectos estratégicos y políticos resalta la importancia de esta función...

## **DIEZ PROPUESTAS PARA UNA ACTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA MAR**

Juan Carlos González Barral  
*Comandante auditor (exc.)  
Magistrado*

### *SUMARIO*

I.- Primera propuesta: El bien jurídico protegido por el Derecho de los conflictos armados en la mar es exclusivamente humanitario: la protección de las víctimas. II.- Segunda propuesta: el Derecho aplicable a los conflictos armados en la mar no goza de autonomía, sino que mantiene una relación de especialidad con el Derecho internacional humanitario globalmente considerado. III.- Tercera propuesta: el análisis de los espacios marinos en los que resulta lícito desarrollar los conflictos armados en el mar está condicionado esencialmente por el concepto de soberanía. IV.- Cuarta propuesta: Es necesario adoptar una definición material y no formal, del buque de guerra. V.- Quinta propuesta: es necesario caracterizar jurídicamente las medidas de índole naval acordadas por el Consejo de Seguridad al amparo del artículo 41 de la Carta: se trata de medidas de interdicción naval y no de bloqueos. VI.- Sexta propuesta: El análisis de la protección de las víctimas en los conflictos armados en la mar debe efectuarse exclusivamente con fundamento en el principio de distinción. VII.- Séptima propuesta: una interpretación del concepto de objetivo militar acorde a los modos de hostilizar en la mar. VIII.- Octava propuesta: La regulación de la propiedad privada en la mar debe hacerse partiendo de la definición de objetivo militar. IX.- Novena propuesta: La interpretación de lo que debe entenderse por los «males superfluos» o «sufrimientos innecesarios» prohibidos el Protocolo Adicional I debe hacerse interpretado partiendo del análisis de los medios y métodos prohibidos por el Derecho internacional. X.- Décima propuesta: el contenido de la libertad de comercio por mar en caso de conflicto armado debe ser similar a la que rige en el tráfico mercantil por tierra.

En las dos últimas décadas del siglo XX se produjeron determinados acontecimientos que reactivaron grandemente el interés académico por el estudio del Derecho de los Conflictos Armados en el mar. Algunos de esos catalizadores doctrinales afectaban al núcleo de nuestra disciplina y otros sólo tenían una conexión indirecta con el objeto de nuestro estudio, pero lo cierto es que se concentraron en un puñado de años y sacudieron las bases del Derecho Internacional Humanitario. Sin pretensión de exhaustividad, quizás los hechos más relevantes fueron los siguientes:

- La entrada en vigor de la Convención sobre el Derecho del mar, de 1982. El interés de la Comunidad científica por el Derecho del mar, alentado ya por los trabajos previos a la vigencia de dicho instrumento internacional, continuó después con los comentarios exegéticos de la propia Convención y con las aportaciones doctrinales exigidas por la indeterminación o la necesidad de desarrollo posterior de ciertos aspectos del Texto de Montego Bay. Ciertamente, estamos ante un tratado «de paz», situado por tanto extramuros del Derecho internacional humanitario, pero aspectos de su articulado tales como la nueva delimitación de los espacios marítimos, la definición de buque de guerra o la introducción del principio de uso pacífico de los mares, son aspectos todos que necesariamente han de tener una enorme importancia en el objeto de nuestro estudio. Debemos recordar aquí que, frente a algunas posiciones doctrinales clásicas que entendían que en caso de conflicto armado todos los tratados internacionales que vinculan a las partes contendientes quedan en suspenso a excepción de los que integran el Derecho de la guerra, hoy se aplica de hecho el principio contrario, esto es, que tras el comienzo del conflicto armado continúan rigiendo las normas convencionales de paz, con excepción de aquellas que por su propia naturaleza no puede ser aplicadas en tal situación bélica. Por esa razón la Convención sobre Derecho del mar de 1982 se aplica también *mutatis mutandis* entre las partes en un conflicto armado.
- La adopción de los Protocolos Adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, ha tenido una importancia decisiva en la renovación de la atención científica al Derecho internacional humanitario. La discutida aplicación de algunos aspectos de su articulado a la Guerra Naval suscitó un debate académico estimulante. Merece destacarse en este campo en primer lugar la discusión sobre la aplicabilidad del concepto de objetivo militar obrante en el artículo 52 del Protocolo Adicional I a los conflictos armados navales, que a mi entender trasluce la duda sobre la verdadera naturaleza –económica

o humanitaria— de las normas aplicables en las situaciones bélicas en la mar. También se ha debatido intensamente sobre el alcance naval de las normas sobre protección de la población civil en caso de conflicto que lucen en el Protocolo Adicional I, de forma que algún sector doctrinal ha llegado a señalar que la aplicación *in toto* de tales normas protectoras en caso de guerra en el mar convertiría en ilícitas medidas hostiles navales clásicas como el bloqueo o el empleo de pabellón falso; por eso autores destacados, en opinión que no compartimos, han postulado una interpretación del Protocolo que excluya su aplicación a los conflictos navales. En cualquier caso, los múltiples estudios y opiniones en esta materia ha enriquecido enormemente el panorama académico sobre el Derecho internacional humanitario.

- Más allá de los nuevos desarrollos convencionales, la existencia en tiempos relativamente recientes de algunos conflictos armados en la mar ha producido una movilización dialéctica de militares, juristas navales y iusinternacionalistas sobre los aspectos jurídicos de tales conflictos; entre ellos, en primer lugar, la guerra de las Malvinas, en el que se enfrentaron dos Estados con gran nivel tecnológico con un acervo convencional compartido. También la Guerra Irán Irak desarrollada entre 1980 y 1988 y en la que la mar fue escenario de continuas acciones bélicas.
- Por último, tenemos que destacar el parcial desbloqueo de la acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tras el cambio de paradigma estratégico a partir de 1989, que permitió la adopción de resoluciones, en las que al amparo del Capítulo VII de la Carta se acordó la ejecución de medidas previstas en el artículo 42 —que implican el uso o a la amenaza de la fuerza, eventualmente por parte de efectivos navales— y de algunas otras contempladas en el artículo 41, por tanto previas a la amenaza de un uso de la fuerza institucionalizado por Naciones Unidas, pero cuya monitorización o cumplimiento se encargaba a fuerzas navales. La aparición de medios marítimos en las nuevas operaciones de Naciones Unidas supuso el replanteamiento de cuestiones importantes en el ámbito del Derecho internacional humanitario. A título de ejemplo, se discutió el grado de violencia que las fuerzas navales podían emplear en cumplimiento de misiones de mera vigilancia de embargos comerciales, la difícil caracterización jurídica de esos embargos comerciales acordados por Naciones Unidas y su proximidad al concepto clásico del bloqueo, o la gran cuestión de la sumisión de las normas del Derecho

internacional humanitario a las fuerzas navales al servicio de Naciones Unidas, que por razón de su misión de interposición o vigilancia de los contendientes, no podían ser consideradas combatientes y, por ello no eran formalmente destinatarias de sus previsiones.

Todos esos factores, y algunos otros en los que no nos hemos detenido, como el progreso técnico de los medios y métodos de combate en el mar, propiciaron el interés de la doctrina iusinternacionalista en el análisis de una materia que durante décadas no había recibido un tratamiento académico sostenido, más allá de la reedición de las obras clásicas de carácter general –Rousseau, Colombos, Oppenheime, – o de aportaciones puntuales en aspectos selectivos del Derecho internacional humanitario en la mar, aunque faltaba sin embargo, desde mi punto de vista, un estudio sistemático y actualizado de esta materia, que permitiera enriquecer el conjunto con las aportaciones doctrinales realizadas en sectores específicos. Esta labor se vio favorecida por la decisión conjunta del Instituto de Derecho Humanitario de San Remo y el Comité Internacional de la Cruz Roja para la elaboración de un texto, en principio doctrinal, pero con vocación de convertirse en el Tratado Internacional de referencia para regular el Derecho de los conflictos armados en la mar. Ciertamente es que esa aspiración no llegó a concretarse, pero el esfuerzo de decenas de militares, marinos, juristas de las fuerzas navales y profesores de Derecho Internacional, se plasmó en el denominado «Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados en el mar», a cuya publicación acompañó un excelente comentario construido con las aportaciones de los intervinientes en los numerosos debates celebrados con carácter previo a su aprobación.

Los tratadistas que estudiaron el Derecho internacional humanitario en el mar durante esas dos décadas coincidieron en señalar dos notas del vigente régimen jurídico de ese sector; la primera, un acusada *incertidumbre* en cuanto a las normas aplicables, que conduce a la inseguridad para el aplicador concreto de las disposiciones pertinentes; esta incertidumbre se debe a la inconsistencia y relatividad de la práctica internacional de los Estados, pero también a la obsolescencia de algunos de los textos normativos en principio directamente aplicables, –señaladamente los acordados en La Haya entre 1899 y 1907–, a la cambiante tecnología militar y consecuentemente, la modificación de los modos de hacer la guerra y finalmente, a la entrada en vigor de nuevos tratados internacionales en la materia con efectos directos e indirectos sobre las normas de la guerra naval. La segunda nota puede muy bien resumirse en el título de una obra publicada en 1986 por una gran internacionalista británica en materia de Derecho internacio-



nal humanitario, Louise Doswald Beck: *The Internacional Law of Armed Conflict at Sea: the need for its reform.*

*Necesidad de reforma* que es, pues, el segundo elemento clave en la preocupación de la doctrina durante las décadas de los años 80 y 90 del pasado siglo, aunque la necesidad de adaptación de los Convenios internacionales de La Haya dedicados a la guerra marítima ya había sido puesta de relieve desde antiguo. Pero esa reforma no se ha plasmado en realidades normativas. Los intentos de lograr un texto codificado del Derecho internacional humanitario en el mar no han resultado fructíferos; ya nos hemos referido a título de ejemplo, al Manual de San Remo, llamado a constituir el gran tratado unificador del Derecho de la Guerra Marítima y que no ha llegado a ser más que un excelente texto doctrinal, cuyo mayor valor está hoy quizás en los estudios doctrinales que su redacción exigió.

El presente trabajo se enmarca en ese contexto de inseguridad y necesidad de reforma. Pasados los años, y ante la evidencia de que no existe un texto normativo omnicomprendivo del Derecho de los conflictos armados en el mar, y lo que es todavía más peor, cuando ni siquiera se vislumbra esa posibilidad, es hora de aprovechar todo el material académico que afecta a nuestra materia, y modestamente construir una serie de propuestas integradoras sobre los diferentes problemas que plantea en nuestros días esa materia. A ello dedicamos en su día nuestra tesis doctoral; estas líneas constituyen una condensación de los resultados de la misma, a la luz de la práctica más reciente y de reflexiones posteriores de su autor.

## I. PRIMERA PROPUESTA: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA MAR ES EXCLUSIVAMENTE HUMANITARIO: LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

En primer lugar, partimos de la necesidad de recentrar el Derecho de la Guerra marítima en el Derecho Internacional humanitario, depurando ciertos aportes históricos, que deforman el recto sentido de la exégesis de nuestro sector normativo. Dichos aportes son los siguientes:

A) El **elemento comercial o mercantil**. Es sabido que el origen histórico de nuestra disciplina se encuentra en la necesidad de proteger el comercio por mar en caso de conflicto armado. Recuérdese el Libro del Consulado del Mar, las reglas de Oleron o de Wisby, citados como antecedentes históricos del Derecho internacional humanitario en la mar y que son propiamente colecciones de usos comerciales en los distintos espacios

marítimos. No se discute el carácter fundante de esos textos, pero sí cuestionamos que la preocupación por proteger el comercio marítimo deba ser hoy el bien jurídico a que sirve nuestra disciplina.

Sin embargo, esta impregnación del aspecto comercial luce todavía se puede todavía detectar en cuestiones tales como

- a) El tratamiento jurídico de la propiedad privada en el mar, que permite que algún sector doctrinal continúe manteniendo que la protección conferida a los bienes civiles en el Derecho de la Guerra marítima responde a postulados económicos y no humanitarios –así, Meyrowitz–.
- b) El concepto de bloqueo como mera interrupción de las comunicaciones marítimas sin concesión alguna a los humanitario, posición insostenible desde un análisis de la institución integradora de la prohibición de hacer pasar hambre a la población civil.
- c) Y sobre todo, el tratamiento del buque mercante como objeto digno de protección *per se*, convirtiendolo así en un *tertium genus* que se cuele de rondón en la clasificación estrictamente humanitaria – y exhaustiva– entre bienes de carácter civil y objetivos militares que aparece hoy en el artículo 48 del Protocolo Adicional I.

Estos tres ejemplos nos parecen reveladores de una latente concepción del Derecho de la guerra marítima como *Derecho del comercio marítimo en caso de conflicto armado*, totalmente incoherente con los nuevos desarrollos del Derecho internacional humanitario.

**B) El elemento marítimo.** La segunda tentación a la que es menester sustraerse es la consideración del Derecho de los conflictos armados en la mar como el *Derecho del mar en tiempos de guerra*, que implicaría un recurso indiscriminado y acrítico a soluciones propias del Derecho del mar «de paz». Nuestra posición consiste en manejar con extrema prudencia la vigente Convención del Derecho del mar como herramienta para interpretar el Derecho de los conflictos armados, pues no es la matriz sobre la que debe construirse el objeto de nuestro estudio. Ciertamente, es interesante, incluso imprescindible en ocasiones, tener en cuenta dicho texto convencional en algunos aspectos concretos: así, por ejemplo, en el análisis de las actividades bélicas en los distintos espacios marinos, pero no para asimilar dicho régimen en tiempo de guerra al previsto en la Convención para tiempo de paz, operación que como demostramos es inútil porque las soluciones del Derecho internacional humanitario son en bastantes casos contrarias a las que se derivarían de la aplicación estricta de los preceptos del texto de Jamaica, sino para caracterizar cada uno de los espacios marinos previstos

con la finalidad de, a la vista de su naturaleza, aplicar el Derecho de los conflictos armados en sus distintos grados en cada uno de ellos.

Esta tentación de emplear como matriz el Derecho del mar para la exposición del Derecho de los conflictos armados no es teórica: por el contrario, incluso desde el punto de vista doctrinal, existen magníficos tratados de Derecho del mar, que a modo de colofón o complemento, regulan el Derecho de la guerra marítima. Esto nos parece una distorsión y si se lleva a sus últimas consecuencias, impide comprender correctamente las instituciones del Derecho de los conflictos armados en la mar.

En consecuencia, nuestro postulado es considerar que el Derecho de los conflictos armados en la mar es propiamente Derecho internacional humanitario y sólo Derecho internacional humanitario, aunque las dos influencias señaladas deban ser tenidas en cuenta, pero sin olvidar que el Derecho que regula los conflictos armados en la mar, no es Derecho del mar, –y prueba de ello son las diferentes soluciones en ambos sectores en cuestiones como la posibilidad de cerrar el mar territorial en caso de conflicto, etc.– ni tampoco es Derecho del comercio internacional, de donde se deduce, entre otras conclusiones, que la afectación del comercio neutral en caso de conflicto armado se rige prioritariamente por el Derecho internacional humanitario.

## II. SEGUNDA PROPUESTA: EL DERECHO APLICABLE A LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA MAR NO GOZA DE AUTONOMÍA, SINO QUE MANTIENE UNA RELACIÓN DE ESPECIALIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO GLOBALMENTE CONSIDERADO

La labor de recentrar el objeto de nuestro estudio en el Derecho Internacional humanitario, limitando las aportaciones «mercantiles» y «marítimas», exige una respuesta en punto a las relaciones dogmáticas entre el Derecho internacional humanitario en general y el derecho de los conflictos armados en el mar.

Frente a posiciones que sostienen la autonomía de este último, consideramos, en línea con lo expresado en el Manual de Oxford, que la relación del Derecho de la guerra marítima con el Derecho de los conflictos armados en tierra es de especialidad, de forma que los principios que rigen ambos sectores son comunes, aun cuando existen reglas especiales para la guerra marítima. Por ello, deben aplicarse a la guerra marítima, no sólo las normas internacionales específicamente dedicadas a regular ese sector,

sino también las que rigen la guerra terrestre cuando no existe regulación expresa en la materia. Nótese que no hablamos de relación de supletoriedad, sino de especialidad, y ello tiene tres consecuencias:

- a) El corpus general de aplicación es el de la guerra terrestre. Éste sólo deja de aplicarse cuando hay una norma especial –la marítima– que modula la norma general.
- b) El Derecho de los conflictos armados en la mar carece de reglas interpretativas propias; por el contrario, las debe tomar del Derecho internacional humanitario globalmente considerado.
- c) Las lagunas de las normas bélicas marítimas se llenan con normas o principios generales y no con la aplicación de unos principios autónomos de dicho sector.

En resumen, debe adoptarse como criterio exegético básico el de que las normas del Derecho de los conflictos armados en la mar completan y especifican la norma común del Derecho Internacional Humanitario, pero los principios informadores de uno y otro son los mismos, y se centran en «evitar agravar inútilmente los sufrimientos de los hombres», tal y como afirmaba la Declaración de San Petersburgo de 1868.

### III. TERCERA PROPUESTA: EL ANÁLISIS DE LOS ESPACIOS MARINOS EN LOS QUE RESULTA LÍCITO DESARROLLAR LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA MAR ESTÁ CONDICIONADO ESENCIALMENTE POR EL CONCEPTO DE SOBERANÍA

El concepto clásico de región de guerra en la mar, como conjunto de los espacios marinos en los que pueden desarrollarse lícitamente las hostilidades, debe ser sin duda revisado a la luz de los nuevos desarrollos convencionales sobre Derecho del mar, especialmente de la Convención de Jamaica de 1982. La influencia de esta Convención no se ha producido de manera directa, sino refleja, porque los textos convencionales de paz no se pronuncian sobre su aplicabilidad en caso de conflicto armado y las reglas del Derecho internacional humanitario en vigor, incluyendo la costumbre, no son compatibles en cuanto a los derechos y obligaciones de los beligerantes en la mar con los proclamados por el Derecho del mar «de paz». Y ello porque aquellas normas proceden de los viejos Convenios de 1907, en particular del VIII. Por ello, resulta necesario interpretarlas a la luz de los nuevos desarrollos convencionales, sin perjuicio de propugnar *pro futuro* la necesidad de que se incluyan en los textos «de paz» formulaciones ex-

presas sobre el grado de aplicabilidad de su articulado en caso de conflicto armado.

En cualquier caso, y en línea de ofrecer soluciones concretas considero que el análisis de las posibilidades de actuación hostil en los distintos espacios debe partir de la regla básica contenida del artículo 2 del XIII Convenio de La Haya de 1907, que vincula tres conceptos: actos hostiles, neutralidad y soberanía, estableciendo que todos los actos de hostilidad cometidos por buques de guerra beligerantes en las aguas territoriales de una Potencia neutral constituyen una violación de la neutralidad y están prohibidos. Así pues, en caso de conflicto armado a los beligerantes les está permitido ejecutar acciones hostiles en todos los espacios marinos no sometidos a soberanía de un Estado neutral. El concepto clave es, pues, el de *soberanía* sobre los distintos espacios. De esta forma parece claro que no se pueden desarrollar acciones hostiles en los espacios marinos sometidos a soberanía del Estado ribereño neutral. Pero esta regla general no resuelve todos los problemas posibles. Y ello por dos cuestiones sólo indirectamente vinculadas con el Derecho internacional humanitario, pero de innegable influencia en este sector.

La primera se refiere a la discusión sobre si determinados espacios marinos están o no sometidos a soberanía del Estado ribereño. En particular, nos referimos a la Zona Económica Exclusiva. En el momento actual, no es un espacio sometido a soberanía del Estado ribereño, a pesar de las innegables tendencias a su territorialización y de la falta de definición de la Convención sobre Derecho del mar, que se refiere a los «derechos soberanos» ejercitables en dicha área, aunque no mencione nítidamente el concepto neto de soberanía. De ello debe deducirse, en cuanto ahora nos importa, que pueden conducirse acciones hostiles en la ZEE de los Estados neutrales, interpretando que, entre los legítimos usos de tales áreas a que se refiere el artículo 87 de la Convención de 1982, estaría el ejercicio de los derechos de los beligerantes. Ello no obsta a que sobre estos últimos pese una serie de obligaciones cuando se ejecutan tales acciones bélicas en la ZEE de los neutrales. Básicamente tales obligaciones se circunscriben a garantizar el debido respeto a los derechos del Estado ribereño, consistentes en lo esencial en la exploración y explotación económica de la ZEE. Debe reconocerse, sin embargo, que algunos Manuales militares, y entre ellos debe citarse el aprobado por las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, consideran irrelevante desde un punto de vista operativo que el área de operaciones navales englobe todo o parte de la ZEE de un Estado neutral.

La segunda de las cuestiones a las que hacíamos referencia más arriba se concreta en la afirmación de que el criterio de soberanía resuelve los problemas referentes a la realización de acciones hostiles en aguas neutrales, pero

no las relativas al derecho de paso de los buques de guerra combatientes por tales aguas. En este segundo ámbito hay que precisar que en caso de conflicto armado no rige el sistema de paso inocente para los buques de guerra y naves auxiliares combatientes que prevé el texto de Montego Bay, sino un régimen específico, caracterizado por que en tales aguas el buque de guerra beligerante puede reabastecerse limitadamente y ser reparado sin aumentar su capacidad de combate. Sí resulta aplicable a las aguas de soberanía del Estado neutral la regla de las 24 horas en cuanto al límite de duración de la singladura de tales buques de guerra combatientes pero, a pesar de lo manifestado por cierta doctrina, consideramos que no es deseable una aproximación total en este punto al régimen general del Derecho del mar en tiempos de paz, puesto que éste no contempla ni la exigencia de notificar al Estado ribereño neutral la entrada del buque de guerra, ni la posibilidad de expulsarlo por motivos distintos a los contemplados en la Convención de Montego Bay.

Finalmente, en lo que hace a la posibilidad de ejecutar acciones hostiles en los espacios marinos sobre los que se ejerce la soberanía del Estado neutral, debe resaltarse que, en general, están prohibidas las acciones de ataque, captura, el minado, la visita, el registro y la desviación, incluso cuando se consuman fuera de tales aguas pero se ejecutan desde ellas. En todos los casos, el Estado ribereño no parte en el conflicto tiene la obligación de defender su neutralidad, y puede llegar en este empeño a emplear la fuerza lícitamente, sin dejar de ser considerado Estado no parte en el conflicto. Así, como ejemplo límite paradigmático, que alguna doctrina discute, creemos que cuando se ataca a uno de los beligerantes que navega por aguas de soberanía de un Estado neutral puede recibir de éste apoyo armado. En relación con las aguas neutrales de soberanía, se concluye afirmando que el régimen de las aguas archipelágicas y las aguas interiores es idéntico al del mar territorial, excepto en lo que se refiere al paso de buques de guerra a través de aquellas, que debe ser asimilado al régimen de navegación por los estrechos internacionales.

En relación a este régimen en los estrechos internacionales, partimos de que la tradicional posición de la doctrina basada en los trabajos preparatorios de LH XIII era la identificación del régimen de paso al existente en el mar territorial, pero creemos que esta idea debe ser hoy modulada a la luz de los siguientes factores: a) la práctica internacional, excluida, como casi siempre, la acaecida durante la segunda guerra mundial, b) la jurisprudencia de la sentencia Wimbledon, que afirma la permisión del paso por los estrechos, la importancia de su elemento funcional y la aplicación del principio de utilización pacífica de los mares, que en la inteligencia que hacemos del mismo, consiste en la adecuada ponderación de los usos específicos de cada

espacio marino, que el caso de los estrechos es el favorecimiento del paso; en este supuesto, paradójicamente, milita a favor del paso de los buques de guerra en los estrechos cuyos Estados ribereños son neutrales. A consecuencia de ello, consideramos, con respecto a los estrechos neutrales, que el derecho de paso de los buques combatientes no compromete la neutralidad y que el Estado ribereño, en cambio, puede adoptar medidas de seguridad razonables, tales como el pilotaje obligatorio o el minado parcial del estrecho dejando una vía de agua abierta que permita el paso. En cuanto a los Estados estrecharios beligerantes, creemos que pueden cerrar el estrecho, por razones de seguridad, excepto para los mercantes neutrales; así se desprende de la práctica más reciente. Cuestión aparte es la relativa a la si en caso de conflicto armado se mantiene el régimen de paso en tránsito. Consideramos, frente la opinión de cierto sector doctrinal, que no, pues no existe derecho de sobrevuelo –no lo reconocen las Reglas de la Guerra Aérea, porque ese sobrevuelo plantearía problemas de control y además, existe una gran facilidad de proporcionar rutas alternativas– ni tampoco el derecho de navegar en inmersión para los submarinos. En sentido contrario, sin embargo, el Manual de san Remo opta por aplicar en este aspecto concreto el régimen de paz para los supuestos de conflicto armado.

En la plataforma continental, consideramos que si bien puede afirmarse que lo que está permitido en tiempo de paz a los buques de guerra extranjeros lo está también en caso de conflicto armado, el principio debe modularse en un doble sentido: en primer lugar, en cuanto a las actividades que en tiempo de paz caen en una zona gris; si se sostiene una interpretación generosa con las competencias de los ribereños neutrales a tenor de la cual sería exigible su previa autorización para el emplazamiento por los beligerantes de cualquier ingenio en su Plataforma –por ejemplo el emplazamiento de minas– en caso de conflicto armado debemos decantarnos por la prevalencia de los derechos de los beligerantes; por otro lado, cuando entran en juego los derechos de exploración y explotación de los neutrales en esa zona y existe una real interferencia en su ejercicio por las actividades hostiles de los combatientes, la regla debe decantarse a favor de los derechos del Estado ribereño.

#### IV. CUARTA PROPUESTA: ES NECESARIO ADOPTAR UNA DEFINICIÓN MATERIAL Y NO FORMAL DEL BUQUE DE GUERRA

En relación a la determinación de los combatientes legítimos, debe tenerse en cuenta que en los espacios marinos la acción hostil se rea-

liza de manera mediata a través del buque de guerra, por lo que la definición exacta de este tipo de barcos es clave en este sector. En este empeño nos enfrentamos con un problema de partida que fue ya expuesto por Rolin en la Sesión del Instituto de Derecho Internacional, celebrada de Oxford en 1913: desde esa fecha la definición del combatiente tipo –buque de guerra– que figura en los convenios internacionales es naturaleza meramente formal. A ello se añade que en los textos convencionales propios del Derecho de los conflictos armados no existe una definición específica de buque de guerra, por lo que hemos de acudir a los criterios propios del derecho «de paz». Dicha definición se encuentra hoy en el artículo 29 del Convenio de Jamaica, sobre Derecho del mar, a tenor del cual *«para los efectos de esta Convención, se entiende por «buques de guerra» todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentren bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares»*. Vemos pues, como se trata de una definición pensada «a los efectos» de la Convención, y no para su aplicación en ámbitos externos a la misma; de otro lado la consideración de un barco como buque de guerra se hace depender de criterios puramente formales: pertenencia a las fuerzas armadas de un Estado, signos exteriores, mando por oficial debidamente designado y sometimiento a disciplina militar.

Esta definición plantea problemas serios desde la perspectiva del Derecho de los conflictos armados: así, resulta imposible caracterizar como buque de guerra a los barcos pertenecientes a entidades no estatales, como los empleados por los Movimientos de Liberación Nacional, cuyos militares individualmente considerados sí pueden ser integrados en la categoría de combatientes legítimos por aplicación del artículo 43 del Protocolo Adicional Primero. Por otro lado, buques que no forman parte estrictamente de las fuerzas armadas (caso de los «Guardianes de la Revolución» iraníes) tampoco entrarían en la categoría de buque de guerra, lo que resulta manifiestamente inadecuado.

Por ello, estamos ante una definición que debe ser superada, de modo que el buque de guerra en caso de conflicto armado se conceptúe desde una perspectiva material o funcional. Considero que sería aceptable considerar combatiente legítimo en la mar a cualquier embarcación de una parte en conflicto que realice actos de hostilidad distinguiéndose



de las embarcaciones por cualquier medio antes del lanzamiento del ataque. La solución que proponemos no es inédita. Ejemplo parcial de la misma fue nuestra Orden Ministerial 25/85, sobre escalas de buques extranjeros en puertos o fondeaderos españoles, que incluía entre las actividades que daban lugar a la consideración como buques de guerra de las realizadas por *los barcos que ejecutaran actividades de transporte*;

La definición que proponemos nos permite también considerar los barcos pertenecientes a los irregulares como buques combatientes legítimos, a semejanza de lo que sucede con los miembros de las milicias, cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia organizados en los casos de los conflictos armados en tierra. En idéntico sentido, incluiríamos como buque, combatientes legítimos a los barcos armados por población de territorio no ocupado, siempre que «actúen abiertamente», –requisito previsto en el Manual de Oxford– que no se identifica necesariamente con la obligación de «llevar las armas» abiertamente, que exige el artículo 13.6 del segundo convenio de Ginebra sobre protección de los heridos, enfermos y náufragos, que en este aspecto concreto traslada miméticamente las previsiones del primer Convenio de Ginebra, relativo, como se sabe, a la Guerra Terrestre.

Una segunda solución que proponemos, dejando intocada la definición de buque de guerra obrante en el Convenio de Jamaica, sería considerar que un mercante se transforma *ope legis* en buque de guerra, y por tanto asume el estatus de barco combatiente, no sólo cuando media el empleo de alguna de las fórmulas previstas expresamente en la Octava Convención de La Haya de 1907, –la comisión o el mandato– sino también cuando dicho barco mercante se integra en el esfuerzo bélico de una de las partes contendientes mediante otras formas no previstas expresamente, como el contrato de fletamento o la requisa, o simplemente, cuando por su actividad puede ser considerado como objetivo militar, lo que nos lleva a sostener que en gran medida la condición de combatiente legítimo y la de objetivo militar son dos caras de la misma moneda.

En realidad toda esta labor de adaptación sería mucho más fácil desde una comprensión más flexible de los derechos de los combatientes, y, en particular, aceptando que en la guerra en la mar la realización de actos hostiles, que es su derecho básico, no sólo incluye la posibilidad de realizar acciones de ataque o de destrucción, sino también la de captura, en el sentido clásico del derecho de presa naval. En suma, hay que asumir que el rango de acciones hostiles en la mar es más amplio que en la guerra terrestre.

V. QUINTA PROPUESTA: ES NECESARIO CARACTERIZAR JURÍDICAMENTE LAS MEDIDAS DE ÍNDOLE NAVAL ACORDADAS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD AL AMPARO DEL ARTÍCULO 41 DE LA CARTA: SE TRATA DE MEDIDAS DE INTERDICCIÓN NAVAL Y NO DE BLOQUEOS

Partimos del hecho de que es difícil caracterizar jurídicamente las medidas adoptadas al amparo de Resoluciones del Consejo de Seguridad. Por ejemplo, la Resolución 665, instó a los Estados miembros que cooperaban con el Gobierno de Kuwait a *«que desplieguen fuerzas navales en la región para tomar las medidas proporcionadas a las circunstancias concretas que sean necesarias bajo la autoridad del Consejo de Seguridad para detener todos los mercantes que lleguen o salgan de fin de inspeccionar su carga y asegurarse de su destino y de hacer aplicar estrictamente las disposiciones de la resolución 661»*. Algunos autores han sugerido que estamos ante medidas similares al bloqueo naval, pero en ese caso nos situaríamos plenamente en el marco del artículo 42 de la Carta y eso lo trata de evitar la Resolución. Por eso, cierto sector doctrinal considera preferible usar el término «interdicción naval» como término global y flexible que permite eludir la remisión a la categorización propia del Derecho de los conflictos armados. Pero en ocasiones eludiendo el término «bélico» hacemos un flaco favor a la causa humanitaria, puesto que la perspectiva del DIH es mucho más garantizadora de la protección de las víctimas que la de tiempo de paz, en el que no se supone necesariamente que esas víctimas existan. A título de ejemplo, si Naciones Unidas hubiera optado por encuadrar la acción descrita en el ámbito del bloqueo naval, la existencia de una «cláusula humanitaria» permitiendo el paso de alimentos y medicinas hubiera estado implícita, sin necesidad de inclusión estricta en la Resolución de adopción de la medida, y ello en virtud de la aplicación de los artículos 54 y 70 del Protocolo Adicional I. Pero de todas formas hay que tener en cuenta que las obligaciones impuestas por las Resoluciones son de resultado y no de comportamiento y podría sostenerse que, si bien el contenido de las mismas no es la imposición de un bloqueo, sí sería posible que los Estados que hacen uso de la autorización concedida para adoptar aquellas medidas, lo hagan mediante la imposición de una sanción. En cualquier caso, y sin embargo, en el estado actual de la doctrina, la adopción de medidas de uso de la fuerza en forma de bloqueo no se puede enmarcar en el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas. La solución pasaría más bien por establecer una fuerza naval de Naciones Unidas, permanente o actuando *«on call»* cuya misión fuera exclusivamente la monitorización de los embargos o medidas de índole económico, aspectos sobre el cual en los años 80 pudo haber un consenso básico, pero que hoy en día no parece cercano.

## VI. SEXTA PROPUESTA: EL ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA MAR DEBE EFECTUARSE EXCLUSIVAMENTE CON FUNDAMENTO EN EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

Comencemos señalando que el principio de distinción es aquel que obliga a distinguir entre objetivos militares y bienes y personas de carácter civil a la hora de planear o ejecutar una acción hostil. Como manifiesta el artículo 48 del Protocolo Adicional I «a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, *las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares*».

La propuesta que efectuamos consiste en la articulación de la protección de las víctimas con base a un principio de distinción. Su plasmación concreta se encuentra con dos obstáculos:

1. No todos los autores admiten la aplicación del principio de distinción a los conflictos armados en la mar.

El principio de distinción, del que encontramos trazas en todos los tiempos, ha encontrado encaje a nivel normativo únicamente con la entrada en vigor del Protocolo Adicional I, pero su aplicabilidad a la guerra marítima ha sido objetada por un cierto sector doctrinal, encabezado por Meyrowitz, con fundamento en que en los conflictos armados en el mar es permisible la ejecución de «medidas de guerra económica» sobre buques mercantes, que no pueden ser incluidos en la definición de objetivos militares del Protocolo Adicional I.

Frente a esta tesis, considero que el principio de distinción sí es de aplicación a la guerra marítima por dos razones básicas:

La primera, que, como hemos expuesto más arriba, el aspecto comercial o económico no es prevalente en el sector que estudiamos.

La segunda, que lo importante a los efectos de aplicación del principio de distinción no es el concepto de «ataque» estrictamente considerado, sino el de «operaciones», que es el que menciona expresamente el artículo 48, que engloba un amplio espectro de acciones hostiles y no sólo el ataque.

2. Aun cuando se admita la aplicación del principio de distinción en los conflictos armados en la mar, la definición de objetivo militar obrante en el Protocolo Adicional I no resulta válida en ese ámbito.

Debemos empezar por cuestionarnos si el concepto de objetivo militar puede operar en los conflictos que se desarrollan en los espacios maríti-

mos, por las especiales características de los mismos y de la acción hostil en ellos desarrollada. Recordemos que el artículo 52.2 del Protocolo Adicional I considera como objetivos militares «*aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida*».

A este respecto, cierto sector doctrinal, aun aceptando que el principio de distinción resulta de aplicación a la guerra en el mar, ha considerado que no puede decirse lo mismo de la definición de objetivos militares prevista en el artículo 52 del Protocolo. En general los autores que se adscriben a esta última posición consideran que la Sección I del Título IV del Protocolo no es de aplicación a la guerra estrictamente marítima por que su ámbito de aplicación se circunscribe *expressis verbis* a «las operaciones de guerra terrestre, naval o área que **puedan afectar en tierra** a la población civil, a las personas civiles o a los bienes de carácter civil» (artículo 49.3 del Protocolo). La interpretación que se haga de este precepto, por tanto, condiciona no solo el concepto de objetivo militar, sino la aplicación del núcleo humanitario del Protocolo (protección general de la población civil contra los efectos de las hostilidades) a los conflictos armados en la mar.

En su opinión existen razones fundadas para sostener la plena aplicación de la definición de objetivo militar del artículo 52.2 del Protocolo a los conflictos armados en la mar:

- a) En primer lugar, la cláusula que teóricamente impediría la aplicación a la guerra marítima de toda la Sección en la que se encuadra la definición de objetivo militar (art. 49.3 del Protocolo), resulta matizada por el apartado 4 del mismo precepto,
- b) En segundo lugar, la práctica muestra que los manuales militares en uso consideran aplicable la definición de objetivo militar al conflicto naval,
- c) Adicionalmente, la mención en la definición de objetivo militar a la neutralización y sobre todo a la «captura» permite interpretar que se contemplan medidas específicas de la guerra en la mar por la referencia explícita a esta institución de la guerra naval, y, finalmente,
- d) El hecho de que en la reiterada definición de objetivo militar se determine que las acciones hostiles contra objetivos militares deben ofrecer «una ventaja militar definida», en vez de utilizar la expresión «directa y sustancial», lo que nos lleva también a la conclusión de que se prevén, tácitamente, acciones muy propias de la guerra naval como la captura, que quedarían excluidas en el caso de exigirse una ventaja directa y sustancial. Ejemplificando la anterior afirmación,

diremos que la ventaja militar de capturar un buque mercante que transporta contrabando no puede calificarse como una «ventaja directa», sino más bien indirecta, como indirecta es la relación de tal mercante con la acción bélica. Sin embargo, sí puede calificarse como una ventaja militar definida. Recordemos que, como se deduce del artículo 57.2iii del Protocolo, sólo el ataque puede ofrecer una «ventaja concreta y directa», pero no la captura.

También en relación con la aplicabilidad del artículo 52 del Protocolo Adicional I consideramos que la mención que en él se hace al termino captura se puede considerar referido a la captura naval, no como medida hostil inferior en grado al ataque, sino como institución autónoma que abre paso al juicio de presas y a la adjudicación del buque capturado; a esta conclusión llegamos desde el análisis de la diferencia entre «ventaja militar definida» en la definición de objetivo militar, que englobaría no sólo el ataque, sino también la captura en el sentido que hemos propuesto, y la «ventaja concreta y directa» que se exige en todos los preceptos del Protocolo que se refieren exclusivamente al ataque. Con esta interpretación evitamos el peligro de considerar que la captura que da lugar al juicio de presas se rija por criterios ajenos a los previstos en el Protocolo Adicional I, que es la tesis que late en algunos autores.

De la afirmación de la aplicabilidad del principio de distinción y del concepto de objetivo militar a los conflictos armados en el mar, cabe extraer dos consecuencias:

La primera, que la protección de las víctimas debe reconducirse a la consideración del barco concreto en el que se encuentran es o no un objetivo militar. Con ello dejamos de lado la prolija y en tantos casos inútil enumeración de buques protegidos, en gran parte procedente de los textos de La Haya de 1907, que sigue siendo empleada a la hora de detallar la protección debida. Recordemos que se sigue incluyendo entre las categorías protegidas los buques hospitales, las embarcaciones costeras de salvamento, los barcos de cartel, los buques que cumplen misiones humanitarias –y entre ellos, los de rescate, los empleados en acciones de socorro y los que transportan bienes imprescindibles para la población civil–, los empleados en el transporte de bienes culturales, los de pasajeros, los dedicados a misiones religiosas, filantrópicas o científicas no militares, los dedicados a la pesca costera, y los empleados contra la contaminación del medio ambiente marino.

Desde nuestro punto de vista, lo importante es si cada uno de esos tipos de barcos entran o no en la categoría de objetivo militar. Si no es así, reciben la protección debida a los bienes de carácter civil, es decir, en síntesis,

no se puede realizar contra ellos operaciones militares. A esta obligación de abstención habrá que añadir una obligación positiva de protección, con lo que se da cumplimiento al comportamiento exigido a las partes en conflicto en relación con las víctimas (respeto y protección).

Es importante referirnos aquí a la aplicación del principio de distinción a las personas, y no centrarnos exclusivamente en los barcos. En este aspecto, dicho principio también se aplica también a quienes se encuentran embarcados. El problema, lógicamente, se plantea cuando personas integradas en la categoría de población civil se encuentran a bordo de buques que constituyen objetivo militar. Creo que este caso debe resolverse de igual forma que en tierra aplicando el principio de proporcionalidad. La población civil puede sufrir también en la guerra marítima daños incidentales siempre que no sean desproporcionados con la ventaja militar esperada (art. 51.5.b) del Protocolo Adicional I).

La segunda de las consecuencias que puede extraerse de la aplicación de los artículos 48 y 52 del Protocolo Adicional I a los conflictos navales en que el tratamiento de la propiedad privada en la mar, tanto en lo que se refiere a los buques mercantes, como en lo que atañe al cargamento debe estudiarse con referencia a su consideración o no como objetivos militares. A ello nos referimos más adelante, pero antes de ello parece oportuno reflexionar la posibilidad de hacer una interpretación del concepto de objetivo militar en el ámbito del Derecho de los conflictos armados en la mar.

## VII. SÉPTIMA PROPUESTA: UNA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE OBJETIVO MILITAR ACORDE A LOS MODOS DE HOSTILIZAR EN LA MAR

Aun cuando considero que la definición de objetivo militar del artículo 52 del Protocolo es de aplicación a los conflictos armados en la mar, las particularidades de la acción hostil marítima imponen una modulación en la exégesis de dicha definición. En particular, deben tenerse en cuenta las peculiaridades referentes a la especial importancia del factor «ubicación» del objetivo, al hecho de que en el mar el combatiente realiza la acción hostil de manera mediata a través del barco y no directamente como persona física y, por último, a la importancia económica de la guerra en la mar, que obliga a tener en especial consideración las legítimas limitaciones al comercio durante el conflicto, derivadas del régimen de la propiedad privada en esta tipología de acciones bélicas. En este sentido consideramos que la interpretación al uso del concepto de objetivo militar obrante en el Proto-

colo no presta suficiente atención a los «*objetos de índole comercial de valor militar*», que son esenciales en los conflictos armados en la mar, frente a la preponderancia de los objetos militares «puros» propios de la guerra terrestre (armamento, vehículos militares, municiones, fortificaciones, depósitos de combustible, etc). Por esta razón defendemos una exégesis del concepto de objetivo militar en el mar que incluya los «objetos conectados con el esfuerzo militar sin ser causa directa de los daños producidos al enemigo en el nivel militar», aun sin olvidar que, de conformidad con la regla del Protocolo Adicional I la acción hostil contra los mismos debe producir una ventaja militar definida. Esta última exigencia impide que puedan considerarse como objetivos militares, como algún sector doctrinal ha propuesto, todas las exportaciones del Estado adverso.

#### VIII. OCTAVA PROPUESTA: LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA MAR DEBE HACERSE PARTIENDO DE LA DEFINICIÓN DE OBJETIVO MILITAR

Como ya hemos anunciado el tema expuesto tiene una doble vertiente; cuando hablamos de propiedad privada en el mar, hablamos de buque mercante y también hablamos de carga. Ambos aspectos deben tratarse separadamente.

Sabido es que en los conflictos armados en el mar, los objetivos militares por naturaleza son los buques de guerra. Junto a los buques de guerra, se plantea si pueden serlo los buques mercantes. Si se efectúa un recorrido histórico se puede detectar como hasta la Primera Guerra Mundial, las posibilidades legales de captura y ataque de mercantes eran muy limitadas. Pero durante las dos guerras mundiales, la práctica fue considerar a los mercantes de nacionalidad enemiga como integrados en el esfuerzo bélico de la Parte adversa y, con ello, como lícitos objetivos militares. Se ha subrayado que en la actualidad el esquema convencional previo a 1914 es inaplicable.

En cualquier caso, la eventual consideración de los buques mercantes como objetivos militares debe partir, en primer lugar, de la doctrina emanada del Tribunal de Nuremberg en su enjuiciamiento de los Almirantes Raeder y Doenitz. En este sentido, creemos que el concepto clave, tanto en relación los mercantes enemigos como los neutrales, es de «participación en las hostilidades», tal y como figuró en los debates previos a la adopción del Protocolo de Londres; pero el propio de concepto de participación es polisémico. Sin perjuicio de que existan otros criterios, parece que la na-

cionalidad del buque y el denominado parámetro funcional, son los dos más relevantes usados por la doctrina, para abordar la tarea de delimitar cuando un buque mercante participa en las hostilidades. Con respecto al primero, algunos autores entienden que debe diferenciarse nítidamente entre los mercantes enemigos, que en algunas circunstancias pueden ser considerados objetivos militares, de los neutrales, que no lo serían jamás y con respecto a los cuales las acciones hostiles de centrarían, básicamente en la represión del contrabando de guerra. En cuanto a la participación en las hostilidades, esta se produce, para los barcos mercantes enemigos, cuando participan en la fase militar del conflicto, y en cuanto a las acciones logísticas, únicamente cuando aquellas consisten en transportar material militar. Entonces, el barco mercante enemigo se convierte en objetivo militar. En relación con los mercantes neutrales, creemos que el transportar contrabando les convierte en objetivo militar, lo cual no significa que puedan ser atacados sin previo aviso, por dos razones: en primer lugar, porque opera el principio de proporcionalidad, en segundo, porque para la determinación de que transportan contrabando es precisa la visita y registro previos.

#### IX. NOVENA PROPUESTA: LA INTERPRETACIÓN DE LO QUE DEBE ENTENDERSE POR LOS «MALES SUPERFLUOS» O «SUFRIMIENTOS INNECESARIOS» PROHIBIDOS EL PROTOCOLO ADICIONAL I DEBE HACERSE INTERPRETADO PARTIENDO DEL ANÁLISIS DE LOS MEDIOS Y MÉTODOS PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

Partiendo de la idea de que existen medios y métodos de combate que no están específica y expresamente prohibidos por norma positiva alguna, aunque sí por la aplicación general del Derecho internacional humanitario, resulta preciso cuestionarse qué reglas seguras existen para enjuiciar la legalidad de su empleo en caso de conflicto armado en la mar. Para ello hemos de acudir en primer lugar a las «normas generales» que regulan los medios y métodos de combate, que se encuentran en el artículo 35 del Protocolo Adicional I.

Estas normas ofrecen una variada gama de dificultades interpretativas, la primera de las cuales es la propia aplicabilidad de las mismas a los conflictos armados en la mar, que algunos autores cuestionan. Por las mismas razones ya expuestas al hilo de la explicación sobre el principio de distinción, entiendo que esa aplicabilidad está fuera de toda duda. Sin embargo, sí plantea dudas la interpretación concreta que deba darse a esas normas



generales, en particular a la segunda de ellas, que literalmente afirma que «*queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios*».

En cuanto a la concreción de lo que sea un «mal superfluo», son posibles tres interpretaciones: la adoptada por la práctica internacional en la materia –es la tesis seguida por el manual de Campo del Ejército norteamericano de 1956–, la relación con la ventaja militar –criterio contemplado en el Manual de la República Federal de Alemania, que obliga a replantear el propio concepto de ventaja militar–, y finalmente, la extracción del concepto mediante el análisis de los medios o métodos expresamente prohibidos –fórmula adoptada en la sentencia Shimoda del Tribunal de Distrito de Tokio en el enjuiciamiento del lanzamiento de bombas nucleares de Nagasaki e Hiroshima–. Mi particular posición coincide con esta última; creo que la primera fórmula debe ser descartada porque la gran prevalencia del factor *ius cogens* en el Derecho internacional humanitario hace peligroso el análisis de la legalidad internacional desde la única perspectiva de la práctica bélica de los Estados. Por otro lado, en cuanto al criterio de proporcionalidad, –relación con la ventaja militar– ya es tomado en consideración en las precauciones a adoptar durante el ataque, por lo que su empleo como parámetro interpretativo del artículo 35 puede ser redundante, además de que es en las precauciones en el ataque donde se puede ponderar la ventaja militar concreta y no en el análisis apriorístico de los medios y métodos de combate.

Así pues, la regla general segunda de las enunciadas en el art. 35, que afirma que están prohibidos aquellos medios y métodos de combate que supongan sufrimientos innecesarios o males superfluos debe ser interpretada, con la sentencia Shimoda, mediante el análisis de cuales son los expresamente prohibidos, y sobre esa base aplicar analógicamente y por comparación las consecuencias para el resto de los medios y métodos no prohibidos expresamente por Tratado alguno. De la aplicación del criterio extraemos las siguientes conclusiones parciales:

- Aplicación de las soluciones de base de LHVIII, dedicadas a las minas automáticas de contacto a minas no previstas en esa norma.
- Consideramos prohibido el minado total de las costas y puertos del adversario por aplicación analógica de la prohibición de un bloqueo impuesto sin buques suficientes para garantizar su efectividad.
- Son de aplicación a los submarinos todas las previsiones sobre precauciones en el ataque a los mercantes impuestas a los buques de superficie.

- Resulta de aplicación al bloqueo la prohibición de impedir el paso a las acciones de socorro previstas en el art. 70 API.
- Se entiende aplicables las prohibiciones del IX Convenio de La Haya relativo al bombardeo naval al lanzamiento de misiles, aunque no, por la aplicación preferente de API la identificación localidad no defendida con objetivo militar.

#### X. DÉCIMA PROPUESTA: EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE COMERCIO POR MAR EN CASO DE CONFLICTO ARMADO DEBE SER SIMILAR A LA QUE RIGE EN EL TRÁFICO MERCANTIL POR TIERRA

Las dos libertades básicas de los neutrales que resultan afectadas en caso de conflicto armado en la mar son las de navegación y comercio. Dejando a un lado la primera, para algunos autores la libertad de comerciar de los neutrales en tiempo de conflicto armado debe ser enfatizada no sólo desde la propia perspectiva del Derecho de los conflictos armados, sino sobre todo, por la entrada en vigor de la Carta de Naciones Unidas. Así parecen indicarlo algunas resoluciones del Consejo de Seguridad dictadas durante la Primera Guerra del Golfo. En cualquier caso, la tensión entre la libertad de comercio y las facultades otorgadas a los beligerantes en caso de conflicto armado es, en mi opinión, el verdadero eje de las normas sobre neutralidad marítima y lo que diferencia la neutralidad en los conflictos armados marítimos de los que se desarrollan en otros espacios. Así, los Tratados internacionales de la guerra marítima, a diferencia de lo que sucede en la guerra terrestre, solo imponen al Estado neutral la prohibición de entregar, directa o indirectamente a una potencia beligerante barcos de guerra, municiones o cualquier otro material de guerra. Sin embargo, no se obliga a dicho Estado neutral a impedir a sus nacionales tal comercio a favor de uno de los beligerantes, salvo que se trate del comercio del buque de guerra como tal. El sistema diseñado por el Ordenamiento internacional en este caso me parece criticable, pues se basa en considerar que la interdicción general de traficar con todo tipo de mercancías afecta al comercio de Estado, mientras que el Estado neutral carece de título habilitante en el plano del Derecho internacional para impedir la exportación desde su territorio de contrabando de guerra por cuenta de un beligerante, entendiéndose por contrabando las «armas, municiones y en general todo lo que pueda ser útil a una flota o a un ejército». El hecho de que no se exija por el Derecho internacional al Estado neutral que controle el comercio privado que sus nacionales

puedan realizar a favor de los contendientes, es la razón que justifica que el mercante neutral quede al albur de las medidas de control de los beligerantes, en concreto justifica la obligación de someterse al procedimiento de inspección, registro, y, eventualmente, captura. Creemos que si se exigiera a todos los Estados neutrales el control del comercio de sus nacionales a favor de los beligerantes el procedimiento de visita, registro y eventual captura perderían gran parte de su sentido.

La segunda crítica al sistema vigente en la materia se refiere a la dificultad de comprender la razón de que la única obligación del Estado neutral sobre sus nacionales en este campo sea la de impedir el comercio o el empleo de buques de guerra para fines bélicos. Algunos autores entienden que la justificación de esta limitación de los poderes del Estado neutral se encuentra en que la aportación de buques de guerra puede ser determinante para el resultado del conflicto y no así el de otras mercancías, cuyo comercio se controla exclusivamente por los beligerantes, pero el argumento no nos resulta convincente.

Por las razones apuntadas, considero que no existen razones de peso que justifiquen la especificidad de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar en este punto concreto, y que, por ello, debería seguirse el mismo criterio que en la guerra terrestre en cuanto a las posibles interferencias de los beligerantes en el tráfico mercantil neutral.

# **DERECHO PENAL Y PROCESAL**

## CUANDO LA MEMORIA TERGIVERSA LA HISTORIA

Jesús Ernesto Peces Morate  
*Magistrado de la Sala Tercera  
del Tribunal Supremo.*

### SUMARIO

I.- Una deuda de gratitud. II.- La historia y la memoria. III.- Los registros de la memoria: 1. Una memoria. 2. La otra memoria. 3. El enaltecimiento de los derrotados. IV.- Los datos documentales en contraste con la memoria. 1. Corroboración documental de unas declaraciones. V.- Los elementos alógicos y contradictorios de una norma sobre «*la memoria histórica*» (Ley 52/2007, de 26 de diciembre. BOE número 310 de 27 de diciembre de 2007). VI.- Otro agradecimiento final.

### I. UNA DEUDA DE GRATITUD

Desde que el Director de la «Revista Española de Derecho Militar» nos hizo saber a los magistrados del Tribunal Supremo, a través del Presidente de su Sala Quinta, que los Consejos Editoriales y de Redacción de dicha publicación habían decidido dedicar el número correspondiente a enero-junio 2009 a la memoria de Agustín Corrales Elizondo, magistrado que fue de la aludida Sala desde el año 2001 hasta su muerte en 2009, concebí el propósito de colaborar en ese proyecto como agradecimiento por los desvelos que Agustín se tomó en orientarme para la consulta del Archivo del Tribunal Militar Territorial Primero, en el que estaban depositados los autos del procedimiento sumarisimo de urgencia 15.125, tramitado en mayo de 1939 para enjuiciar, entre otros, al maestro nacional de Móstoles Gerardo Muñoz Muñoz, a quien se le

imputó haber participado en la decisión de detener a varias personas de esta localidad, en los primeros días de la guerra civil, que fueron fusiladas el mismo día de su detención, entre las que estaba el cura Ernesto Peces Roldán.

Conocía la existencia de ese documento porque, en el año 1997, el sacerdote José Francisco Guijarro García, a quien le encomendaron llevar a cabo unos estudios previos a la apertura de un proceso de beatificación de los mártires de la antigua diócesis de Madrid-Alcalá por la persecución religiosa habida durante la guerra civil española, se entrevistó con mi padre y conmigo para informarse de algunos detalles relativos a las circunstancias que rodearon la detención y muerte del referido cura párroco, hermano mayor de mi padre; ocasión en que éste le indicó que se había seguido un proceso ante la jurisdicción militar contra determinados acusados, entre ellos el aludido maestro y el que fuera alcalde de Móstoles Modesto Montero Arribas, en cuya documentación pudieran aparecer hechos relevantes para la investigación que estaba realizando.

A pesar de la dificultad en dar con esas actuaciones procesales, el citado sacerdote logró su objetivo y no sólo encontró en ese Archivo Militar los autos del procedimiento sumarísimo tramitado por los hechos acaecidos en Móstoles a comienzos de la guerra civil, sino otros muchos de interés para el estudio que realizaba, como ha reflejado en su obra, publicada por La Esfera de los Libros en el año 2006 bajo el título «Persecución religiosa y guerra civil. La Iglesia en Madrid, 1936-1939», en la que relata (páginas 419 a 421) lo sucedido al cura párroco de Móstoles.

Constituye, por tanto, el aludido Archivo Militar un referente para «el conocimiento de nuestra historia y el fomento de la memoria democrática», a que aspira la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

A mí me ha servido para averiguar algunos hechos, a los que más adelante me referiré, y desmentir afirmaciones falsas tendentes a borrar de la memoria nuestra historia.

Cuando decidí colaborar en este homenaje a un antiguo compañero de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (cursos 1961-1966) y después en el Tribunal Supremo, elegí un tema muy distinto al que voy a abordar, cual es la objeción de conciencia en la doctrina jurisprudencial, sobre el que acababa de disertar en los últimos cursos de verano en Aranjuez organizados por la Universidad Rey Juan Carlos.

Días después comenté este propósito a mi buen amigo y colega Eduardo Calvo Rojas, quien, conocedor de mi empeño por reivindicar la historia y la memoria de aquellos hechos sangrientos a través de su investigación en archivos, me sugirió que analizase lo que sucede cuando la memoria se antepone a la historia.

Este consejo, unido a que la mediación de Agustín me fue tan valiosa para hallar el imprescindible apoyo documental en esa recuperación, me han llevado a las reflexiones que seguidamente voy a exponer.

## II. LA HISTORIA Y LA MEMORIA

Podemos convenir con Fernand Braudel («La historia y las ciencias sociales») que la que él denomina historia de corta duración es la historia-relato, la que, según Leopoldo Ranke, pretende siempre contar «las cosas tal como son»; estrato este imprescindible para construir una historia de media y larga duración válida en la interpretación de los fenómenos sociales.

Ahora bien, cuando la historia-relato se escribe desde la memoria, sin base documental alguna, puede suceder y de hecho sucede que la memoria, que Jean Piaget («Memoria e inteligencia») llama *inventiva*, construye o reconstruye las cosas, que se presentan así de forma distinta a como sucedieron. Este fenómeno se está produciendo en el episodio nacional de la «*memoria histórica*», o, al menos, ha sucedido en el caso que, como demostración empírica, voy a relatar en sucesivos capítulos por conocerlo de ciencia propia y estar constatado en sólidas fuentes documentales, que demuestran el falseamiento de la verdad histórica en dos obras concretas, que se han publicado con la finalidad de reivindicar una memoria que no es historia, cual son la del sedicente historiador Koldo Palacín Ara, titulada «Móstoles: memorias de un pueblo» y editada en el año 1991 por La Peña Barbacana de Móstoles, y la de la periodista María Antonia Iglesias González, titulada «Maestros de la República. Los otros santos, los otros mártires», editada en 2006 por La Esfera de los Libros, que recibió entusiástica acogida por algunos medios, entre ellos el diario «El País» en artículo publicado el día 27 de febrero de 2007 por Fernando Delgado.

Estos autores y sus cauces de divulgación, a pesar de haberles demostrado la falacia de sus relatos, se han negado, hasta el momento, a enmendar sus yerros, con lo que se ha consumado, una vez más en nuestra ya larga historia nacional, lo que Julio Caro Baroja nos contó hábil e ingeniosamente en su obra «Las falsificaciones de la Historia (en relación con España)».

## III. LOS REGISTROS DE LA MEMORIA

El suceso que voy a relatar ha tenido dos versiones antagónicas según la memoria personal y familiar de los afectados por los hechos.

## 1. UNA MEMORIA

La información que recibí desde que tuve uso de razón, debido a que el hecho marcó la vida de todos los componentes de una numerosa familia, es la siguiente: En la mañana del día 23 de julio de 1936, es decir a los cinco días del pronunciamiento del General Franco, tres o cuatro jóvenes armados se presentaron en la casa parroquial de Móstoles y detuvieron al cura párroco Ernesto Peces Roldán para, según manifestaron, conducirlo hasta la Dirección General de Seguridad en Madrid.

En aquellos momentos estaban con el sacerdote su padre y sus hermanos Consolación y Eliseo, quienes le aconsejaron que, para no resultar tan llamativo, se despojase de la sotana que vestía.

Durante todo ese día y noche los parientes del cura detenido no tuvieron noticia alguna, por lo que, a la mañana siguiente, su citado hermano se desplazó hasta la Dirección General de Seguridad, donde no había constancia alguna de la detención.

El día después corrió por Móstoles la noticia de que una mendiga, que conocía al cura, había visto su cadáver junto a un camino en un lugar conocido como Retamares, a la altura del kilómetro 11 de la carretera de Extremadura.

A los dos o tres días de este suceso, la mujer del sacristán indicó a los parientes del cura que había oído que a ellos, si continuaban en el pueblo, pudieran ocurrirles lo mismo, de manera que en el primer tren se dirigieron a Madrid dejando en la casa todas sus pertenencias, las que nunca recuperaron.

Eliseo Peces Roldán permaneció algunos días en la capital realizando gestiones para tratar de saber con certeza lo ocurrido, sin conseguirlo.

Terminada la guerra civil, los hermanos del cura, Ismael y Eliseo, se desplazaron hasta Carabanchel para hacer indagaciones, pues el lugar donde se dijo haberse visto el cadáver del cura pertenecía a este término municipal, y allí fueron informados de que, en los primeros días del inicio de la guerra, el Ayuntamiento había ordenado a algunos industriales, poseedores de camionetas, que recogiesen los cadáveres que había en diferentes sitios del término municipal. Visitaron a éstos hasta dar con un carnicero, quien les manifestó haber recogido del lugar indicado el cadáver de un varón de las características señaladas por aquéllos, al que trasladó hasta una fosa común en el cementerio de la localidad, de modo que la familia del cura Ernesto Peces Roldán, desde entonces, tuvo como su tumba aquella anónima sepultura.

En cuanto a los autores de su muerte violenta, la familia no tenía otras noticias que las provenientes de Móstoles, donde era de dominio público que, al igual que la de otras personas de la misma localidad (hasta treinta y



tres), había sido acordada y ordenada ejecutar por un denominado Comité Revolucionario, entre cuyos componentes estaban el que fuera alcalde de la localidad, Modesto Montero Arribas, y el maestro nacional de la misma, llamado Gerardo Muñoz Muñoz.

Pues bien, al acabarse la guerra civil, el Ayuntamiento de Consuegra, donde residían los padres y hermanos del citado cura, nombró una Comisión, formada mayoritariamente por miembros de Falange, con el fin de que se desplazasen a los campos de Levante, donde estaban recluidas personas huidas de sus respectivos lugares de residencia que habían tratado de salir de España, para comprobar si en ellos se encontraban quienes habían cometido los numerosos asesinatos que durante dicha guerra civil ocurrieron en la mentada localidad, a cuyo fin el Ayuntamiento puso a disposición de esa Comisión un vehículo con su correspondiente conductor.

Era chófer del Ayuntamiento en aquellas fechas otro hermano del cura Ernesto Peces Roldán, llamado Godofredo, que había sido taxista de profesión y durante la guerra civil le habían requisado su automóvil.

La mencionada Comisión se desplazó a las provincias de Valencia y Alicante, donde identificaron a personas que consideraban autores de los asesinatos acaecidos en Consuegra, ocasión en que Godofredo Peces Roldán reconoció al alcalde de Móstoles, Modesto Montero Arribas, con quien se encontraba el maestro Gerardo Muñoz Muñoz, a los que en Móstoles, ocupado por el ejército del general Franco a finales de octubre de 1936, atribuían el asesinato de diferentes personas, entre ellas del cura párroco Ernesto Peces Roldán, lo que aquél indicó a los componentes de la mentada Comisión, que lograron su detención en la prisión de San Miguel, al igual que las de otras personas, siendo transportadas todas hasta los calabozos de Consuegra, donde Modesto Montero Arribas y Gerardo Muñoz Muñoz estuvieron detenidos hasta que desde Móstoles acudieron para recogerlos y conducirlos a esta localidad.

Durante el tiempo que los dos denunciados por los vecinos de Móstoles estuvieron retenidos en Consuegra, la madre del cura asesinado les enviaba la comida porque los internados en los calabozos municipales de Consuegra eran alimentados por sus respectivas familias y aquéllos no la tenían.

## 2. LA OTRA MEMORIA

Por el contrario, la memoria de la familia del que fuera maestro nacional de Móstoles, Gerardo Muñoz Muñoz, hecha pública por su hija Celia Muñoz de Unzúe y su nieta Graciela Esperanza Ugarte Muñoz, a través de las obras antes citadas, es radicalmente opuesta.

La primera afirma lo siguiente: «aunque mis tías trataran de ocultármelo, yo cuando llegaba aquella ropa llena de sangre a casa, sabía que era de mi padre, pero no sabía el porqué. Lo supe mucho después. Me contaron que fueron a buscarlo. El hermano del cura, que se llamaba Ernesto Peces, fue al campo de concentración de Albaterra a buscarlo y, según me han contado, lo trajeron metido en un ataúd hasta Móstoles y ahí es donde les dieron ese trato repugnante que no sé ni cómo fueron capaces de hacerlo personas, porque eso no tiene nombre. Ya no tengo lágrimas que echar por estas cosas cuando las recuerdo, porque son tan duras... Y lo digo con la frialdad que me dan los 82 años que tengo ahora.

» Empezamos a saber más cosas ya en los años cincuenta o por ahí, cuando pudimos contactar con gente que había estado en el pueblo en esas fechas, porque antes había tal silencio y tal miedo que nadie hablaba. Nos enteramos por algún conocido que nos encontramos por casualidad y nos empezó a hablar... De no ser por eso no lo hubiéramos sabido, porque nosotros desde que salimos evacuados no hemos vuelto para nada a Móstoles. Cuando me enteré de todo yo debía de tener ya por lo menos 35 años, porque fue cerca de los años sesenta. Hasta entonces, no habíamos sabido nada.

»Lo que más me dolió fue imaginar el calvario que sufrió mi padre sin ninguna culpa, porque era un hombre honrado y decente hasta no poder más. Y que personas a las que él había estado dando clases que habían sido sus alumnos cuando tenían mi edad... que le hubieran abofeteado y le hubieran colgado en un balcón en el ayuntamiento de la plaza.. Y muchas cosas más que no me han querido contar y que yo aún no las sé, porque yo no he conocido a nadie que me diga: «Pues pasó esto, que yo estuve allí...». Lo que yo sé es porque se lo han contado a otros familiares, pero a mí directamente no me lo ha contado nadie, porque no se atrevían. Así que ha sido de mayor cuando he sabido la verdad, y cuando más he sufrido, pues no había noche en que no me acostara llorando pensando en lo que habrían sufrido mis padres, uno en una cárcel y otro en otra, sabiendo o pensando todas las cosas que les sucedían.

»Es un recuerdo que me ha martirizado toda la vida, porque no hay quien pueda sobrellevar eso. No puedo explicarme cómo pudieron llegar a ese ensañamiento. Pero he llegado a la conclusión de que tienen que ver mucho las envidias de los pueblos, y luego que mi padre siempre había estado con los más débiles, no con los ricos del pueblo. Tenía buena amistad con todo el mundo, se llevaba bien con todos, pero hacía más por lo pobres que por nadie, porque eran quienes más lo necesitaban. No veo otro motivo para que le hicieran aquello. Pero sospecho que tuvo algo que ver el cura, que tenía un hermano que era maestro, y todo su afán era que el maestro de

Móstoles fuera su hermano, en vez de mi padre. Ese cura, en esos momentos, era el párroco de Móstoles y se llamaba Ernesto Peces, y el hermano es el que fue a buscar a mi padre al campo de concentración de Albaterra para llevarlo a Móstoles.

»Mi padre, en sus cartas desde la cárcel, nunca nos hablaba de esa experiencia. Siempre decía: «De mi enfermedad voy mejor, no preocuparos porque todo esto va siguiendo su cauce». O sea, que había que leer entre líneas, porque él no estuvo nunca enfermo, no tenía ninguna enfermedad... Pero no podía poner: «El martirio que me han causado...». Él siempre le escribía a su mujer, a mi madre. Mi madre estaba presa en Ventas. Cuando vinieron a buscar a mi padre, no estaba en casa y ella dijo que no sabía dónde estaba... Entonces vino el hermano del cura, el que era maestro, y se le llevaron a la comisaría en Manuel Becerra, y de allí a la cárcel. Y allí la tuvieron veintisiete meses. Mi padre y mi madre se escribían de cárcel a cárcel. Y él también mandaba tarjetas a casa y decía: «Hay prisa en que activéis las cosas, llamad a... [un tío que él tenía que era abogado en Plasencia]... llamad a tal y tal... que dé informes míos, corre mucha urgencia...». Yo leía entonces todas esas cosas, pero no imaginaba lo que estaba pasando, no cabía en mi cabeza de niña que aquello le pudiera pasar a mi padre. Ahora, claro, las leo y saco muchas consecuencias de esas tarjetas, pero entonces no».

Por su parte, Graciela Esperanza Ugarte Muñoz manifiesta: «Fueron a buscarlo al campo de concentración de Albaterra, en Alicante, en cuanto llegó a Móstoles la noticia de que estaba allí. Por lo visto, debieron de estar indagando hasta descubrir dónde estaba, y fueron directamente desde Móstoles a buscarlo. De hecho, él en Madrid era una persona anónima, porque acababa de llegar de Móstoles para incorporarse a su nuevo puesto de trabajo, pero cuando se iba a incorporar comenzó la Guerra Civil, suspendieron las clases y se quedó sin trabajo, él y todos. Entonces se fue a vivir a casa de la abuela.. Fue el hermano del cura, que también era maestro, el que fue directamente a buscarlo.

»Todo el pueblo, todos los vecinos, tuvieron que salir a la calle y participar de la tortura de mi abuelo, porque si no les habían dicho que les iban a multar. La gente tenía mucho miedo, pero además es que tampoco tenía dinero.. Así que les prohibieron que se acercaran a ellos. Porque a mi abuelo no le llevaban solo, llevaban a más gente. Les trajeron metidos en un ataúd desde el campo de concentración de Albaterra, y eso ya les debía hacer pensar en lo que les esperaba cuando llegasen, si es que llegaban.. Porque me imagino que cuando vieron que les metían en un ataúd debieron pensar que ya les llevaban preparados, que no llegaban a Móstoles vivos. Pero llegaron a Móstoles y sufrieron todo eso. Les iban dando latigazos, arrastrándolos

por todo el pueblo. Creo que les hicieron como un recorrido y los iban maltratando; estaban ya semiinconscientes. Luego los tuvieron colgados con unas cuerdas de una de la ventanas del ayuntamiento. A él por lo menos: lo tuvieron allí colgado a la intemperie, medio desnudo, o sea, como si quisieran acabar con toda la dignidad de la persona. Dijeron que no se acercara nadie, pero uno de sus alumnos, un chico al que él había comprado todos los útiles para pintar, porque creía que tenía mucho talento y que podía ser pintor, este chico se acercó y le dio agua, a sabiendas de que por eso le podrían meter en la cárcel. Pero el abuelo estaba en tan malas condiciones que el alumno, por lo que me han dicho, no sintió que le reconociera.

»Por lo que me han contado, creo que participaron el que era alcalde en aquel momento, el cura y todos los oponentes políticos suyos, porque él se había señalado mucho políticamente. Eso también era un problema: no solamente expresaba sus ideas a la gente con la que estaba relacionado a nivel de enseñanza, sino que él pertenecía a la FETE (Federación de Trabajadores de la Enseñanza), iba a las reuniones y era un hombre que estaba comprometido políticamente; no era un señor que daba sus clases e iba a su casa, o hablaba en el casino.

»No les llevaron a la cárcel. Les tenían en un caserón que habilitaron como prisión, muy cerca de las escuelas, en la calle de enfrente. Desde allí se los llevaron para trasladarlos a Madrid.

»Creo que el elemento de venganza estaba ahí muy patente, desde el principio, además, porque a ellos les rebotaba muchísimo que mi abuelo tratara igual a todos los niños, fueran de quien fueran y procedieran de quien procedieran, e incluso que organizara unas clases nocturnas para que la gente aprendiera a leer y a escribir. De hecho, cuando fue el juicio, el 24 de mayo de 1939, le dijeron que reconocían que no tenía ningún delito de sangre, porque él se defendió a sí mismo en el juicio, pero que era una persona muy peligrosa para el régimen porque podía abrir los ojos a los demás, y eso era bastante más peligroso que haberte cargado a media humanidad.

»Intenté durante muchos meses encontrar el original del sumario del juicio de mi abuelo, que fue juzgado en un procedimiento sumarísimo de urgencia por su presunta actuación como miembro del llamado Comité Revolucionario junto a nueve personas más. Sin embargo, lo único que he podido recuperar han sido unas páginas sueltas del documento; el resto se ha perdido.

»Lo que sí he podido rescatar del Archivo General de la Administración es un documento desgarrador fechado un año después del fusilamiento de mi abuelo Gerardo. En él, la Comisión Depuradora del Magisterio de Madrid propone su «separación definitiva del servicio y baja en el escalafón

con pérdida de todos los derechos que pudo haber adquirido». Añade que en ese año, 1940, Gerardo está «suspense de empleo y sueldo», y continúa diciendo: Todos los numerosos informes relativos a dicho maestro concuerdan en afirmar su carácter revolucionario, como individuo perteneciente al Frente Popular y miembro preponderante en el Comité Rojo del pueblo, hasta el punto de considerársele como responsable directo de todos los asesinatos cometidos en aquél, por lo que fue fusilado en virtud de sentencia firme de los Tribunales de Justicia de Madrid.

»En realidad, lo que esta Comisión Depuradora perseguía no era sólo mancillar aún más el nombre de mi abuelo, suspendiéndole de empleo y sueldo estando ya muerto, sino condenar a su familia, que no podría disfrutar siquiera de las pensiones u otros derechos adquiridos por los maestros nacionales.

»En el expediente depurador se adjuntan además los informes de la Guardia Civil, del Alcalde de Móstoles y de las JONS. De ellos, lo que más me llama la atención son las declaraciones de sus convecinos de Móstoles, entre los que figura el médico, padrino de la hija menor de Gerardo y María y amigo de ambos, que en el informe dice: Fue la cabeza que hizo los maestros de este pueblo (*sic*). Estallado el Movimiento, fue la inteligencia al servicio del Frente Popular. Frío, vengativo, intervino dentro del Comité en la formación de las listas negras y posiblemente fue quien decretó la muerte de dos hermanos. Para él todo estaba bien con tal de triunfar.

»Yo no lo sé, pero no descarto que el miedo pudiera influir en este horror de calumnias y falsedades.

»El alcalde de Móstoles en aquel momento remite el siguiente escrito: Fundador del partido de Izquierda Republicana, siendo el inspirador, desde mucho antes de iniciado el Movimiento, de todos los acuerdos que adoptaban las Juventudes Socialistas. El 18 de julio, reunido con los más extremistas del pueblo, constituyeron el Comité Rojo, del que forma parte hasta la liberación de los nacionales. El referido Comité toma el acuerdo por unanimidad de asesinar a treinta y tres personas de derechas, cuyos crímenes los cometieron en distintos días. Asaltó las iglesias, de las que era destacado enemigo, saqueándolas y robando todas sus alhajas. Impusieron multas a personas de derechas y llevaron detenidas a cincuenta personas a la checa de Fomento, de la que desaparecieron varias. Malísima persona, autora principal de todos los vandálicos sucesos ocurridos en esta localidad. Indigna de figurar en la España nacional.

»El cura párroco de Móstoles también contesta al presidente de la Comisión Depuradora del Magisterio de Madrid: Don Gerardo Muñoz Muñoz, a quien se refiere este requerimiento, ha sido fusilado por la Justicia del

Caudillo por la intervención directa que tuvo en los desmanes y crímenes cometidos en esta villa de Móstoles. Dios le guarde a usted muchos años.

»Y en el informe de un vecino, en el apartado de observaciones, dice: «Era presidente del Comité Rojo, y es uno de los mayores culpables de los treinta y pico asesinatos de honrados vecinos de Móstoles; decía que «ni huidos ni prisioneros: matadlos a todos»; era también antimilitarista». En estas tres últimas palabras le doy la razón. Mi abuelo Gerardo siempre trató de transmitir a sus hijos su condición antibelicista y nunca permitió que en su casa entrara un juguete bélico, ni que sus hijos los utilizaran, aunque ellos no entendieran bien en esos momentos este comportamiento de su padre, cuando los demás niños jugaban con pistolas y fusiles, o con un palo que hacía la función de éstos.

»Yo creo que mi abuelo se temía lo peor, porque en las cartas que dirige a su mujer siempre le dice: «Tú sé valiente y no tengas miedo de lo que me pase. A mí lo que me va a pasar, me va a pasar de todas las maneras, tú tienes que tirar para adelante, que tenemos unos hijos, ayúdales, cuídales, que tú eres la que tienes que encargarte». Y ella contestaba diciendo que bueno, que no se preocupase, que iban a conseguir el indulto, que a ver si tal o que cual... Pero él insistía: «María, sé realista...».

»Constantemente trataba de convencerla de que él no iba a salir de la cárcel. Por otro lado, tenía esa esperanza «desesperanzada» de que llegara el indulto, de que encontraran alguna persona que hablara a su favor, que dijera que era una persona normal, que no había hecho nada y que no había cargos contra él. Hacía falta que dos personas firmaran una declaración así, y si eran dos falangistas, mucho mejor. Así que lo intentaron con Dionisio Paredes, un tío que tenían que era abogado y que tenía un bufete en Plasencia. Pero no dio resultado.

»Mi abuela conservaba muchas cartas que su marido había escrito desde el campo de concentración de Albaterra. En varias de esas misivas alude a la necesidad de un aval que permitiese su liberación. En la carta fechada el 19 de abril de 1939 escribe: Querida esposa e hijos: todavía no he recibido noticias vuestras; os he escrito varias cartas y en ellas os decía que para salir de aquí era preciso un aval de dos personas influyentes que garanticen mi honradez personal y que además digan que soy digno de vivir en el nuevo régimen nacional sindicalista.»

### 3. EL ENALTECIMIENTO DE LOS DERROTADOS

Esta última memoria familiar, tan celosamente hecha pública sin el mínimo esmero de contrastarla al menos con los protagonistas de la pri-

mera, lleva a la periodista señora Iglesias González a la conclusión de que «aparece en la *escena del crimen* un sacerdote, es el hermano de aquel maestro que odiaba tanto a Gerardo Muñoz como para ir a buscarlo y detenerlo en el campo de concentración de Albatera. Es el párroco de Móstoles quien informa, personalmente, a la Comisión Depuradora del Magisterio de Madrid de que el maestro ha sido fusilado por la Justicia del Caudillo», lamentándose de que sea «siempre un sacerdote el que va a repetir la misma mascarada, la misma ceremonia de la confusión, aunque en este caso la coartada de la defensa de la civilización cristiana se desmorona ante la obscena evidencia de que las motivaciones son más pequeñas y miserables, pues aquel sacerdote había intentado obtener, sin conseguirlo, la plaza de maestro de Gerardo Muñoz» (página 275 de «Maestros de la República»).

A quienes también conservan cuidadosamente la memoria de lo ocurrido al cura Ernesto Peces Roldán, que marcó para siempre las vidas de sus parientes, a los que aquél fue arrebatado el día 23 de julio de 1936 para no tener más noticias que la de haber aparecido a los dos días asesinado a tiros en una cuneta y arrojado su cadáver a una fosa común, lo menos que puede causarles el relato de la periodista María Antonia Iglesias González es estupor, pues nada más ni menos que ésta lo sitúa vivo en el año 1939 para informar a la Comisión Depuradora del Magisterio de Madrid de que el maestro Gerardo Muñoz Muñoz ha sido fusilado por la Justicia del Caudillo y ello como venganza de que no logró arrebatarse a aquél su plaza para dársela a su hermano maestro.

Si el relato de la Señora Iglesias González hubiese respetado, al menos, la cronología y fuese cierto que existió un acto de venganza por la cuestión de una plaza de magisterio, sólo cabría deducir, de emplearse la lógica, que quien fue víctima de la venganza fue el cura asesinado en el mes de julio de 1936 y no el maestro Gerardo Muñoz Muñoz, que vivió tres años más para contarlos.

No menos sugerente es el relato del historiador Koldo Palacín Ara, del que María Antonia Iglesias González recoge literalmente fragmentos, sin percatarse de que con ellos se desacredita su propia versión sobre el cura y su hermano maestro, al deducirse de aquél que ese cura de Móstoles, que tenía un hermano maestro, había sido asesinado al inicio de la guerra civil.

Después de referir las gravísimas acusaciones que vecinos de Móstoles vertieron contra el maestro Gerardo Muñoz Muñoz, entre las que estaba haber acordado el asesinato, entre otros, del cura del pueblo, Koldo Palacín asegura: «a Ernesto Peces, el cura del pueblo, no lo mató ni Gerardo ni nadie, que con las acusaciones que se hacen luego parece que se lo cargó todo el mundo. A este señor lo mató un grupo de descontrolados que venía

asesinando curas ya desde Toledo. Lo que este grupo hacía era llegar a los pueblos armados hasta los dientes y pedir al alcalde el listado de los ricos. Y a ver quién se lo negaba. Se llevaban a esa gente a Madrid detenidos y por el camino se los cargaban. El hecho cierto es que Gerardo Muñoz, con sus manos, no mató a nadie».

Este corto pasaje de la obra de Palacín Ara da una idea de su escaso rigor y de la falta de acento histórico, al mismo tiempo que proclama su propósito panegirista, que la periodista María Antonia Iglesias multiplica cuando confiesa que «estoy leyendo, y estoy llorando sobre una página en la que la nieta del maestro cuenta las vejaciones y torturas a las que le sometieron. Estoy llorando porque no puedo acercarme a las rejas del ayuntamiento, donde lo tienen atado, para darle siquiera un vaso de agua» (página 274), «no puedo evitar (sigue diciendo) que me venga a la mente la escena de una de las caídas de Jesús, camino del Calvario, y el socorro piadoso de algunas gentes que ¡eran mujeres! y que le acercaron a los labios un poco de agua» (página 274).

Pues bien, la señora Iglesias González no tiene recato alguno al situar en esa escena, cruel y vejatoria para cualquier persona, al cura, cuyo hermano maestro había corrido a detener en Albaterra al maestro Gerardo Muñoz, y ello por venganza de no haber conseguido para aquél la plaza de maestro de éste.

Los registros de la memoria pueden archivar hechos y datos falsos, lo que resulta explicable y hasta justificable para quienes padecieron tan trágicos sucesos, pero lo que no tiene excusa y constituye una ignominia es su utilización con el fin de encumbrar a alguien a costa de vilipendiar a los que, según datos históricos, fueron sus víctimas.

La pretendida memoria colectiva no puede tergiversar la historia ni basarse en la mentira.

Para ensalzar a los vencidos no es legítimo denigrar a sus víctimas.

¿Alguien duda en este país, con la historia en la mano, que miles de personas, entre ellas muchos curas y monjas, fueron asesinadas en la zona republicana, entre los años 1936 a 1939, sin que las autoridades, cuyo deber era velar por el orden público y la vida de los ciudadanos, movieran un dedo para evitarlo, esclarecer los hechos, identificar a las víctimas y castigar a los culpables? ¿No explica ese hecho una posterior venganza insensata y descontrolada, que llegó a contaminar las instituciones?.

Para colocar a cada uno en su sitio no basta con tirar sólo del registro de la memoria de los agraviados. Cuando menos, habrá que contrastarla con los documentos obrantes en archivos y con la memoria de *todos*, sin exclusiones. En el caso que me ocupa y en muchísimos otros esto no ha sucedido.



La flamante Ley 52/2007, de 26 de diciembre, llamada de la *memoria histórica*, a pesar de las buenas intenciones proclamadas en su Exposición de Motivos, no conseguirá preservar ni amparar nuestra historia ni la memoria democrática sin basarse en la verdad, la que no puede alcanzarse sino a través de una investigación recta e imparcial con abstracción de ideologías o credos, que, por ahora, resulta improbable a la vista de los acontecimientos, según trataré de demostrar al hilo de esta mínima porción de esa historia, que, a su vez, es memoria familiar sin cabal cobijo en los preceptos por aquélla promulgados.

#### IV. LOS DATOS DOCUMENTALES EN CONTRASTE CON LA MEMORIA

Sólo recogeré los hechos que constan en documentos obrantes en archivos al alcance de cualquiera que desee conocer la historia para contrastarla con las versiones de las transcritas memorias familiares.

Con ello intento demostrar que el conocimiento de nuestro pasado y el fomento de la memoria democrática no pueden basarse exclusivamente en la memoria personal y familiar, a pesar del derecho individual a la recuperación de éstas, que los artículos 1.1 y 2.1 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, reconocen, pues, de ser así, no se alcanzará el objetivo que esta misma Ley se marca en el apartado 2 de su artículo 1, que «pretende el fomento de los valores y principios democráticos, facilitando el conocimiento de los hechos y circunstancias acaecidas durante la Guerra Civil y la Dictadura, y asegurando la preservación de los documentos relacionados con ese periodo histórico y depositados en archivos públicos».

Hemos visto que la memoria familiar de los parientes del maestro nacional Gerardo Muñoz Muñoz, condenado a muerte en un juicio sumarísimo al término de la guerra civil, sitúa al cura párroco de Móstoles, Ernesto Peces Roldán, instigando y participando en el maltrato sufrido por aquél, una vez detenido, en el mes de mayo del año 1939, y ello para vengarse de no haber podido obtener para su hermano maestro la plaza que aquél ocupaba en la referida localidad, lo que da pie a la autora del libro «Maestros de la República. Los otros santos, los otros mártires» para afirmar, nada más ni nada menos, que: «La coartada de la defensa de la civilización cristiana, el espantajo del maestro anticlerical, se desmorona ante la obscena evidencia de que las motivaciones son más pequeñas y miserables, pues aquel sacerdote había intentado obtener, sin conseguirlo, la plaza de maestro de Gerardo Muñoz» (página 275).

Por el contrario, la familia del indicado cura guarda la memoria de su detención y desaparición, acaecidas en la mañana del día 23 de julio de 1936 sin que las autoridades de la II República hubiesen realizado actuación alguna para esclarecer tal hecho, de manera que su trágico final fue conocido sólo por referencias testificales hasta que los propios acusados de su asesinato ofrecieron en el proceso sumarísimo, visto por un Consejo de Guerra, los datos de su aprehensión y fusilamiento.

No obstante, el hecho innegable de su muerte violenta no tuvo acceso al Registro Civil, sin que sus parientes, al carecer aquél de patrimonio transmisible, promoviesen la declaración de su fallecimiento, desconociéndose, incluso, con exactitud el lugar de su enterramiento debido a que los datos sobre éste no pasan de ser meras conjeturas.

Más adelante analizaremos la protección que a una y otra memorias familiares antagónicas dispensa la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, cuyo objeto (artículo 1.1) es «reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar».

Además de los documentos obrantes en el aludido Archivo Militar custodiado por el Tribunal Militar Territorial Primero, que contienen las declaraciones y actas del procedimiento sumarísimo de urgencia número 15.125, en los que diferentes personas atestiguan el hecho cierto del asesinato del cura párroco de Móstoles ocurrido antes de la ocupación de este pueblo por las tropas de Franco, en el Archivo de la antigua Diócesis de Madrid-Alcalá se encuentra depositada una carta, que el Vicario General del Obispado, Juan Francisco Morán, una vez instaladas las oficinas de la Curia diocesana en Navalcarnero después de su ocupación por el llamado ejército nacional el 21 de octubre de 1936, dirige al Obispo de Madrid, fechada el 2 de diciembre de 1936, en la que, entre otros muchos datos de gran interés, se puede leer: «La suerte de los Curas de los pueblos visitados ha sido la siguiente: ...; al de Móstoles lo fusilaron».

Es decir, el día 2 de diciembre de 1936 el responsable de la Diócesis, de hecho reducida a los pueblos ocupados por esas *fuerzas nacionales*, asegura haber visitado el pueblo de Móstoles, en el que se da por fusilado a su cura, asesinato, por otra parte, recogido en innumerables archivos y registros, entre los que está la relación que el Ayuntamiento de Móstoles remite, una vez acabada la guerra civil, al Juzgado de Getafe, depositada en el Archivo Histórico Nacional (C.G., legajo 1509, Partido Judicial de Getafe, folio 327).

Todo este bagaje documental no es obstáculo a que una concreta memoria familiar y sus corifeos mediáticos sitúen a ese desdichado cura de

Móstoles, tres años después de su muerte, maltratando a uno de los acusados de su asesinato como venganza por no haber logrado para su hermano la plaza de maestro nacional de la que aquél era titular.

La pregunta que cabe hacerse es la de si tal memoria familiar también está entre los derechos individuales que la Ley 52/2007 protege, y de ser así habrá que interrogarse si la misma Ley puede amparar la memoria familiar que recuerda a su deudo sacerdote asesinado el día 23 de julio de 1936, según se corrobora con los documentos existentes.

Para ahondar más en las contradicciones entre la memoria y la historia, resulta que el hermano maestro de ese cura, fusilado antes de ser ocupado Móstoles por las tropas franquistas, no era maestro nacional porque no hizo las oposiciones para ello, sino maestro de la Institución Cruzados de la Enseñanza, fundada por el Obispo de Madrid-Alcalá Leopoldo Eijo Garay durante la segunda República, ejerciendo tal oficio, tanto antes como después de la guerra civil, exclusivamente en la localidad de Belmonte de Tajo (Madrid), donde contrajo matrimonio con la hija de una familia afincada por generaciones en dicho pueblo, según se desprende de su Libro de Familia y de la comunicación librada, el 17 de noviembre de 2008, por la Jefa del Servicio de Gestión de Personal Docente del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte del Estado español, en la que se expresa que no hay datos relativos a servicios prestados ni remuneraciones recibidas por aquél.

Estas circunstancias no han evitado que el Diario «El País», sumándose a la reivindicación de la memoria familiar del citado maestro nacional, publicase, el día 27 de febrero de 2007, un artículo de Fernando Delgado, en el que se afirma que «para entender mejor los recovecos de la miseria sacerdotal hay que tener en cuenta este dato: el cura de Móstoles había intentado conseguir la plaza de maestro de Gerardo Muñoz y no la obtuvo», periódico que, además, se negó a rectificar a pesar de haberle demostrado la inexactitud de su información.

La ceremonia de la confusión, a que alude la periodista Iglesias González en su indocumentada obra «Los Maestros de la República. Los otros santos, los otros mártires» (página 275), no cabe duda que está bien servida, al adolecer sus relatos del más mínimo rigor histórico y cronológico, lo que no ha sido óbice para la excelente acogida de dicha obra por una sociedad que no parece estar dispuesta a encararse a su propia historia, único medio de «suprimir elementos de división entre los ciudadanos con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles en torno a los principios, valores y libertades constitucionales», como propugna el artículo 1.1 de la tan citada Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

Continuemos con el examen de los archivos públicos, cuya integridad, complemento, difusión y accesibilidad trata de garantizar esa misma Ley en sus artículos 20 a 22.

Con la finalidad de averiguar todo lo relacionado con la detención en Albaterra del maestro Gerardo Muñoz Muñoz, respecto de la que las memorias familiares, antes descritas, son tan dispares, he rastreado en los archivos de Instituciones Penitenciarias y sólo he dado con el expediente penitenciario del que fue alcalde de Móstoles Modesto Montero Arribas, detenido y juzgado al mismo tiempo que aquél. Tal expediente, sin embargo, se inicia el 18 de mayo de 1939 cuando es entregado por agentes en la Prisión de Hombres de Yserías por orden del Auditor de Guerra, para ser trasladado a la Prisión de Porlier el 30 de mayo de 1939 y entregado a las fuerzas de la Guardia Civil el 24 de junio de 1939 a fin de proceder a ejecutar la pena de muerte a que había sido condenado por el Consejo de Guerra Permanente número 8 de la Plaza de Madrid.

No obstante, he podido encontrar en otros archivos públicos tres documentos de interés que permiten formar juicio respecto de las memorias referidas en el precedente capítulo.

En el procedimiento sumarísimo de urgencia número 15.125 de la Plaza de Madrid, que después examinaremos más detenidamente y que, en contra de lo manifestado por la nieta del maestro nacional Gerardo Muñoz Muñoz, está completo en el Archivo custodiado por el Tribunal Militar Territorial Primero, aparece una «*ficha clasificadora*», cumplimentada por el propio Gerardo Muñoz Muñoz en Albaterra el día 20 de abril de 1939, en la que, además de su filiación, manifiesta haber sido detenido en el puerto de Alicante y que antes había residido en Móstoles (Madrid) hasta octubre de 1936 y en Madrid hasta el 28 de marzo de 1939, permaneciendo en el Ejército con carácter forzoso desde el día 20 de enero de 1939 hasta el 22 de marzo de 1939 con el empleo de soldado en Unidad de Trabajadores n.º 13 y servido en las Brigadas 4.ª, 42, 75 como miliciano de la Cultura, afirma no poseer bienes ni tampoco su familia y da tres nombres: el de una mujer y dos varones, todos de Móstoles, quienes le conocen y pueden responder de su actuación y de sus residencias, al mismo tiempo que presenta una hoja de licenciamiento, títulos y nombramientos profesionales. Después de su firma, aparece, en la misma fecha, una diligencia en la que literalmente se lee: «En vista del resultado de todo lo manifestado y elementos de juicio de que se dispone se acuerda, con carácter provisional, considerar al individuo de referencia retenible, vocal de la Ejecutiva del Sindicato de Maestros de Madrid. La prisión o campo de San Miguel. Al pueblo de Orihuela», y siguen tres firmas.

El otro documento es un recibo, fechado en Consuegra el día 22 de abril de 1939, firmado por el Jefe de la Expedición con el V.º B.º del Jefe de F.E.T. y de las J.O.N.S. y también con la firma del Alcalde del Municipio y el sello del Consejo Municipal, en el que el indicado Jefe de la Expedición reconoce haber recibido de la Caja del Ayuntamiento de Consuegra la cantidad de doscientas setenta pesetas, importe de los gastos originados durante los días 13 al 18 ambos inclusive por motivo del traslado de presos desde Alicante hasta esta localidad.

Finalmente, he encontrado una nómina de haberes de empleados del Ayuntamiento de Consuegra, correspondiente a noviembre de 1939, en que aparece, con el empleo de chófer, Godofredo Peces Roldán, con un haber de trescientas pesetas, firmada por el interventor, el Alcalde y el Depositario. La firma del Alcalde es idéntica a la que suscribe el indicado recibo.

Evidentemente son datos fragmentarios, pero permiten corroborar la credibilidad del traslado de Gerardo Muñoz Muñoz y Modesto Montero Arribas desde el campo Albaterra hasta Móstoles, pasando por los calabozos de Consuegra.

Ya en Móstoles, figura en los mentados autos del procedimiento sumarisimo 15.125 una declaración prestada y firmada por Gerardo Muñoz Muñoz, con fecha 12 de mayo de 1939, ante el sargento de la Guardia Civil, en la que manifiesta que, iniciado el Movimiento, pasó a formar parte del Comité como miembro del mismo en representación de Izquierda Republicana, exigieron, de acuerdo con todos los componentes de aquél, cuyos nombres expresa, cantidades para sufragar los gastos que originaba el pago de individuos que luchaban contra las fuerzas de Franco, y ordenaron desalojar la ermita, de la que cogieron lo de más valor, entre otros objetos, que describe, un lienzo de El Greco, todo lo que entregaron en el Banco de España de Madrid a nombre del Ayuntamiento de Móstoles en calidad de depósito bajo inventario, lo que llevó a cabo él mismo en unión de Modesto Montero, Jesús Moreno Mera y del poeta Alberti, quien les enseñó dónde habían de llevarlo, al mismo tiempo que expresa que los asesinatos cometidos en Móstoles los acordaron los mismos que los cometieron, atribuyendo a Modesto Montero Arribas y a otros, que cita, el asesinato de Bienvenida Reyes, para terminar afirmando que, desde su salida de Móstoles, dejó de formar parte del Comité.

Ante dicho sargento y el mismo día presta declaración Modesto Montero Arribas, quien expresa haber pasado a formar parte del Comité en su condición de Alcalde de Móstoles, del que eran miembros Gerardo Muñoz Muñoz y los demás (menciona los que éste había referido en su declaración) y, preguntado por los que ordenaron los treinta y tres asesinatos en Móstoles,

declara que a los hermanos Castillo, llamados Francisco y Guillermo, los organismos antes citados (Comité, Ayuntamiento, Casa del Pueblo) ordenaron detenerlos para su traslado a Madrid y entrega a la Dirección General de Seguridad, nombrando seguidamente por su nombre y apellidos a tres varones que practicaron la detención y que, en lugar de llevarlos a donde se les ordenó, los condujeron a la Casa de Campo, donde los asesinaron, los mismos que, una vez que regresaron a Móstoles, cogieron al señor cura párroco, al que también se llevaron a Cuatrovientos donde lo asesinaron, en cuyo hecho participó un hermano del dicente, para continuar refiriendo otras actividades realizadas por el Comité y sus componentes, asegurando que los destrozos de la iglesia parroquial y de la ermita los ordenaron los mismos organismos y que todo lo que de valor encontraron en los templos lo recogieron y transportaron, junto con Gerardo Muñoz Muñoz y otro que no recuerda, al Banco de España de Madrid, donde lo entregaron bajo inventario.

Aparece en el mismo procedimiento un informe del Alcalde de Móstoles, fechado el día 16 de marzo de 1939, en el que se relatan hechos criminales atribuidos a los distintos acusados, y, concretamente en relación con Gerardo Muñoz Muñoz, se expone que fue organizador del partido Izquierda Republicana, miembro destacadísimo del Comité Revolucionario e inspirador de los acuerdos que adoptaba, a cuya propuesta se tomó el de asesinar a los hermanos Castillo y al Sr. Cura, redactando el propio Gerardo los oficios; acordó la ejecución de treinta y tres personas y de otro número mayor, que, trasladados a la Checa de Fomento, murieron en Paracuellos. De otro de los acusados se dice que intervino en la detención del Sr. Cura sacándolo de su domicilio empuñando una pistola.

Todos los acusados, el día 17 de mayo de 1939, declaran ante el juez militar, ratificándose unos en la declaración prestada ante la Guardia Civil y otros no, al tiempo que vierten acusaciones entre ellos. Concretamente Gerardo Muñoz Muñoz manifiesta que el desalojar la ermita fue para establecer un hospital de sangre ordenado por el Gobierno Civil de la Provincia y que no fue autor moral de los asesinatos cometidos en Móstoles, donde sólo se cometieron cuatro por las personas que identifica, entre ellos el exalcalde Modesto Montero Arribas y su hermano, ignorando los autores de los demás asesinatos, pues ya se encontraba en Madrid cuando acaecieron. Recuérdese que en la aludida *ficha clasificadora*, cumplimentada el 20 de abril de 1939 en Albaterra, consignó que había residido en Móstoles hasta octubre de 1936. Hay que tener presente que dicho mes fue cuando las tropas franquistas entraron en esta localidad.

Otros acusados reconocen haber sido asesinado, antes de esa fecha, el cura del pueblo, si bien uno de ellos, al que se incluía entre los que fueron

a detenerle, asegura que no participó en tal detención sino que fue otro de los miembros del Comité Revolucionario.

El mismo día 17 de mayo de 1939, el propio juez militar dicta auto ratificando el procesamiento de los siete acusados y decreta su prisión comunicada, mandando remitir las diligencias al Auditor de Guerra, formulándose por la Fiscalía del Ejército la acusación el día 22 de mayo de 1939, en la que, entre otros cargos, achaca a Gerardo Muñoz Muñoz haber realizado la propuesta al Comité Revolucionario de Móstoles de asesinar a los hermanos Castillo y al Cura párroco, solicitando la pena de muerte para cinco de los procesados, entre ellos Gerardo Muñoz Muñoz.

La vista tuvo lugar ante el Consejo de Guerra Permanente número ocho el día 24 de mayo de 1939 y en ella el Fiscal solicitó la pena de muerte para todos los procesados, mientras que su Defensor, por estimar que no concurrían agravantes, pidió para Modesto Montero Arribas y Gerardo Muñoz Muñoz la pena de treinta años de reclusión y para los demás pena menor, terminando la vista con la audiencia de los procesados, en la que Modesto Montero Arribas manifestó no haber matado ni maltratado a nadie y Gerardo Muñoz Muñoz que no se manchó las manos de sangre.

En la misma fecha de 24 de mayo de 1939, el Consejo de Guerra Permanente número ocho, compuesto por un Presidente y cuatro vocales, uno de ellos ponente, dictó sentencia en la que declaró probado que los procesados Modesto Montero Arribas y Gerardo Muñoz Muñoz han sido dirigentes del movimiento rojo en el pueblo de Móstoles, formando parte del Comité Revolucionario allí creado, al que debe atribuírsele el asesinato de treinta tres personas, cuyos hechos considera constitutivos de un delito de adhesión a la rebelión militar del párrafo segundo del artículo 238 del Código de Justicia Militar con las agravantes de perversidad y trascendencia de los hechos del artículo 173 del mismo Código, por lo que les condenan a la pena de muerte, sentencia aprobada por la Auditoria de Guerra el día siguiente 25 de mayo, suspendiéndose su ejecución hasta tanto no se reciba el enterado del Generalísimo Jefe del Estado, que recae el 10 de junio de 1939, siendo ejecutada dicha pena el 24 de junio de 1939, según certificación del médico militar de la Plaza, e inhumado el cadáver de Gerardo Muñoz Muñoz en una sepultura temporal de la meseta 1.<sup>a</sup>, número 5, manzana 1, número 93, del Cementerio Municipal, el mismo día 24 de junio de 1939, e inscrita su defunción en la Sección de Defunciones, libro 215, folio 218, número 1521, del Registro Civil del Distrito de Buenavista.

Los hechos delictivos atribuidos al maestro nacional Gerardo Muñoz Muñoz y al que fuera alcalde de Móstoles, Modesto Montero Arribas, no aparecen imputados a éstos sólo en el procedimiento sumarísimo de ur-

gencia, que acabamos de resumir, sino también denunciados en otros procesos, seguidos por igual trámite con los números 150 y 51.101, o en los sumarísimos ordinarios 20.415 y 59.125, lo que, indiscutiblemente, habrá que considerar que pertenece a la memoria personal y familiar de quienes fueron víctimas de esos delitos, por más que tales procedimientos adoleciesen de la falta de garantías que acompaña siempre a los seguidos ante tribunales especiales o de excepción, con independencia de las cualidades jurídicas de sus miembros, lo que a lo largo de la historia se ha repetido en demasiadas ocasiones y aun hoy se sigue contemplando, incluso en democracias avanzadas, cuyas prácticas, desgraciadamente, siempre cuentan con conspicuos y sesudos defensores de ideologías y hasta de intereses inconfensables.

Esto es lo que sucedió con los procedimientos sumarísimos tramitados y sentenciados por aquella jurisdicción militar de excepción, hechos que, aunque merezcan reprobación, no desaparecen de la realidad histórica por más que la ley prive a sus decisiones de eficacia jurídica, límite en las aspiraciones de una ley, siempre con las cortapisas impuestas por ciertos principios, entre ellos los de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas sancionadoras o limitativas de derechos, contando, además, con toda la complejidad que rodea al denominado Derecho intertemporal.

Es razonable, por tanto, que, transcurrido el tiempo, sólo a la ciencia social de la historia corresponda el juicio sobre acontecimientos y comportamientos a través de los métodos y técnicas propios de su investigación, resultando, como trataré de explicar, vano empeño el de la ley que pretenda escribir la historia. Tal aspiración dejará siempre maltrechos y malparados derechos individuales, al mismo tiempo que, inevitablemente, perturbará la conciencia histórica común.

Concedores de estas limitaciones, lo autores del Proyecto, que cristalizó en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, repiten una y otra vez en su tramitación parlamentaria que «ni los gobiernos ni los parlamentos están para sustituir a los historiadores, es a ellos a quienes corresponde escribir la historia; tampoco le corresponde al legislador construir o reconstruir, determinar o implantar una supuesta memoria colectiva» (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados correspondiente a la sesión plenaria n.º 206 del día 14 de diciembre de 2006), insistiendo en que el Proyecto trata de recuperar la memoria personal «porque la memoria tiene que ver con la relación que las personas establecen con su pasado y, por tanto, exige una reelaboración necesariamente personal».

Sin embargo, aunque no prosperasen las enmiendas a la totalidad del Proyecto, presentadas por algunas minorías parlamentarias, muy críticas,



aunque sin argumentos jurídicos, con la Sala Quinta del Tribunal Supremo por su resistencia a las revisiones de juicios seguidos ante la jurisdicción militar, la Ley 52/2007 fue finalmente promulgada, la que, al consagrar el derecho de todos los ciudadanos a la recuperación de su memoria personal y familiar, invade espacios reservados a la historia y, por consiguiente, margina o desconoce el derecho mismo que proclama, para, en definitiva, terminar haciendo lo que en su Exposición de Motivos declara abiertamente que no es tarea del legislador, cual es implantar una determinada memoria colectiva, de espaldas, además, a la historia.

## 1. CORROBORACIÓN DOCUMENTAL DE UNAS DECLARACIONES

En el proceso sumarísimo tramitado ante el citado Consejo de Guerra Permanente, tanto el maestro nacional como el exalcalde encausados afirman haber trasladado personalmente objetos de valor, expoliados de los templos de Móstoles, hasta el Banco de España de Madrid, tarea en la que, asegura dicho maestro, les acompañó el poeta Alberti y Jesús Moreno Mera, entre cuyos objetos menciona expresamente «un lienzo del Greco».

Pues bien, este episodio singular resulta corroborado por pruebas documentales anteriores y posteriores a ese relato.

El templo parroquial de Nuestra Señora de la Asunción de Móstoles, que fue incendiado después de apresar y asesinar al cura, guardaba, desde tiempo inmemorial, un lienzo de El Greco, que representa la «La Santa Faz» y se exhibía en uno de los muros de aquél tras unos barrotes de hierro, según consta en documentos obrantes en el Archivo del actual Obispado de Getafe (Móstoles fábrica 2/2-20 y 2/2-28). Así, en este Archivo aparece una comunicación que, el 17 de diciembre de 1931, el entonces cura párroco de Móstoles dirige al Obispo, en la que le da cuenta de la propuesta de un concejal al Consistorio para vender esa obra de El Greco y repartir su precio entre los vecinos. El 5 de marzo de 1932, el mismo cura contesta al requerimiento que el Alcalde le había enviado el 3 de marzo de 1932 para que mostrase la escritura de propiedad de la pintura de El Greco, a lo que replicó, en apoyo de los derechos de la Parroquia, con lo dispuesto en los artículos 45 de la Constitución, de 9 de diciembre de 1931, y 1.955 del Código civil.

Terminada la guerra civil en 1939, el referido lienzo de «La Santa Faz» llega al Museo del Prado, institución que, según carta dirigida por el Director de este Museo, Fernando Álvarez de Sotomayor, al cura ecónomo de Móstoles, Vicente Romo, el día 14 de octubre de 1942 (Caja 107, legajo 13.06, Expediente 6, del Archivo del Museo del Prado), lo salvó al evitar

que fuese confundido con los exportados por la II República sin procedencia cierta y notorio peligro de que no hubiese vuelto a España, así como de su ruina inminente mediante su forrado y cuidadosa limpieza en el taller de restauración, tarea costosa y difícil, por lo que el Museo tiene deseo legítimo de conservarlo mediante su compra, que el Obispo considera razonable, con cuyo precio podrán hacerse mejoras en el templo de la Parroquia de Móstoles, a la que pertenecía dicha obra de El Greco.

El 3 de noviembre de 1942, el cura ecónomo de Móstoles contesta al mencionado Director del Museo, informándole que la venta debe ser concertada por el Obispo, si bien expresa su deseo de que lleguen a un pronto acuerdo para que el templo parroquial pueda cuanto antes reconstruirse, pues lo que de él queda amenaza con desmoronarse (Caja 107, legajo 13.06, Expediente 6, del Archivo del Museo del Prado).

Finalmente, en idéntica caja, legajo y expediente del Archivo del Museo del Prado, aparece un documento, fechado el 2 de noviembre de 1944, en el que el Director del Museo manifiesta haber recibido del Excmo. Sr. Obispo de la Diócesis el cuadro del Greco «La Santa Faz», propiedad de la Parroquia del pueblo de Móstoles y que el Prado ha adquirido en la cantidad de cien mil pesetas, así como otro documento, fechado el 7 de diciembre de 1944 y firmado por el Obispo de Madrid-Alcalá, en el que éste declara haber recibido del Sr. Director del Museo del Prado la cantidad de cien mil pesetas para abono del cuadro del Greco, «La Santa Faz», propiedad de la Parroquia de Móstoles y que el Patronato de dicho Museo adquiere con destino al mismo.

Los archivos, en los que consta la peripecia del lienzo de «La Santa Faz» de El Greco, corroboran que el maestro nacional Gerardo Muñoz Muñoz y el exalcalde de Móstoles tenían conocimiento de su paradero una vez incendiado el templo, lo que demuestra su protagonismo y poderes de decisión en aquellas circunstancias confusas y turbulentas. A cualquier vecino de Móstoles no le habrían permitido decidir el destino de esos objetos preciosos. Sólo quienes ostentaban autoridad estaban en condiciones de hacerlo.

## V. LOS ELEMENTOS ALÓGICOS Y CONTRADICTORIOS DE UNA NORMA SOBRE «LA MEMORIA HISTÓRICA» (LEY 52/2007, DE 26 DE DICIEMBRE. BOE NÚMERO 310 DE 27 DE DICIEMBRE DE 2007)

A lo largo de toda la tramitación parlamentaria de esta Ley se repite insistentemente la necesidad de buscar la verdad de lo ocurrido en la gue-

rra civil de 1936 a 1939 y durante el régimen dictatorial que la sucedió, si bien algunos de los proyectos alternativos la concebían como norma reguladora de una causa general a la dictadura franquista por los crímenes a la humanidad cometidos durante ella. Finalmente, el proyecto fue aprobado por ciento noventa y cuatro votos a favor, ciento veintisiete en contra y una abstención, entre los trescientos veintidós votos emitidos.

Ya en el debate parlamentario se echa de menos un auténtico interés por hallar cumplidamente la verdad y descubrir la historia española durante esos años 1936-1939, al no aludirse en ningún momento a los abominables actos cometidos o permitidos por las autoridades de la II República, que por acción u omisión llevaron a cabo un auténtico exterminio de un grupo social debido a sus creencias cristianas o católicas, concretamente de los curas, religiosos, monjas y algunos laicos por el mero hecho de su profesión de fe, además de la multitud de personas asesinadas por considerarlas desafectas al ideario político imperante en los centros de poder y en las instituciones de esa II República.

Se ha intentado justificar ese silencio de la Ley 52/2007 con el argumento de que todas esas víctimas ya recibieron su reconocimiento y reparación por el Estado durante la dictadura de Franco, lo que, además de ser incierto, no justificaría que en un Estado social y democrático de derecho, como el instaurado con la Constitución de 1978, se les olvide a pesar de haber sufrido una persecución tan cruel e injusta como la de los represaliados por la Dictadura, aunque, ciertamente, ésta se prolongó por más tiempo, durante el que se impidió la reparación de los vencidos, si bien es obvio que no todos éstos merecen el mismo reconocimiento porque, entre ellos, hubo genocidas y asesinos, que no han dejado de serlo porque fuesen juzgados y condenados por unos tribunales que la misma Ley 52/2007 ha declarado ilegítimos.

Se ha dicho también que esta Ley trata de reparar moralmente y recuperar la memoria de cualquiera que hubiese sufrido violencia personal por razones políticas, ideológicas y de creencia religiosa durante la Guerra Civil (párrafo quinto de la Exposición de Motivos y artículo 2. 1 y 2), pero, como veremos, dicha Ley no hace visibles las responsabilidades jurídicas, morales y políticas de la II República. Se echa de menos, como he indicado, su expresa mención, a pesar de que sus instituciones o autoridades, en los territorios donde aquélla ejercía plena y absoluta soberanía, ordenaron, propiciaron o toleraron esos múltiples y aun no bien conocidos asesinatos, torturas y detenciones de personas completamente inocentes, a los que por sus creencias, su clase social o su ideología política se les consideró enemigos del orden establecido o que se aspiraba a instaurar.

No es, por tanto, la Ley consecuente con el objetivo de concordia que proclama, al pretender, a través del silencio, dejar fuera del conflicto, que tantas injusticias y agravios causó, a algunos de sus principales protagonistas, cual fueron las instituciones y autoridades de la II República, lo que se oculta, con el fin de evitar consecuencias individualizadoras o de personificación, y se sustituye por la genérica e inespecífica expresión de «*consecuencias de la guerra civil*» (Exposición de Motivos) o «*durante la Guerra Civil*» (artículos 1 a 4 de la Ley).

Esa falta de memoria de lo acaecido en la II República pesa sobre la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, y, por consiguiente, en contra de lo que afirma el penúltimo párrafo de su Exposición de Motivos, coopera a la implantación de una determinada memoria colectiva con absoluto olvido o desprecio de la historia y, por consiguiente, pretiriendo y marginando memorias personales o familiares que sufrieron persecución y violencia desde las instituciones de aquélla, lo que impide que se profundice en el espíritu de reencuentro y concordia que proclama.

Desde su primer artículo, en el que se fija el objeto de la Ley, ésta se sitúa de espaldas a la historia al aludir sólo a la persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.

Se puede intentar justificar la mención exclusiva de estos dos acontecimientos con el argumento de que los desmanes cometidos por la II República durante la Guerra Civil quedan también reconocidos y reparados por la Ley, pero ni es exacto que todos sus crímenes se cometiesen durante ella, pues algunos lo fueron antes, y, además, ese silencio da pie a entender que las violencias o persecución eran consecuencia exclusivamente de dicha Guerra, cuando lo cierto es que, efectivamente, había una zona, la llamada nacional, donde no llegaba su autoridad por estar bajo dominio de los rebeldes, pero había otra, la denominada republicana, cuyos ciudadanos, sin estar en el frente sino en la retaguardia, sufrieron la violencia y la persecución ejercida, fomentada o admitida por sus autoridades, debido a sus creencias o ideología. Así, muchísimas personas fueron encarceladas o se les daba muerte, con o sin juicio previo, sin que desde sus instituciones se realizase actividad alguna para impedir o esclarecer todos esos actos criminales.

Una memoria respetuosa con la verdad y la historia tendría que tener presente esa realidad de la II República para someterla a idéntico juicio de reprobación, especial y precisamente por su legitimidad de origen, que la diferenciaba de los rebeldes.

Ese consciente olvido de la Ley provoca que se perpetúen los elementos de división entre los españoles y es un obstáculo para la cohesión y so-

lidaridad entre sus diversas generaciones, aunque una mayoría parlamentaria la haya sancionado, porque quienes sufrieron persecución y violencia desde las instituciones de la II República se considerarán marginados. La superación de la división sólo puede lograrse si se admiten los hechos tal y como fueron realmente, sin tergiversarlos.

El que la memoria de muchas víctimas no se haya visto reconocida por haberse encubierto, durante largo tiempo, a sus victimarios no es razón para olvidar a las demás, cuyos verdugos ya fueron denunciados o condenados, a quienes, sin distinción, busca ahora rehabilitar la Ley 52/2007 con la declaración de ilegitimidad de los tribunales que los condenaron (artículo 3), sin juicio alguno de revisión en el que pueda valorarse si participaron o no en los horrendos crímenes que les imputaron en su día, sino a través de una declaración administrativa de afectado por las resoluciones de aquellos órganos jurisdiccionales proscritos en la propia Ley.

Cabe preguntarse el alcance jurídico que tienen esa declaración legal de ilegitimidad y la administrativa de reparación y reconocimiento personal.

Parece que su finalidad no es otra que la reparación moral y la recuperación de la memoria personal y familiar a que se refiere el artículo 2 de la misma Ley, en el que, con una técnica impropia del carácter coercitivo de las normas, se declaran *injustas* todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia por razones políticas, ideológicas y de creencia religiosa durante la Guerra Civil y la Dictadura, lo que era obvio y evidente antes de la promulgación de ese precepto de oscuro significado.

Cuestión distinta es si con la declaración de ilegitimidad de los tribunales y la declaración administrativa de afectado por sus resoluciones se pretende hacer desaparecer de la denominada *memoria colectiva* los crímenes que muchos de los condenados por aquéllos cometieron realmente, lo que constituiría una agresión intolerable para la memoria de sus víctimas y de sus familiares, además de un atentado histórico. Si tales declaraciones no pasan de ser una constatación de que hubo condenas pronunciadas por tribunales sin garantías, tal recordatorio resulta innecesario en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna, entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico, la justicia (artículo 1 de la Constitución).

El conflicto, al que el legislador no ha sabido o no ha querido enfrentarse, es el derivado de dos realidades inconcusas, cual son que, si bien esos tribunales excepcionales carecían de garantías, muchos de los condenados habían cometido gravísimos delitos, pues resulta impensable que el legislador opine, como en el caso que ha dado pie a estas reflexiones, que a los miles de asesinados en la llamada zona republicana no los mató nadie, que los acusados fueron compelidos a confesarse culpables o que todos

los testigos, que depusieron ante los Consejos de Guerra o los Tribunales Militares de excepción, mintieron. A los vencidos o sus familiares no se les puede privar de su memoria pero a las víctimas de aquéllos y a sus familias tampoco.

Cuando la Ley reconoce el derecho de todos los ciudadanos a la recuperación de su memoria personal y familiar (artículo 2) habrá que entender que tal derecho, legalmente protegible, nacerá cuando sea fiel reflejo de los hechos realmente acaecidos, pues, de lo contrario, se corre el riesgo, como en la pequeña historia antes relatada, de estar amparando legalmente una memoria inexacta.

Me pregunto si el Ministerio de Justicia, para expedir la declaración contemplada en el artículo 4 de la Ley 52/2007, tiene que examinar y valorar los hechos determinantes de las condenas o es suficiente con que compruebe la existencia de éstas. Lo primero no es tarea propia de la Administración sino de la Jurisdicción, y si fuese lo segundo no tiene sentido, porque la constatación de la condena se justifica con la expedición de una certificación de la sentencia, de manera que esa declaración no pasa de ser meramente simbólica.

En definitiva, son los tribunales de justicia los únicos competentes para revisar las sentencias de esos tribunales excepcionales, aunque la Ley 52/2007 les haya declarado ilegítimos, y los que han de señalar las reparaciones o reconocimientos procedentes como consecuencia de ese juicio de revisión.

Sobre las declaraciones administrativas, previstas en la citada Ley, gravitará siempre la duda de su legitimidad, de modo que no alcanzarán la finalidad pretendida por aquélla.

Es posible que el legislador, para soslayar la negativa de la Sala Quinta del Tribunal Supremo a revisar algunos juicios, haya optado por el atajo de atribuir a la Administración Pública, más dócil a los designios del poder político, esas atribuciones exorbitantes, para lo que, previamente, ha declarado la ilegitimidad de los órganos jurisdiccionales en el artículo 3 de la Ley.

No obstante, por muy ilegítimos que fuesen aquéllos, al haberse residenciado en sede administrativa esos cometidos del artículo 4 de la Ley, las reparaciones y reconocimientos siempre quedarán bajo sospecha de parcialidad.

No cabe duda que con los indicados preceptos el legislador ha prestado atención a la protesta injustificada de una minoría parlamentaria, que reprochaba al Gobierno haber «sucumbido ante el creciente protagonismo de los sectores más reaccionarios de las Fuerzas Armadas y de la judica-

tura, personas instaladas en una cosmovisión histórica conformada por 40 años de dictadura», lo que su portavoz ejemplificaba con «la actitud de los jueces de la Sala Militar del Tribunal Supremo ante la sentencia que deniega la revisión de los consejos de guerra de Joan Peiró, Joaquín Delgado o Francisco Ganado» (Diario de Sesiones, número 222, año 2006, página 11262).

El conflicto está también latente en la interpretación de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley, que se refiere a la localización e identificación de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil o la represión política posterior y *cuyo paradero se ignore*. ¿Se considera ignorado el paradero cuando no haya sino conjeturas o siempre que no exista una constancia fehaciente de defunción e inhumación habrá que entender que se está ante su paradero ignorado?.

Al regular el destino de los símbolos y monumentos públicos en el artículo 15, la Ley retorna a su premeditada indefinición por aludir exclusivamente a la Guerra Civil, creando la duda de si se refiere sólo a un bando, el de los vencedores, a pesar de que entre los vencidos se cometieron toda clase de tropelías, lo que no ha sido obstáculo a que, en los últimos años, se les haya inmortalizado también a través de distinciones y enseñas. El alcance del precepto es de una ambigüedad calculada, sobre todo en su apartado 2, al señalar que la retirada no será de aplicación cuando las menciones sean de estricto recuerdo privado sin exaltación de los enfrentados. ¿Cuándo y quién define este concepto?.

Por otra parte, si la finalidad es favorecer la reparación moral y la recuperación de la memoria personal y familiar de las víctimas, ¿por qué razón no es compatible la recuperada hace tiempo con la que se trata de recobrar?. El designio de la norma parece, más bien, orientado a la desaparición de aquella para que resplandezca la nueva. ¿No ahonda esto la división y prolonga la confrontación?.

En cualquier caso, es de suponer que la memoria, cuya recuperación procura la nueva Ley, será aquella que sea conforme con la realidad y la verdad de los hechos acontecidos, porque resultaría contrario a la rectitud consustancial de una norma que permita desfigurarlos para favorecer una interpretación sesgada.

Un colectivo social puede decidir exaltar a quienes considere sus héroes, pero sin ignorar cómo fueron y lo que hicieron, porque tapar sus vergüenzas es corromper la historia e hipotecar un futuro de convivencia pacífica.

Nadie puede impedir a los familiares, devotos o seguidores honrar a sus muertos, pero en un Estado democrático de Derecho no cabe ignorar

sus actos, de modo que aunque sea admisible el homenaje a una persona injusticiada o encarcelada durante la Guerra Civil o la Dictadura por la condena de un tribunal sin garantías, habrá que reconocer y admitir los crímenes que cometió. El ser víctima de una condena injusta no convierte en honorable su conducta ni en justos sus actos. Lo que, en definitiva, preserva la justicia y la equidad es una memoria acorde con la historia, mientras que, por el contrario, aquéllas se desvanecen cuando la memoria tergiversa la historia.

De aquí la objetividad y el rigor que habrán de observar el recién creado Centro Documental de la Memoria Histórica y el Archivo General de la Guerra Civil, regulados en el artículo 20 de la Ley 52/2007, para discernir entre la investigación y la invención. De ésta he tratado de ofrecer una muestra desde una trágica experiencia de dos memorias personales y familiares contrapuestas, de las que sólo una puede ser cierta.

## VI. OTRO AGRADECIMIENTO FINAL

No debo concluir estas reflexiones sobre la historia y la memoria sin expresar mi agradecimiento a Joaquín Leguina, que es una de las personas a quienes escribí por haber colaborado en la divulgación de esa memoria enfrentada con la mía, al prologar el capítulo del libro en que se cuenta esa versión particular sobre el cura y el maestro de Móstoles. De todas esas personas, sólo él ha tenido la bonhomía de contestarme e indicarme que su prólogo no glosó los hechos porque los desconocía hasta recibir mi carta, al mismo tiempo que me remite un artículo suyo, del que extraigo un párrafo por el interés que tiene para quienes estén en disposición de ser imparciales en el tratamiento de la historia y de la memoria: «imaginemos, por un momento, que las propuestas judiciales de Garzón prosperaran y se abriera un proceso penal contra los asesinos franquistas que enterraron en las cunetas a sus víctimas..., pues en tal caso tendría que hacerse lo mismo con los asesinos de la otra parte, aquéllos que en la retaguardia republicana se dedicaron a dar «paseos» y a llenar los parques públicos y los cementerios de cadáveres. Porque, dejémoslo bien claro: en los dos bandos se practicó una enfurecida «limpieza étnica»» («*Muertos y sepulturas*»).

Lamento que los autores de esos relatos imaginarios, Koldo Palacín Ara y María Antonia Iglesias González, no se hayan dignado contestar mis documentadas informaciones o que el Diario «El País» se negase a rectificar, pero puedo entender que con sus publicaciones no busquen la verdad y la historia sino otros fines.



## EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES. SU HOMOLOGACIÓN INTERNACIONAL

Ignacio Sierra y Gil de la Cuesta  
*Magistrado Emérito del Tribunal Supremo*  
*Ex-Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo*

### SUMARIO

I.- Cuestiones generales. II.- El procedimiento para obtener la declaración de ejecutoriedad.

#### I. CUESTIONES GENERALES

1. El sistema de reconocimiento y declaración de ejecutoriedad que se recoge en los instrumentos internacionales de referencia se caracteriza, en primer término, por acogerse a un sistema procesal de homologación, y no conflictual: la eficacia de la decisión extranjera se condiciona al cumplimiento de determinados requisitos, normalmente de carácter procesal, establecidos al efecto, al margen, pues, de la ley aplicable al fondo del asunto. Es, en segundo lugar, un sistema que responde a un modelo de exclusividad, en contraposición con el modelo de compatibilidad, lo que significa que se impone sobre los regímenes internos de reconocimiento, en lo que no es sino una concreción del principio de primacía de las normas comunitarias, lo que no significa que en las relaciones con los demás instrumentos internacionales sobre la materia no se admita la prevalencia de éstos en función del principio de especialidad. En tercer lugar, en un sistema que se acomoda

a los postulados de los modelos de justicia privada, por encima del modelo de soberanía basado en la comity o cortesía internacional y en el principio de reciprocidad. Se encuentra, además, imbuido de los principios y libertades esenciales que conforman el ordenamiento comunitario. En cuarto lugar, se ajusta, en términos generales, al modelo de extensión de efectos, lo que significa que las resoluciones producen en el foro los efectos que le dispensa el ordenamiento jurídico de origen, con su contenido, alcance y extensión, sin más límites que los que representa su desconocimiento y contradicción con el ordenamiento jurídico del Estado receptor.

2. Por otro lado, el sistema distingue entre reconocimiento y ejecución, y parte del principio del reconocimiento automático, permitiendo, además, el reconocimiento y declaración de ejecutoriedad parcial de la resolución.

3. Desde el punto de vista material, el sistema alcanza a las resoluciones dictadas en materias propias del ámbito objetivo de los instrumentos internacionales de referencia. En su vertiente espacial, deben proceder de alguno de los Estados parte en el CB y miembros de la UE sujetos a las disposiciones de los Reglamentos (todos, excepto Dinamarca). Y en lo que concierne a su aplicación temporal, comprende el reconocimiento y ejecución de las decisiones dictadas con posterioridad a la entrada en vigor del CB o del Reglamento comunitario, bien sean consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a su entrada en vigor, bien lo sean de acciones ejercitadas después de su vigencia, si bien en el primer caso entre las condiciones de la homologación se incluye que la competencia del tribunal del Estado de origen se ajuste a las reglas de competencia de los instrumentos comunitarios o en un convenio en vigor entre el Estado miembro y el Estado requerido al tiempo de ejercitarse la acción.

4. En lo que concierne al objeto de la acción de reconocimiento, ésta puede recaer sobre una resolución judicial, sea cual sea su clase y forma, ya de jurisdicción contenciosa, ya voluntaria, ya de carácter judicial, ya de naturaleza meramente administrativa, ya sea firme o provisional, de fondo o procesal; o sobre un documento público o una resolución judicial que apruebe una transacción entre las partes.

## II. EL PROCEDIMIENTO PARA OBTENER LA DECLARACION DE EJECUTORIEDAD

1. Tanto el TC como el TS han insistido, en sus respectivos ámbitos de actuación, en resaltar el **carácter meramente homologador** del procedimiento de exequatur, al que se dota de autonomía propia frente al

precedente seguido en el extranjero, y frente al posterior de ejecución que se abre en el foro, una vez obtenida la declaración de ejecutoriedad de la resolución extranjera. Este carácter meramente homologador conlleva una limitación en el objeto del proceso, en el que se actúa una concreta pretensión procesal, la derivada de la acción de reconocimiento, encaminada a lograr la eficacia de la decisión foránea a través de una resolución de naturaleza constitutiva procesal, recaída tras haberse verificado la concurrencia de los presupuestos a los que se sujeta el reconocimiento y la declaración de ejecutoriedad. La particular naturaleza del proceso de exequatur tiene como consecuencia que, como principio general, esté vetado el examen del fondo del asunto (cf. arts. 29 CB, 36 Reglamento 44/23001, y 19 del Reglamento 1347/2000); en consecuencia, no cabe revisar el juicio de hecho efectuado por el tribunal del Estado de origen, el resultado de dicho juicio, el derecho materialmente aplicable para resolver del fondo del asunto conforme a la correspondiente norma de conflicto, la aplicación de ésta, ni, en fin, la interpretación y aplicación de la *lex causae*.

2. Los instrumentos internacionales de referencia regulan el procedimiento de exequatur con vocación de ofrecer **una reglamentación completa**, aplicable tanto a las solicitudes de ejecución como a las de reconocimiento, cuando ésta se promueve a título principal. De él ha precisado el TJ que se trata de un procedimiento autónomo y completo <sup>1</sup>. Ahora bien, dicha afirmación, referida de ordinario al sistema de recursos que aquéllos establecen, representa más bien una declaración de principios que no debe ser tomada en el sentido literal de la palabra, pues es evidente que tanto el CB como los Reglamentos comunitarios dejan determinados aspectos del procedimiento a la regulación de los derechos nacionales. En España el régimen jurídico aplicable al procedimiento de exequatur se encuentra en los arts. 954 y ss. De la LEC 1881, cuya vigencia se mantiene no obstante la entrada en vigor de la LEC 2000, habida cuenta de lo establecido en su Disposición Derogatoria Única, punto primero, regla 3.ª, en tanto no se promulgue la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Resulta evidente que dicho régimen interno no es capaz de colmar todas las lagunas que se producen en la aplicación de los instrumentos internacionales, fundamentalmente en la fase de recurso contemplada en ellos, por lo que deben buscarse mecanismos de integración en la propia LEC 2000 sobre la base de los objetivos y del sistema de los propios instrumentos internacionales.

---

<sup>1</sup> Cf. SSTJ 27 de noviembre de 1984, as. *Wdel*, 2 de julio de 1985, as. *Brasserie du Pêcheur*, y 4 de octubre de 1991, as. *Van Loon*.

3. El procedimiento de exequatur se articula en **dos fases** bien diferenciadas. En la primera de ellas, que se desarrolla en España ante el Juez de Primera Instancia, no existe contradicción propiamente dicha: la solicitud se examina por el Juez, el cual se limita a verificar la concurrencia de los presupuestos de reconocimiento –que en los Reglamentos se limita a la comprobación de los requisitos formales–, y acto seguido dicta la resolución autorizando o denegando la eficacia de la decisión extranjera. Es, por tanto, en la fase del recurso previsto contra la anterior resolución cuando se produce propiamente la contradicción entre la parte frente la que se pretende la declaración de ejecutoriedad y la parte solicitante del exequatur.

4. **La capacidad para ser parte y la capacidad procesal** se rigen por el derecho interno, así como la comparecencia en juicio y la representación procesal <sup>2</sup> (arts. 6, 7, y 8, y 23 y 31 de la LEC 2000). Respecto de la **legitimación**, el art. 31 del CB, y su concordante del Reglamento, el art. 33.2, la atribuyen a cualquier parte interesada. Por tal debe entenderse, según el informe Jenard, cualquier persona que pueda beneficiarse de la resolución judicial en el Estado de origen, lo que incluye no sólo a la parte a favor de la cual se dictó la resolución cuyo exequatur se pretende, sino también a sus herederos, cesionarios y subrogados. El tratamiento procesal de la falta de legitimación se acomodará a las disposiciones de los ordenamientos internos.

5. La determinación del **órgano jurisdiccional competente** se regula en el art. 32 del CB, en el art. 39 del Reglamento 44/2002, y en el art. 22 del Reglamento 1347/2000, en relación, en estos últimos casos, con los respectivos Anexos de los Reglamentos. Conforme a tales disposiciones, la competencia corresponde al Juez de Primera Instancia del domicilio de la parte contra la que se solicitare la ejecución o por el lugar de ejecución. La determinación de la competencia territorial conforme a tales conexiones se efectúa de forma subsidiaria en el CB, en tanto que en los Reglamentos comunitarios parece establecerse de forma alternativa. La regla de competencia territorial debe integrarse, en todo lo necesario, con las disposiciones del derecho interno, que regulan asimismo el tratamiento procesal de la competencia judicial (arts. 37, 38, 48 y 58 LEC 2000)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Debe tenerse presente que el art. 44 del CB, el art. 50 del Reglamento 44/2002, y 30 del Reglamento 1347/2000, regulan la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de exequatur, extendiendo el beneficio obtenido en el Estado de origen a dicho procedimiento.

<sup>3</sup> Dado el carácter imperativo de la competencia territorial atribuida ex CB y Reglamentos comunitarios, parece adecuado consentir su examen de oficio por el Juez.

6. Las **modalidades de la solicitud** de exequatur se registrarán por el derecho interno (cf. art. 33 CB, 40.1 Reglamento 44/2001, y 23.1 del Reglamento 1347/2000), cuyas normas determinarán, igualmente, las modalidades de presentación y órgano ante el que debe llevarse a cabo. A la solicitud le acompañarán los **documentos** enumerados en los artículos 46 y 47 del CB y 53 del Reglamento 44/2001, y 32 del Reglamento 1347/2000, estos son los siguientes:

- A) En todo caso, una copia auténtica de la resolución, sin que sea precisa su legalización o apostillado (arts. 49 del CB, 56 del Reglamento 44/2001, y 35 del Reglamento 1347/2000). La autenticidad de la resolución se rige por la regla *locus regit actum*, conforme previene el informe Jenard, lo que en España conduce a los artículos 234, 235 y 279 de la L.P.O.J., en relación con el 323 de la LEC 2000.
- B) En el ámbito del CB y el Reglamento 1347/2000, el documento acreditativo de la entrega o notificación de la demanda o documento equivalente al demandado rebelde. El informe Jenard explica que la razón de su exigencia se encuentra en posibilitar al Juez del Estado requerido la comprobación de la concesión de audiencia al demandado rebelde durante el proceso de origen, al objeto de comprobar si concurre el motivo de denegación del exequatur establecido en el art. 27.2 del Convenio. No es claro, sin embargo, el modo en que debe entenderse cumplido este requisito, pues cabe dudar si se satisface con la simple presentación de la resolución judicial en que se haga constar que la demanda se ha notificado correctamente al demandado, o, por el contrario, es preciso un documento adicional, como pudiera ser el certificado expedido por el Secretario judicial de que el acuse de recibo de la cédula de citación o emplazamiento, firmado por el destinatario o el receptor del documento, se ha recibido en el Juzgado, o el certificado expedido asimismo por el Secretario expresivo de la forma en que documentó la práctica del acto de comunicación y de sus vicisitudes. Este mayor grado de exigencia es el que parece deducirse de la STS 24-5-2000 (recurso de casación 2233/1995), que consideró que no se cumplían las exigencias impuestas por el art. 46.2 del CB en los casos en lo que, como el allí analizado, constaba la recepción de la cédula de citación y emplazamiento, pero no por quién, siendo éste un extremo cuya acreditación corresponde al solicitante del exequatur, que no se satisface con la certificación del Secretario del Tribunal de origen en la que se deja constancia de la citación y emplazamiento del demandado en tiempo y forma.

- C) También en el ámbito del CB la parte solicitante deberá aportar con la solicitud el documento acreditativo del carácter ejecutorio de la resolución por reconocer y el documento acreditativo de la notificación de ésta al demandado, exigencia que cabe entender necesaria en todo caso, al margen de que el carácter ejecutorio de la resolución no dependa de la notificación al demandado<sup>4</sup>. De igual modo, deberá acompañar el certificado que acredite la concesión del beneficio de justicia gratuita.
- D) En el ámbito del Reglamento 447/2001, las exigencias se simplifican al imponer únicamente la carga de aportar con la solicitud y la copia auténtica de la resolución el certificado que se contempla en su Anexo V, cuya finalidad es, precisamente, acreditar de forma simplificada todos los extremos relativos a la ejecutoriedad de la resolución, la notificación en supuestos de rebeldía y, en su caso, la concesión del beneficio de asistencia jurídica gratuita. En el Reglamento 1347/2000 la constancia del carácter ejecutivo de la resolución se uniformiza mediante el certificado que se recoge en los Anexos V y Vide la norma comunitaria. Sin embargo, mantiene la exigencia de la presentación del documento acreditativo de la notificación del litigio al demandado rebelde, añadiendo el de la presentación del documento que acredite de forma inequívoca que el demandado ha aceptado la resolución.

Los documentos enumerados podrán ser presentados sin traducir.

7. La trascendencia de la **falta de presentación de los documentos** junto con la demanda de exequatur varía en función del que se trate. A la vista de lo dispuesto en el art. 48 del CB resulta inexcusable la presentación en este momento inicial del procedimiento de la copia de la resolución por reconocer y, en su caso, del documento que acredite que la resolución es ejecutable y ha sido notificada a la parte demandada. Su falta determina el rechazo de la solicitud de homologación. Sin embargo, tratándose de la notificación de la resolución, el TJ ha matizado la exigencia de su aportación inicial, declarando que el documento que la acredite puede presentarse, cuando las normas del Estado requerido lo permitan, después de la presentación de la solicitud e, incluso durante la sustanciación del recurso interpuesto por la parte contra la que se solicita el exequatur<sup>5</sup>.

Por el contrario, el documento acreditativo de la notificación de la demanda al demandado rebelde y el acreditativo de la concesión del beneficio

---

<sup>4</sup> Cf. STJ 14 marzo de 1996, as. 275/94, van Linden.

<sup>5</sup> Cf. STJ, as. Van Linden, cit.

de asistencia jurídica no tienen ese carácter esencial, pudiendo ser presentados en el plazo de subsanación concedido por el tribunal, o, incluso, ser dispensada la parte de su aportación. Este carácter subsanable se encuentra también en el marco de los Reglamentos comunitarios, que contemplan la misma posibilidad sanatoria o de dispensa respecto de las certificaciones establecidas de forma uniforme en ellos, y que tiene por objeto a acreditar los requisitos de ejecutoriedad de la resolución, de la citación del demandado rebelde y de la notificación a éste de aquélla.

8. Los **motivos de denegación** del exequatur se recogen taxativamente en los instrumentos comunitarios. Estos, de forma general, son los siguientes:

a) Falta del carácter ejecutorio de la resolución por reconocer (art. 31 CB 38 del Reglamento 44/2001, y, en su caso, art. 21.1 del Reglamento 1347/2000).

b) En el ámbito del CB, la falta de notificación de la resolución extranjera al demandado (art. 47.1 CB) y la falta de la liquidación de la multa coercitiva impuesta en la resolución extranjera (art. 43).

c) La falta de presentación con la demanda de los documentos esenciales, así como la falta de las garantías de autenticidad exigidas.

d) La extinción de la deuda declarada por pago o cumplimiento del deudor, excepción inherente al carácter ejecutorio que ha de presentar la resolución extranjera<sup>6</sup>.

En particular, y sobre los presupuestos materiales del reconocimiento, se contemplan los siguientes (arts. 27 y 28 del CB, 15 del Reglamento 1347/2000, y 34 del Reglamento 22/2002):

#### A) CONTRARIEDAD CON EL ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO REQUERIDO

El concepto de orden público presenta un cierto carácter uniforme, en la medida en que debe entenderse en un sentido o acepción internacional, que actúa a modo de cláusula general que se integra con los principios esenciales del ordenamiento y de otras esferas sociales, como la moral, y proyecta ese contenido al sistema de cooperación jurídica internacional. Paralelamente, se nutre también de los principios inspiradores del sistema de cooperación internacional, conformando un conjunto de principios fundamentales en el orden jurídico y de valores esenciales en la comunidad. Tanto el TC como el TS han puesto de relieve esta particular caracterización y contenido del orden público, resaltando su vinculación con los

---

<sup>6</sup> Cf. Informes Jenard y Scholsser.

derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, y destacando, de este modo, su contenido netamente constitucional.

El TJ, por su parte, ha declarado que no le corresponde definir el contenido del concepto del orden público a efectos del reconocimiento. Le incumbe, en cambio, controlar los límites dentro de los cuales los tribunales nacionales pueden recurrir a este concepto como motivo de denegación. En esta línea, ha puesto de manifiesto que el orden público es un recurso de carácter excepcional y de interpretación restrictiva, circunscrito a los casos de una violación manifiesta de una norma que encierre un mandato o principio considerado esencial o que tutele un derecho reconocido como fundamental. No justifica nunca el recurso al orden público un error en la aplicación del derecho, ya nacional, ya comunitario, como tampoco la diversidad de tratamiento jurídico de una institución, situación o relación jurídica, ni siquiera que la resolución por reconocer contemple una institución desconocida en el foro, siendo en todo caso necesario que su contenido o las consecuencias y efectos de su regulación choquen de forma abierta con los principios y valores esenciales que integran el contenido del orden público en el apuntado sentido internacional.

Por lo demás, el orden público a considerar se desdobra en dos vertientes, la sustantiva y procesal. En la primera se integran las garantías procesales consagradas en el art. 24 de la CE. En la vertiente material, se incluyen los principios o normas fundamentales del foro de tal naturaleza, sin perder de vista ni la relación que el asunto presenta con el foro, ni, especialmente, el principio de proporcionalidad que ha impregnado las decisiones de los Tribunales de los Estados de nuestro entorno en trances similares (cf. ATS 13-11-2001, en exequatur 2039/1999)<sup>7</sup>.

#### B) VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE DEFENSA DEL DEMANDADO REBELDE

Dada la trascendencia que dentro de las garantías procesales tiene el derecho a acceder al proceso en plenitud de facultades de defensa, el control del emplazamiento del demandado de origen de forma regular y con tiempo necesario para defenderse se contempla por los instrumentos internacionales como un presupuesto del reconocimiento independiente del orden público, no obstante la estrecha vinculación que presenta con él.

---

<sup>7</sup> Entre las materias que se han considerado opuestas al orden público en sentido material se encuentran los repudios unilaterales revocables previstos en las legislaciones de raíz coránica; más discutible es el caso de los daños punitivos propios de las legislaciones anglosajonas. Respecto de éstos, vid también el ATS 13-11-2001, en exequatur 2039/99.



El control de la regularidad y oportunidad del emplazamiento en el proceso de origen sólo opera cuando el demandado ha permanecido en rebeldía, y permite distinguir entre las diferentes clases de rebeldía definidas por la doctrina del TS (involuntaria, de convicción, y voluntaria, bien por conveniencia, bien por estrategia, bien por simple abandono).

El concepto de rebeldía a estos efectos debe ser objeto de una interpretación autónoma. El TJ ha considerado que se produce esta situación procesal cuando el demandado no se ha presentado en el proceso, lo que a su vez tiene lugar cuando, pese a haber tenido conocimiento de su existencia, permanece pasivo sin acudir a él. Por el contrario, hay personación cuando el demandado comparece aunque tiene posición únicamente sobre una de las pretensiones deducidas. La personación, además, debe ser del demandado o de su representante, no de un tercero ajeno a aquél<sup>8</sup>.

También la noción de cédula de emplazamiento ha de ser objeto de una interpretación autónoma. Por tal debe entenderse todo acto cuya notificación permita al demandante, según el derecho del Estado origen, obtener una decisión susceptible de ser reconocida y ejecutada según el Convenio/Reglamento<sup>9</sup>.

Los requisitos de la regularidad y del tiempo suficiente para defenderse son distintos y acumulativos, de manera que la ausencia de cualquiera de ellos puede dar lugar a la denegación del exequatur<sup>10</sup>. Para determinar

---

<sup>8</sup> Cf. SSTJ as C-172/91, y C-78/95.

<sup>9</sup> SSTJ as. 25/79, 166/80, C-474/93, y C-172/91.

<sup>10</sup> Su fundamento Séptimo decía lo siguiente: «La conclusión a la que se debe llegar es que no cabe el recurso por infracción procesal contra las decisiones sobre el exequatur al amparo del Convenio de Bruselas y de Lugano, y de los Reglamentos n.º 1347/2000 y 44/2001. Las razones que avalan semejante conclusión son diversas y de distinto signo, siempre con el referente que proporcionan los Informes Oficiales explicativos de dichos Convenios, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Tales razones son las siguientes: 1) Los instrumentos internacionales de referencia responden al objetivo de facilitar la libre circulación de las resoluciones, para lo cual constituye un objetivo primario la simplificación de los procedimientos que tienen por objeto la declaración de ejecutoriedad en los diferentes Estados miembros, dentro de la concepción del procedimiento de exequatur como un procedimiento autónomo y completo que alcanza también el ámbito de los recursos (SSTJCE 2 junio de 1985, as. 184/84, 27 de noviembre de 1984, as. 258/83, 21 de abril de 1991, as. C-172/91, 4 de octubre de 1991, as. C-183/90, y 11 de agosto de 1995, as. C-432/93). En consecuencia, el precepto relativo a los recursos procedentes contra la resolución del exequatur merece una interpretación restrictiva, que impida facilitar dilaciones indeseables contrarias a la rapidez y eficacia del procedimiento de homologación e inconciliables con el efecto sorpresa inherente al sistema de reconocimiento establecido por el legislador supranacional. 2) El procedimiento de exequatur se articula en torno a un sistema autónomo, completo e independiente del de los Estados que responde, además, a postulados de seguridad jurídica y de uniformidad en la aplicación de las normas de los instrumentos internacionales. Tal y como se indica en la STJCE de 11 de agosto de 1995», «el Convenio ha instaurado un procedimiento de exequatur que constituye un sistema autónomo y completo, independiente de los sistemas jurídicos de los Estados contratantes, y que, por otra parte, el principio de se-

la regularidad ha de estarse al derecho aplicable a la notificación en cada caso, teniéndose presente que el requisito no exige la prueba de que el demandado ha tenido efectivo conocimiento del emplazamiento, sino que

---

guridad jurídica en el ordenamiento jurídico comunitario, así como los objetivos del Convenio con arreglo al art. 220 del Tratado CEE, en el que se basa, exigen la aplicación uniforme en todos los Estados contratantes de las normas del Convenio y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al mismo; y se añade «la aplicación uniforme del Convenio en todos los Estados miembros no permite que, en determinados Estados requeridos, la parte contra la que se solicita la ejecución disponga de más medios procesales, en comparación con los existentes en otros Estados contratantes, para retrasar la ejecución de una resolución ejecutoria dictada en el Estado contratante de origen». 3) Consecuencia de lo anterior es que los textos internacionales limitan a dos el número de recursos posibles contra la resolución del exequatur, el primero de los cuales se dirige contra la resolución del Juez de Primera Instancia que autoriza o deniega la ejecución, y que presenta un objeto plural, en el que tienen cabida tanto las cuestiones de hecho como de derecho, y las procesales junto con las sustantivas; el segundo, el que se dirige contra la resolución de la Audiencia, presenta un objeto más limitado, ceñido a cuestiones de derecho, excluyéndose, por tanto, las de carácter fáctico o relativas al juicio de hecho, y, desde luego, las que generan un incidente de carácter procesal capaz de dilatar el curso del proceso. 4) Este sistema completo, autónomo e independiente, tributario de los objetivos y fines de los instrumentos internacionales, se impone en el foro por virtud de posprincipios de primacía y del efecto directo de sus disposiciones. El establecimiento dentro del orden interno de mecanismos revisorios de naturaleza anulatoria, que por lo general tengan el efecto de reponer las actuaciones al momento en que se produjo el defecto o falta procesal, puede resultar contrario a dichos fines en la medida en que impiden o limitan los objetivos de sencillez y rapidez en la decisión sobre el exequatur de las sentencias y resoluciones extranjeras. Tales objetivos sirven al más genérico de posibilitar la libre circulación de resoluciones en condiciones de plena efectividad, y constituyen, por ello, principios rectores del procedimiento de exequatur que trascienden al ordenamiento comunitario para insertarse en los derechos procesales nacionales, e imponen una interpretación de sus disposiciones acorde con tales principios, excluyente de cualquier criterio hermenéutico enervador del efecto útil de las normas supranacionales. 5) No se puede dejar de tomar en consideración el marco objetivo que el legislador nacional ha querido conferir al recurso por infracción procesal, en el que tienen cabida tanto cuestiones de indiscutible naturaleza procesal, como otras a las que ha querido dar ese tratamiento, no obstante tener un contenido total o parcialmente sustantivo. Así, se ha desterrado definitivamente de la casación el juicio de hecho, sometido ahora al recurso extraordinario pro infracción procesal, materia que el Tribunal de Justicia comunitario, por su parte, ha situado extramuros del recurso de casación contemplado en las disposiciones supranacionales de referencia. La delimitación del contenido del recurso previsto en ellas contra la resolución de la Audiencia ha de impedir, pues, un recurso que tenga por objeto materias expresamente excluidas de dicho contenido. Si el legislador nacional ha querido desgajar del contenido del recurso de casación las cuestiones de hecho y las procesales, dejándolo limitado a las cuestiones de derecho, y si el legislador supranacional ha circunscrito el recurso contra la decisión de la Audiencia a cuestiones de esta índole, no hay razón alguna para extender el ámbito de éste a materias que resultan ajenas a su contenido; antes bien, el recurso de casación previsto por el legislador nacional en la LEC 2000 se acomoda plenamente en su contenido al establecido en las normas internacionales. 6) Y cabe añadir a lo anterior, como elemento de cierre, que ni desde la perspectiva del legislador ordinario ni de las exigencias constitucionales se hace preciso un mecanismo de revisión de la legalidad procesal que posibilite un sistema de amparo judicial situado en el ámbito del recurso de casación o de otro recurso extraordinario; y que la LEC 2000 se ha declarado decididamente por configurar el proceso resaltando su carácter instrumental respecto de la cuestión litigiosa que constituye su objeto, evitando en lo posible que los incidentes procesales se conviertan en la materia del pleito.

es suficiente la constancia de su regularidad, presumiéndose de ella esa consecuencia<sup>11</sup>.

Además, la notificación debe considerarse regular, a los efectos del reconocimiento, si, pese a haber sido inicialmente defectuosa, fue posteriormente subsanada según el derecho aplicable<sup>12</sup>.

El requisito de disponer de tiempo suficiente para defenderse debe considerarse desde una posición autónoma, independiente de los plazos procesales establecidos en los ordenamientos de los Estados miembros, y dorado de un carácter netamente fáctico, en la medida en que corresponde al tribunal del exequatur examinar su concurrencia, atendiendo para ello a todas las circunstancias concurrentes, incluidas las sobrevenidas después de la notificación<sup>13</sup>.

Por lo demás, no vinculan al tribunal del Estado requerido las declaraciones del Estado de origen respecto de la regularidad del acto de comunicación y de la existencia de tiempo suficiente para defenderse<sup>14</sup>; y el TJ ha destacado el carácter esencial del requisito de la regularidad de la notificación hasta el punto de rechazar cualquier reducción teleológica de dicha exigencia basada en el conocimiento real del litigio, pero proporcionado de forma irregular, atendiendo a la función de garantía de los derechos de defensa que se dispensa al emplazamiento regular<sup>15</sup>.

### C) LA INCONCILIABILIDAD CON UNA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL FORO

También el concepto de inconciliabilidad ha sido objeto de una definición autónoma por el TJ: dos resoluciones son inconciliables cuando comportan consecuencias jurídicas que se excluyen mutuamente (STJ as. 145/86). Evidentemente, para determinar las consecuencias que cada resolución produce ha de estarse a lo dispuesto por cada derecho nacional. Ha de tratarse, claro está, de resoluciones entre las mismas partes.

Si la incompatibilidad se produce entre resoluciones de Estados miembros o parte, el conflicto se resuelve dando prevalencia a la del Estado requerido, con independencia de la fecha de las resoluciones y sin tener en cuenta el momento en que se inició el procedimiento que dio lugar a cada una de ellas, de forma que se deniega el exequatur de la resolución foránea

---

<sup>11</sup> SSTJ as. 49/84 y C-305/88.

<sup>12</sup> Cf. STJ 166/80.

<sup>13</sup> Cf. STJ as. C-305/88.

<sup>14</sup> Cf. SSTJ as. 166/80, y 49/84.

<sup>15</sup> STJ as. 228/81

por el simple hecho de la existencia en el foro de otra entre las mismas partes que resulte incompatible con aquélla. Por el contrario, cuando la incompatibilidad surge entre una sentencia de un Estado parte o miembro y un tercer Estado, es preciso que además de la identidad subjetiva se de también la identidad objetiva y causal, resolviéndose el conflicto entonces en atención a la prioridad temporal y al cumplimiento de las condiciones para que la sentencia del tercer Estado pueda ser reconocida en el foro.

#### D) LA FALTA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

La competencia judicial internacional del tribunal del Estado de origen no puede ser controlada, por lo general, en sede de exequatur (art. 28.3 CB, 35.3 del Reglamento 44/2001, y 17 del Reglamento 1347/2000). Es esta una consecuencia propia del principio de confianza mutua en que se basa el sistema de cooperación. Sin embargo, la regla quiebra cuando se trata de la competencia basada en foros de protección (consumidores y seguros), en foros exclusivos o que deban reputarse exorbitantes, en cuyo caso su propia finalidad determina su control por el tribunal del Estado requerido, denegando el exequatur cuando la competencia no se haya fundado en alguno de los foros establecidos en los instrumentos internacionales.

e) El Reglamento 1347/2000 añade dos específicos motivos de denegación del exequatur, consistentes en la inobservancia de los derechos de audiencia de aquellas personas que son titulares de un interés legítimo en el procedimiento (los hijos y quienes ostentan el ejercicio de la responsabilidad parental), motivos que no son sino especificación del requisito de la adecuación al orden público entendido en su vertiente procesal.

9. La resolución del Juez de Primera Instancia autorizando la eficacia de la resolución extranjera no conlleva automáticamente la producción de **efectos** en el foro. La eficacia de la resolución, no obstante haber sido autorizada, se encuentra suspendida durante el plazo establecido para recurrir la resolución del Juez, y, una vez interpuesto el recurso, durante el tiempo que media hasta su resolución (art. 39 CB, y 47 Reglamento 44/2001). Esta proposición de la eficacia de la resolución extranjera no significa que quede desprotegida durante ese periodo más o menos largo, pues los instrumentos internacionales permiten solicitar la adopción de medidas cautelares sobre los bienes de la parte contra la que se hubiere dirigido la ejecución. La resolución que conceda el exequatur incluirá también la autorización para adoptar tales medidas, que serán posibles aun cuando no estén previstas en

el ordenamiento del foro, cuyas reglas no pueden impedir el efecto útil de la disposición contenida en las normas comunitarias<sup>16</sup>.

10. La resolución del Juez de Primera Instancia sobre el exequatur puede ser objeto de un **recurso** ante la Audiencia Provincial (arts. 36 y 40 CB, 43 del Reglamento 44/2001, y 26 del Reglamento 1347/2000). Aunque los instrumentos internacionales parten del presupuesto de establecer un proceso de exequatur autónomo y completo que ha de prevalecer sobre el derecho interno, lo cierto es que son muy pocas las disposiciones que se contienen en ellos regulando la fase de recurso, deficiencia que tiene que colmarse acudiéndose a las normas del derecho interno, sin perder de vista, eso sí, los objetivos y el sistema de los instrumentos internacionales. En realidad, las previsiones de las normas comunitarias se limitan a establecer el tribunal competente para conocer del recurso –pero sin precisar cuál es el órgano ad quem–, el plazo para recurrir –y sólo en el caso de que se interponga contra la resolución que autorice el exequatur–, y a indicar que se regirá por las reglas del juicio contradictorio. Esta referencia se interpretó por la Sala 1.<sup>a</sup> del TS como una remisión, dentro del ordenamiento procesal español, a las reglas de los juicios declarativos ordinarios contemplados en la LEC (de 1881, entonces), lo que a su vez tuvo como consecuencia el sometimiento a los presupuestos establecidos por el legislador para el recurso de casación contra las resoluciones recaídas en juicios de tal naturaleza y clase<sup>17</sup>.

La falta de mayores precisiones condujo a que en la doctrina y la práctica españolas se considerase que el cauce procedimental adecuado para sustanciar el recurso previsto en los instrumentos internacionales era, bien el establecido para los incidentes, bien el determinado en los arts. 954 y ss., de la LEC de 1881, bien el de la apelación de las sentencias dictadas en los juicios declarativos establecidos en la LEC de 1881 en realidad, cualquiera de las posturas encontraba su justificación. En la actualidad, tras la entrada en vigor de la LEC 2000, y en tanto no se promulgue la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, la disyuntiva se mantiene en los mismos términos: considerar aplicable el régimen establecido en los artículos 451 y siguientes para la apelación en los procesos declarativos que diseña, entender que debe seguirse la tramitación regulada en los arts. 387 y siguientes para las cuestiones incidentales, o considerar que debe aplicarse el procedimiento establecido en los artículos 954 y siguientes de la LEC de 1881, que mantienen su vigencia. Sea cual sea la solución que se adopte,

---

<sup>16</sup> Cf. STJ as. C-305/88.

<sup>17</sup> Cf. STJ as. 119/84, Capelloni.

deben integrarse las lagunas apreciables en todos caso, y acomodarse las previsiones normativas a la especificidad del procedimiento de exequatur teniendo a la vista los objetivos y el sistema de los instrumentos internacionales, así como su primacía y el efecto útil de sus normas.

11. La resolución que decida el recurso del que conoce la Audiencia Provincial puede ser objeto en España de un **recurso de casación** (arts. 37.2 y 41 del CB, 44.5 del Reglamento 44/2001 y 27 del Reglamento 1347/2000). El desdoblamiento de los recursos extraordinarios que hace la Lec 2000 conduce a preguntarse sobre si cabe no sólo el recurso de casación, sino también el recurso extraordinario por infracción procesal que ésta diseña. La cuestión fue abordada por el ATS 12-3-2001 (recurso de queja 75/2002), en donde a partir de la primacía de las normas comunitarias sobre las de producción interna, de sus rasgos definitorios (el efecto directo y el efecto útil del efecto directo), y a la vista del carácter del procedimiento de exequatur, en la concepción del TJ, y del contenido atribuido al recurso de casación previsto en las normas comunitarias –circunscrito a una cuestión de derecho–, se llegó a la conclusión de que la resolución sobre el exequatur no podía ser recurrida por infracción procesal, sino únicamente en casación, y siempre por la vía del interés casacional establecido en el ordinal 3.º del art. 477.2 LEC 2000, en aplicación de los reiterados criterios establecidos por la Sala en la interpretación y aplicación de las normas que regulan el régimen de recursos extraordinarios en la nueva Ley, una vez admitida la especialidad del procedimiento de exequatur<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Vid. STS 23 marzo de 1999 67 se siguió el criterio, después recogido en el posterior Auto de fecha 16 de mayo de 2.000 67, de que la genérica remisión que el art. 37.1 del Convenio hace a los ordenamientos nacionales a través de la referencia a las reglas del procedimiento contradictorio, como única norma de la sustanciación del recurso ante las Audiencia provinciales, había de agotarse acudiendo a las reglas del juicio ordinario declarativo por considerar que con ellas debían de identificarse, pro ser equivalentes, las del «juicio contradictorio», concepto escasamente empleado por nuestras leyes, con el que se ha de corresponder el procedimiento contradictorio a que se refiere la norma convencional. Tras sentar esa equivalencia conceptual y esa correspondencia normativa, la sentencia continúa diciendo: «si se repara en que conforme a la «lex fori» disponemos, por ahora, de cuatro juicios ordinarios (verbal, cognición, menor cuantía y mayor cuantía), resulta obligado pensar que, con sujeción a dicha regla, la Audiencia Provincial no es libre para crear una tramitación «ad hoc», esto es, una especie de procedimiento de apelación indeterminado, sino que deberá seguir la tramitación correspondiente a cualquiera de los referidos juicios, pero no caprichosamente, sino mediante la observación de las normas atinentes a cada tipo de juicio que se establece, según la cuantía y conforme al objeto litigioso». Las consecuencias de cara al recurso de casación no se hicieron esperar: «Esto sentado –continúa diciendo el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia–, y según el principio de legalidad que inspira la aplicación de las leyes procesales (art. 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «forma ordenada por la Ley»), el recurso de casación que el Tratado menciona no puede quedar «descolgado» de las normas que previenen cuáles con las resoluciones susceptibles de tal

El TS también ha tenido oportunidad de precisar que el sometimiento al cauce del interés casacional no contraviene la primacía de las normas comunitarias ni el efecto útil de su eficacia directa, pues las formas en las que el legislador ha objetivado ese presupuesto –la oposición a doctrina del TS, la contradicción entre jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y, sobre todo, la aplicación de norma de vigencia inferior a cinco años sin que exista jurisprudencia que la interpreta (se está pensando en los propios instrumentos comunitarios) –no excluyen el recurso de casación contra la decisión del *exequatur*, ni hacen inoperante las previsiones del legislador supranacional.

Por último, en cuanto a su motivación, y habiéndose circunscrito el recurso de casación a cuestiones materiales, con exclusión de las procesales, debe admitirse una sustantivización de las normas que establecen los presupuestos para el reconocimiento.

---

recurso, asilándolo del contexto en que, según la «ley del foro», su regulación cobra sentido, máxime tomando en cuenta la necesaria dependencia, amparada por la propia norma supranacional, del juicio declarativo causal. En el caso –concluye–, resulta claro, de acuerdo con los precedentes razonamientos, que el criterio tiene que ser, definitivamente, desfavorable a la admisión del recurso, dado que el objeto de la reclamación es inferior a seis millones de pesetas, aplicándose la normativa reguladora del juicio de menor cuantía».

## ACERCA DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Luis B. Álvarez Roldán

### SUMARIO

I.- Actualidad. II.- Doctrina. III.- Órganos judiciales. IV.- Otros países. V.- Post scriptum.

#### I. ACTUALIDAD

Entre las enmiendas consensuadas (PP, PSOE, CIU y PNV), el Proyecto de Ley de Reforma Procesal, reviste especial interés la que se refiere a la llamada «Jurisdicción Universal», en el sentido de exigir que «haya víctimas españolas» ó sus «presuntos responsables se encuentren en territorio español», según la prensa diaria<sup>1</sup>.

El tema editorial de un periódico nacional<sup>2</sup>, se titula «Justicia no tan universal», en que a pesar de lo que insinúa el título, se entienden razonables unos límites que eviten que la «Audiencia nacional», se convierta por falta de filtros convenientes, en foco de atracción de denuncias que no van a ninguna parte y en nada contribuyen a la situación de los derechos humanos en determinados países, además de crear roces diplomáticos y dificultar las relaciones entre Estados.

Coetáneamente, dos tratadistas acuden a la prensa en contra de la pretendida reforma de la universalidad y de sus «filtros» ó límites.

---

<sup>1</sup> El País; 22.05.09; pág. 16; 23.05.09; pág. 22.

<sup>2</sup> El País; 22.05.09; pág. 28.



OLLÉ SESÉ<sup>3</sup>, califica de «lamentable realidad» el freno al «avance de la justicia universal»<sup>4</sup> que, según tal autor, se ha aplicado «sin controversia alguna hasta el inicio de los casos *Pinochet* y *Argentina* en 1996, y que ahora las actuales presiones de Israel y Estados Unidos por nombramientos políticos pretenden frenar. Subraya la hipocresía de quién, como Israel, invocó la justicia universal en el *caso Eichman*, aseverando en su Corte Suprema que actuaba en nombre de la comunidad internacional. Critica que la Corte Penal Internacional solo pueda enjuiciar hechos cometidos con posterioridad al 1 de julio de 2002 y que afecten a crímenes que suceden en países que hayan ratificado el Estatuto de Roma; y es más, propugnan que «ante la ausencia de un Tribunal penal internacional plenamente efectivo y eficaz, el principio de justicia universal, ejercido no solo en España, es hoy el instrumento imprescindible para la persecución de los más graves crímenes internacionales que destrazan la dignidad de las personas»<sup>4</sup>

## II. DOCTRINA

La defensa del principio de *justicia universal* no puede ir frontalmente en contra del «nullum crimen, nulla poena, sine praeviae lege penale», un imprescindible logro del derecho penal, y yo creo que de los derechos humanos por no aplicarse la ley antes de su entrada e vigor.

El Estatuto de Roma<sup>5</sup>, al establecer la subsidiaridad como criterio de competencia, permite, en casos, el ejercicio de la competencia por un Estado, pero ello no lleva a la jurisdicción universal sin más y sin ninguna limitación, aunque no se silencie la intención de evitar la impunidad a la comisión de los mas graves crímenes contra la humanidad.

Solo una opinión «también politizada» puede pretender que España, por encima del Estatuto de Roma, y ante delincuentes cuyo Estado no sea parte del Tratado, pueda erigirse en perseguidor de todo autor de cualquier crimen internacional, y más aun, según criterio de cualquier Juez individual español.

GOMEZ BENITEZ<sup>6</sup>, tras un excelente resumen de los hitos contra la impunidad de los crímenes contra la Humanidad (Nuremberg, Genocidio

---

<sup>3</sup> Ollé Sesé, Manuel, es Presidente de la Asociación pro Derechos Humanos de España y Profesor de Derecho Penal de la Universidad Antonio de Nebrija.

<sup>4</sup> El País; 23.05.09; pág. 35.

<sup>5</sup> Convenio Internacional, firmado en Roma el 17 de julio de 1998.

<sup>6</sup> Gómez Benítez, José Manuel, es Catedrático de derecho Penal, Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

48, Ginebra, etc) y sin aludir al Estatuto de Roma se centra en el principio de «Jurisdicción Universal»<sup>7</sup>, según la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional que dirimió la polémica doctrinal y judicial al respecto, frente al Tribunal Supremo y la propia Audiencia Nacional, Gómez Benítez ubica el principio de «universalidad» por encima de la ONU y sus Tribunales, achacando a la Corte Penal Internacional el que respete el «sine previa lege», pues «la universalidad de la jurisdicción se asienta en el interés común de la humanidad». El ejercicio de esta jurisdicción «requiere un orden de prioridad y la regulación específica de las condiciones para iniciar o perseguir estos procesos», a los que se da prioridad a los jueces del lugar de la comisión de los crímenes «lex loci», sin excluir que en España pueda iniciarse un proceso que este iniciado en otros países, estableciéndose expresamente bajo que condiciones y requisitos, incluso la obligación de que el Juez español se inhíba a favor «de los de *cualquier Estado de derecho que acredite un interés específico en la persecución de estos crímenes*».

Al igual que en el tratadista anterior, no se justifica la maldad del *sine previa lege penale*.

Previa concreción de según que parámetros nos encontramos en un «Estado de derecho», el juez español deberá acreditar que el juez extranjero tenga *un interés específico*. Y, ¿el Juez español no debe tener un «interés específico»?

Entendemos que ese «interés específico» del Juez de nuestra Audiencia Nacional debe exigirse en todo caso, salvo que sea verdad que, en palabras de Gómez Benítez, *nuestros jueces no sean los gendarmes del mundo*.

La convención antigenocida del 48 fijó una jurisdicción única basada en la «lex loci» y en un futuro Tribunal, que hasta 50 años después no es efectivo en la Convención de Roma que crea la Corte Penal Internacional, de ahí que FERNANDEZ DE LA MORA exclamase que al no existir Tribunal Internacional «puede afirmarse que la eficacia del Convenio es, en la actualidad, completamente nula»<sup>8</sup>.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 23.4, de 1985, no tiene carácter retroactivo, pero se constata por GONZALEZ VEGA que existe ya «una tendencia crecientemente compartida por los Estados de nuestro entorno y orientada a la afirmación lenta, pero inexorable, del principio de justicia universal»<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> El País; 23.05.09; pág. 22.

<sup>8</sup> Fernández de la Mora y Azcua. Delincuencia política internacional. Ed. Cultura Hispánica. Madrid 1953.

<sup>9</sup> González Vega, Javier A. En Información y Documentación. Revista Española de Derecho Internacional. Vol. XLIX-1997. Núm. 1. Enero-junio. Madrid 1997; pág. 285 y ss.

Ya efectuada la reforma de 1995, GONZALEZ CAMPOS, ya en 1997 precisó que «el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de determinados delitos, en correspondencia tanto con su gravedad como su proyección internacional<sup>10</sup>. Tal información del ex Magistrado del Tribunal Constitucional, es seguida por parte de la doctrina especializada.

REMIRO BROTONS, en contra de la exclusividad del criterio de territorialidad, se pronunció a favor del llamado «principio de persecución penal universal que no solo permite, sino que anima, a los Estados a afirmar su jurisdicción sobre los crímenes contra la Humanidad, sea cual fuera el lugar en que se produzcan y con independencia del origen u condición de los sujetos activos o pasivos»<sup>11</sup>.

Así mismo, GÓMEZ BENITEZ asegura que «el principio de protección universal vincula a toda la comunidad internacional y, por ende, a España conforme a su legislación interna<sup>12</sup>.

Al igual que el Magistrado Juez de la Audiencia Nacional don Baltasar GARZON<sup>13</sup>, Xulio Ríos<sup>14</sup> José Yoldi<sup>15</sup>, etc...

La polémica que se anunció, se traduce en voces contrarias a la competencia española «erga omnes»; así TRIGO CHACON dice; «No debemos creer en el error de que porque los comienzos de los tribunales internacionales hayan sido difíciles y hayan tenido escasos logros, sustituir esa jurisdicción por la de Tribunales «sui generis» de cada Estado<sup>16</sup>.

En contra de la competencia Española, ORTIZ DE LA TORRE argumenta que «al adherirse España a la Convención de 1948 se renunció a la competencia propia a favor de la del país donde hubiera ocurrido el genocidio cuando se tratase de algún Estado parte en la Convención»<sup>17</sup>, y por eso «al denunciar la Convención ... el delito de genocidio mantenido en el

<sup>10</sup> S.T.C. 21/1997, de 10 de febrero. BOE núm. 63, Suplemento.

<sup>11</sup> Remiro Brotons, Antonio. Pinochet. Los límites de la impunidad. Rev. Política Exterior Núm. 67. Enero-febrero 1999; pág. 3-57.

<sup>12</sup> Gómez Benítez, José Manuel. Genocidio e Inmunidad. Diario El País; pág. 16.

<sup>13</sup> Pilar Urbano: Garzón: El hombre que veía amanecer. Plaza y Janes, ed. S.A. 5.ª Edición. Madrid, diciembre; pág. 551.

<sup>14</sup> El País; 04.07.09, pág. 29.

<sup>15</sup> El País; 04.07.09; pág. 18.

<sup>16</sup> Trigo Chacón, Manuel. Pinochet, Franco, Nixon y la justicia universal española. Anuario Jurídico y Económico... Real Colegio Universitario «Escorial-María Cristina» Época II Núm. XXXIII. Madrid, 2000; pág. 337.

<sup>17</sup> Ortiz de la Torre, Tomás. Competencia judicial penal internacional de los Tribunales Especiales para conocer ciertos delitos cometidos por extranjeros contra españoles en Iberoamérica. Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Núm. 13; 1997; pág. 5.

Código Penal (desde 1985) quedaría automáticamente atraído por nuestra competencia judicial... aplicándose entonces con carácter general el artículo 23.4 de la LOPJ»<sup>18</sup>.

### III. ÓRGANOS JUDICIALES

Aunque se estremezcan las líneas doctrinales, intentaremos deslucir las posturas dominantes de la Audiencia Nacional, Sala Segunda del Tribunal Supremo, y Tribunal Constitucional, no sin precisar que las dos posturas, sin y con límites al principio de la «jurisdicción universal, están presentes en todos los niveles judiciales»<sup>19</sup>.

El genocidio consistente en el exterminio del pueblo maya sirvió de base a un *Juzgado de la Audiencia Nacional* para incoar procedimiento penal, con hechos que se mezclaron con el asalto a la Embajada Española en Guatemala, y muertes de sacerdotes españoles.

Admita todas las querellas, recurrió el Ministerio Fiscal en apelación ante el pleno de la Sala Penal de la *Audiencia Nacional*, que declaró que «no procede el ejercicio en este momento de la jurisdicción penal española para la persecución de los referidos hechos, debiendo el instructor archivar las diligencias previas». El pleno de lo Penal argumentó que el principio de persecución universal, del artículo 23.4 a) de la LOPJ, precisa de su coherencia con la Convención sobre Genocidio de 1948 en rige el principio de subsidiariedad, y en el caso presente «no se ha constatado la inactividad de la jurisdicción guatemalteca».

Interpuesto por las partes acusadoras recurso de casación ante el *Tribunal Supremo* que, asegurando que «la Convención no establece la jurisdicción universal tampoco la excluye», precisa que tras la competencia del lugar de la comisión, subsidiariamente se acuda a «una Corte Penal internacional» (que surge solo en Roma en 1998), pero «no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal contra todos y en todo el mundo».

El Tribunal Supremo rechaza el genocidio, pero admite la competencia por el asalto a la Embajada y asesinatos de sacerdotes.

---

<sup>18</sup> Idem; pág. 512.

<sup>19</sup> Seguidamente, las opiniones judiciales están tomadas de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 237, de 26 de diciembre de 2005, dictada por la Sala Segunda, integrada por 5 Magistrados, recurso de amparo nú. s. 1744, 1755 y 1773, del año 2003, promovidos por Rigoberta Menchú Tum, por CC.OO, y Asociaciones de Derechos Humanos y otros.

La aplicación del principio de jurisdicción universal es defendida por siete Magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que han servido, en buena parte malos argumentos de las «demandas de amparo constitucional».

El *Tribunal Constitucional* entiende que el principio de jurisdicción universal, como principio de «ius cogens» del Derecho internacional, en los términos del artículo 23.4 de la LOPJ, y no cabe apreciar contradicción alguna con otros principios del Derecho Internacional.

Entiende el T.C. que la Convención antígenocida del 48, además de la «lex loci» y el «Tribunal internacional», permite otras jurisdicciones «*acordes con el espíritu del Convenio*»... de persecución del genocidio ... y *evitación de impunidad* de un crimen tan grave».

El derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, impide que se interprete restrictivamente el Derecho Internacional, exigiéndose un *criterio de nacionalidad* activo o pasivo o *de «intereses nacionales»*, que no son exigidos por la Ley.

Así, la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional (Caso Rigoberta Menchú), acepta la aplicación de la «Jurisdicción Universal». De modo más claro y tajante, en sentencia 1240/2008 (Caso Couso), el Tribunal Constitucional declara que la Ley Orgánica del Poder Judicial *instaura un principio de jurisdicción universal absoluto* (considerando Duodécimo, párrafo sexto).

#### IV. OTROS PAÍSES

Aunque sin pretensión de dedicar un capítulo al estudio de la legislación comparada, simplemente se ha acudido al examen del tema «universalidad» en algunos países importantes, de los que ofrecemos una muestra.

##### ALEMANIA

La República Federal de Alemania, en su Ley de Introducción del Código Penal Internacional, de 26 de junio de 2002, entre sus reglas generales se refiere al «ámbito de aplicación» estableciendo que los crímenes contra el Derecho Internacional, descritos en la Ley se rigen por esta Ley, «aunque el hecho fue cometido en el extranjero y no muestra ninguna relación con el territorio nacional» (Artículo 1, parte 1 párrafo.1).

La formulación es suficientemente abierta para entender que se recoge en la legislación alemana el principio de «jurisdicción universal», pero facultando al Ministerio Fiscal para no perseguir el crimen internacional *cuando el culpable no sea alemán*.

#### ARGENTINA

El Código penal, modificado tras el Estatuto de Roma de 1998, aprobado por Ley 25.390, introduce en su texto, amén de las definiciones y usos de términos derivados del Convenio de Roma, normas de aplicación por Argentina de los crímenes internacionales cometidos: a) en su territorio, b) en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de sus cargos; c) fuera del territorio cometidos por nacionales argentinos o domiciliados en Argentina; y, d) en los casos previstos en Convenios Internacionales en los que la República Argentina sea parte.

No puede equipararse la regulación de Argentina con el principio de «jurisdicción universal», y menos aún con la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional: la jurisdicción argentina se extiende fuera de su territorio, a aquellos supuestos en que lo sea en virtud de Convenio Internacional ratificado por la República de Argentina.

#### BELGICA

El Código penal Belga, de 16 de junio de 1993, es modificado por Ley 32 de 5 de agosto de 2003, con similar tipificación de los delitos de violaciones graves del derecho internacional humanitario, señalando literalmente, en su artículo 4 que «las infracciones cometidas fuera del territorio, por belgas extranjeros, no se castigará en Bélgica, sino en los casos determinados por la Ley».

Bélgica fue la primera defensora y extensora de la jurisdicción universal; la proliferación de enjuiciamientos, absolutamente ajenos a los belgas y a los intereses de Bélgica obligaron a replantearse la legislación «universalista» de 1993, con lo que la reforma de 2003, impide cualquier interpretación extensiva y se limita a autorizar su aplicación en los casos terminados por la ley.

No podemos olvidar que la Corte Internacional de Justicia, en la Haya, en Resolución de 14 de febrero de 2002 (caso Yerodia) condenó a Bélgica por la expedición de una orden de arresto internacional dictada contra el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo.

## CANADA

La Ley de 29 de junio de 2000, en francés e inglés, recoge los crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra y aplica el Estatuto de Roma, con definiciones de delitos y términos del Derecho Internacional Humanitario.

Establece en su artículo 6, párrafo 1, que «cualquiera que cometa en el extranjero... culpable de un acto criminal puede ser perseguido en los términos del artículo 8».

Tampoco se recoge una generalizada aplicación del principio de «jurisdicción universal» sino que se limita a los supuestos recogidos en un determinado artículo de la ley de 2000.

## COLOMBIA

El Código Penal, en redacción dada por Ley núm. 599, de 24 de julio de 2000, incluye los crímenes internacionales del Estatuto de Roma de 1998, acercándose la legislación al Derecho Internacional Humanitario.

No he encontrado pretensiones de enjuiciamiento de crímenes fuera de su territorio.

## DINAMARCA

No recoge su legislación el principio de jurisdicción universal sino el próximo de «derecho penal por representación», lo que implica necesariamente una decisión política de ejercicio de la jurisdicción ó «en nombre de la comunidad internacional» ó «de un Estado imposibilitado para ejercer su jurisdicción «per se» en un momento determinado.

## FRANCIA

El Código Penal francés sufrió modificaciones, por leyes de 22 de julio de 1992 núms. 683 y 686, de los Libros I y IV, respectivamente, y por la Ley de Adaptación del Estatuto de Roma núm. 1336, de 16 de diciembre de 1992; otras modificaciones se efectúan mediante las leyes 93-1997, de 24, 12.93 y 98-349 de 11.05.1998.

Sus fechas anteriores al Convenio de Roma, hacen prudente asegurar que no hay vigencia del principio de legislación universal absoluto.

#### HOLANDA

La Ley de 19 de junio de 2003, modifica el Código penal de los Países Bajos, para introducir las normas relativas a las graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario, llamada también «Ley de Crímenes Internacionales», que en la «Sección 2» establece que se aplicará el Código Penal Holandés a los crímenes, cometidos fuera de los Países Bajos; a) si el sospechoso está presente en los Países Bajos; b) si el crimen es cometido contra un nacional de los Países Bajos; y, c) si es holandés el autor de un crimen fuera de los Países Bajos.

La legislación holandesa prevé solamente la aplicación de la jurisdicción sobre los crímenes internacionales en los supuestos de estar el «sospechoso», del que no se determina nacionalidad, en territorio de los Países Bajos, o ser holandés el presunto culpable.

Estos dos supuestos se alejan de la «jurisdicción universal», según la interpretación del Tribunal Constitucional español.

#### INGLATERRA

La «International Criminal Court Act 2001» introduce en la legislación penal de Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte, los crímenes internacionales del Estatuto de Roma de 1998, sobre los que se declara competente para enjuiciar a los autores de crímenes internacionales, cometidos fuera de los «United Kingdom» si el presunto autor es nacional o residente o persona sujeta a la U.K. service» (art. 51, 2.b.) (art. 52, 4, b).

La regla general que se desprende de la legislación del Reino Unido de 2001 parece se limitar al súbdito ó residente, lejos del principio de «jurisdicción universal»

#### V. POST SCRIPTUM

El BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009, publica la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, una vez ya en imprenta el presente artículo en lo que atañe a la llamada «Jurisdicción Universal».



El preámbulo de la Ley justifica la modificación de los apartados 4 y 5 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en una Resolución del Congreso de los Diputados, que no se explicita detalladamente.

Por lo que afecta a la Jurisdicción Universal se añade el requisito de que «para proceda conocer los Tribunales Españoles deberán acreditarse:

- a) que los presuntos responsables se encuentren en España;
- b) o que existan víctimas de nacionalidad española;
- c) o constatarse el vínculo de conexión relevante con España.

Así, la legislación hoy ya vigente, se opone a la doctrina decididamente proclive a la Jurisdicción Universal Absoluta.

# **DERECHO MERCANTIL**

## EL CONVENIO CONCURSAL PREJUDICIAL Y LA TRANSACCIÓN

Eduardo Montull Lavilla  
*Doctor en Derecho, General Consejero Togado  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Académico de Número de la Academia Aragonesa  
y Correspondiente de la Real Academia (Madrid)  
de Jurisprudencia y Legislación  
Ex – Fiscal del Tribunal Supremo*

A la veraz Memoria del Ilustre Profesor Universitario, Consejero Togado de Defensa y Magistrado del Tribunal Supremo, auténtico humanista, jurista ejemplar y, sobre todo, inmejorable compañero y amigo.

### *SUMARIO*

I.- Introducción general: A. Noticia preliminar sobre el convenio concursal prejudicial. B. Recurso a las bases contractuales de la cuestión planteada. II.- Tesis identificadora. III.- Tesis diferenciadora que postulamos.

### I. INTRODUCCIÓN GENERAL

#### A. NOTICIA PRELIMINAR SOBRE EL CONVENIO CONCURSAL PREJUDICIAL

Los renglones que siguen tratan de ofrecer nuestra posición en el debate de una de las cuestiones atinentes a la caracterización jurídica de la figura contractual de índole *plurilateral*, definidora de la institución de que

me ocupé en mi tesis doctoral: *El convenio concursal prejudicial*, hasta entonces comúnmente denominado «convenio amistoso extrajudicial», en la Doctrina y la Jurisprudencia españolas y extranjeras, catalogación terminológica ésta última que fue sustituida por la que propuse como más ajustada a la dogmática jurídica de nuestros días, en mi dicha tesis.

Y tanto más me animo a ocuparme del tema para apuntalar uno de los que en cada aportación académica vino a plantear la problemática propia de la inserción contractual del instituto en examen, cuanto que de dicha tesis (aunque no publicada, por causas ajenas a este autor) se ha podido apreciar, sin duda, su influencia o, cuando menos, el reflejo de las más novedosas consideraciones, que brindaba nuestra referida aportación doctoral, en la posterior regulación de «los convenios que contempló» la reciente Ley Concursal 22/2003, de 9 de Julio, bien que en ésta sean de carácter *judicial*, incluso respecto del innovado *Convenio Anticipado*, con el que *nuestro prejudicial* guarda, prácticamente, la más estrecha coincidencia jurídica estructural, por obvias razones: empezando por su *nomem iuris* y siguiendo por su *proyecto inmediato precedente*, el llamado *Convenio por adhesión* (propuesto en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, según cuyo artículo 1.I: el deudor podría presentar al Juez propuesta del convenio «a los efectos de recabar *la adhesión de los acreedores*» bien que sin *las limitaciones del Anteproyecto* de L.C. de 2000 o sea: que el deudor lo mereciera y que las adhesiones superasen la quinta parte del Pasivo; que no figuraban en la revisión de 1986 del Anteproyecto de 1983 y que, sin embargo, han pasado, respectivamente, a los arts. 105 y 106 de la vigente Ley Concursal 22/2003).

En definitiva, cuando una persona física y jurídica acceda a una situación patrimonial tal que, en un momento determinado, no pueda pagar a todos sus acreedores (dos o más), el total de sus respectivos créditos, puntualmente, es obvio que, cuando menos, nos encontramos ante un deudor en estado de concurso de acreedores, es decir, en estado concursal, el cual antes de recaer la correspondiente, aunque eventual, declaración judicial, no pasa de ser un estado o situación patrimonial de mero hecho. En tales situaciones como ya manifestó Alfredo ROCCO, *surge un riesgo fundado de pérdida para los acreedores pendientes de pago, quienes, impulsados por el desbalance económico de su común deudor, quedan automáticamente solidarizados frente a éste*. Por ello, antes de una eventual declaración judicial de tipo concursal, el convenio de esta índole prejudicial no sólo es posible sino que cuenta con una evidente razón de ser sobre la base de un legítimo interés compartido y merecedor de tutela jurídica, como puse de manifiesto al ocuparme de la licitud de este Convenio en la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, octubre, págs 996 y ss.

*Contrato*, decía ya entonces, *único, plurilateral, interno y de grupo* y como tal, *abierto*, pero además consensual, oneroso, jurídicamente atípico pero con tipicidad socioeconómica, de ordinaria administración, *que no exige de «iure» el consentimiento unánime de los acreedores*, configurándose su estructura jurídica, al reiterar, que *las estipulaciones lo son a favor del común deudor insolvente*, y que la condición de *tercero que acepta*, en todo caso, *lo convenido «inter creditores»* (con aplicación, por ello, de lo dispuesto en el art. 1257 párrafo 2.º del Código Civil), sin necesidad de someterse al principio de la *«par conditio creditorum»*, siempre y cuando todos los intervinientes acepten los acuerdos de trato eventualmente desiguales, renunciando explícita o implícitamente al ejercicio de sus respectivas acciones judiciales con la esperanza, siempre, de que, por lo menos, se haga realidad el clásico principio que reza *«melior est pauca dividere quam totum perdere»*.

En definitiva, a mi juicio el convenio concursal prejudicial se enmarca en el Derecho positivo como la conjunción de dos figuras jurídicas negociales, bien que externa y formalmente vienen confundidas en un mismo y único magma contractual, es decir, *de una parte*, el contrato obligatorio plurilateral básico celebrado por y entre los acreedores a favor de su común deudor que se halla en situación patrimonial concursal de hecho, quien *de otro lado*, al aceptar las estipulaciones hacia él deferidas queda, al propio tiempo, *obligado a otorgar y otorga un negocio jurídico unilateral de destinación de sus bienes a la liquidación*, la que corre por supuesto a cargo de los propios acreedores, en calidad de *administradores imparciales*, para hacerse pago finalmente con el remanente de la liquidación en la medida de lo posible, según los términos convenidos respecto de la satisfacción de los acreedores.

En esta línea conceptual no es ocioso destacar preliminarmente *lo que no es el convenio concursal prejudicial*, a saber:

1. *Remisión o condonación de deuda en todo o en parte.*
2. *Tampoco es un contrato de transacción.*
3. *No entraña novación extintiva en lo sustancial.*
4. *No puede ni debe confundirse con el instituto de la cesión de bienes a los acreedores para pago de deudas, sin perjuicio de la eventual estructura formal afín, más no autorizante de su identidad.*

## B. RECURSO A LAS BASES CONTRACTUALES DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

Para abordar, a la luz del Derecho positivo español, el tema propuesto, dada su indiscutible laguna legal, es preciso apelar a la teoría general de las obligaciones y los contratos, bien entendido que el sistema legislativo de

la Codificación comporta en el intérprete la constante referencia a categorías jurídicas, las cuales, precisamente por su función, pertenecen no a la lógica pura del Derecho sino a la lógica del Derecho vigente, en las sabias palabras de Augusto PINO.

Y, en efecto, las relaciones económicas nos ofrecen a diario, en no pocas ocasiones, como las actuales, la realidad innegable de una serie de intereses individuales coetáneos, respecto de los que resulta posible dar satisfacción a las necesidades que entran en franca, abierta y recíproca colaboración, intereses que nacen automáticamente de otros tantos incumplimientos de obligaciones, ya consumados o inminentes (artículo 1129. 1.º C.civ), que no otro es el caso, por ejemplo, de los dos o más acreedores ante su común deudor insolvente aún no sometido a procedimiento judicial concursal alguno: presentar el encuadre contractual y dar con la forma jurídica adecuada a la armónica solución de tales intereses económicos, es el objeto de este estudio, lo que puede obtenerse tanto indagando lo que el convenio concursal prejudicial es, como, por la vía indirecta, ya anticipada, *de lo que no es*, uno de cuyos supuestos, el de la *transacción* en el marco del Derecho anterior a la reciente legislación concursal española, vamos a limitar esta nuestra modesta aportación.

«Uno solo però dei contratti di diritto comune per la grande varietà delle sue forme e del suo contenuto, si protrebe considerare como il genero prossimo de la specie concordato: vale a dire la *transazione*», afirmaba, ya en 1902, la voz autorizada de Alfredo ROCCO<sup>1</sup> al argumentar, con esa finísima agudeza que le caracterizaba, que coinciden en el convenio concursal, tanto en el judicial como en el extrajudicial, los dos fundamentales elementos constitutivos de la transacción, a saber: las *res dubia* entre las partes y las *recíprocas concesiones* que éstas se hacen con el fin de remover tal estado de incertidumbre.

Dado el interés que tan original construcción despertó, como hemos de comprobar seguidamente, en la sucesiva literatura jurídica sobre el tema, que incluso ha llegado *no sólo* a algunos expositores españoles *sino* también a la propia Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, justo es que dediquemos a esta dirección doctrinal una especial atención, tratando de resumir y rebatir aquí lo esencial de sus argumentos. La *res dubia*, afirmaba ROCCO, concurre en ambos tipos de convenio, ya que ésta debe poderse referir no sólo a la *existencia* del derecho sino también a su *realizabilidad*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Confr. ROCCO, Alfredo, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Turín, 1902, pág. 209 y ss.

<sup>2</sup> Id. Id.

Sin embargo, conviene observar, antes que nada, lo significativamente curioso que resulta el hecho de que, pese a la gran autoridad de *Alfredo ROCCO*, principalísimo y vehemente defensor de tal teoría, ésta acabó por ser abandonada por la propia doctrina y jurisprudencia italianas, prosperando la tesis negativa de semejante asimilación, de acuerdo con una abundante producción doctrinal, que con anterioridad a ROCCO, se había pronunciando, en Italia, acerca de la naturaleza jurídica de los, allí denominados convenios amistosos extrajudiciales<sup>3</sup>.

Por mi parte, creo que existen razones más que suficientes y, por supuesto, rigurosamente científicas, aparte el abandono de la tesis de ROCCO a que me acabo de referir, para estimar que ambos institutos, convenio concursal y transacción, fuera de la nota común de su contractualidad, no pueden, en buena técnica, asimilarse. Acaso, en gran medida la egregia figura de ROCCO que entendió apasionadamente lo contrario y el hecho de que, en nuestros días, dentro de la doctrina italiana, no menos autorizada, sea defendida, bien que aisladamente y respecto del convenio judicial, la tesis de ROCCO por AZZOLINA<sup>4</sup> y, por supuesto, el indudable y gran interés dogmático del tema de la identificación, no menos, para nosotros, que la constante Jurisprudencia española al insistir en la antigua y por doquier hace tiempo superada tesis de ROCCO a que me refiero<sup>5</sup>, me obligan a entrar en los argumentos que apoyan mis particulares puntos de vista y, en definitiva, a enjuiciar críticamente la tesis de ROCCO y de nuestro Tribunal Supremo que, desde luego, no comparto.

## II. TESIS IDENTIFICADORA

Parece aislada la tesis que, entre la más antigua Jurisprudencia italiana, postuló la Sentencia de 24 de Julio de 1895 de la Corte de Apelación de Milán, afirmando, por supuesto sin una adecuada fundamentación, *la identidad de convenio y transacción*<sup>6</sup>. Pero lo cierto es que ya la doctrina

---

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Confr. AZZOLINA, Humberto, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali...* Turín, 1953, pág. 1287.

<sup>5</sup> Confr. *Infra*, notas 1, 2 y 3.

<sup>6</sup> «...el convenio en sustancia es una transacción que tiene lugar entre el quebrado y sus acreedores en relación a los créditos comerciales por ellos contraídos...»

En idéntico sentido, se había pronunciado la sentencia de 30 de junio de 1891, de la Corte de Apelación de Génova.

coetánea había negado con vigor esta tesis<sup>7</sup> y también la propia Jurisprudencia<sup>8</sup>.

Sin embargo, es *Alfredo ROCCO*, como ya hemos advertido, dada la genialidad de su construcción y su gran personalidad en la materia, quien, verdaderamente, inició la tesis de la asimilación de ambos institutos. En efecto, tras del párrafo ya transcrito, el ilustre concursalista añadía: «Para nosotros, pues, son verdaderas transacciones los acuerdos de las partes dirigidos a poner fin o a evitar el procedimiento de ejecución... Ciertamente que los derechos de los acreedores *sono accertati nella loro sussistenza giuridica*: pero el mantenimiento de la igualdad sobre la base de la ejecución colectiva<sup>9</sup> da lugar a una limitación recíproca de los varios derechos de crédito:

---

<sup>7</sup> Confr. VIDARI, Ercole, *Corso di diritto commerciale*, Milán 1894, IX, n. 8670, pág.7: «Fue dicho que es –se refiere al llamado convenio amistoso– una transacción. No es verdad. La transacción no puede tener por objeto más que un derecho litigioso, es decir, controvertido... Por el contrario, el convenio no tiene por objeto derechos litigiosos; antes bien, derechos ciertos, admitidos y reconocidos por el propio deudor. En la transacción, por lo tanto, también el deudor renuncia a una parte de aquellos que él cree sus propios derechos; en el convenio, por el contrario, él no renuncia a nada, sino que obtiene, en cuanto que renuncian a alguna cosa respecto de él sus acreedores. En suma, es un error creer que el convenio sea una transacción (Corte de Casación de Roma, 4 mayo 1891 y 1 julio 1892. Corte de Apelación de Venecia 26 enero 1886)»; SALVIA. Sull «ammissibilità della prova testimoniale relativamente all» esistenza e condizione di quegli accordi conosciuti sotto il nome di concordati amichevoli, en *Il Filangieri*, Nápoles, 1885, I, pág. 671: «o se consideran compleja o singularmente los varios acuerdos celebrados entre acreedores y comerciante deudor, faltan en ellos ambos efectos constitutivos de la transacción, es decir la mutualidad de los sacrificios y el fin de evitar la quiebra y truncar un litigio relativamente a pretensiones controvertidas»; GUARIGLIA, *Il concordato nel diritto italiano e straniero*, Nápoles, 1892, pág.160: «Afirmada la índole contractual del convenio, no nos queda más que decir que no es una transacción, porque nos queda más que decir que no es una transacción, porque no se transige sobre derechos ciertos sino sobre derechos inciertos».

<sup>8</sup> Confr. Sentencias de 23 Mayo de 1891, de la Corte de Casación de Roma: «No es verdad que el convenio sea una transacción y por esto regulado por los arts. 1772, y 1.773 C.civ.»; de 14 de junio de 1901, de la Corte de Apelación de Génova, en *Legge*, 1901, II, 375: «Ni se objete que el convenio, constituyendo una transacción, no podía... porque, como ya se dice, el convenio implicaba una remisión parcial del débito, no una transacción, de la cual no se daba el conocido extremo indispensable de las recíprocas concesiones»; y de 16 agosto 1901, de la Corte de Casación de Palermo, *Legge*, II, 588: «Este –se refiere al convenio– no tiene la esencia jurídica de la transacción, y ni mucho menos de la novación, así que bien fue definido como un contrato de género especial».

<sup>9</sup> No deja de lado (como no podía ser menos, tratándose de Alfredo ROCCO) la objeción que, obvia e inmediatamente, deriva del propio Derecho positivo y, saliendo al paso de la misma, dice: «A este concepto más amplio al que responde el espíritu del art. 1764 (C. Civil) no se opone la letra de aquella disposición legislativa que alude precisamente a lite sorta o che può sorgere. El periodo ejecutivo del procedimiento –continúa–, última fase del duelo judicial, en el que el vencido trata con toda astucia de evitar las consecuencias de la derrota; está siempre tan colmado de accidentales que bien pueden merecer el apelativo de litigio sin perjuicio de que éste sea normalmente más propio del procedimiento declarativo». Más, acaso no muy convencido, a renglón seguido, dice: «Añádese a esto que no es



limitación cuya extensión es actualmente incierta y que vendrá determinada por el éxito de la liquidación. Eliminar esta incertidumbre, precisar desde ahora los derechos de cada uno, significa no sólo poner término al procedimiento ejecutivo concursal contra el deudor, sino también hacer cesar o evitar las controversias entre los varios acreedores para la determinación de sus respectivos derechos sobre la prenda común..... Nosotros –termina ROCCO– pues, no tenemos dificultad en reconocer que el convenio pertenece a la gran familia de las transacciones, de las que sin embargo constituye una especie enteramente por las siguientes características: a) en cuanto al convenio obligatorio, porque es regulado enteramente por la ley con normas particulares, dependientes de la naturaleza pública del procedimiento al que pone fin; b) en cuanto al *convenio concursal*, porque va dirigido a evitar un procedimiento colectivo de ejecución y es estipulado no entre dos partes solamente sino por todos los acreedores entre sí y con el deudor».

Pues bien, una vez expuesta la parte que creo más sustancial de la elaborada exposición de ROCCO, lo que acaso pueda sernos de utilidad, dado el desenvolvimiento que genialmente hace, aunque de modo incidental, de algunos planteamientos, debemos advertir que esta orientación doctrinal no nace en ROCCO, le precede, en efecto, CAVO<sup>10</sup>, con gran agudeza, aunque con menor rigor científico que ROCCO, bien que en la misma línea luego desarrollada genialmente por éste, había escrito: «¿Para qué sirve la liquidación del crédito, la admisión del deudor, si el acreedor no puede exigir su haber? Las circunstancias anormales en que se encuentra el deudor, imprimen al crédito un carácter de casi litigiosidad e influyen sobre el acreedor persuadiéndole a que se contente con una parte de su crédito...». Y añadía: «El convenio es un contrato *sui generis*, complejo, que si no se puede hacerle entrar en los estrechos límites de la transacción, sin embargo, participa bastante de ésta».

También GIORGI<sup>11</sup>, con anterioridad a ROCCO, había contribuido a esta orientación identificadora de ambos institutos que, según vimos, hizo fortuna en aquella época inspirando también a éste gran maestro.

---

en modo alguno necesario dar la enumeración de las dos hipótesis del art. 1764: prevenire una lite che può sorgere; porre fine ad una lite già sorta, un valor estrictamente taxativo, sino que, por el contrario, es razonable mantener que el legislador había querido, por vía de ejemplificación, afirmar el concepto que puede constituir objeto de la transacción la definición de una relación jurídica generalmente incierta». Il concordato nell fallimento e prima... (op. cit. nota 1) pág.212.

<sup>10</sup> Confr. CAVO, Digesto italiano, VIII, parte I, n.3, pág 342.

<sup>11</sup> Confr. GIORGI, en Foro italiano, 1891, I pág. 423: «El convenio... se sustancia en una transacción».

La tesis maduró, efectivamente, en ROCCO, según lo expuesto, y cuando menos que yo sepa, en la posterior evolución de la doctrina italiana a este respecto<sup>12</sup>, no ha vuelto a postularse la naturaleza transaccional del convenio concursal si, por supuesto, del prejudicial.

Con razón exclamaba JONA<sup>13</sup> que debe desconfiarse un tanto de aquellas construcciones que, queriendo, por la armonía jurídica del sistema, reconducir una concreta figura a un tipo determinado, después se ven en la precisión de añadir al concepto, la expresión de *sui generis* que viene a desordenarlo y a confundirlo todo. Acaso yendo más lejos aún que dicho autor, creo yo que convendría desconfiar incluso del afán mismo de identificación, ya que éste, pronto o tarde, impulsa a forzar las instituciones (las más de las veces, *nuevas*), lo que, en definitiva, impide un ecuánime, imparcial y objetivo análisis de las mismas, que probablemente sería mucho más fructífero en el terreno de la *praxis*<sup>14</sup>.

Mas, para una conveniente crítica de fondo de esta tesis, será preciso advertir que ROCCO, en sus argumentos, parte de una premisa que da como exacta y que, ciertamente, la doctrina, que yo sepa, no ha acertado hasta hoy a desmentir; ocupación en la que a su debido tiempo me entretuve, para tratar de demostrar su falsedad; me refiero a la afirmación de que «el convenio es un *contrato bilateral*»; pues bien; de tal (inexacto) aserto deduce ROCCO, inmediatamente: «por lo que existen concesiones recíprocas». «El convenio –sigue argumentando– no es solamente un contrato entre acreedor y deudor, sino también *entre acreedores*<sup>15</sup>, y entre éstos no se puede desconocer el elemento de las concesiones recíprocas».

---

<sup>12</sup> A salvo, por supuesto, del ya apuntado caso de AZZOLINA, y de una somera referencia, al considerar los diversos contenidos posibles del convenio prejudicial, como determinante de la naturaleza jurídica de tal convenio concursal, que leo en CASTANA (conf. CASTANA, Antonino, *La cessione dei beni ai creditori nelle diverse fattispecie*, Milán, 1957, págs 112 y 114).

<sup>13</sup> Confr. JONA, Elio, *Il concordato amichevole stragiudiziale, in limite di fallimento*, Turín, 1908, n. 38.

<sup>14</sup> La consideración que hago en el texto me recuerda, pero para atribuirlo a la doctrina científica que de tal modo se produce, aquellas atinadas palabras de COLIN y CAPITANT (Curso elemental de Derecho civil, Madrid, 1955, IV, pág. 987) cuando estimaban que «en la práctica los contratantes, suelen disfrazar a menudo con el nombre de transacciones actos cuyo fin y cuyo carácter son en realidad, enteramente diferentes»

Y es curioso observar que fue precisamente en Francia donde el legislador, acaso influido por la entonces triunfante tesis de ROCCO, introdujo, aunque transitoriamente, el convenio preventivo de mayorías por Ley de 8 julio 1919: bajo el nombre de «*réglement transactionnel*» (cofr. LACOUR-BOUTERON, *Précis de Droit Commercial*, Paris, 1925, n. 1925, p. 527, nota 1).

<sup>15</sup> Afirmación, ésta última, muy intuitiva en ROCCO y correctísima a nuestro entender, conforme a lo que tenemos demostrado con anterioridad en el texto.

Quizá la doctrina coetánea, al igual que la posterior, respecto de la construcción de ROCCO, se vio privada de un valioso argumento para la adecuada crítica de tal construcción, al ser unánime, también en nuestros días, la creencia, en esto compartida, como vemos, por el propio ROCCO, en la *bilateralidad del convenio concursal*, ya que, contrariamente a tan uniforme corriente de opinión, creemos haber demostrado en qué consiste, a este respecto, la estructura técnico-jurídica de los convenios concursales (judiciales o prejudiciales que sean), cifrándola en un *contrato plurilateral* celebrado por y entre los acreedores en favor, precisamente del común deudor, lo que, por sí sólo destruye la base misma de la recién indicada argumentación de ROCCO en pro del carácter transaccional del convenio concursal.

### III. TESIS DIFERENCIADORA QUE POSTULAMOS

Más veamos, por el doble camino de *las semejanzas y las desemejanzas de ambas figuras, convenio y transacción*, en qué queda la genial teoría de ROCCO.

1.º *Semejanzas*. No tengo la menor duda de que existen elementos que podríamos llamar *comunes* al convenio concursal (especialmente, prejudicial) y la transacción: de acuerdo con FURNO<sup>16</sup>, en efecto, acaso sea «oportuno poner aquí de relieve uno de ellos, negativo, precisamente porque la doctrina adversaria (la de la identificación de ambas figuras) subraya el contrario; me refiero a que al igual de la transacción, el convenio amistoso tampoco supone ni elimina un estado de incertidumbre. Pero más que los elementos de semejanza (aparente) deben buscarse y determinarse los elementos que caracterizan respectivamente a cada uno de los dos institutos y los diferencian específicamente»:

#### 2.º *Diferencias*

a) El *aliquid datum, aliquid retentum*, cuando menos en el sentido preciso en que el art. 1809 del C. Civil español se pronuncia: «prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa»<sup>17</sup>, decididamente, no concurre en nuestro

---

<sup>16</sup> Conf. FURNO, Carlo, *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, Madrid, 1957, pág.194.

<sup>17</sup> Recordemos que nuestro art. 1809 C.Civil es idéntico al art. 1764 C. civil italiano de 1865 y sustancialmente igual al art. 1965 del vigente Código civil; fórmulas a las que, a la vista del art. 2044 del Code Napoléon, llega igualmente la doctrina francesa (Confr. TROPLONG, *Du mandat, du cautionnement et de la transaction*, Bruxelles, 1846, art. 2044, n.4, pág 157)

convenio concursal extrajudicial (ni, dicho sea de paso, en el de masa o judicial).

Una recta interpretación de ambas instituciones, convenio y transacción, pone en evidencia que éste último contrato, a diferencia de aquél, desde el Derecho romano, requiere la presencia de *concesiones recíprocas*, que es tanto como decir mutuo sacrificio. Creo que la pretendida asimilación entre ambas figuras tiene una explicación, como todo fenómeno que acaece en la realidad, y es la de que se ha tomado la transacción, como ha puesto de manifiesto NATI<sup>18</sup>, en *sentido atécnico*: «con tal interpretación vulgar todo acuerdo podría calificarse de transacción». En efecto, se trata de un concepto atécnico, vago e impreciso, en el uso que, a estos efectos de la pretendida identificación que aquí examinamos, se ha hecho, y que entre nosotros muy bien podría venir expresado en los términos, por ejemplo, en que se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 5 de Julio de 1923: «La transacción es el modo de resolver *amistosamente en aras de paz y concordia* las diferencias suscitadas entre los que pretenden sustraerse a las contingencias de los pleitos»; amplio sentido conceptual valedero, desde luego, para nuestro convenio concursal prejudicial, dada, precisamente, su generalidad y entendiendo siempre también, con la misma amplitud, el vocablo *pleitos*; generalidad, amplitud e imprecisión que, por esto mismo, vienen a eliminar la significación jurídico-técnica propia del término *transacción*. Mas, por este camino se explica, aunque en modo alguno se justifica el criterio que pretende identificar ambos institutos, tan insistentemente mantenido por nuestro Tribunal Supremo. Es muy posible que haya contribuido eficazmente a tan equivocada opinión, también, aquél otro pronunciamiento (cierto en sí) de la Sentencia do 8 de marzo de 1933, según el cual «el contrato de transacción, por la amplitud de su contenido jurídico es susceptible de abarcar dentro de su área una o varias figuras contractuales que responden a la finalidad prevenida en él...», lo que, como es sabido y resulta por demás evidente, es nota propia, también del convenio concursal prejudicial.

No existe duda alguna, en efecto, de que el deudor no *hace concesión* alguna, cuando menos, tomando esta locución en el sentido técnico correcto en que debemos tomarla, siendo, a lo sumo, él el *favorecido*, precisamente, por el hecho de ser liberado del cumplimiento integral o puntual (o ambas cosas a la vez), de sus obligaciones, según resulta de la definición misma del convenio concursal que ya ofrecí en las primeras páginas de esta

---

<sup>18</sup> Confr. NATI, Augusto, Il concordato, con speciale riguardo al concordato stragiudiziale, Roma 1936, pág 88.

aportación. En un sentido verdaderamente técnico, pues, es el acreedor, o por mejor decir, son los acreedores quienes sufren, en el convenio concursal, un *sacrificio*, jurídicamente significativo.

Es posible, qué duda cabe, que el deudor realice *concesiones* como sucedería si, por ejemplo, consintiese en nuevas hipotecas sobre sus bienes o los de un tercero, o en la dación de un buen fiador, antes inexistente, en garantía de las obligaciones pendientes de pago por el deudor tras el convenio, o en la cesión de todos sus bienes, para pago o en pago de sus deudas, etc. etc., más, todos estos *eventuales* (y por ende, no determinantes de la dogmática de la categoría) supuestos, jamás puede decirse que entrañen, precisamente, el *aliquid datum*, *aliquid retentum* propios del contrato de transacción, rectamente entendido, faltando, como falta, por definición, la *correspectividad* propia de esta vieja figura y la necesidad «de una cierta equivalencia en el sacrificio de la reciprocidad de las concesiones» que la doctrina española exige respecto del contrato de transacción<sup>19</sup> sobre la base de la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo<sup>20</sup>.

Pero hay más, en cuanto a la concesión de aquel «algo» a que, como posible (*recte*, «eventual») por parte del deudor, aludíamos, no hay que perder de vista que semejantes «concesiones» no son enteramente *esenciales* respecto del convenio, mientras que la mutua concesión, técnicamente entendida, si que lo es respecto de la transacción. Es más, como se lee en la sentencia del Tribunal de Pisa, de 12 de diciembre de 1890: «Transacción no es y no puede ser el convenio: éste vocablo debe tener, cuándo es adoptado por la ley, el significado mismo que la ley le otorga mediante la correspondiente definición.... Dar un significado diverso, sería tanto como considerar que el legislador ha usado un lenguaje impropio, contrario al significado jurídico dado por todos los legisladores, sin excluir el nuestro... El convenio no tiene lugar por lo dudoso de los derechos, sino frecuentemente y casi siempre, por la insolvabilidad del deudor; en él pueden, por derecho, recibir los acreedores todo su haber sin dejar nada al momento, a término o a plazos. Y si bien ésto raramente sucede, demuestra que puede existir convenio sin el *aliquid datum* y el *aliquid retentum* y que, por ende, no es transacción, y, en efecto, como tal jamás fue considerado por la doctrina...». Además, como ha puntualizado certeramente un autor<sup>21</sup>, el convenio «puede también tener lugar en condiciones tales, en las que sea irrisorio hablar de *concesiones por*

---

<sup>19</sup> Confr. PUIG BRUTAU. J. Fundamentos de Derecho civil, Barcelona, 1956, tomo II, vol. II, pág 568.

<sup>20</sup> Ss. 13 julio 1940, 21 abril 1942, 18 febrero 1944 y 14 marzo 1955, entre otras.

<sup>21</sup> Confr. JONA, Elio, Il concordato amichevole straguidiziale in limite di fallimento, Turín, 1908, pág.65.

*parte del deudor*. Así, cuando el convenio se reduce a la remisión de una parte del crédito para obtener inmediatamente el pago de la otra, o bien una dilación, o bien una remisión y dilación (y son éstas las formas más comunes del convenio) no se ve qué es lo que el deudor *concede*. Bien es verdad que el deudor procura una ventaja a los acreedores, los cuales, haciendo declarar o proseguir el concurso, probablemente, obtendrían mucho menos; pero no la procura mediante una *concesión*<sup>22</sup>. No se debe olvidar que ¡no es una *concesión* el pagar una parte solo de las deudas propias! Si insisto tanto en repetir que, con la renuncia, en una forma o en otra, a una parte de sus derechos, los acreedores no regalan, o por lo menos no entienden regalar, sino sólo procurar su propio interés, no se me venga luego a decir que ¡quien regala es el deudor!».

Obsérvese, de otro modo, que si bien entre los acreedores, como consecuencia de aquella comunidad incidental que entre ellos se da y de la que el propio ROCCO nos habla respecto del convenio judicial<sup>23</sup>, puede pensarse que concurren las concesiones recíprocas propias de la transacción, lo cierto es que, por el contrario de cuanto sucede en ésta, no hay duda alguna acerca de la falta de espontaneidad de tales mutuos o multirecíprocos sacrificios propios del convenio concursal, y ello es así a consecuencia de la necesidad en que los acreedores se encuentran (según lo dicho al comienzo de este discurso) de actuar precisamente en común. «Una renuncia, una limitación de sus derechos –afirmaba acertadamente a este respecto JONA<sup>24</sup> les viene ya impuesta por la ley, con la quiebra, ya efectiva (convenio judicial) ya inminentemente (convenio extrajudicial). Precisar esta limitación no es, sin embargo, me parece, renunciar a un derecho, como quería ROCCO».

En el mismo sentido que propugnamos de estimar que no concurren en el convenio concursal (judicial o extrajudicial) las *recíprocas concesiones* propias de la transacción, se ha pronunciado por lo demás, la doctrina y la Jurisprudencia italianas que, en los últimos tiempos, se ha ocupado expresamente del tema<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> A este respecto, aludido en el texto por JONA, había escrito, muy atinadamente por cierto, VIDARI, Ercole, Corso di Diritto commerciale, Milán, 1894, IX, n.8669, pág.7, que «en la transacción, por ende, también el deudor renuncia a una parte de aquello que él cree sus propios derechos; en el convenio (se refiere al prejudicial) por el contrario, no renuncia a nada, sino que lo que logra es que sus acreedores renuncien a algo de sus derechos»

<sup>23</sup> Confr. ROCCO, Alfredo, Il concordato nel fallimento e prima del fallimento, Turín, 1902, n.78, págs 158 y ss.

<sup>24</sup> Confr. JONA, Elio, Il concordato amichevale straguidiziale..(op.cit.supra. nota 13), pág 66.

<sup>25</sup> Confr. NATI, Augusto, Del concordato, con speciale riguardo al concordato straguidiziale, Roma, 1936, pág 88, NAVARRINI, Humberto, La Quiebra, traducción y notas del Derecho español por F. HERNÁNDEZ BORONDO, Madrid, 1943, n.2403 f), pág 348, y

No me resisto, a mayor abundamiento y en apoyo de los puntos de vista que mantengo, a la tentación de transcribir aquí algunos de los párrafos que juzgo más elocuentes entre los que más autorizada doctrina italiana ha producido en el tema que nos ocupa, párrafos perfectamente válidas para el Derecho español y que, a mi juicio, vienen a zanjar definitivamente la cuestión sin lugar a dudas.

Me refiero, sobre todo, a FURNO<sup>26</sup> para quien las recíprocas concesiones «constituyen requisito esencial de la transacción y no del convenio», «Es fácil observar —agrega— que el convenio amistoso se concreta precisamente —por lo menos en general— en concesiones y aplazamientos que los acreedores hacen unilateralmente al deudor. Falta el estado de litigio, la situación litigiosa, el deudor no se opone, no resiste, y frente a su difícil situación los acreedores vienen hacia él, le conceden respiro y facilidades y reducciones de pago. De modo que hablar en estas condiciones de concesiones recíprocas, de mutuo sacrificio, puede parecer incluso una ironía».

PROVINCIALI<sup>27</sup>, por su parte, bien recientemente, ocupándose del convenio extrajudicial, aunque su inicial afirmación de que «el convenio extrajudicial es al convenio judicial (preventivo, de quiebra, en la liquidación coactiva) como la transacción es a la sentencia que resuelve la litis...»<sup>28</sup>, pudiera inducirnos a confusión acerca de su postura en el tema debatido, lo cierto es que, líneas más adelante<sup>29</sup>, precisamente al replicar a AZZOLINA., cuándo éste le reprocha falta «de precisión», rotundamente afirma «que no se trataba de transacción (por la misma razón que también para los contractualistas, no es tal el convenio judicial)», lo que, según él, se deducía, antes de ésta su afirmación, de su Manual, 2.ª edición, ns. 388 y 390, 395 y 396, 3.ª edición, ns. 642, 644, 650 y 651.

---

SATTA, Salvatore, *Instituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1948, quien, pese a que parece dar a entender lo contrario en la pág. 327, claramente se pronuncia por la negativa de la pretendida identificación en la pág. 269.

<sup>26</sup> Confr. FURNO, Carlo, *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, Madrid, 1957, pág. 195, opinión, la de este ilustre profesor de Florencia que, de no contar con otras garantías que las que tiene, y de gran peso, merece aquí una especialísima atención, ya que, cultivador del Derecho procesal civil, como es sabido, se asoma (en su aquí citada obra), con verdadero conocimiento de causa, al campo del Derecho sustantivo y, según creo, es precisamente en esta encrucijada de caminos donde se ha de resolver la problemática toda del convenio concursal, también la del prejudicial.

<sup>27</sup> Confr. PROVINCIALI, Renzo, *Tratado de Derecho de quiebra*, Barcelona, 1958, cit. 3.ª ed. III, págs. 397 y ss.

<sup>28</sup> Más bien me inclino a pensar que el insigne concursalista, en tal párrafo, usa la voz transacción en el sentido atécnico y genérico a que me acabo de referir líneas más arriba. Es decir, en la acepción «2. Trato, convención o negocio» que la palabra tiene en el Diccionario de la Real Academia española de la lengua.

<sup>29</sup> PROVINCIALI, *Tratado...* (op. cit. supra, nota 27), pág. 600.

La doctrina española, aunque escasa, como es sabido, en el tema del convenio prejudicial, también viene rechazando su equiparación con el contrato de transacción y ello por el mismo motivo que examinamos, es decir, el de no ver en aquél las consabidas *concesiones recíprocas* que nuestro C. civil (art. 1809) da por supuestas en éste. GAY de MONTELLÁ, en efecto, siguiendo a VIDARI, afirma<sup>30</sup> que «en el convenio amistoso ni existe aún contención entablada, ni hay por parte del deudor más que obligaciones a cumplir, siendo raro que dentro del convenio pueda aquel hacer valer ningún derecho»; y GONZÁLEZ de ECHÁVARRI y VIVANCO<sup>31</sup> se limita a transcribir los párrafos de VIDARI, ya aludidos por nosotros, cuya doctrina comparte por entero. La autoridad de GARRIGUES, últimamente<sup>32</sup>, aunque respecto del convenio judicial, vino a avalar esta nuestra creencia de que «no hay aquí recíprocas concesiones, ya que el quebrado no hace ninguna», apuntando, pese a ello, el criterio contrario de la jurisprudencia española.

En verdad, resulta sorprendente como nuestro Tribunal Supremo<sup>33</sup> ha podido acoger tan constantemente, durante lo que va de siglo XIX, la tesis

---

<sup>30</sup> Confr. GAY de MONTELLÁ, Código de Comercio español comentado, V, pág. 41.

<sup>31</sup> Confr. GONZÁLEZ de ECHEVÁRRRI y VIVANCO, Comentarios al Código de comercio y jurisprudencia española, Valladolid, 1945, II, página 218.

<sup>32</sup> Confr. GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, II, pág. 435.

<sup>33</sup> Ss de 20 noviembre 1928, 18 abril 1929, 30 diciembre 1932: «se ha de declarar que tales convenios, en las suspensiones de pagos, deben estimarse como verdaderas transacciones que deben cumplirse como los demás contratos mercantiles»; 21 abril 1934, 26 junio 1945: «La quiebra da lugar a una ejecución colectiva contra los bienes de un deudor común, o a un convenio transaccional que la evita, mediante concesiones al deudor para que satisfaga sus deudas de manera y en términos distintos de los que se hallaba obligado a hacerlo»; 30 Mayo 1959 y 15 febrero 1962. Y resulta tanto más sorprendente cuanto que ya la Sentencia de 29 de noviembre de 1905 había establecido con un, a nuestro entender, exacto criterio, rigurosamente científico, que no existe transacción cuando una ejecución se deja en suspenso a cambio de la promesa de pagar dentro de unos días, pues la relación jurídica permanece sin modificar y sólo media una concesión de favor por parte de uno de los litigantes. La misma orientación puede verse en la sentencia de 18 de febrero de 1946, la que, tras de insistir en la conocida definición del contrato de transacción, entiende que éste no existe cuando una de las partes nada dio ni prometió en reciprocidad a las concesiones de la otra parte, debiendo considerarse estas concesiones como verdadera renuncia de derechos: y éste es, según creo, el caso del convenio concursal en general y, por supuesto, del prejudicial en particular.

En parecidos términos, vid. S. 10 febrero 1941. A cuyas resoluciones jurisprudenciales aún cabe añadir, a los efectos del argumento aquí trazado, lo contradictorio del criterio de nuestro más alto Tribunal de Justicia cuando, de un lado, estima transacción el convenio concursal judicial y, de otro, como sucede en la Sentencia de 9 de marzo de 1948, muy elaborada por cierto, entiende que «la concesión recíproca y «determinante» de un contrato con causa onerosa excluye, en absoluto, la posibilidad de confusión con otras relaciones jurídicas de prestación...» pues a nadie se oculta que, además de faltar en los convenios concursales (judiciales o extrajudiciales) concesiones recíprocas en sentido verdaderamen-



de la identificación de ambos institutos, convenio judicial y transacción, máxime si se tiene en cuenta la evolución y las poderosas razones aducidas por la doctrina italiana, en la que, como hemos visto, nació semejante criterio y en la que ha terminado por ser desterrado casi totalmente; es más; como botón de muestra a este respecto, aparte la información y los argumentos aportados en las páginas precedentes, valgan las palabras de FURNO<sup>34</sup> cuando, con razón, afirma que «la opinión hoy predominante se inclina en el sentido de que las dos figuras del convenio (de quiebra y preventivo) reguladas por la ley no tienen ninguna analogía con la transacción».

Quizá ha sido la propia Jurisprudencia española y la influencia de ROCCO lo que ha impulsado, no ha mucho a SOTILLO<sup>35</sup> a afirmar la identificación de instituciones que aquí combatimos, mostrando, por ende, una posición completamente excepcional, junto a MUR SANCHO<sup>36</sup>, COSSIO<sup>37</sup>,

---

te técnico, jamás podrá admitirse que éstas y no, en cambio, la situación real fáctica de insolvencia del deudor, sea la verdadera «determinante» del vínculo (plurilateral, según creo) contractual.

<sup>34</sup> Confr. FURNO, Carlo, *Negocio de fijación y...* (op.cit.supra, nota 16) pág 193.

<sup>35</sup> Confr. SOTILLO, J. Antonio, *Convenios extrajudiciales entre deudor y acreedor*, Revista General de Derecho, 1962, año XVIII, julio-agosto, n.º 214-215, pág 639, bien que, por la falta de precisión de su propio planteamiento (obsérvese que comienza su trabajo con alusiones al convenio entre acreedor y deudor, así, en singular, pero luego introduce el plural respecto del primero –los acreedores–, cuando sabido es que esto constituye la esencia misma de todo convenio concursal) no puede saberse, a decir verdad, si se está refiriendo al convenio concursal prejudicial de que aquí tratamos. «Pero lo que no regula especialmente – dice SOTILLO, refiriéndose a nuestro Derecho – son los convenios extrajudiciales, los cuales, como contratos transaccionales, se rigen por los principios generales del Derecho civil y concretamente en el título XIII del Libro Cuarto, del C.civil que lleva como epígrafe «De las transacciones y compromisos». El propio autor define el convenio extrajudicial como «un pacto o contrato transaccional establecido entre deudor y acreedor, por el que las partes concilian sus contrapuestos intereses, concordando en tiempo, forma y cuantía la forma de pago de las obligaciones pendientes del deudor». Cabría añadir – continúa – que con sacrificio recíproco, en base de las recíprocas concesiones que las partes verifican y cuyo sacrificio constituye el presupuesto esencial y distintivo de la transacción». «De su naturaleza jurídica transaccional surge evidentemente su fuerza de obligar y así deberá cumplirse como los demás contratos». Igual en *El desistimiento en la suspensión de pagos*, Rev.Gral.Leg y Jur. 1954, Feb., pág.91.

<sup>36</sup> Confr. MUR SANCHO, Ricardo, *La situación anormal del comerciante y sus soluciones legales*, Valencia, 1944, pág 38: «y el modificarlas –se refiere a las obligaciones pendientes– en su cumplimiento mediante nuevos convenios; facilita con la transacción la solución amistosa y hasta parece que el legislador en el orden común desea tales soluciones...»

<sup>37</sup> Orientación que también asoma, aunque más tenuemente aún, en COSSIO, Alfonso de, *Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas*, Revista de Derecho Privado, enero 1953, n.º 430, pág 7: «Los llamados convenios judiciales, como su nombre mismo indica, han dejado de ser actos unilaterales de abandono o desamparo de los bienes, verificados por el deudor en beneficio de sus acreedores, hecha abstrac-

URIA<sup>38</sup> y PLAZA, quien apoyándose, sin duda, en la Jurisprudencia habla de *transacción judicial* al catalogar los Convenios de tal índole; y en el mismo sentido, RAMIREZ<sup>39</sup>.

ción de la voluntad de éstos, para adquirir un carácter en cierto modo contractual, que les hace aparecer como verdaderas transacciones judiciales, llamadas a poner fin a los procedimientos de ejecución universal, sin embargo ese carácter contractual aparece restringido por una serie de normas especiales en que prima el interés general sobre el particular de cada uno de los interesados»; y más adelante, en la misma pág 7, al afirmar que se trata de «un acto de naturaleza específicamente procesal» tanto por su forma como por sus efectos, en cuanto pone fin al correspondiente procedimiento judicial, determinando su sobreseimiento, dice: «En tal sentido, y con las limitaciones antes indicadas, el convenio reviste los caracteres de verdadera transacción judicial (art. 1809 del Código civil), con autoridad de cosa juzgada, y permitiendo, en caso de incumplimiento, acudir a la vía de apremio (art. 1816 del Código civil)»; respecto del convenio extrajudicial por cesión de bienes, COSSIO añade (ibidem, pág 10) que; «sin embargo, afirmar lo mismo (se refiere a la catalogación del convenio judicial como transacción judicial) del convenio concertado extrajudicialmente, carece, a nuestro juicio, de sentido; en primer término, porque tal calificación es en absoluto intrascendente, en cuanto no permite deducir consecuencia práctica de ninguna clase, ni explica la naturaleza de los efectos producidos por la cesión, que pertenecen íntegramente al derecho material; en segundo lugar, porque el convenio de cesión es un contrato civil que deriva su fuerza vinculante únicamente del consentimiento de todos los interesados y no de la aprobación de una autoridad extraña a ellos. Sin embargo, no hay inconveniente en reconocer que su función práctica viene a sustituir una función pública de carácter jurisdiccional y, en tal sentido, sus efectos son análogos a los de las instituciones procesales a que se ha hecho referencia». Con todo, creo que va implícito en COSSIO, aquí, un insuficiente deslinde entre convenio concursal y cesión de bienes.

<sup>38</sup> Por último, acaso en URÍA, Rodrigo, Derecho mercantil, Madrid, 962, n.854, pág 754, aunque no de modo explícito, parece que se muestra complacido con la doctrina de la transacción, a juzgar por la cita que hace de la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, ya aludida por nosotros en las páginas precedentes, que atribuyen tal naturaleza a los convenios concursales judiciales, lo que URÍA no rebate.

<sup>39</sup> Confr. TORRES de CRUELLES, J., La suspensión de pagos, Barcelona, 1957, pág 487. Es verdaderamente paradójico lo que sucede en la doctrina mercantilista española, a salvo muy estimables excepciones (como, por ejemplo, la de GARRIGUES), respecto del tema de la naturaleza jurídica del convenio concursal, según se pronuncien los autores acerca del convenio concursal prejudicial (cuyas opiniones ya han sido expuestas líneas más arriba), coincidiendo entonces en excluir el carácter transaccional, o acerca del convenio judicial o de masa (ya de quiebra, ya de suspensión de pagos), en que, cambia diametralmente de opinión y al convenio, entonces, se le atribuye la naturaleza del contrato de transacción; y ello pese a la apuntada identidad sustancial de ambos tipos de convenio concursal: conf. acerca de esta paradójica divergencia de criterio, RAMÍREZ, José Antonio, Derecho concursal español. La quiebra, Barcelona, 1959, III, págs 161 y ss., quien, tras una enumeración exhaustiva de nuestros clásicos (MARTÍ de EIXELÁ, GONZÁLEZ HUEBRA, CARAVANTES y GÓMEZ de la SERNA y REUS), a la que acaso podría haberse añadido al cita de RODRÍGUEZ ALTUNAGA, Rafael, Derecho Mercantil, Madrid, 1917, pág 844, quien al ocuparse del concepto del convenio judicial, expone: «se funda esta institución en aquel proverbio que dice más vale una mala transacción que un buen pleito (STRACCHA)» y tras argumentar sobre la base de una mera coincidencia terminológica, la de «poner término» (que, desde luego, creo que no puede estimarse como sustancial y determinante), que encuentra en

b) *La res dubía*. Más, prosigamos nuestra consideraciones críticas acerca de la tesis de la pretendida identificación entre transacción y convenio concursal que tan magistralmente defendiera, en otro tiempo, el eximio ROCCO, y que fue seguida, no sin excepciones, por nuestro Tribunal Supremo.

En cuanto al otro elemento tradicionalmente propio y específico del contrato de transacción, la *res dubía* o *res incerta*<sup>40</sup>, hoy, dentro de la propia doctrina italiana, tras de la apuntada evolución de la misma en esta materia, puede contestarse a ROCCO, con palabras de FURNO<sup>41</sup>, a las que, desde luego, nos adherimos por entero: «La distinción que ROCCO introduce para salvar el presupuesto de la *res dubía*, entre incertidumbre sobre la *existencia* e incertidumbre sobre la *posibilidad de realización* del derecho carece de fundamento sólido, aunque esté defendida por autorizados escritores alemanes». «Alfredo ROCCO —añade FURNO— basa esencialmente la distinción en la hipótesis del procedimiento ejecutivo, en el cual un derecho no discutido en cuanto a su existencia puede encontrar obstáculos a su realizabilidad.

Pero la hipótesis no es adecuada porque la incertidumbre sobre la *realizabilidad* del derecho no tiene más valor que el de orden psicológico y no jurídico, lo mismo que no tiene ninguna trascendencia jurídica la incertidumbre sobre el resultado del proceso». «Desde este punto de vista, la exclusión del requisito (o del presupuesto) de la incertidumbre se presenta para el convenio todavía más fácil que para la transacción, ya

---

la Exposición de Motivos del C. de com. y el art. 1809 del C.civ., termina por afirmar (pág 164) que: «A la luz, pues, de la Exposición de Motivos del vigente C. de co., en relación con el art. 1809 del C. civil y Sentencia de 9 de noviembre de 1950, surge evidentemente el carácter transaccional del convenio resolutivo. Pero, si aún cupiese alguna duda, la misma habría de disiparse a la sola lectura de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por cuanto, a su tenor, no sólo es el convenio un contrato, y por cierto bilateral, sino que su catalogación específica no es otra que la de un contrato de transacción», y antes había afirmado: «no tendremos más remedio que aceptar la tesis de que, dentro de nuestro sistema de derecho positivo, el convenio aprobado judicialmente en juicio de quiebra entraña una transacción», siendo así que por mi parte y según va quedando delineado a lo largo de este discurso, nuestro Ordenamiento jurídico, lo que hace es, precisamente, desaconsejar la asimilación que se pretende, siendo inoperante la cita, sin más argumentos, de la Jurisprudencia española, dada la crítica que de ella, precisamente, venimos formulando en el texto y no siendo admisible tampoco, por superficial y meramente terminológico, el argumento que RAMÍREZ cree encontrar en la sola coincidencia de la locución utilizada por el legislador, que ya ha sido indicada. DIEZ PICAZO (op.cit pág 777), duda.

<sup>40</sup> D. 2, 15, 1: Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa certam et indubitam liberalitate remittit.

<sup>41</sup> Confr. FURNO, Negocio de fijación y confesión extrajudicial..(op.cit, supra, nota 16), pág 194.

que en el convenio extrajudicial se está, no frente a un estado de litigio, sino frente a un estado de *insolvenca*, calificado, no por un conflicto de pretensiones *hinc et inde*, sino por el hecho objetivo y cierto de la cesación de pagos».

Acertadísimo criterio, del todo correcto en el orden científico, el de FURNO, que aunque con otras palabras es corroborado por GUIDINI, aun refiriéndose a la cesión de bienes a los acreedores para pago de deudas y no al convenio concursal extrajudicial, institutos que también es preciso distinguir adecuadamente<sup>42</sup>.

Estas afirmaciones de FURNO, en efecto, son válidas para nuestro Derecho positivo, ya que, si repasamos los términos claros y precisos del art. 1809 del C. civil «..., evitan la provocación de *un pleito* o ponen término *al que* había comenzado», pese a la generosidad de interpretación propugnada por ROCCO sobre el homónimo texto italiano de la época, debe reconocerse que, entre nosotros, no puede pretenderse tampoco que el concurso de acreedores constituya *un pleito* en el sentido específico que el vocablo recibe en el invocado precepto legal. Como ya afirmaba JONA<sup>43</sup>, «La quiebra no es y no puede considerarse un pleito. Es un procedimiento destinado a poner fin a una liquidación y cuyo carácter dice se agota completamente en esta liquidación. Bien es verdad que en la quiebra nacen a veces litigios pero estos no son, en efecto, esenciales a este procedimiento, no derivan de él como necesaria consecuencia., no son frecuentemente ni siquiera accesorios, y si la ley los recoge y los confía al examen y a la competencia del mismo tribunal, bajo cuya dirección y vigilancia ha de desenvolverse todo el procedimiento, es porque no quiere fraudes, no quiere parcialidades deshonestas, que sólo aquel tribunal se encuentra en situación de descubrir e impedir. Deducir de esto que la quiebra sea un litigio sería gravísimo error,

---

<sup>42</sup> Confr. GUIDINI, Mario, *La cesione dei beni ai creditori*, Milán, 1956, págs 23 y 11, especialmente, 25 y 26, en que, aunque ocupándose del instituto de la cesión voluntaria de bienes a los acreedores y no del convenio concursal, creemos que, *mutatis mutandis* sus observaciones y argumentos son válidos también a este último: «Como resulta del mismo texto del art. 1965 (C. civile) sobre la noción de la transacción, es preciso que la litis, que se evita o a la que se pone fin, sea la resultante de la pretensión y de la contestación de las partes; la res dubia resulta del hecho mismo de la oposición asumida que se exterioriza precisamente en una pretensión a la que se contraponen una contestación. Una situación bien diversa se encuentra en la cesión de bienes, donde el deudor no contesta, en efecto, el derecho de los acreedores, antes bien lo reconoce, admite su propia obligación y solamente propone un procedimiento satisfactorio diverso del de la ejecución forzosa (sin poder pretender que los acreedores renuncien a la ejecución forzosa): se da más bien un conflicto de intereses –consistente en la existencia de deudas todavía por pagar– pero no existe conflicto de pretensiones».

<sup>43</sup> Confr. JONA, Elio, *Il concordato amichevole straguidiziale*..(op.cit.supra. nota 16), n.44, pág 67.

porque no es en modo alguno inconcebible un procedimiento de concurso, en que no se presente contención de partes; error tan grave como aquél de quien considerase un litigio el procedimiento de ejecución forzosa individual (y la quiebra, en último análisis, no es más que un instituto paralelo a éste): sería dejarse groseramente engañar por las apariencias, estimar que siempre, cada vez que interviene la autoridad judicial, se trata de *derechos* por declarar, no de *intereses* por tutelar». Inexactitud gravísima ésta, que basta, debo añadir, para que se vea rápidamente su alcance y consecuencias. Sin duda, ROCCO había, si no previsto, por lo menos intuido esta grave objeción, que no me consta haya sido presentada todavía por otros. Por esto, él trató de afirmar que, por otra parte, puede darse una transacción independientemente de un litigio: «No es —decía— ni mucho menos necesario dar a la enumeración de las dos hipótesis del art. 1764, prevenir una litis que pueda surgir, poner fin a una litis ya surgida, un valor estrictamente taxativo; pero, por el contrario, es razonable estimar que el legislador haya querido, por vía de ejemplificación, afirmar que puede constituir objeto de la transacción la definición de una relación jurídica generalmente incierta».

No puedo seguir al ilustre autor en estas argumentaciones. De este modo viene ROCCO a deformar la antigua concepción de la transacción: no se limita a ampliar su alcance, la subvierte de tal modo que ya no se sabe cuáles son los caracteres de este instituto. Desde luego no aquellos que el C. civil entiende disciplinar en el citado art. y siguientes. De esto, y no menos de los correspondientes artículos de las otras legislaciones y de la tradición histórica del instituto, resulta que la transacción tiene por presupuesto necesario una *litis*. La hipótesis de ROCCO que el legislador había entendido ejemplificar tiene por ello, según creo, el valor de una pura hipótesis contradicha hasta la evidencia por la letra y por el espíritu de la ley. Todo lo que por esta se puede producir, interpretando con mucha amplitud, es aquél sentido genérico de la incerteza del derecho, en lo que, repito, concuerdo plenamente con ROCCO. Pero el presupuesto de la transacción es necesariamente y siempre una *litis*. Lo demás es creación genial, pero fantástica. Por ella ROCCO viene a deformar el tipo histórico de la transacción, a crear un tipo nuevo, con el fin de hacer entrar el convenio, el cual finalmente y de todos modos, constituiría siempre una transacción *sui generis*. Francamente, me parece que el resultado no coronó el esfuerzo.

Por lo demás, puede decirse que toda la doctrina e incluso, como hemos visto, la Jurisprudencia italianas que expresamente ha abordado el tema y en él la cuestión de si concurre o no la *res dubia* en el convenio concursal,

se mueve en la misma línea que aquí defiende, desde VIDARI<sup>44</sup>, pasando por NATI<sup>45</sup>, hasta NAVARRINI<sup>46</sup>.

Y es que, en puridad, como con gran acierto ha observado FURNO<sup>47</sup>, «debe negarse la analogía (del convenio amistoso) con la transacción o por lo menos se debe despojar de toda referencia técnica a situaciones o mecanismos jurídicos afines; la noción precisa del convenio hay que buscarla en la dirección del acuerdo y del arreglo convencional de las relaciones privadas patrimoniales, con particularidades específicas...» que es, precisamente, cuanto hemos tratado de delinear en el presente discurso.

El no haberlo entendido así, con evidente desconocimiento, por tanto, de la verdadera esencia, estructura y función del convenio concursal pre-judicial, es lo que, a mi juicio ha inducido a CASTANA<sup>48</sup>, no ha mucho, a considerar que «ningún principio o norma jurídica autorizan a concebir que un contrato, como por ejemplo, la transacción, cambie su naturaleza por él sólo hecho de ser concluido entre un empresario comercial y la masa de sus acreedores», sin tener en cuenta las diferencias verdaderamente sustanciales que separan una de otra institución y dando por supuesto, según advertí al referirme a CASTANA líneas antes, que la transacción puede entrar, entre otros, en los posibles contenidos del convenio concursal pre-

---

<sup>44</sup> Confr. VIDARI, Ercole, Corso di Diritto commerciale (op.cit.supra) n.8669, pág7: «La transacción no puede tener por objeto más que un derecho litigioso, es decir, controvertido...Por el contrario, el convenio –se refiere al amistoso–, no tiene por objeto derechos litigiosos; antes bien, derechos ciertos, admitidos y reconocidos por el mismo deudor».

<sup>45</sup> Confr. NATI, Augusto, Del concordato, con speciale riguardo al concordato stragiudiziale (op.cit.supra nota 18), pág 88: «En el convenio no se descubre ante todo aquella incerteza objetiva o subjetiva de derecho que antes destacábamos como uno de los requisitos esenciales del negocio transaccional. Es sólo desde un punto de vista estrictamente económico desde el que en el convenio se podría –con una dosis de buena voluntad– descubrir la incerteza de la situación de hecho a la que el convenio pone fin...Se podría convenir– dice NATI, respecto de la tesis de la identificación–solamente si por transacción considerásemos la reducción del crédito que, en vía de acuerdo, la masa consiente constreñida por la irrealizabilidad plena de los propios derechos».

<sup>46</sup> Confr. NAVARRINI, Humberto, Derecho de Quiebra...n.2403, pág 348: «porque el proceso de quiebra no se puede asimilar a una litis»; «antes al contrario, incluso aceptando este concepto (se refiere al de extender la incertidumbre a la mera realizabilidad del derecho, como quería ROCCO)...se opondría siempre al obstáculo insuperable de que faltaría una litis a truncar o prevenir (art. 1764 C. civil)».

<sup>47</sup> Confr. FURNO, Carlo, Negocio de fijación y confesión extrajudicial (op.cit.supra) pág 195.

En una posición un tanto vacilante pero, en definitiva, también contraria a la identificación, se pronuncia, en la doctrina argentina, GARCIA MARTINEZ, Francisco, El concordato y la quiebra, Buenos Aires, 1940, I, pág 305.

<sup>48</sup> Confr. CASTANA, Antonio, La cessione dei beni ai creditori ne le diverse fattispecie (op.cit. supra).

judicial, cuando su pretendida identificación jurídica sustancial, por cuanto aquí hemos podido demostrar, no es posible.

Acaso nada mejor, ni más satisfactorio para concluir este tema, que traer en apoyo de la tesis que defiende en estas páginas, escritas antes incluso que las de la indiscutible autoridad de GUASP<sup>49</sup>, quien rotundamente, bien que sin demostrarlo, niega al convenio concursal de índole judicial, único de que se ocupa, la naturaleza de transacción: «El convenio es... (advertamos que con referencia al Derecho vigente en su época, alude al que tiene lugar en el *concurso de acreedores*, pero el criterio debe entenderse extensivo *a lo demás*, cuando menos, *a los judiciales*)... precisamente aquel acto en que actúa concordemente la voluntad de las partes litigantes: hipótesis de *acuerdo procesal*, por su fondo y por su forma, distinta del supuesto común de la transacción».

---

<sup>49</sup> Confr. GUASP, JAIME, Derecho procesal civil, Madrid, 1968, II, Parte Especial, págs 307-308.

# EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES: SU EXTENSIÓN A LAS SANCIONES

Juan Gonzalo Martínez Micó  
*General Consejeroogado*  
*Magistrado del Tribunal Supremo*

## SUMARIO

I.- Planteamiento del problema. II.- El alcance de la responsabilidad tributaria y la responsabilidad por las sanciones. III.- Régimen Jurídico con anterioridad a la reforma operada en la L.G.T. 230/1963 por la Ley 25/1995. IV.- Los responsables tributarios en la Ley 25/1995, de 20 de julio, de Modificación Parcial de la L.G.T.: Colisión entre las previsiones contenidas en los arts. 37.3, 38.1 y 40.1, párrafo primero de la L.G.T. V.- Posición de nuestros Tribunales. A. Exclusión de las sanciones del ámbito de la responsabilidad tributaria. B. Inclusión de las sanciones en los supuestos de responsabilidad por infracción. VI.- La responsabilidad de los administradores en sociedades inactivas: no alcance a las sanciones. VII.- La responsabilidad tributaria de los administradores sociales en la nueva L.G.T. 58/2003, de 17 de diciembre: Hipótesis de responsabilidad cuya extensión abarca las sanciones: art. 42.1, párrafos a) y c) y art. 43.1.a). VIII.- Los nuevos supuestos de responsabilidad subsidiaria a los que se extienden las sanciones incorporados a la L.G.T. 58/2003 por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una de las cuestiones que mayor interés ha venido despertando en los foros tributarios ha sido, sin lugar a dudas, la determinación del alcance o extensión de la responsabilidad tributaria. La inclusión en el ámbito de la susodicha



responsabilidad de las sanciones tributarias que puedan imponerse al deudor principal, la propia sociedad, y a los administradores de la misma, solidaria o subsidiariamente, aparte de su interés en el ámbito doctrinal, constituye un problema de indudable trascendencia práctica; la conflictividad a la que ha venido dando lugar en nuestros tribunales, cuyos pronunciamientos no han sido siempre coincidentes, justifica la elección del tema objeto de análisis.

## II. EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA Y LA RESPONSABILIDAD POR LAS SANCIONES

El punto de partida de la regulación de la responsabilidad tributaria de los administradores de las sociedades en las infracciones cometidas por éstas es el reconocimiento por el *Tribunal Constitucional* de la capacidad de las personas jurídicas para cometer infracciones tributarias. Así, la *sentencia 246/1991*, de 19 de diciembre, afirmó que la persona jurídica considerada en sí misma puede ser autora –exclusivamente o junto con otras personas físicas o jurídicas– del incumplimiento de las obligaciones tributarias y de la comisión de infracciones de la misma índole y, por tanto, susceptible de ser sancionada (en el mismo sentido *STC 76/1990, de 26 de abril*).<sup>1</sup> La consecuencia fundamental de este principio es que el ordenamiento tributario hace objeto inmediato de la acción recaudatoria y sancionadora a la propia sociedad y sólo con fines de garantía a quienes detentan sus órganos, los directivos de la entidad o incluso terceros. El legislador tributario participa de esta tesis. Por ello el art. 181.1 de la L.G.T./2003 dispone que pueden ser sujetos infractores tanto las personas físicas como las jurídicas.

La responsabilidad tributaria ofrece, pues, una doble perspectiva. Por un lado, la responsabilidad tributaria en sentido estricto, en tanto que a los responsables subsidiarios se les puede exigir la satisfacción de la deuda tributaria. Por otro lado, la responsabilidad por infracción, que permite a la Administración asegurar en la persona de los administradores la efectividad de las sanciones tributarias. Puede exigírsela a éstos en base a que su comportamiento puede ser el origen de una infracción imputable a la persona jurídica. Las sanciones sólo serán objeto de garantía en tanto que el administrador haya participado en la comisión de la infracción.

Esa doble perspectiva de la responsabilidad tributaria posee importancia práctica. Permite explicar la traslación de sanciones imputables a la persona jurídica a los administradores, sin violentar el principio de la

---

<sup>1</sup> MARTA VILLAR: La responsabilidad tributaria, en «La responsabilidad de los Administradores de las sociedades mercantiles». Tirant lo Blanch. Valencia 2008, pág. 489.

personalidad de la pena o sanción. También permite la aplicación de los principios y preceptos que configuran el régimen sancionador tributario. Con esta actuación se asegura el cobro de la deuda tributaria y, al mismo tiempo, el de la sanción por la infracción, exigiéndosela, aunque en segundo término, al posible causante.<sup>2</sup>

El régimen jurídico por el que se rige la responsabilidad de los administradores es el vigente en el momento de producirse los hechos generadores de la misma y si el hecho generador es la comisión de infracciones tributarias será éste el momento determinante (SAN 13 de junio de 2005). La derivación de responsabilidad exige que el administrador lo fuera efectivamente al tiempo de cometerse las infracciones, pues no puede responder la persona que pruebe que cesó como administrador con anterioridad. El nombramiento de administrador surte efectos desde su aceptación y no desde su inscripción, ya que ésta no tiene carácter constitutivo (STSJ Murcia de 13 de julio de 1998).

Como ha puesto de manifiesto ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>3</sup>, aunque de una interpretación conjunta y sistemática de los arts. 41.1 y 58.3 de la nueva L.G.T. 58/2003 pueda deducirse que la responsabilidad tributaria no abarca a las sanciones tributarias que hubieren podido imponerse al deudor principal, pues, a diferencia de lo previsto en el art. 58.2 de la L.G.T. 230/1963, en la actualidad las sanciones tributarias quedan excluidas, expresamente, de los elementos integrantes de la deuda tributaria (art. 58.3), el apartado cuarto del art. 41 de la nueva L.G.T. dispone que «la responsabilidad no alcanzará a las sanciones, salvo las excepciones que en esta u otra ley se establezcan».

Se impone, pues, analizar las ocasiones en las que, entre las cantidades exigibles a los responsables tributarios, se incluyan las sanciones correspondientes al deudor. El estudio de los antecedentes normativos en la materia resulta decisivo para resolver el problema planteado.

### III. RÉGIMEN JURÍDICO CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA OPERADA EN LA L.G.T. 230/1963 POR LA LEY 25/1995

*Con anterioridad a la reforma operada en la L.G.T. 230/1963 por la Ley 25/1995 el art. 37.1 decía: «La Ley podrá declarar responsables de la*

---

<sup>2</sup> FERNANDO AMOR, José Antonio: La responsabilidad fiscal de los administradores y sucesores de personas jurídicas. Bosch 2005, pág. 58.

<sup>3</sup> ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín: El alcance de la responsabilidad tributaria en la nueva Ley General Tributaria: Análisis jurídico y examen comparativo respecto de la Ley General Tributaria de 1963. Estudios Financieros. Revista Contabilidad y Tributación num. 263, febrero de 2005, págs. 19 a 52.

deuda tributaria, junto a los sujetos pasivos o deudores principales, a otras personas, solidaria o subsidiariamente».

Con respecto a los responsables solidarios, el art. 12.2 del Reglamento General de Recaudación de 1990 indicaba que «la responsabilidad solidaria alcanza a la totalidad del importe exigido al deudor principal por todos los componentes de la deuda tributaria mencionados en el art. 58 de la L.G.T.».

Con respecto a los responsables subsidiarios, el art. 14.3 del mismo RGR de 1990 disponía que «la responsabilidad subsidiaria, salvo que una norma especial disponga otra cosa, se extiende a la deuda tributaria inicialmente liquidada y notificada al deudor principal en periodo voluntario. La responsabilidad subsidiaria no alcanza a las sanciones pecuniarias impuestas al deudor principal, salvo cuando aquélla resulte de la participación del responsable en una infracción tributaria».

A tenor de los preceptos transcritos, con anterioridad a la reforma de la L.G.T. 230/1963 por la Ley 25/1995 cabía sostener que la responsabilidad tributaria alcanzaba a las sanciones; a partir del RGR de 1990 se exigió que los responsables subsidiarios participasen en la infracción tributaria, exigencia que no se daba en materia de responsabilidad solidaria, con lo que resultó que las sanciones eran siempre exigibles a los responsables solidarios con independencia de que su responsabilidad derivase de actuaciones lícitas o ilícitas, lo que fue muy criticado por la doctrina.

#### IV. LOS RESPONSABLES TRIBUTARIOS EN LA LEY 25/1995, DE 20 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN PARCIAL DE LA L.G.T.: COLISIÓN ENTRE LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN LOS ARTS. 37.3, 38.1 Y 40.1, PÁRRAFO PRIMERO DE LA L.G.T.

La Ley 25/1995 modificó la redacción del apartado tercero del art. 37 de la L.G.T. 230/1963, que pasó a disponer que «la responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria, *con excepción de las sanciones*».

La nueva redacción dada al entonces art. 37.3 de la L.G.T. por la Ley 25/1995 fue el resultado, sin duda, de las directrices emanadas del Tribunal Constitucional que, en su sentencia de 12 de mayo de 1994, al fallar sobre la responsabilidad tributaria en tributación conjunta por el IRPF, declaró que la responsabilidad no podía extenderse al ámbito de las sanciones, toda vez que el principio de la personalidad de la sanción (art. 25 CE) es enteramente aplicable al ámbito del Derecho administrativo sancionador.

El último inciso del art. 37.3 hizo renacer la discusión existente acerca de la exigibilidad de las sanciones a quienes ostentaban la condición de responsables.

La polémica se avivó a raíz de la aparente contradicción entre el art. 37.3, en la redacción que le dio la Ley 25/1995, y los arts. 38.1 y 40.1, párrafo primero, relativos a la responsabilidad solidaria y a la responsabilidad subsidiaria, tal como fueron redactados por la Ley 10/1985, de 26 de abril, que modificó el régimen sancionador tributario.

El art. 38.1 disponía que «responderán solidariamente de las obligaciones tributarias todas las personas que sean causantes o colaboraren en la realización de una infracción tributaria<sup>4</sup> y el art. 40.1, párrafo primero, establecía, para las sociedades en funcionamiento o activas, que serán responsables subsidiariamente de las infracciones tributarias simples y de la totalidad de la deuda tributaria en los casos de infracciones tributarias graves cometidas por las personas jurídicas, los administradores de las mismas que no realizaren los actos necesarios que fuesen de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, consintieren el incumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptaren acuerdos que hicieran posible tales infracciones»<sup>5</sup>.

Se requiere<sup>6</sup>, además de ser administrador, una conducta activa u omisiva que tenga como resultado la comisión de una infracción por una persona jurídica, bien no realizando los actos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones tributarias, bien consintiendo su incumplimiento a quienes de ellos dependan, bien adoptando los acuerdos que hagan posible la comisión de las infracciones tributarias, a cuyo efecto hay que tener presente que no puede apreciarse de un modo objetivo y automático un nexo entre la infracción tributaria de la sociedad y la exigencia de responsabilidad a sus administradores.

La responsabilidad subsidiaria prevista en el art. 40.1, párrafo 1.º, de la L.G.T./1963 no se extiende necesariamente a todo administrador. Sólo se debe aplicar a aquéllos que por acción u omisión, dolosa o negligentemente,

---

<sup>4</sup> El texto del art. 38 de la L.G.T., antes de su reforma por la Ley 10/1985, era el siguiente: «Responderán solidariamente de las obligaciones tributarias todas las personas que dolosamente sean causantes o de igual modo colaboren de manera directa y principal con el sujeto pasivo en las infracciones tributarias calificadas de defraudación, aún cuando no les afectaren directamente las respectivas obligaciones».

<sup>5</sup> El art. 40.1 de la L.G.T., en la redacción dada al mismo por la Ley 60/1969, de 30 de junio, establecía que «serán responsables subsidiariamente de las infracciones tributarias simples de omisión y de defraudación cometidas por las personas jurídicas los administradores de las mismas que por mala fe o negligencia grave no realizasen los actos necesarios que fueran de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, consintiesen el incumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptasen acuerdos que hicieran posibles tales infracciones».

<sup>6</sup> FONSECA CAPDEVILA, Enrique: la responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades mercantiles; en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid: La responsabilidad del administrador en las sociedades, num. 5 junio 1997, pág. 69.

hayan posibilitado la comisión de la infracción por parte de la persona jurídica (STSJ de Extremadura de 28 de septiembre de 1999). Cuando la infracción que se imputa a la persona jurídica deriva de una decisión colectiva, no incurre en responsabilidad aquél de los administradores que haya salvado expresamente el voto para evitar la extensión de responsabilidad o que no asista a la reunión en que se adopte la decisión con causa justificada.

Como hacía notar la sentencia de la Sala Tercera de 31 de mayo de 2007 (rec. casación unif. doctrina num. 37/2002), los administradores responsables serán quienes tuvieran esa condición al cometerse la infracción aunque posteriormente hubieran cesado en el cargo.

La imputación de responsabilidad es consecuencia de los deberes normales en un gestor, siendo suficiente la concurrencia de la mera negligencia. Por consiguiente, en aquellos casos en que de la naturaleza de las infracciones tributarias apreciadas se deduzca que los administradores, aun cuando pudieran haber actuado sin malicia o intención, hicieron «dejación de sus funciones» y de su obligación de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones fiscales de la sociedad, les es aplicable lo dispuesto en el párrafo primero del art. 40.1 de la Ley General Tributaria, resultando en consecuencia correcta la asignación de responsabilidad subsidiaria al existir un nexo causal entre dichos administradores y el incumplimiento de los deberes fiscales por parte del sujeto pasivo, que es la sociedad.

El art. 40.1, párrafo 1.º, de la LGT establece los requisitos que han de concurrir para poder exigir responsabilidad subsidiaria a los administradores por las infracciones cometidas por la sociedad administrada, a saber:

1.º) Comisión de una infracción tributaria por la sociedad administrada.

2.º) Tener la condición de administrador al tiempo de cometerse la infracción.

3.º) Existencia de una conducta ilícita por parte del administrador como tal en los términos señalados en el art. 40.1, reveladores de no haber puesto la necesaria diligencia en el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas.

La STC 85/2006, de 27 de marzo, establece, con carácter general, que cuando la responsabilidad subsidiaria que la Administración tributaria derive tenga un contenido punitivo por extenderse a las sanciones, deberán observarse las mismas garantías materiales y procedimentales que en un procedimiento sancionador, garantías que se deducen de los arts. 25.1 y 24.2 de la Constitución. Y es que la extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias está condicionada al respeto de los principios informadores del Derecho administrativo sancionador. Así lo había reconocido ya el Tribunal Supremo al establecer en su sentencia de 16 de diciembre

de 1992, en relación con la extensión de la responsabilidad a las sanciones derivadas de infracciones cometidas por personas jurídicas, que se requiere que los administradores hayan tenido un comportamiento malicioso o negligente y que éste quede suficientemente acreditado para que sirva de fundamento al acto mediante el cual se deriva la responsabilidad tributaria a los mismos, incumbiendo la prueba de esta conducta a la Administración, que ha de motivarla.

La cuestión relativa a la repercusión que la existencia de consejeros delegados pueda tener en la responsabilidad del resto de los administradores de una sociedad no puede ser resuelta en el sentido de que la existencia de consejeros delegados releva de responsabilidad a los otros miembros del consejo de administración.

Como se desprende del contenido de los arts. 128 y 133 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 62 y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, los administradores son los representantes de la sociedad y responden solidariamente frente a terceros de los daños que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, mientras que según lo dispuesto en el art. 141 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 57.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, los consejeros delegados son simplemente administradores a los que se delega alguna facultad concreta, sin perjuicio de la existencia de facultades indelegables, sin que la Ley vincule dicha delegación a la exigencia de una responsabilidad frente a terceros.

La responsabilidad de los administradores es personal y los consejeros delegados no son una modalidad o género distinto del órgano de administración, sino que son apoderados subordinados a un consejo de administración con el que comparten las facultades delegadas y la responsabilidad inherente a las mismas, en los términos previstos en las leyes.

En definitiva, que la responsabilidad subsidiaria de los administradores de las sociedades contemplada en el párrafo primero del apartado 1 del art. 40 de la Ley General Tributaria es personal y solidaria entre sí, sin que la existencia de un consejero delegado exima de responsabilidad a los demás administradores que hubieran incumplido sus obligaciones tributarias. La pertenencia al consejo de administración (aunque quede probada la no participación en la gestión ordinaria de la mercantil) es suficiente para declarar a los administradores responsables subsidiarios de las deudas de la entidad mercantil con base en el art. 40.1, párrafo primero, de la LGT, pues la comisión de infracciones tributarias por la sociedad administrada es suficiente para denotar una falta de diligencia, en forma de culpa in eli-

gendo o in vigilando del administrador «nominal», en el cumplimiento de las funciones propias de su cargo, debiendo responder frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo –art. 133 de la Ley de Sociedades Anónimas–.

A la vista de los arts. 38.1 y 40.1 de la L.G.T. la doctrina indicó que en los casos en los que el responsable tributario responde de las sanciones, lo hace en su condición de sujeto infractor y con independencia de que el deudor principal satisfaga o no el crédito tributario. La exclusión de las sanciones tiene sentido cuando el presupuesto de la responsabilidad es un acto lícito pero no debe producirse cuando el hecho que origina la responsabilidad es un acto ilícito del responsable; en los casos en que la responsabilidad esté constituida por la participación del responsable en la comisión de una infracción, deberá aquél responder de la sanción correspondiente a la infracción por él cometida. La *sentencia del TS de 14 de mayo de 2009* (rec. Casación num. 818/2003), ante el argumento de la naturaleza intransmisible de las sanciones, puntualiza que «lo derivado no es la sanción en su día impuesta al responsable principal. Lo derivado es la responsabilidad en que incurrió el propio responsable subsidiario al llevar a cabo los actos constitutivos de las infracciones tributarias. Hasta tal punto es esto así que el responsable subsidiario quedaría excluido de esta responsabilidad si acreditara que fue ajeno a las infracciones sancionadas». (Fundamento de Derecho Quinto).

La Administración tributaria, en la *Instrucción del Departamento de Recaudación de la AEAT de 2 de noviembre de 1995*, relativa a los responsables en el pago de la deuda tributaria, entendió que en los casos de participación en la comisión de una infracción tributaria sí resultaba posible la exigencia a los responsables, como causantes o colaboradores, de las sanciones impuestas porque en estos casos no estamos realmente ante un supuesto de responsabilidad, sino ante la imputación de la comisión de la infracción tributaria al declarado responsable. El legislador, a pesar de la modificación operada en el art. 37 de la L.G.T. en materia de sanciones por obra de la Ley 25/1995, había optado por mantener inalterado el contenido de los arts. 38.1 y 40.1 de la L.G.T. y, en consecuencia, el régimen de responsabilidad establecido en dichos preceptos.

## V. POSICIÓN DE NUESTROS TRIBUNALES

Nuestros tribunales han permanecido divididos ante la aparente antinomia existente entre el 37.3 y los arts. 38.1 y 40.1, párrafo primero, de la L.G.T.

A. EXCLUSIÓN DE LAS SANCIONES DEL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD  
TRIBUTARIA

Recogiendo los dos grandes bloques agrupados por CHECA GONZÁLEZ<sup>7</sup>, de una parte numerosos pronunciamientos jurisdiccionales parten de la premisa de que debe primar en todo caso el art. 37.3 de la L.G.T. por encima de lo dispuesto en los arts. 38.1 y 40.1 de dicha ley, de suerte que como en aquél se afirma expresamente que de la responsabilidad tributaria se excluyen las sanciones, los responsables nunca tienen que responder de las mismas.

En este sentido se manifestó la Audiencia Nacional en sus sentencias de 3 de mayo de 2000, 25 de enero, 6 y 8 de febrero de 2001, 6 de noviembre de 2002, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia en sus sentencias de 13 de julio de 1998 y 22 de octubre de 2003, el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en sus sentencias de 14 de noviembre de 2000 y 13 de febrero de 2001 y el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en sus sentencias de 2 de abril de 2001 y 20 de marzo de 2003.

La tesis que se mantiene por este sector es la de que después de la reforma de la L.G.T. por la Ley 25/1995, el art. 37.3 prohíbe que la responsabilidad tributaria se extienda a las sanciones, sin distinguir si la responsabilidad se imputa a quien ha participado en la comisión de la infracción o a un tercero ajeno al hecho tipificado como tal. El art. 37.3 constituye una prohibición general y absoluta de extender la responsabilidad tributaria sobre las sanciones imputadas a los deudores<sup>8</sup>. Entonces la solución al conflicto entre los arts. 38.1 y 40.1 con el art. 37.3 de la L.G.T. podría resolverse entendiendo que se ha producido una derogación tácita de los dos primeros por el art. 37.3 en lo que respecta a la posibilidad de extender la responsabilidad sobre las sanciones por el cauce de la derivación de responsabilidad, todo ello como lógica consecuencia del principio de retroactividad de las normas sancionadoras más favorables para el interesado.

El propio *Tribunal Supremo* se ocupó de examinar la hipotética incompatibilidad existente en materia de sanciones entre el art. 37.3 y 38.1 de la

---

<sup>7</sup> CHECA GONZÁLEZ, Clemente: Los responsables tributarios, Thomson Aranzadi 2003, pag. 47.

<sup>8</sup> No se puede desconocer que el art. 37.3 de la L.G.T. no podía contener una prohibición de este tipo pues dicha prohibición siempre podía ser desconocida por una ley posterior; así, el art. 87.Uno de la Ley del IVA, precepto cuya redacción fue modificada por la Ley de Acompañamiento para el Año 2003, pasó a disponer que «serán responsables solidarios de la deuda tributaria que corresponda satisfacer al sujeto pasivo los destinatarios de las operaciones que, mediante acción u omisión culposa o dolosa, eludan la correcta repercusión del Impuesto. A estos efectos, la responsabilidad alcanzará a la sanción que pueda proceder».



L.G.T. 230/1963. En su *sentencia de 30 de enero de 1999* (rec. de casación num. 3974/1994), la Sección Segunda de la Sala Tercera, tras reconocer que era posible sostener, desde la perspectiva del principio de la personalidad de la pena o sanción, la exigencia de la sanción a persona diferente de la que había cometido el hecho sancionable, vino, sin embargo, a concluir que «tras la reforma introducida en el art. 37 de la L.G.T. por la Ley 25/1995, de 20 de julio, ... la responsabilidad solidaria no puede extenderse a la sanciones» (Fundamento de Derecho Quinto). De este modo, la sentencia de referencia vino a otorgar un valor absoluto y, en consecuencia, una eficacia derogatoria plena a la previsión contenida en el art. 37.3, cerrando el paso a la exigibilidad de las sanciones a los responsables aún en aquellos casos en que éstos hubieran participado en la comisión de la infracción de la que aquellas derivaban.

La solución dada por el Tribunal Supremo en la referida sentencia a la eventual incompatibilidad existente entre los arts. 37.3 y 38.1 de la L.G.T. repercutía de inmediato, en el ámbito doctrinal, en la responsabilidad subsidiaria por infracciones recogida en el art. 40.1, párrafo primero, de la L.G.T. y ello —como hacía notar la sentencia de la misma Sección Segunda de 21 de diciembre de 2007 (rec. de casación para la unificación de doctrina num. 121/2003), haciéndose eco de la valoración crítica negativa con que la doctrina recibió la sentencia de 30 de enero de 1999— por una doble razón: en primer lugar, porque mientras el art. 38.1 de la L.G.T. describía una serie de conductas activas dirigidas a la comisión de la infracción, el párrafo primero del art. 40.1 de la misma contemplaba determinadas conductas pasivas imputables al administrador, por lo que carecía de lógica que en este último caso se exigieran las sanciones a los administradores de las personas jurídicas cuando en los casos previstos en el art. 38.1 no sucedía así; y, en segundo lugar, por la relación de especialidad de la responsabilidad subsidiaria por infracciones recogida en el art. 40.1, párrafo primero, respecto de la solidaria contemplada en el art. 38.1 de la L.G.T., lo que debía acarrear como consecuencia que tampoco se exigiera el importe de las sanciones a los administradores de las personas jurídicas en el caso del art. 40.1, por impedirlo también el susodicho art. 37.3.

#### B. INCLUSIÓN DE LAS SANCIONES EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN

Otro grupo de pronunciamientos entiende que la exclusión de las sanciones sólo resulta aplicable cuando el responsable tributario no haya participado en la comisión de la infracción; en caso de que haya colaborado, la conducta del responsable llevará inevitablemente aparejada la pertinente sanción.

Esta tesis fue defendida por la Audiencia Nacional en sus sentencias de 21 de febrero de 2000, 8 y 19 de febrero de 2001 de la Sección Séptima, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) en su sentencia de 17 de mayo de 2001 y por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en su sentencia de 5 de junio de 2000.

Dentro de este grupo, la argumentación empleada consistió básicamente, respecto del alcance de la responsabilidad subsidiaria que contemplaba el art. 40.1 párrafo primero, de la L.G.T., en que la nueva redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, a su art. 37.3 establece con claridad que «la responsabilidad alcanzara a la totalidad de la deuda tributaria, con excepción de las sanciones» al referirse a los responsables de las deudas tributarias, ya lo sean solidaria o subsidiariamente, con los sujetos pasivos o deudores principales.

La contradicción existente entre lo previsto en ambos preceptos debe resolverse tratando de armonizar las disposiciones examinadas. Una primera interpretación de los mismos podría conducir a la conclusión de que la regla general prevista en el apartado tercero del art. 37 impide que la responsabilidad subsidiaria atribuida a los administradores, cuando concurren los presupuestos contemplados en el art. 40, apartado primero, inciso primero, alcance a las sanciones impuestas por la comisión de las infracciones en dicho precepto referidas.

Sin embargo, tal interpretación vaciaría de contenido real el primero de los supuestos de responsabilidad subsidiaria de los administradores de personas jurídicas que establece el art. 40.1 de la Ley General Tributaria, pues extendiéndose tan sólo a la responsabilidad por las infracciones tributarias simples debe entenderse que éste solo puede alcanzar las sanciones pecuniarias a imponer por la comisión de tales infracciones, no atribuibles al responsable subsidiario por el art. 37.3 bajo la interpretación antes expuesta.

Por otro lado, la interpretación expresada no tiene en cuenta la consideración de que procedente la actual redacción del art. 37.3 de la Ley General Tributaria de la reforma operada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, y dimanante la redacción del art. 40.1 de la Ley General Tributaria 230/1963 de la modificación llevada a cabo en la citada Ley por la Ley 10/1985, de 25 de abril, que no resultó alterada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, el primer precepto citado constituye una norma general de aplicación a los responsables subsidiarios frente al carácter específico que tiene la responsabilidad subsidiaria recogida en el segundo precepto señalado, justificada por la intervención activa u omisiva de los administradores responsables en la comisión, por las personas jurídicas que administran, de las infracciones tributarias que determinan la responsabilidad subsidiaria de aquéllos o, lo

que es lo mismo, por su participación en la comisión de tales infracciones tributarias.

Además, la interpretación señalada privaría también de relevancia la utilización de las expresiones «deuda tributaria» y «obligaciones tributarias» empleadas en el apartado 1.º del art. 40 de la Ley General Tributaria para delimitar diferenciándolo el ámbito material de la responsabilidad subsidiaria atribuida a los administradores, pues ambas excluirían a las sanciones, cuando de por sí la segunda expresión no comprende las sanciones.

Por último, tal tesis supondría imputar al legislador una utilización inadecuada y carente de vigor técnico de los conceptos tributarios, dado que con claridad se define en el art. 58.2 de la Ley General Tributaria lo que por «deuda tributaria» debe entenderse, no presumible.

En definitiva, la especialidad del art. 40.1 frente a la regla general del art. 37.3 de la Ley General Tributaria, justificada por la participación que a los administradores se atribuye por aquél en la comisión de las infracciones tributarias cometidas por las personas jurídicas que administran los responsables subsidiarios, y la necesidad de dar sentido propio a todos los supuestos de responsabilidad subsidiaria contemplados en el art. 40.1 citado, evitando la desnaturalización de alguno de tales supuestos, justifica la inaplicabilidad de aquella regla general a este último precepto en lo que a la responsabilidad subsidiaria de los administradores de personas jurídicas por las infracciones simples y graves por éstas cometidas se refiere. (Sentencia de la A.N. de 8 de febrero de 2001).

Y en lo que se refiere a la responsabilidad solidaria, se argumentaba que el art. 38.1 de la L.G.T. articulaba un régimen específico de responsabilidad por hecho propio que resulta ser distinto al previsto con carácter general en el art. 37 de la misma Ley General Tributaria. El acto de derivación en estos casos, más que individualizar a un responsable que se encuentra «junto» al sujeto pasivo (la sociedad) y en el que concurre un presupuesto normativo adicional y distinto del que hace nacer la deuda del sujeto principal, lo que hace es identificar a otra persona que está en idéntica posición que aquél y por efecto del mismo título (la infracción). Se desprende esa realidad del art. 10.1.c) del Reglamento General de Recaudación, donde se les califica a los infractores de deudores principales. El hecho de que exista una interposición societaria no afecta a la responsabilidad sancionadora por hecho propio tanto cuando la decisión de cometer la infracción resulta asignable a un concreto sujeto como cuando resulta administrador único de la sociedad (sentencia de la A.N. de 18 de septiembre de 2001).

La *Sala Tercera del Tribunal Supremo*, ante un supuesto de responsabilidad subsidiaria de las deudas tributarias contemplado en el art. 40.1, párrafo

primero, de la L.G.T. y en el que lo que se discutía era el alcance o extensión de la responsabilidad subsidiaria en relación a las sanciones, acoge, en su *sentencia de 21 de diciembre de 2007* ya citada, la posición mantenida por la propia Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Nacional en sus sentencias de 8 y 19 de febrero de 2001, (recursos nums. 98/2000 y 823/2000 respectivamente) y de 18 de abril y 1 y 14 de julio de 2005 (recs. nums. 586/2002, 551/2003 y 190/2003), en el sentido de que la responsabilidad no se extiende a las sanciones con carácter general y que el art. 37.3, en la redacción que le dio la Ley 25/1995, constituye una norma de general aplicación a los responsables subsidiarios frente al carácter específico que tiene la responsabilidad subsidiaria recogida en el art. 40.1, párrafo 1.º, justificada por la intervención activa u omisiva de los administradores en la comisión de las infracciones tributarias por las personas jurídicas que administran.

Decía el Tribunal Supremo que si se hubiera querido modificar el régimen establecido en el art. 40.1, éste habría sido modificado cuando la Ley 25/1995 modificó el art. 37.3. Es claro que la Ley 25/95 quiso mantener el art. 40.1 como estaba. Y es que en aquellos casos en que la responsabilidad se basa en la participación directa del responsable en la comisión de las infracciones tributarias, no parece lógico no exigirle el importe correspondiente a las sanciones. Si el art. 40.1, párrafo 1.º, supone una cierta participación del administrado en la infracción, es lógico que su responsabilidad abarque a las sanciones, so pena de quedar sin contenido. Ello viene confirmado además por el contenido del art. 14.3 del *Reglamento General de Recaudación de 1990* al señalar que «*la responsabilidad subsidiaria no alcanza a las sanciones pecuniarias impuestas al deudor principal, salvo cuando aquella resulte de la participación del responsable en una infracción tributaria*», con lo que queda a salvo el principio de personalidad de la pena o sanción que deriva del art. 25 de la Constitución. De este modo, y pese a utilizarse para ello un texto normativo de rango reglamentario, venía a reconocerse, por vez primera en nuestro ordenamiento tributario, la posibilidad de exigir, de modo general, el importe de las sanciones a todos los responsables subsidiarios que lo fueran como consecuencia de su participación en la comisión de una infracción.

En estos casos, estamos ante un supuesto de responsabilidad por infracción tributaria y, consecuentemente, por la sanción como parte integrante de la deuda tributaria, concepto que sin duda englobaba a las sanciones pecuniarias como se encargaba de precisar el art. 58.2 de la L.G.T. 230/1963.

Entender el problema planteado de otro modo supondría desnaturalizar el sentido del art. 40.1, párrafo 1.º, que presupone la negligencia o, al menos, la falta de diligencia en la actuación o conducta de los administradores

y haría inoperante el primer supuesto previsto en el art. 40.1 de la L.G.T., en el que el administrador, en caso de infracción simple, de omisión o de defraudación, responde de las sanciones. Tal responsabilidad deriva no de actos de otro sino de un comportamiento que aunque no aparece entre las infracciones tributarias reguladas en los arts. 77 y siguientes de la L.G.T., está previsto como un supuesto de responsabilidad tributaria ex art. 40 L.G.T. y que sólo al administrador le resulta atribuible.

Se explica así que para un importante sector de nuestra doctrina resultara factible llevar a cabo una interpretación de los arts. 37.3 y 40.1, párrafo primero, de la LGT de 1963 que demuestra la ausencia de un conflicto entre ambos.

En concreto, y con base en dicha interpretación, el Tribunal Supremo entendió que el art. 37.3 no prohibía de modo absoluto la exigencia de sanciones al responsable sino que su único objetivo –plenamente lógico– fue impedir que quien ostentara tal condición viniese a garantizar el pago de las sanciones impuestas como consecuencia de la realización de una infracción tributaria cuando aquél no hubiera participado materialmente en la misma<sup>9</sup>. Ello permitía admitir la plena vigencia y eficacia de ciertos preceptos –como el referido art. 40.1, párrafo primero– que extendían los efectos de la infracción (las sanciones) a aquellas personas, distintas del sujeto infractor, que hubiesen intervenido en su comisión, posibilidad, por otra parte, plenamente respetuosa con los principios de personalidad y culpabilidad de la sanción<sup>10</sup>.

En consecuencia, es evidente que tampoco desde esta perspectiva cabía otorgar al art. 37.3 de la LGT de 1963 eficacia derogatoria respec-

---

<sup>9</sup> La idea había sido expuesta ya en la sentencia del TSJ de Madrid de 1 de abril de 2003 cuyo F.D. Sexto indicaba que lo que pretende evitar el art. 37.3 es que se establezcan supuestos de responsabilidad objetiva ajenos al principio de culpabilidad que se exige para las sanciones.

<sup>10</sup> La STC 18/1981, de 8 de junio, al referirse a los principios por los que debe regirse la potestad sancionadora de la Administración, ya entendió que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del orden punitivo del Estado. Entre estos principios destaca el de la culpabilidad, que significa que solo se va a poder exigir responsabilidad en aquellos casos en los que en el comportamiento del agente pueda apreciarse la existencia de dolo o culpa. A pesar de que no existía una referencia suficientemente explícita a este requisito en el art. 77.1 de la L.G.T., la STC 76/1990, de 26 de abril, precisó que «ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa». Y este principio se vería vulnerado en el caso de que admitiéramos la existencia de un sistema de responsabilidad por hechos ajenos. Lo que conduce a propugnar la vigencia en el Derecho administrativo sancionador, en general, y en el tributario, en particular, el principio de la responsabilidad personal.

to de su art. 40.1, párrafo primero, en lo referente a la exclusión de las sanciones, pues nos encontrábamos ante institutos jurídicos distintos, uno de los cuales –la responsabilidad por infracciones regulada en el último precepto citado– suponía que los administradores de las personas jurídicas respondían, junto a éstas, de las sanciones correspondientes, sin que fuera operativa en estos supuestos la excepción proclamada en este punto por el referido art. 37.3.

En definitiva, la precisión del art. 40.1, párrafo 1.º, constituía una norma especial frente a la regla general del art. 37.3, por lo que lo previsto en este precepto no altera lo dispuesto en el art. 40.1, párrafo 1.º, del que se desprende que los responsables subsidiarios indicados en él responden también por las sanciones.

En consecuencia, la responsabilidad subsidiaria derivada al administrador alcanza a las sanciones pecuniarias que forman parte de la deuda tributaria de la sociedad administrada por aquél; la especialidad del art. 40.1, párrafo 1.º, frente a la regla general del art. 37.3 de la L.G.T. justifica la inaplicabilidad de aquella regla general a los casos de responsabilidad subsidiaria de los administradores por las infracciones simples cometidas por las personas jurídicas que aquéllos administran.

La sentencia de la Sala Tercera de 29 de enero de 2008 reitera la idea de que «el precepto del **artículo 37.3 de la L.G.T.**, en la redacción de la Ley 25/95 de Reforma de la L.G.T., **no es contradictorio con el art. 40.1** del mismo texto legal» y añade que «las previsiones contenidas en el art. 40.1 y la conducta específica en él contemplada exige que los administradores observen una conducta específica que el precepto describe y que consiste en que «no realizaren los actos necesarios que fuesen de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, consintieren el incumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptaren acuerdos que hicieran posible tales infracciones».

Al no existir identidad de conductas en las previsiones de ambos preceptos, los mismos son compatibles. La responsabilidad que el art. 40.1 consagra no se genera por la conducta de la entidad, sino por la específica que el precepto describe, directamente imputable al administrador, y que es distinta de la que generó la sanción. Es la imputación de esa conducta que el precepto del art. 40.1 describe la que genera la responsabilidad, no la existencia de infracción imputable a la persona jurídica y provocadora de una sanción. Por eso, el art. 40.1 posibilita una responsabilidad del administrador, sin que la entidad administrada haya sido sancionada y, en sentido inverso, infracción de la entidad sancionada, sin que exista responsabilidad en el administrador».

## VI. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN SOCIEDADES INACTIVAS: NO ALCANCE A LAS SANCIONES

Para las **sociedades inactivas, con cese de hecho**, el art. 40.1, párrafo 2.º, de la L.G.T. 230/1963 determinaba que la responsabilidad subsidiaria alcanzaba a las deudas pendientes, con exclusión de las sanciones. La derivación de responsabilidad por infracciones y sanciones tributarias a los administradores sólo es viable en el supuesto de que la persona jurídica continúe en su actividad, pues al permanecer la persona jurídica responsable como sujeto pasivo principal de la infracción, tal derivación conserva su razón de ser, dado su carácter subsidiario (SSTSJ de Cantabria de 18 de mayo y 12 de julio de 2001). Por el contrario, si la persona jurídica ha cesado en su actividad cobraba relevancia lo establecido en el art. 89.4 de la L.G.T./1963, que establecía: en el caso de sociedades o entidades disueltas y liquidadas, sus obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los socios o partícipes en el capital, que responderán de ellas solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera adjudicado. Armonizando ambos preceptos (art. 40.1 y 89 L.G.T./1963) se desprende que la derivación de responsabilidad en el supuesto de deudas pendientes, cuando la persona jurídica cese en la actividad, no incluye el importe de las sanciones (SSAN de 8 de octubre de 1998 y 21 de febrero de 2000).

El criterio de la nueva L.G.T./2003 es claro al establecer que los administradores, de hecho o de derecho, de las personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, responden subsidiariamente por las obligaciones tributarias devengadas de éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, pero la responsabilidad no se extiende a las sanciones, pues ninguna excepción en este sentido se contempla expresamente (art. 43.1.b)

## VII. LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES EN LA NUEVA L.G.T. 58/2003, DE 17 DE DICIEMBRE: HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD CUYA EXTENSIÓN ABARCA LAS SANCIONES: ART. 42.1, PÁRRAFOS A) Y C) Y ART. 43.1.A)

En la nueva L.G.T. aprobada por Ley 58/2003, de 17 de diciembre, el art. 41.4 excluye, con carácter general, la posibilidad de que se reclame al responsable tributario el pago de las sanciones impuestas al deudor principal: «La responsabilidad no alcanzará a las sanciones, salvo las excepciones que en esta u otra ley se establezcan». La regla general es, pues, la no exigibilidad

de las sanciones a los responsables, con las excepciones previstas en la propia L.G.T. o los nuevos supuestos de responsabilidad cuya extensión alcance a las sanciones que el legislador quiera establecer. Se prevé, pues, de manera expresa la posibilidad de que la responsabilidad tributaria se extienda también a las sanciones, pero sometiendo tal posibilidad al principio de legalidad.

La cuestión resulta clara en aquellos supuestos en los que la responsabilidad no deriva de la comisión de una infracción tributaria: en ningún caso podrán exigirse al responsable las sanciones, no sólo por ser ello contrario a lo dispuesto en el art. 41.4 de la Ley, sino por suponer una vulneración del principio de personalidad de la sanción.

Sin embargo, puede pensarse que el establecimiento de una responsabilidad tributaria respecto de las sanciones no lesiona aquel principio en los casos en que el presupuesto de hecho de la responsabilidad está constituido por la participación en un acto ilícito. Si ello es así, cabe que un precepto de rango legal contradiga lo dispuesto en el art. 41.4 de la LGT/2003, estableciendo la exigencia de sanciones al responsable.

La LGT/2003 ha optado por acoger esta posición de manera muy explícita. Así, su art. 182 señala que se exigirán las sanciones cuando la responsabilidad derive de la colaboración activa en un ilícito –art. 42.1.a)–, en el caso de los administradores, de hecho o de derecho, de personas jurídicas que participen en la infracción cometida por la entidad –art. 43.1.a)– y en el supuesto de sucesores de una actividad económica que no hayan solicitado a la Administración tributaria el certificado a que se refiere el art. 175.2 de la Ley –art. 42.1.c)–.

El único supuesto, pues, donde no se produce la extensión de la responsabilidad a las sanciones es el de los administradores de las personas jurídicas que cesan en sus actividades dejando deudas tributarias pendientes –art. 43.1.b)–. La exclusión de las sanciones en este último supuesto es indiscutible, toda vez que la conducta del administrador, aunque negligente, no alcanza la gravedad necesaria para constituir una infracción tributaria.

Pero en los casos de colaboración en alguna infracción, la LGT/2003 entiende que en estos casos pueden exigirse las sanciones porque no se produce ningún tipo de vulneración del principio de personalidad de la sanción, toda vez que el responsable ha colaborado en el ilícito.

Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional, que, en su sentencia 76/1990, de 26 de abril, afirma –al referirse a la constitucionalidad de la redacción dada al art. 38.1 de la L.G.T./1963 por la Ley 10/85– que «no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal –en la medida en que la pena



consista en la privación de dicha libertad— que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable «a posteriori» entre los distintos responsables individuales».

El T.C. ha admitido la constitucionalidad del art. 38.1 de la L.G.T./1963, aún en el caso de que el responsable haya de hacer frente a las sanciones del deudor principal. Por ello mismo, también debe reputarse constitucional la regulación contenida en la **L.G.T. 58/2003**, que opta por **extender la responsabilidad a las sanciones en todos los supuestos en que ésta deriva de la colaboración del responsable en un ilícito**<sup>11</sup>.

En todo caso, BLAZQUEZ LIDOY<sup>12</sup> hace notar que el haber colaborado en una infracción, si la ley no lo dispone expresamente, no alcanzará a las sanciones. De esta manera, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad tributaria por alzamiento de bienes o incluso con relación a los administradores de hecho que hayan cesado en sus actividades, donde entiende que se exige una conducta al menos culposa de los mismos, no se responderá de las sanciones porque la norma no lo ha establecido de forma expresa. Por tanto, se rompe con la relación consistente en actitud ilícita y responsabilidad por la sanción de tal manera que no toda conducta contraria a Derecho conlleva responsabilidad por las sanciones.

En cualquier caso, si se exigen sanciones al responsable, se podrá suspender automáticamente, sin caución, la ejecutoriedad de las mismas previa su impugnación (art. 212.3 de la L.G.T. 58/2003). El procedimiento frente al responsable subsidiario no cabría abrirlo hasta la firmeza de la resolución administrativa declarando la infracción tributaria de la persona jurídica.

Cabría cuestionarse si la suspensión en la vía contencioso-administrativa tendría el mismo efecto. Convalidada en la jurisdicción contenciosa la suspensión automática que se obtiene en la vía administrativa, se mantendría la no efectividad del acto administrativo hasta la sentencia firme. En consecuencia, no debe proceder derivar la responsabilidad tributaria subsidiaria a los administradores mientras no exista resolución firme en torno a la infracción que se imputa a la persona jurídica que gestionan.

Otra cuestión de carácter procedimental es si la declaración de fallido necesaria para derivar la responsabilidad tiene que ser en relación con la deuda tributaria o con la sanción pecuniaria. Normalmente el supuesto de

---

<sup>11</sup> RUIZ HIDALGO, Carmen y RODRÍGUEZ MARQUEZ, Jesús: La responsabilidad tributaria de los administradores de personas jurídicas en «El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Tomo VII. Ed. Bosch 2005, pág. 727.

<sup>12</sup> BLAZQUEZ LIDOY, Alejandro: Novedades de la Ley General Tributaria 58/2003 en la regulación de la responsabilidad tributaria y de la sucesión. Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación num. 255, 38/2004, pág. 8.

responsabilidad de los administradores deriva de un previo procedimiento inspector donde la liquidación tributaria y el expediente sancionador discurrirán paralelos y separados (art. 208.1 de la L.G.T.). Sin embargo, esta cuestión fáctica no tiene que esconder que la declaración de fallido deberá ser de la sanción en tanto consecuencia económica directa del presupuesto de hecho principal de este supuesto de responsabilidad: la infracción tributaria. La extinción de la sanción tributaria lleva a la extinción de la infracción, que es el presupuesto de hecho de la responsabilidad y, en consecuencia, impediría derivar la responsabilidad a los administradores<sup>13</sup>.

**Las hipótesis de responsabilidad contempladas en la L.G.T. 58/2003 cuya extensión incluye las sanciones, son las siguientes:**

a) Responsabilidad de los que causen o colaboren activamente en la comisión de infracciones tributarias.

Dispone el art. 42.1., párrafo a), que serán responsables solidarios de la deuda tributaria las personas o entidades que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Su responsabilidad también se extenderá a la sanción.

b) Responsabilidad de los adquirentes de explotaciones económicas.

El art. 42.1, párrafo c), establece que serán responsables solidarios de la deuda tributaria las personas o entidades que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. La responsabilidad también se extenderá a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar. Cuando resulte de aplicación lo previsto en el apartado 2 del art. 175 de la Ley, la responsabilidad establecida en este párrafo se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo. Cuando no se haya solicitado dicho certificado, la responsabilidad alcanzará también a las sanciones impuestas o que puedan imponerse.

c) Responsabilidad de los administradores por la comisión de infracciones de la persona jurídica.

El art. 43.1, párrafo a), establece que serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 1 del art. 42, los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen

---

<sup>13</sup> FERNANDEZ AMOR, José Antonio: opus cit. Pág. 60.

adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones.

A la vista de los preceptos transcritos ninguna duda cabe de que el contenido de los dos supuestos de responsabilidad contemplados en el párrafo a) del apartado 1 de los arts. 42 y 43 incluye las sanciones, consideración que resulta confirmada a tenor del contenido de los apartados 1 y 2 del art. 182 de la nueva L.G.T., los cuales disponen, respectivamente, que responderán (solidaria o subsidiariamente, según los casos) de las sanciones tributarias las personas o entidades que se encuentren en los supuestos del párrafo a) del apartado 1 de los arts. 42 y 43 de la L.G.T. 58/2003, en los términos establecidos en dichos artículos.

El hecho de que los responsables deban hacer frente a las sanciones en los casos de responsabilidad relacionados es consecuencia necesaria de la participación o colaboración de los responsables en la comisión de una infracción tributaria<sup>14</sup>. Los arts. 42.1.a) y 43.1.a) contemplan sendas hipótesis de responsabilidad derivadas de infracciones tributarias.

En relación con la hipótesis de responsabilidad contemplada en el párrafo c) del art. 42.1 de la nueva L.G.T. (responsabilidad por transmisión de empresa), la posibilidad de exigir las sanciones tributarias a los sucesores (inter vivos) en la titularidad de la correspondiente explotación o actividad económica y derivadas de su ejercicio resulta ratificada por el art. 182.1 de la nueva L.G.T. que prevé que responderán solidariamente del pago de las sanciones tributarias las personas o entidades que se encuentren en el supuesto del párrafo c) del apartado 1 del art. 42 de la nueva L.G.T., en los términos establecidos en dicho artículo, debiendo tenerse en cuenta en este supuesto lo dispuesto en el art. 175.2 de la misma Ley: el que pretenda adquirir la titularidad de explotaciones y actividades económicas y al objeto de limitar la responsabilidad solidaria contemplada en el párrafo c) del apartado 1 del art. 42 de esta Ley, tendrá derecho, previa la conformidad del titular actual, a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de su ejercicio. La Administración tributaria deberá expedir dicha certificación en el plazo de tres meses desde la solicitud. En tal caso quedará la responsabilidad del adquirente limitada a las deudas, sanciones y responsabilidades contenidas en la misma. Si la certificación se expidiera sin mencionar deudas, sanciones o responsabilidades o no se facilitara en el plazo señalado, el solicitante quedará exento de la responsabilidad a la que se refiere el art. 42.1.c) de la Ley.

---

<sup>14</sup> MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel: Participación en infracciones y extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias. Quincena fiscal 15-16, septiembre I-II 2008, pág. 51: La participación en la realización de infracciones.

BLAZQUEZ LIDOY, Alejandro: opus cit. pág. 18 y siguientes.

Nótese que la exigibilidad de las sanciones a los sucesores en la titularidad de la correspondiente explotación o actividad económica sólo podrá tener lugar cuando los sucesores no hayan solicitado la certificación de exoneración de responsabilidad y también cuando, habiéndolo hecho, la Administración tributaria la expida en el plazo de tres meses haciendo constar la existencia de aquéllas<sup>15</sup>.

Si la certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de actividades económicas se expide con contenido negativo o no se facilita en el plazo de tres meses, el adquirente queda exento de responsabilidad. En otro caso, queda limitada la responsabilidad al contenido de la certificación.

El concepto de transmisión pura y simple de la titularidad de la empresa o la sucesión en la titularidad implica que no debe ser exigible la responsabilidad en caso de adquisición por una empresa de elementos aislados de la empresa deudora tributaria salvo que tales adquisiciones, realizadas por una o varias personas, aún sin transmisión jurídica de la titularidad, permitan proseguir la explotación o actividad de la empresa desaparecida<sup>16</sup>.

#### VIII. LOS NUEVOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA A LOS QUE SE EXTIENDEN LAS SANCIONES INCORPORADOS A LA L.G.T. 58/2003 POR LA LEY 36/2006, DE 29 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE FISCAL

La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, ha añadido al art. 43, apartado 1, de la L.G.T. dos nuevos supuestos de responsabilidad subsidiaria –los párrafos g) y h)– que también se extienden a las sanciones tributarias. Su redacción es la siguiente:

«g) Las personas o entidades que tengan el control efectivo, total o parcial, directo o indirecto, de las personas jurídicas o en las que concu-

---

<sup>15</sup> MARTÍNEZ LAGO, M.A.: opus cit. Pág. 54: La responsabilidad tributaria en los supuestos de adquisición intervivos de centros empresariales

BLAZQUEZ LIDOY, Alejandro: opus cit. Pág. 21

<sup>16</sup> Como observa ALVAREZ MARTÍNEZ (opus cit. Pág. 52), y con él un nutrido sector de la doctrina, el presupuesto de la referida responsabilidad no va ligado a la participación del sucesor en la infracción tributaria origen de la sanción que se le requiere en su condición de responsable. Si dicha participación no ha tenido lugar, difícilmente puede sostenerse la legitimidad constitucional del precepto en cuestión, el cual supedita la exigibilidad de las sanciones a factores, como la no solicitud de la certificación, que nada tienen que ver con aquéllos que realmente legitimarían dicha exigencia, provocando, de este modo, que el sucesor deba hacer frente a una sanción derivada de un ilícito tributario con el que no guarda relación alguna y que, en la mayoría de los casos, le resultará totalmente ajeno y desconocido.

rra una voluntad rectora común con éstas, cuando resulte acreditado que las personas jurídicas han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta para eludir la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública y exista unicidad de personas o esferas económicas, o confusión o desviación patrimonial. La responsabilidad se extenderá a las obligaciones tributarias y a las sanciones de dichas personas jurídicas.

h) Las personas o entidades de las que los obligados tributarios tengan el control efectivo, total o parcial, o en las que concurra una voluntad rectora común con dichos obligados tributarios, por las obligaciones tributarias de éstos, cuando resulte acreditado que tales personas o entidades han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta como medio de elusión de la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública, siempre que concurren, ya sea una unicidad de personas o esferas económicas, ya una confusión o desviación patrimonial.

En estos casos la responsabilidad se extenderá también a las sanciones».

El preámbulo de la Ley 36/2006 ofrece la justificación de los nuevos supuestos de responsabilidad subsidiaria incorporados a la L.G.T. 58/2003: «En el ámbito de la reacción frente a las estrategias de fraude en fase recaudatoria, destaca esencialmente la tipificación legal, como supuesto de responsabilidad tributaria, de una medida antiabuso basada en la construcción jurisprudencial del levantamiento del velo. Esta medida se engarza directamente con los límites y requisitos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha perfilado, con la única salvedad de su novedosa configuración al amparo de la autotutela administrativa, como propios de un supuesto de responsabilidad subsidiaria. La introducción de esta medida antiabuso permitirá a la Hacienda Pública reaccionar contra determinadas estrategias fraudulentas enquistadas en nuestro sistema y tendentes a conseguir, cuando no la exoneración de facto de las obligaciones contributivas, un retardo elevadísimo en su cumplimiento al tener que acudir a la tutela judicial en fase declarativa».

Es de recordar que la STS de 19 de abril de 2003 utilizó la doctrina del levantamiento del velo en un supuesto de interés tributario, admitiendo la aplicación de la misma por la propia Administración tributaria, en fase de recaudación, sin tener que acudir a los jueces, y al margen de las cláusulas antielusorias previstas en la L.G.T., que afectarían a la liquidación y no a la recaudación. En la indicada sentencia se planteaba un supuesto de sucesión empresarial en el que una persona física, administrador y socio absolutamente mayoritario de una sociedad, constituyó otra nueva a la que aportó todos los activos de la entidad anterior. Las actas incoadas por la Inspección de los Tributos a la primera sociedad no fueron satisfechas en periodo voluntario y

pasaron a ser exigidas en el procedimiento de apremio a la segunda sociedad continuadora de la explotación económica sin haber declarado previamente fallida la anterior. No fue necesario un acto formal de derivación de responsabilidad, puesto que sustancialmente sólo existía un sujeto pasivo actuando bajo el ropaje jurídico de dos sociedades. Para la Administración tributaria la técnica del levantamiento del velo es un instrumento al que sólo se ha de acudir cuando no sirvan otras herramientas para impedir que se produzca una elusión de tributos, consecuencia de un abuso societario.

Como señalan MARTÍNEZ LAGO y ALMUDÍ CID<sup>17</sup>, los supuestos de responsabilidad tributaria introducidos por la Ley 36/2006 permiten derivar deudas y sanciones tributarias a las personas físicas o jurídicas que estén detrás de sociedades interpuestas. La norma va a permitir que la Administración, sin necesidad de interponer una acción ante los Tribunales ordinarios, descorra el velo de los entramados societarios, declarando la responsabilidad, en los casos de insuficiencia del patrimonio social, de quines «controlen» la sociedad.

**A.** El primer supuesto de responsabilidad introducido por la Ley 36/2006 –la responsabilidad de quienes controlen efectivamente sociedades creadas o utilizadas para eludir tributos– exige, para poder ser apreciada, los siguientes requisitos:

1.º) El control efectivo de la sociedad debe estar en manos de la persona o entidad sobre la que recaerá la responsabilidad en caso de falta de pago. La norma no precisa el criterio a seguir para apreciar la existencia de dicho control. Lo determinante es que los socios ejerzan, de facto, el control efectivo de la sociedad.

2.º) La Administración tributaria debe probar la existencia de un plan o propósito de abuso y elusión fraudulenta en la creación o utilización de la sociedad.

3.º) Tiene que darse una «unicidad de personas o esferas económicas o confusión o desviación patrimonial».

**B.** Para aquellos casos en que la interposición de sociedades obedece al propósito de eludir la responsabilidad patrimonial universal del creador de la misma, el art. 43.1.h) de la L.G.T. contempla la responsabilidad de las personas o entidades creadas o utilizadas de forma abusiva y fraudulenta por los obligados tributarios que tengan su control efectivo, por las deudas de éstos. Si antes respondían los socios que controlan la sociedad insolvente, ahora es la sociedad creada la que responderá de las deudas de los socios declarados fallidos.

---

<sup>17</sup> MARTÍNEZ LAGO, Miguel Angel, y ALMUDÍ CID, José Manuel: Autotutela tributaria, «levantamiento del velo» y derivación de la responsabilidad a las sanciones. Revista de Contabilidad y Tributación num. 296, págs. 3 a 58.