

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

94

JULIO
DICIEMBRE
2009

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

Ministerio de Defensa



**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

94 *JULIO
DICIEMBRE
2009*

MADRID

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

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: diciembre, 2010

NIPO: 076-10-096-X (edición en línea)



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

En esta edición se ha utilizado papel libre de cloro obtenido a partir de bosques gestionados de forma sostenible certificada.

**ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 94
JULIO-DICIEMBRE 2009**

DOCTRINA

- Resumen de contenidos. Table of contents 9

ESTUDIOS

- Javier García Fernández. «El nuevo modelo de enseñanza militar en España»..... 15
- Guillermo L. Barrios Baudor y Ana Isabel Pérez Campos, «El principio de igualdad en las Fuerzas Armadas españolas: Una aproximación al tema desde la perspectiva de género»... 35
- José Manuel Cortés Martín, «La responsabilidad de las organizaciones internacionales por las violaciones del Derecho internacional humanitario y los Derechos humanos: Fundamentos de atribución del hecho ilícito internacional» 75
- Isabel María Romero Lucas, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional del empleado público tras la ley orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia al personal militar» 119

NOTAS. COMENTARIOS

- María Reyes Fernández, «El papel de España en las misiones internacionales de paz» 181

TEXTOS

LEGISLACIÓN

- Por José María Sánchez Sánchez 199

JURISPRUDENCIA

- Constitucional. Por Luis Bernardo Álvarez Roldan 209
- Contencioso-administrativa. Por Eva Bru Peral 219

DOCUMENTACIÓN

- Doctrina legal del Consejo de Estado. Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz 243

BIBLIOGRAFÍA

NOTICIAS DE LIBROS

- Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández 253

NOTICIAS DE REVISTAS

- Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz 257

INFORMACIÓN

- Entrega del Premio «José Francisco de Querol y Lombardero» 2009 261
- Aviso a los lectores..... 263
- Acceso a Jurisprudencia..... 265

DOCTRINA

**RESÚMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 94
(JULIO-DICIEMBRE, 2009)**

**GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR Y ANA I. PÉREZ CAMPOS:
«El principio de igualdad en las Fuerzas Armadas españolas: una
aproximación al tema desde la perspectiva de género»**

Transcurridos ya más de veinte años desde de que las mujeres ingresaran en las Fuerzas Armadas españolas y aun cuando todavía estemos muy lejos de alcanzar la paridad en cuanto a los efectivos masculinos y femeninos, se está en disposición de señalar que los resultados conseguidos son realmente espectaculares. El Ministerio de Defensa ha sido la Administración Pública que en un período temporal más corto ha realizado un mayor largo recorrido a favor de la efectiva aplicación del principio de igualdad por razón de género y de promoción de la conciliación de la vida personal, familiar y profesional.

**GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR Y ANA I. PÉREZ CAMPOS:
«The principle of equality in the spanish Armed Forces: an approach to the
subject from the gender perspective»**

Has passed more than twenty years that women have got into the Spanish armed forces and, even though we are still far from achieving parity in terms of male and female personnel, we can say that the results achieved are truly spectacular. The Ministry of Defence has been the Public Administration that in a shorter time period has made a long journey to promote the effective application of the principle of gender equality and the reconciliation of working, family and personal life.

JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ: «El nuevo modelo de enseñanza militar en España»

La carrera militar es un conjunto de destinos operativos rodeados de experiencias formativas. El nuevo modelo de enseñanza militar no dará mejor formación militar a los oficiales y suboficiales, cuyo nivel actual ya es bastante alto y completo, pero sí situará sus conocimientos en un contexto científico y práctico más amplio.

JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ: «The new model of military education in Spain»

Military career is a set of operational targets circled by formative experiences. The new model of military education will not give better military training to officers and non-commissioned officers, whose current level is already quite high and complete, but will place their knowledges in a broader scientific and practical context.

JOSE MANUEL CORTÉS MARTÍN: «La responsabilidad de las organizaciones internacionales por las violaciones del Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos. fundamentos de atribución del hecho ilícito»

Las organizaciones internacionales desarrollan funciones cada vez más importantes debido seguramente al marcado carácter global e interdependiente que está adquiriendo nuestra sociedad. Esta evolución plantea una serie de cuestiones científicas de hondo calado, entre otras, el régimen jurídico de sus obligaciones internacionales y su responsabilidad en caso de incumplimiento.

JOSE MANUEL CORTÉS MARTÍN: «The responsibility of international organizations for violations of International Humanitarian Law and human rights. basis of allocation of illegal offenses».

International organizations develop increasingly important roles probably due to global and interdependent nature that is taking our society. This development raises a number of deeply important scientific issues,

including the legal status of their international obligations and their responsibility in case of breaching.

ISABEL MARÍA ROMERO LUCAS: «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional del empleado público tras la Ley Orgánica de Igualdad efectiva de mujeres y hombres. referencia al personal militar»

Desde la entrada en vigor de la Constitución, la protección jurídica de la mujer trabajadora ha sufrido una gran transformación, fruto en gran medida, de nuestra integración en la Unión Europea. Sin embargo, la incorporación de la mujer al mercado laboral sigue contando con importantes obstáculos derivados fundamentalmente de las cargas familiares que tradicionalmente han asumido las mujeres, y que dificultan la consecución de una igualdad plena de mujeres y hombres.

ISABEL MARÍA ROMERO LUCAS: «Rights of reconciliation of working, family and personal life of the public employee after the Organic Law of effective equality of women and men. reference to military personnel»

Since the entry into force of the Constitution, legal protection of working women has suffered a great transformation, as the result of our integration into the European Union. However, the incorporation of women into the labor market still has significant obstacles derived mainly from family burdens that women have traditionally assumed, and which hinder the achievement of full equality of women and men.

NOTAS Y COMENTARIOS

MARÍA REYES FERNÁNDEZ: «El papel de España en las misiones internacionales de paz»

En un mundo donde el concepto «paz» adquiere, cada día, un carácter más multidimensional, potenciado por la imparable globalización de todas las estructuras humanas, el presente escrito se dirige a presentar una visión general sobre la importancia de las misiones internacionales de paz

(MIP) y el papel de España en las mismas. Para ello, en primer lugar, se expondrá el marco jurídico internacional. Seguidamente, se analizarán los diversos instrumentos de pacificación. Se centrará el estudio en el ámbito de la Unión Europea. Ya en tercer lugar, se hará referencia a la actuación nacional, abordándose tanto los principales objetivos del Reino en relación a las MIP, como los aspectos jurídicos, políticos, económicos y sociales. También se señalarán las actuales MIP en las que España está presente. Finalmente, se enumerarán los más importantes retos y las perspectivas de las MIP.

In a world where the concept of «peace» acquires, every day, a more multidimensional quality, fostered by the unstoppable globalization of all human structures, this paper intends to introduce a general vision about the importance of the international peace missions (IPM) and the role of Spain in them. For this, we will first discuss the international legal framework. Then, we will analyze the various peace-making instruments. The study will focus in the sphere of the European Union. We'll then mention our national efforts, addressing both the main objectives of the Kingdom in relation to the IPM's, and the legal, political, economic, and social aspects. We will also point out the IPM's in which Spain is participating. Finally, we will list the most important challenges and perspectives of the IMP's.

ESTUDIOS

EL NUEVO MODELO DE ENSEÑANZA MILITAR EN ESPAÑA¹

Javier García Fernández
Director General de Reclutamiento y Enseñanza Militar
Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad
Complutense de Madrid

SUMARIO

1. Evolución de la enseñanza militar en España.
2. Elementos permanentes de la enseñanza militar desde 1989.
3. Causas de la reforma de la enseñanza militar de 2007.
4. Líneas generales de la reforma de la enseñanza militar a partir de 2007.
5. La enseñanza de formación de oficiales a partir de la reforma de 2007.
6. La enseñanza de formación de suboficiales a partir de la reforma de 2007.
7. Valoración general de la reforma.

1. EVOLUCIÓN DE LA ENSEÑANZA MILITAR EN ESPAÑA

En su *Diccionario militar*, el Mariscal de Campo de Artillería José Almirante aportaba en 1869 algunas ideas que todavía hoy ayudan a entender los fines y el alcance de la enseñanza militar. En la voz «Instrucción» de su *Diccionario*, José Almirante apuntaba que con esa instrucción se pretende transformar al hombre en soldado y que la carrera de los oficiales ya no se podía basar en el privilegio del nacimiento o de la riqueza sino en la aptitud

¹ El presente artículo es la versión escrita y puesta al día de la conferencia que con el mismo título pronuncié el 6 de octubre de 2009 en Santiago de Chile en la «VI Semana Iberoamericana de Seguridad y Defensa. Los sistemas de enseñanza militar y la educación para la Defensa en Iberoamérica» que organizaron el Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, el Ministerio de Defensa de España y el Ministerio de Defensa Nacional de Chile.

y en la instrucción². Tras estas consideraciones, el Mariscal de Campo Almirante trazaba una minuciosa historia de la instrucción militar en España desde la instauración de la Casa de Habsburgo en España, historia que hasta la Guerra de la Independencia se compendia en los siguientes puntos:

- dispersión y escasa duración de las academias militares³;
- exceso de academias;
- endogamia dentro de cada Arma;
- y ausencia de dirección política⁴.

Esa inestabilidad persistió durante el siglo XIX⁵ hasta el extremo de que en la época en que escribe Almirante «cada ARMA, cada INSTITUTO es hoy un *todo*, que altivo y aislado vive ‘por sí y para sí’»⁶, de modo que el autor formula diversas propuestas para lograr unificar la instrucción, propuestas entre las que incluía la creación de una Dirección de Instrucción Militar⁷.

Estas referencias al Mariscal de Campo Almirante tienen interés porque, al menos en materia de enseñanza militar, su *Diccionario* se sitúa en la frontera de los cambios que iban a experimentar las Fuerzas Armadas

² José ALMIRANTE: *Diccionario militar* (1869), Ministerio de Defensa, Madrid, 1989, t. II, págs. 676-677.

³ Este fenómeno y el del exceso de academias persistió durante buena parte del siglo XIX, de modo que, por ejemplo, el Real Decreto de 5 de noviembre de 1850 (*G.M.*, núm. 5962, de 9 de noviembre de 1850) suprimió el Colegio General Militar fundado en 1825 para crear en su lugar dos Colegios, de Infantería en Toledo, y de Caballería en Alcalá de Henares. Estos dos Colegios funcionaron hasta 1882 como se verá más abajo, cuando volvió a unificarse efímeramente la enseñanza en una sola Academia General.

⁴ José ALMIRANTE: *Diccionario militar* cit., t. II, págs. 678-680.

⁵ Sobre la enseñanza militar en el siglo XIX, Julio BUSQUETS: *El militar de carrera en España. Estudio de sociología militar*, Ariel, Barcelona, 1971, 2ª ed., págs. 118-125. Aunque breve, el apartado sobre la enseñanza de Daniel R. HEADRICK [*Ejército y política en España (1866-1898)*] (trad. J. Melgar Botasis), Tecnos, Madrid, 1981, págs. 80-84) es atinado y completo. Para la etapa inicial del siglo XIX que coincide con la Guerra de la Independencia, José Ramón ORTIZ DE ZÁRATE: «El problema de la enseñanza militar en una situación de guerra», en Beatriz FRIEYRO DE LARA (coord.): *Guerra, Ejército y Sociedad en el nacimiento de la España contemporánea*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 2010, págs. 91-133. En las memorias de Francisco Saavedra hay una interesante descripción de los exámenes para ingresar como cadete en el regimiento Inmemorial del Rey en 1768 así como una detallada narración sobre la creación y la forma de vida de la Academia de Ávila que creó el Conde de O'Reilly en 1774 y de la que el propio Saavedra fue profesor, véase Manuel MORENO ALONSO: *Memorias inéditas de un Ministro ilustrado*, Ed. Castillejo, Sevilla, 1992, págs. 58-66 y 99-107, respectivamente.

⁶ José ALMIRANTE: *Diccionario militar*, cit., t. II, págs. 682.

⁷ *Ibidem*, t. II, págs. 683. Menos de quince años después, la propuesta de Almirante se acabaría cumpliendo en el seno del Ministerio de la Guerra, es decir, para el Ejército de Tierra. El Real Decreto de 20 de febrero de 1882 (*G.M.*, núm. 52, de 21 de febrero de 1882) creó la Dirección General de Instrucción Militar en dicho Ministerio de la que dependerían todas las Academias de las diferentes Armas.

después de la Restauración en el último cuarto del siglo XIX. En efecto, en los reinados de Alfonso XII y de Alfonso XIII la enseñanza militar se fundó, en líneas generales, en los siguientes factores:

- persistencia del doble proceso de concentración y dispersión de las Academias generales de Ejércitos⁸;
- establecimiento de mayores requisitos para el ingreso en las Academias, mediante una oposición;
- carácter moderno y altamente científico de todas las Academias⁹ y en particular de las especiales.

Este modelo perduró en lo esencial hasta la Guerra Civil.¹⁰

Con el restablecimiento de la democracia, la enseñanza militar experimentó grandes transformaciones, transformaciones motivadas fundamentalmente por el cambio de la posición política (y, por ende, jurídica) de las Fuerzas Armadas en el seno del Estado. Antes de avanzar en el modelo

⁸ El Real Decreto de 20 de febrero de 1882 (*G.M.*, núm. 52, de 21 de febrero de 1882), dictado tras la creación de la Dirección General de Instrucción Militar por Real Decreto de la misma fecha, fundó la Academia General Militar y las diversas Academias de aplicación. Sin embargo, la Academia unificada duró sólo diez años pues el Real Decreto de 8 de febrero de 1893 (*G.M.*, núm. 40, de 9 de febrero de 1893) volvió a disgregar las Academias invocando la dificultad de armonizar los intereses educativos de las diferentes Armas. Con la Dictadura de Primo de Rivera se vuelve a crear la Academia General Militar por Real Decreto núm. 369, de 20 de febrero de 1927 (*G.M.*, núm. 53, de 22 de febrero de 1927), que volverá a tener la misma existencia efímera que la anterior pues fue suprimida por Decreto de 30 de junio de 1931 (*G.M.*, núm. 182, de 1 de julio de 1931). Otro Decreto dictado y publicado con las mismas fechas que el anterior concentró la enseñanza del Ejército de Tierra en las Academias de infantería, Caballería e Intendencia, de Artillería e Ingenieros, y de Sanidad Militar. Finalmente, la definitiva unificación en una sola Academia General Militar del Ejército de Tierra se realiza mediante la Ley de 27 de septiembre de 1940 por la que se restablece en Zaragoza la Academia General Militar (*B.O.E.*, núm. 286, de 12 de octubre de 1940).

⁹ Un ejemplo del alto nivel científico y técnico de la formación militar lo tenemos en el Real Decreto de 18 de diciembre de 1913 por el que se aprueba el plan de estudios de la Escuela Naval Militar (*G.M.*, núm. 354, de 20 de diciembre de 1913).

¹⁰ Sobre la enseñanza militar en la este período hasta la Guerra Civil, véanse: Julio BUSQUETS: *El militar de carrera en España. Estudio de sociología militar* cit., págs. 125-128; Michael ALPERT: *La reforma militar de Azaña (1931-1933)*, Ed. Comares, Granada, 2008, págs. 160-165; José IZQUIERDO, José Ramón ORTIZ DE ZÁRATE y Ángel APARICIO: *La Academia General Militar. Crisol de la oficialidad española*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2002; Carlos BLANCO ESCOLA: *La Academia General Militar de Zaragoza (1928-1931)*, Labor, Barcelona, 1989; y Gabriel CARDONA: «La reforma de la enseñanza militar en la II República (1931-1932)», en Julio BUSQUETS y Valentina FERNÁNDEZ VARGAS (coords.): *La enseñanza militar en España. Un análisis sociológico*, Comité de Investigación Fuerzas Armadas y Sociedad – Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1986, págs. 65-80. Para la etapa posterior a la Guerra Civil, José Antonio OLMEDA GÓMEZ: *Las Fuerzas Armadas en el Estado franquista. Participación política, influencia presupuestaria y profesionalización, 1939-1975*, Eds. El Arquero, Madrid, 1988. págs. 154-167.

todavía vigente (aunque a punto de transformarse) conviene recordar los hitos jurídicos que han ido modificando la posición de las Fuerzas Armadas a partir de lo previsto en el artículo 8 de la Constitución y, con ello, la regulación de la enseñanza militar¹¹. Estos hitos son:

- la creación del Ministerio de Defensa por el Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, por el que se reestructuran determinados órganos de la Administración Central, que conllevó la desaparición de los tres antiguos Ministerios del Ejército, de Marina y del Aire¹²;
- las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, contenían un capítulo sobre instrucción, adiestramiento y enseñanza en donde se establecía el marco deontológico de la formación militar en todos los niveles;
- la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de junio, de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar,¹³ que sacó del ámbito exclusivamente castrense la política militar y de defensa nacional,

¹¹ Sobre el modelo de enseñanza militar después de entrar en vigor la Constitución y antes de que se iniciaran las reformas de la década de los años ochenta hay algunos trabajos de interés en el volumen *Primeras Jornadas Fuerzas Armadas – Universidad*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional – Universidad Complutense, Madrid, 1982. En concreto hay que citar las siguientes ponencias: «Organización actual y tendencias de la enseñanza militar en España. La enseñanza naval», de Miguel RIERA PONS (págs. 115-126); «La enseñanza militar superior en el Ejército del Aire», de Felipe SEQUEIROS BORES (págs. 127-131); «Situación actual de la enseñanza en el Ejército de Tierra y tendencias», de Joaquín LACACI MORRIS (págs. 133-138) y «La enseñanza militar en una sociedad en cambio», de Luis GONZÁLEZ SEARA (págs. 139-143). Es significativo que en este ciclo todavía faltara una ponencia que diera una visión conjunta de la enseñanza militar desde el interior del Ministerio de Defensa pues la ponencia del profesor GONZÁLEZ SEARA discurría más por derroteros filosóficos que prácticos.

¹² Sobre la creación del Ministerio de Defensa, véanse Isidro SEPÚLVEDA y Ramón BACAS (eds.): *II Congreso Internacional de Historia de la Defensa. El Ministerio de Defensa. Creación, desarrollo y consolidación*, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, Madrid, 2008. Más concretamente, deben tenerse en cuenta los trabajos de Miguel ALONSO BAQUER: «El camino hacia la fundación del Ministerio de Defensa» (págs. 37-52); Fernando PUELL DE LA VILLA: «De los tres ministerios militares al Ministerio de Defensa» (págs. 53-74); e Isidro SEPÚLVEDA: «Tres décadas de historia. Ciclos de transformación» (págs. 75-84). También Fernando PUELL DE LA VILLA: «La creación del Ministerio de Defensa (1968-1977)» y Jesús del OLMO: «El Ministerio de Defensa 1977-1984» ambos trabajos publicados en Isidro SEPÚLVEDA y Sonia ALDA (eds.): *Congreso de Historia de la defensa. Fuerzas Armadas y políticas de Defensa: transición y modernización*, I-U.G.M.M., Madrid, 2007 (págs. 295-307 y 309-330, respectivamente). Además, hay alguna información interesante en Miguel DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SANCHEZ, Marcos M. FERNANDO PABLO y Pedro T. NEVADO MORENO: *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 40-44.

¹³ Hoy derogada y sustituida por la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

confiriendo importantes competencias a las Cortes Generales y al Gobierno. En esta Ley se definió la enseñanza militar como parte fundamental de la preparación del militar y se preveía la aprobación de una Ley específica sobre la enseñanza, Ley que nunca llegó a aprobarse. Esta Ley fue profundamente modificada por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, que acentuó la función directiva del Gobierno sobre las Fuerzas Armadas;

- la creación de la Subdirección General de Enseñanza, en virtud del Real Decreto 135/1984, de 25 de enero, por el que se reestructura el Ministerio de Defensa. Estaba adscrita a la Dirección General de Personal y fue la primera unidad administrativa encargada de elaborar una política de enseñanza conjunta para todos los Ejércitos y de coordinar las iniciativas que en materia de enseñanza emanaban de éstos;
- la creación de la Dirección General de Enseñanza. Con evidente retraso respecto a la creación del Ministerio, este centro directivo fue creado por el Real Decreto 1/1987, de 1 de enero, por el que se determina la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa;
- las Leyes 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional¹⁴; 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas¹⁵; y 39/2007, de 19 de noviembre,

¹⁴ Sobre esta Ley, José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: «La Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 54, julio-diciembre 1989, t. I, págs. 167-205; Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ (dir.): *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Trotta – Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales ‘Lucas Mallada’ – Academia General Militar, Madrid, 1995. Aunque el título de la obra sugiere otra cosa, se trata básicamente de un comentario a la Ley 17/1989, de 19 de julio. Dentro de esta obra, hay un trabajo muy completo sobre la enseñanza militar de Luis VERNET GÓMEZ «La enseñanza superior militar» (págs. 559-584) y otro más específico sobre el alumnado debido a Luis B. ÁLVAREZ ROLDÁN: «El régimen del alumnado. Estudio de la Orden 43/1993, de 21 de abril, sobre el régimen del alumnado de los Centros Docentes Militares de Formación» (págs. 161-199). También hay algunas referencias a la enseñanza militar en Félix José HIDALGO PRADO: «Estudio sistemático de la Ley 17/1989, de 19 de julio» (págs. 445-483). Igualmente analizan esta Ley de 1989, Miguel DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SANCHEZ, Marcos M. FERNANDO PABLO y Pedro T. NEVADO MORENO: *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas* cit., págs. 187-263.

¹⁵ Acerca de esta Ley, con referencias a la enseñanza militar, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: «El nuevo régimen jurídico de los militares profesionales: la Ley 17/1999, de 18 de mayo», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 74, julio-diciembre 1999, págs. 11-53. También Juan Carlos MARTÍN TORRIJOS: «Desde la Ley 17/1989 a la Ley 17/1999. Un cambio lleno de similitudes, con grandes diferencias»,

de la Carrera Militar (en lo sucesivo, Ley de la Carrera Militar). La primera de estas Leyes, la 17/1989, de 18 de julio, contenía un extenso Título, el IV, dedicado a la enseñanza militar y en el mismo se definía ésta¹⁶, aparecían ya los tres niveles que siguen vigentes¹⁷ y se regulaban los diversos centros docentes, los procedimientos de acceso, los planes de estudios, el régimen del alumnado y el profesorado. Por su parte, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, dedicó su Título V a la enseñanza militar en términos similares a lo establecido en la Ley 17/1989, de 18 de julio¹⁸. Finalmente, como se verá a lo largo de este trabajo, la Ley de la Carrera Militar sigue en parte lo regulado por las dos anteriores pero en parte agrega importantes novedades que se verán más adelante;

- por último, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, contienen un Capítulo, el II del Título V, dedicado a la función docente donde se fija el objetivo primordial de la enseñanza¹⁹, las cualidades necesarias para

Revista de Aeronáutica y Astronáutica, núm. 704, junio 2001, págs. 444-449. Y sobre la enseñanza en el período de vigencia de la Ley de 1999, Juan A. MOLINER GONZÁLEZ y Juan A. TOLEDANO MANCHEÑO: «Reflexiones sobre la función docente en las Fuerzas Armadas», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 695, julio-agosto 2000, págs. 620-625.

¹⁶ «1. El sistema de enseñanza militar, fundamento del ejercicio profesional en las Fuerzas Armadas, tiene como finalidades la capacitación profesional del militar, la adecuación permanente de sus conocimientos al desarrollo de la ciencia y de la técnica y su formación en las características de las Fuerzas Armadas y en los principios constitucionales. 2. La enseñanza militar se configura como un sistema unitario que garantiza la continuidad del proceso educativo, integrado en el sistema educativo general y servido, en su parte fundamental, por la estructura docente del Ministerio de Defensa...» (artículo 32).

¹⁷ Enseñanza de formación, de perfeccionamiento y Altos Estudios Militares.

¹⁸ Como recuerda Luis VERNET GÓMEZ («La enseñanza superior militar» cit., pág. 561) durante la tramitación de la Ley 17/1989, de 17 de julio, el Grupo Parlamentario Popular del Congreso presentó una enmienda de devolución de todo el Título IV dedicado a la enseñanza aduciendo que la materia tenía la suficiente importancia como para dedicarle una Ley específica, enmienda que no prosperó. Sin embargo, cuando el Gobierno del Presidente Aznar remitió a las Cortes la que luego sería la Ley 17/1999, de 18 de mayo, no intentó desglosar en una Ley distinta la regulación de la enseñanza. Ello no obsta para comprobar que cuando el Partido Popular está en la oposición es reacto a toda novedad en materia de enseñanza militar como se ha visto también en la Ley de la Carrera Militar donde el Grupo Parlamentario Popular mantuvo una oposición muy firme que sólo ha modulado el 18 de noviembre de 2009 cuando votó afirmativamente una proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados acerca de la adecuación de las Academias Generales Militares al Sistema de Centros Universitarios de la Defensa.

¹⁹ «Quien ejerza la función docente, actividad que es permanente a lo largo de la carrera militar tanto en el ámbito de la formación y perfeccionamiento como en el de la

ejercerla, los fines, los métodos y las características de la formación en valores.

Aunque esta secuencia cronológica abarca un período muy largo conviene destacar que una parte importante de la reforma de la enseñanza militar se consolida en el período en que fue Ministro de Defensa Narcís Serra. Él mismo ha contado la dificultad que comportaba concentrar la gestión de la enseñanza en el órgano central del Ministerio lo que conllevaba desplazar esta gestión a instancias políticas, no necesariamente militares²⁰.

2. ELEMENTOS PERMANENTES DE LA ENSEÑANZA MILITAR DESDE 1989²¹.

Como hemos visto, los elementos esenciales y relativamente permanentes de la enseñanza militar se definen en las Leyes 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Miliar Profesional y 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas. Estos elementos, que se enmarcan en unas exigencias constitucionales²², son:

I) *La formación militar, general y específica, en Academias militares para Oficiales y Suboficiales de los Cuerpos Generales de los tres Ejércitos y de Infantería de Marina.* Esta primera nota característica comporta que todos los aspirantes a oficiales y suboficiales reciben una formación en materias militares en las Academias Generales y en las Academias Básicas, respectivamente, que les habilita para acceder al empleo de teniente y de sargento. Hasta ahora, esa formación se iniciaba con una oposición para acceder a las Academias y además los suboficiales sólo podían ingresar por promoción interna a partir de la categoría de Tropa y Marinería.

II) *Tipos de enseñanza de perfeccionamiento.* Definida la enseñanza de perfeccionamiento como aquella que «tiene como finalidad capacitar al militar para el desempeño de los cometidos de categorías o empleos superiores, proporcionarle un mayor grado de especialización, facultarle para

instrucción y adiestramiento, tendrá como objetivo primordial enseñar a sus alumnos y subordinados» (artículo 123).

²⁰ Narcís SERRA: *La transición militar. Reflexiones en torno a la reforma democrática de las fuerzas armadas*, Debate, Barcelona, 2008, págs. 222-225.

²¹ Sobre el modelo de enseñanza iniciado en 1989, véase Emilio Octavio de TOLEDO Y UBIETO: «La reforma de la enseñanza militar», en Isidro SEPÚLVEDA y Sonia ALDA (eds.): *Congreso de Historia de la defensa. Fuerzas Armadas y políticas de Defensa: transición y modernización* cit., págs. 349-362.

²² Sobre las exigencias constitucionales de la enseñanza militar, Lorenzo COTINO HUESO: *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, págs. 676-699.

el desempeño de actividades en áreas concretas y amplias o actualizar los conocimientos requeridos para el desarrollo de la profesión militar» (artículo 34 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, y redacción similar en el artículo 52 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo), se basaba fundamentalmente en los cursos para ascenso a comandante, de Estado Mayor y para la selección de generales²³.

III) Estructura de los Cuerpos Comunes. Hasta las Leyes 9/1985, de 10 de abril, de unificación de los Cuerpos de Intervención Militar, de Intervención de la Armada y de Intervención del Aire, y 6/1988, de 5 de abril, por el que se crea el Cuerpo Jurídico Militar de Defensa, cada Ejército poseía sus propios Cuerpos Jurídicos y de Intervención. Posteriormente la Ley 17/1989, de 19 de julio, terminó la unificación creando el Cuerpo Militar de Sanidad y el Cuerpo de Músicas Militares. Desde su creación escalonada, estos Cuerpos se distinguen por su forma de acceso para lo que se requiere una titulación universitaria previa (licenciado o graduado, según los casos). No es el único caso en que para ingresar en las Fuerzas Armadas se requiere esa titulación universitaria previa pues la Ley 17/1989, de 19 de julio, mantuvo (o en su caso, estableció) ese requisito para los Cuerpos de Intendencia de cada Ejército y para los Cuerpos de Ingenieros. La diferencia entre los Cuerpos Comunes y los Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros es que los primeros son, como lo expresa su denominación, comunes a todas las Fuerzas y dependen orgánicamente de la Subsecretaría de Defensa en tanto que los segundos están adscritos a cada Ejército.

IV) Equivalencia con los títulos de la enseñanza general. La Ley 17/1989, de 19 de julio, estableció en su artículo 33.1 que en cada grado la incorporación a la correspondiente Escala supondría, además de la atribución del primer empleo, la obtención de una titulación equivalente a las del sistema educativo general de técnico especialista (Escalas básicas), diplomado universitario, arquitecto técnico o ingeniero técnico (Escalas medias) y licenciado, arquitecto o ingeniero (Escalas superiores).²⁴ La Ley 17/1999, de 18 de mayo, en su artículo 51.2, mantuvo el mismo contenido regulatorio. Más allá de las eventuales ventajas que tiene para los militares la posesión de esta equivalencia si dejaran las Fuerzas Armadas, lo importante de la equivalencia es que acercaba efectiva y no retóricamente la enseñanza militar al sistema general de enseñanza.

²³ Véase Juan Miguel GONZÁLEZ ANTEQUERA: «El futuro de la enseñanza militar de perfeccionamiento», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 793, mayo 2010, págs. 460-465.

²⁴ Sobre el alcance jurídico de la equivalencia, Luis VERNET GÓMEZ: «La enseñanza superior militar» cit., págs. 574-575.

Estos cuatro elementos básicos que configuraban la enseñanza militar hasta la entrada en vigor de la Ley de la Carrera Militar se han mantenido casi en su integridad tras la reforma de 2007.

3. CAUSAS DE LA REFORMA DE LA ENSEÑANZA MILITAR EN 2007

La Ley de la Carrera Militar se inscribe en un marco renovador de toda la legislación militar efectuado a lo largo de la VIII legislatura (2004-2008). Junto a esta Ley se aprobaron la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, y la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, de modo que la anterior legislatura de las Cortes Generales tuvo efectos intensamente reformadores para las Fuerzas Armadas. En este contexto, al lado de un cambio relevante en la definición de las misiones de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre), en la mejora del estatuto profesional de la Tropa y de la Marinería (Ley 8/2006, de 24 de abril) y en la superación de la dualidad de las antiguas Escalas de Oficiales para crear una sola (Ley de la Carrera Militar) era necesario afrontar una reforma intensa en la enseñanza militar. ¿Por qué era conveniente esa reforma?

Un punto de partida de cierta trascendencia fue la Directiva de Defensa Nacional 1/2004, de 30 de diciembre, que señaló como líneas generales de actuación la transformación dinámica y permanente de las Fuerzas Armadas y fijó, entre sus directrices, un nuevo modelo realista de profesionalización basado en la calidad²⁵ y en la especialización²⁶. Este punto de partida derivó hacia la Ley de la Carrera Militar que, desde el punto de vista de la estructura profesional, fijó los siguientes elementos:

- importante renovación de la estructura de Cuerpos y Escalas;
- reforma del sistema de ascensos y promoción;
- reorientación de la carrera militar a partir del empleo de comandante/capitán de corbeta para optar a una segunda especialidad;
- introducción del requisito de la obtención de una titulación para ascender a teniente coronel/capitán de corbeta.

²⁵ Véase Sebastián GARCÍA MORENO: «El control de calidad en la enseñanza militar», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 793, mayo 2010, págs 462-465.

²⁶ Posteriormente, cuando ya empezaba a prepararse la implantación del nuevo modelo de enseñanza, la Directiva de Defensa Nacional 1/2008, de 30 de diciembre, apuntó como líneas generales de actuación la transformación dinámica y permanente de las Fuerzas Armadas y señaló, entre las directrices a desarrollar, el garantizar una sólida formación profesional de las Fuerzas Armadas.

Estos cambios en la carrera militar exigen un modelo de enseñanza diferente. Por lo que se refiere a la segunda especialidad, la Ley de la Carrera Militar dirige a los titulares de los dos primeros empleos de cada escala a puestos operativos y prevé que a partir de determinados empleos los miliares profesionales reorientarán su perfil profesional a otros campos de actividad. En cuanto al ascenso al empleo de teniente coronel/capitán de fragata, la nueva Ley exige la obtención de ciertas titulaciones relacionadas con una mayor especialización (Estado Mayor, inteligencia, relaciones internacionales, etc.). Todo ello incide en la necesidad de organizar un modelo de enseñanza que se inserte en el sistema universitario general.

También se pueden añadir otras causas intrínsecas a las Fuerzas Armadas. En el siglo XXI, las Fuerzas Armadas españolas desempeñan nuevas funciones que eran impensables cuando el artículo 8 de la Constitución fijó su naturaleza. Estas funciones están reguladas en el Título III de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, y dentro de las mismas hay que destacar, por su novedad, las misiones en el exterior no relacionadas directamente con la defensa de España y del interés nacional, por un lado, y la colaboración con las restantes Administraciones Públicas en supuestos de catástrofes y calamidades (que corresponden fundamentalmente a la Unidad Militar de Emergencias, creada por Real Decreto 416/2006, de 11 de abril). La Directiva de Defensa Nacional 1/2008, de 30 de diciembre, reitera ambas funciones dentro de las directrices que fijan la política de defensa en los ámbitos nacional e internacional²⁷. Las exigencias profesionales de los militares profesionales, especialmente oficiales y suboficiales, para actuar en ese tipo de misiones en el exterior o para participar en catástrofes y calamidades se aleja de su formación tradicional por lo que es necesario ofrecer a oficiales y suboficiales un marco formativo que les permita desarrollar nuevas facultades y capacidades sin detrimento de su formación militar general y específica.

En las Fuerzas Armadas extranjeras la tendencia, con lógicas diferencias, es similar pues se está generalizando que los centros docentes militares europeos proporcionen enseñanza universitaria además de la específicamente militar: las Universidades de la *Bundeswehr* en Hamburgo y en Munich en 1973, las Facultades Politécnica y de Ciencias Sociales y Militares que posee la Escuela Real Militar de Bélgica y los estudios de grado que proporciona la Escuela Especial Militar francesa

²⁷ Fernando RAIMUNDO MARTÍNEZ: «Contribución de las Fuerzas Armadas ante catástrofes naturales y ecológicas», *Boletín de Información del CESEDEN*, núm. 295, 2006, págs. 41.

de Saint-Cyr (Ingeniería, Relaciones Internacionales, Gestión de Recursos Humanos y de Organizaciones)²⁸.

Además de este extenso conjunto de causas endógenas a las Fuerzas Armadas debe señalarse otra circunstancia que ha influido en la determinación del nuevo modelo de enseñanza, que es el denominado Espacio Europeo de Enseñanza Superior cuyo primer paso se dió en la Declaración Conjunta de los Ministros Europeos de Educación reunidos en Bolonia el 19 de junio de 1999. La Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, ha venido a adecuar el ordenamiento español al Espacio Europeo de Enseñanza Superior y vino a armonizar la estructura y organización de la enseñanza superior para crear un espacio común, unificar los ciclos y asegurar la movilidad, el reconocimiento de las titulaciones y la formación a lo largo de la vida, como señala la exposición de motivos de la Ley Orgánica. Por consiguiente, el nuevo modelo de enseñanza superior era un motivo adicional para aproximar, de manera real y no retórica, la enseñanza militar. Y ello porque los profesionales de las Fuerzas Armadas no se sitúan en un compartimento estanco sino que es necesario revalorizar la enseñanza militar a fin de tender pasarelas con la enseñanza del resto de la sociedad²⁹. Los objetivos del Espacio Europeo de Enseñanza Superior (movilidad, reconocimiento de las titulaciones, formación a lo largo de la vida) se alcanzan mejor en el ámbito de la enseñanza militar si los militares profesionales salen de sus centros de enseñanza con un grado universitario o con un título de técnico superior de Formación Profesional y todavía se alcanzan más si los oficiales añaden a su grado un posgrado que, como hemos visto, es necesario para el ascenso al empleo de teniente coronel³⁰. Ese es otro de los motivos de la reforma máxime cuando, según confirman los estudios sociológicos, los alumnos de

²⁸ Sylvain PAILE: *L'enseignement militaire à l'épreuve de l'eupéanisation: adaptation de la Politique de l'enseignement pour l'École Royale Militaire aux évolutions de la PESD*, Centre d'Études en Sciences Sociales de la Défense, París, 2009. También Peter FOOT: «European Military Education Today», en Gregory C. KENNEDY y Keith NEILSON (eds.): *Military Education. Past, Present, and Future*, Praeger, Westport, Conn., 2002, págs. 197-215.

²⁹ Véase el vol. col. *Los estudios de posgrado de las Fuerzas Armadas*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2008. De los trabajos de este volumen conviene destacar el de Antonio CABRERA SANTAMARÍA: «Los estudios de posgrado en el marco de la Ley de la Carrera Militar» (págs. 109-132).

³⁰ Véase Alfonso ROMERO ARRIAZA: «Implicaciones de los Acuerdos de Bolonia en la reforma de la enseñanza y sus posibles efectos en la enseñanza militar superior», *Boletín de Información del CESEDEN*, núm. 294, 2006, págs. 22-27.

los centros docentes de formación ingresan en los mismos con gran motivación, de modo que es preciso que en su proceso formativo no se frustren esas expectativas³¹.

En conclusión, la convergencia del nuevo modelo de carrera militar establecido por Ley de la Carrera Militar, las nuevas funciones de las Fuerzas Armadas conforme al Título III de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (y las Directivas de la Defensa Nacional aprobadas antes y después de ésta), el ejemplo de las Fuerzas Armadas de otros países europeos y, en fin, la acomodación de la enseñanza española al Espacio Europeo de Enseñanza Superior, han provocado la reforma profunda de la enseñanza militar. ¿Cómo se concreta ésta?

4. LÍNEAS GENERALES DE LA REFORMA DE LA ENSEÑANZA MILITAR A PARTIR DE 2007.

Las bases de la reforma de la enseñanza militar, su regulación, están en el Título IV de la Ley de la Carrera Militar. Este Título, siguiendo la senda de las Leyes de 1989 y de 1999, contiene una regulación detallada y completa de la enseñanza militar que, al igual que en las anteriores Leyes, está integrada en el sistema educativo general³² y, por ello, ha de ser evaluada para mejorar su calidad. Su objetivo sigue siendo proporcionar a los miembros de las Fuerzas Armadas la formación requerida para el ejercicio profesional con objeto de atender las necesidades derivadas de la organización y preparación de las unidades y del empleo de éstas en las operaciones (artículo 43.1 de la Ley).

Siguiendo también la vía trazada por las anteriores Leyes se mantiene la tipología de enseñanza de formación, enseñanza de perfeccionamiento y Altos Estudios de la Defensa Nacional. La primera prepara para el ejercicio profesional, la segunda persigue el doble objetivo de preparar la militar profesional para la obtención de especialidades y actualizar conocimientos y, en fin, los Altos Estudios de la Defensa Nacional poseen doble finalidad porque, relacionándose con la paz, la seguridad, la

³¹ Por todos, Rafael MARTÍNEZ: *Los mandos de las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2007.

³² La integración de la enseñanza militar en el sistema general de educación estaba apuntada ya en el Decreto 526/1973, de 9 de marzo, sobre reforma de la Enseñanza Superior Militar para formación de Oficiales de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire (*B.O.E.*, núm. 79, de 2 de abril de 1973).

Defensa y la política militar, se orientan tanto hacia los profesionales de las Fuerzas Armadas como hacia otros ámbitos de las Administraciones Públicas y de la sociedad.

En la actualidad, la enseñanza de formación está regulada, además de por la propia Ley de la Carrera Militar, por el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 35/2010, de 15 de enero,³³ en tanto se trabaja actualmente para dar la definitiva ordenación a la enseñanza de perfeccionamiento y a los Altos Estudios de la Defensa Nacional.

A partir de esta primera regulación, las líneas generales del nuevo modelo discurren a través de algunos elementos que conviene describir aunque es importante resaltar que el grado de normación de la enseñanza de formación varía pues está muy avanzada la enseñanza de oficiales, la de suboficiales se está terminando en estos momentos y aún no se ha entrado de momento en la enseñanza de formación de tropa y marinería.

También es muy importante destacar que el contenido de la formación militar, general y específica, no varía apenas respecto a cómo se impartía bajo la vigencia de las Leyes de 1989 y de 1999. Conforme al Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación de las Fuerzas Armadas de 2010 ese contenido pasa a cuantificarse conforme al crédito europeo (en el caso de la enseñanza de oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina) y a la hora según la normativa de formación profesional (para suboficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina) pero su contenido es el mismo que el que hasta ahora está rigiendo. Es cierto que en el caso de la enseñanza de oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina ese contenido coexiste con el nuevo sistema de ingreso que, a su vez, origina nuevas reglas de progreso y permanencia³⁴ pero el núcleo de la enseñanza militar, tanto general como específica, no varía sustancialmente. De modo que, por poner una imagen fácil de entender, varían los círculos concéntricos que rodean el núcleo de la enseñanza pero ésta no experimenta un cambio sustancial.

³³ B.O.E., núm. 14, de 16 de enero de 2010. Dado la reciente de las últimas disposiciones sobre enseñanza que han emanado del Ministerio de Defensa, citaremos aquí también el B.O.E. donde han sido publicadas.

³⁴ Sobre estas normas, Tomás MIER SANGRADOR: «Las normas de progreso y permanencia», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 793, mayo 2010, págs. 448-449.

5. LA ENSEÑANZA DE FORMACIÓN DE OFICIALES A PARTIR DE LA REFORMA DE 2007³⁵

La nueva enseñanza de formación de oficiales discurre a través de cuatro interrogantes, a saber, *I) ¿quiénes estudiarán? II) ¿qué estudiarán? III) ¿dónde estudiarán? y IV) ¿cuándo estudiarán?*

*I) ¿Quiénes estudiarán?*³⁶ La primera y extraordinaria novedad que aporta la Ley de la Carrera Militar es la desaparición de las oposiciones para acceder a las Academias Generales de oficiales. La oposición, consustancial al modo de ingreso en las Academias del Ejército y de la Armada desde el siglo XIX, desaparece y en su lugar se accede a las Academias Generales de oficiales con la nota de selectividad si bien se conservan algunas especificidades (pruebas físicas, examen psicotécnico, suficiencia en el idioma inglés). Más aún, se puede ingresar en las Academias Generales de oficiales con una titulación universitaria previa³⁷ en cuyo caso los alumnos sólo cursarán durante dos años las enseñanzas militares generales y específicas. Además, se prevé reservar un cierto número de plazas para la promoción interna de los suboficiales y para la tropa y marinería. Otro cambio importante respecto a quienes estudiarán conforme al nuevo modelo es el descenso de la edad límite para ingresar en las Academias Generales de oficiales que pasa a ser de veinte años para los alumnos sin titulación previa y de veintiséis años con titulación previa. Para concretar el procedimiento de acceso fijado en el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación de las Fuerzas Armadas de 2010 se ha dictado la Orden DEF/792/2010, de 25 de marzo, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos de selección

³⁵ Véase Fernando GRACIA HERREIZ, Federico GONZÁLEZ-VICO SANTIAGO y Jesús FERNÁNDEZ-GIRO DÍAZ: «Nueva enseñanza de oficiales y suboficiales en el Ejército de Tierra», *Ejército de Tierra Español*, núm. 829, mayo 2010, págs. 82-91. Asimismo, el núm. 793, mayo 2010, de la *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, que contiene un dossier dedicado al «Nuevo modelo de enseñanza militar», con artículos de Antonio VALDERRÁBANO LÓPEZ, Manuel VILLARREAL CARO, Juan Antonio ORTEGA VÁZQUEZ, Tomás MIER SANGRADOR, Félix FAURA MATEU, Rafael TRIGUERO DE LA TORRE, Juan Miguel GONZÁLEZ ANTEQUERA y Sebastián GARCÍA MORENO cuyos trabajos se citan oportunamente a lo largo de este artículo.

³⁶ Para las especificidades del Ejército del Aire, véase Manuel VILLARREAL CARO: «El acceso a la enseñanza militar de formación en el Ejército del Aire», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 793, mayo 2010, págs. 438-443; y Juan Antonio ORTEGA VÁZQUEZ: «Puesta en marcha del nuevo modelo de enseñanza militar: la Academia General del Aire», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 793, mayo 2010, págs. 444-445.

³⁷ No valen todas las titulaciones universitarias sino sólo aquellas que se relacionan en el Anexo II del citado Reglamento de 2010. El motivo es no alejarse de las enseñanzas de grado que han de cursar los alumnos, que se verán más adelante.

para el ingreso en los centros docentes militares de formación para acceder a las escalas de oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina³⁸ así como la Instrucción 11/2010, de 23 de marzo, de la Subsecretaría, por la que se establecen los parámetros de ponderación de las materias de la fase específica de la prueba de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado³⁹.

II) *¿Qué estudiarán?* El artículo 44 de la Ley de la Carrera Militar establece que la formación de los oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina comprende la formación militar general y específica y, de otra parte, la correspondiente a un título de grado universitario del sistema educativo general. Por el contrario, se mantiene la misma formación para los Cuerpos Comunes, para los Cuerpos de Intendencia y para los Cuerpos de Ingenieros. Conforme al citado Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación estos estudios (militares y de grado) se cursan a lo largo de cinco años y se dividen en doscientos cuarenta créditos para el grado universitario y ciento cuarenta créditos para la formación militar.

Es importante destacar qué grado estudiarán los alumnos: de acuerdo con los Convenios de adscripción a Universidades Públicas a los que aludiremos a continuación, los alumnos de las Academias Generales de Zaragoza y de San Javier cursarán el grado de Ingeniería de Organización Industrial⁴⁰ en tanto que los alumnos de la Escuela Naval de Marín cursarán el grado de Ingeniería Industrial con perfil mecánico. Esto plantea dos interrogantes que conviene despejar: ¿por qué un solo grado? y ¿por qué ese grado? Dado que se trata de un nuevo modelo de enseñanza el Ministerio de Defensa consideró que varios grados distintos serían de difícil gestión administrativa por lo que se optó, de momento, por un solo grado sin perjuicio de que en el futuro, cuando se evalúe la experiencia, se decida seguir manteniendo ese único grado o abrir los estudios a otros grados. Y se eligió esas titulaciones de Ingeniería porque sus planes de estudios ofrecen la suficiente amplitud y generalidad para proporcionar una formación generalista que es la que necesitan los oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina.

³⁸ B.O.E., núm. 77, de 30 de marzo de 2010.

³⁹ B.O.E., núm. 76, de 29 de marzo de 2010.

⁴⁰ Para los planes de estudio del Centro Universitario de la Defensa ubicado en la Academia General del Aire de San Javier, véase Tomás MIER SANGRADOR: «Los nuevos planes de estudio de la Academia General del Aire», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 793, mayo 2010, págs. 446-449.

III) *¿Dónde estudiarán?* El artículo 51 de la Ley de la carrera Militar establece que el Ministerio de Defensa promoverá la creación de un sistema de centros universitarios de la defensa que se adscribirán a una o varias Universidades Públicas conforme a lo previsto a la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. En estos centros universitarios de la defensa se impartirán estudios de grado, de máster y de doctor y desarrollarán líneas de investigación de interés para las Fuerzas Armadas, para la paz, la seguridad y la defensa. En desarrollo de este precepto, se dictó el Real Decreto 1723/2008, de 24 de octubre, por el que se crea el sistema de centros universitarios de la defensa⁴¹ y cuyo precepto más relevante es el artículo 2 que señala que integran el sistema de centros universitarios de la defensa los centros ubicados en la Academia General Militar de Zaragoza, en la Escuela Naval Militar de Marín y en la Academia General del Aire de San Javier que se adscribirían a una o a varias Universidades Públicas conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

Tras la creación tanto del sistema de centros universitarios de la defensa como de los centros singulares ubicados en las tres Academias generales era necesario dar el paso siguiente que consistía en adscribir estos centros a determinadas Universidades como requieren el artículo 51.2 de la Ley de la Carrera Militar y artículo 11 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Así se hizo cuando la Ministra de Defensa suscribió, a lo largo del año 2009, los convenios de adscripción con las Universidades de Zaragoza (para el centro ubicado en la Academia General Militar de Zaragoza) de Vigo (para el centro ubicado en la Escuela Naval Militar de Marín) y Politécnica de Cartagena (para el centro ubicado en la Academia General del Aire de San Javier⁴²). La importancia de estos tres Convenios⁴³ no dimana sólo del acto administrativo de la adscripción sino que en los mismos se establece la naturaleza jurídico-administrativa de cada Centro, sus fines, sus órganos de gobierno con el Patronato en primer lugar, y las normas sobre profesorado y alumnado. Además, como veíamos más arriba, en cada Convenio se determinan los estudios de grado que se cursarán que son, como también se ha señalado, Ingeniería y de Organi-

⁴¹ B.O.E., núm. 277, de 17 de noviembre de 2008.

⁴² Véase Félix FAURA MATEU: «Algunas consideraciones sobre el Centro Universitario de la Defensa en la Academia General del Aire», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 793, mayo 2010, págs. 450-451.

⁴³ Estos tres Convenios están publicados por Resoluciones 420/1910/2010, 420/1911/2010 y 420/1912/2010, las tres de 29 de enero, de la Subsecretaría de Defensa, en el B.O.D., núm. 25, 8 de febrero de 2010.

zación Industrial en Zaragoza y en San Javier e Ingeniería Industrial con perfil mecánico en Marín.

Conviene destacar la peculiar naturaleza jurídica de estos tres centros. Regidos por el artículo 11 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (redactado conforme a la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril), su creación requiere también la aprobación de la Comunidad Autónoma correspondiente y son centros universitarios estrictamente civiles desde el punto de vista del profesorado, que se desea profesionalizar para que realicen toda su carrera universitaria en el seno de los mismos, del Director⁴⁴ y de la enseñanza a impartir. Pero al mismo tiempo están adscritos al Ministerio de Defensa a través de la Subsecretaría del Departamento, que los financia con el presupuesto de este Ministerio (aunque gozan de autonomía administrativa y financiera) y se rigen por unos Patronatos que preside el Director General de Reclutamiento y Enseñanza Militar y que está formado por representantes del Ministerio y de la Universidad⁴⁵. Las peculiaridades jurídicas de estos centros se acentúan, en fin, en su régimen de personal que es laboral y no administrativo si bien la disposición transitoria octava del Real Decreto que aprobó el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación de las Fuerzas Armadas de 2010 permite compatibilizar la enseñanza a los catedráticos y profesores titulares de las Universidades a las que están adscritos por un plazo de cinco años.

IV) ¿Cuándo estudiarán? El Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, que aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación de las Fuerzas Armadas, entró en vigor el día siguiente al de su publicación, es decir, el 17 de enero de 2010. Como no contiene reglas especiales para la aplicación de la enseñanza de formación de los oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina, el nuevo modelo se aplicará a partir del curso 2010-2011. De hecho, la Resolución 452/38082/2010, de 22 de abril, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se convocan los procesos de selección de ingreso en los centros docentes militares de formación,⁴⁶ señala la fecha de inicio del curso en las tres Academias Generales el 1 de septiembre de 2010, como efectivamente ha ocurrido.

⁴⁴ En el momento de redactar la versión escrita de este trabajo los Patronatos de los tres Centros Universitarios han nombrado ya a los Directores que son dos catedráticos de Universidad y un profesor titular de Universidad.

⁴⁵ Entre los representantes del Ministerio de Defensa están los Mandos de Personal de cada Ejército (o de Doctrina y Adiestramiento en el caso del Ejército de Tierra) y los Directores de Enseñanza de los Ejércitos.

⁴⁶ *B.O.E.*, núm. 101, de 27 de abril de 2010.

6. LA ENSEÑANZA DE FORMACIÓN DE SUBOFICIALES A PARTIR DE LA REFORMA DE 2007⁴⁷

Por último, conviene avanzar algunas ideas sobre las peculiaridades de la enseñanza de formación de los suboficiales. A diferencia de la enseñanza de formación de oficiales, la de suboficiales es actualmente objeto de un intenso trabajo en el Ministerio de Defensa. Aún así se pueden señalar cuáles son las previsiones que contiene la Ley de la Carrera Militar y el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación de las Fuerzas Armadas de 2010 así como los elementos estructurales básicos que conforman su futuro desarrollo.

El artículo 45 de la Ley de la Carrera Militar establece que la enseñanza de formación de suboficiales comprenderá la formación militar general y específica y la formación técnica correspondiente a un título de formación profesional de grado superior. Y el artículo 58 de la misma Ley especifica que para ingresar en los centros docentes militares para el acceso a las escalas de suboficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina se exigirán las condiciones requeridas en el sistema educativo general para acceder a los centros de enseñanza en los que se obtiene el título de técnico superior. Quiere ello decir que la Ley de la Carrera Militar efectúa una remisión a la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, y, en desarrollo de ésta, al Real Decreto 1538/2006, de 15 de diciembre, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo. Ello comporta que las vías de acceso, características de los centros de impartición y duración de las enseñanzas se han de acomodar a esa normativa que, en el caso de los títulos de técnico superior, tiene una duración de tres cursos. Además, el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación prevé, al igual que hace con la enseñanza de formación de oficiales, que la incorporación a las escalas de suboficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina pueda realizarse con o sin titulación previa.

Para acabar definitivamente la ordenación de la enseñanza de formación de suboficiales, el Ministerio de Defensa está trabajando en las

⁴⁷ Véase Fernando GRACIA HERREIZ Federico GONZÁLEZ-VICO SANTIAGO y Jesús FERNÁNDEZ-GIRO DÍAZ: «Nueva enseñanza de oficiales y suboficiales en el Ejército de Tierra», cit.; así como Rafael TRIGUERO DE LA TORRE: «La enseñanza de formación del suboficial», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 793, mayo 2010, págs. 452-455.

siguientes líneas en colaboración con el Ministerio de Educación cuyos Ministros firmaron un convenio de colaboración el 21 de enero de 2010:

- determinar las titulaciones de técnico superior que se impartirán;
- determinar los centros docentes militares de formación donde se impartirán las enseñanzas necesarias para obtener tales titulaciones, centros que han de ser autorizados por el Ministerio de Educación;

Es de esperar que ambas líneas de colaboración estén concluidas a finales de 2010 o a principios de 2011 para iniciar la nueva enseñanza en el curso 2011-2012.

7. VALORACIÓN GENERAL DE LA REFORMA

Si Morris Janowitz escribió hace cincuenta años que la carrera militar es una progresión de experiencias formativas salpicadas de nombramientos operativos⁴⁸, en la actualidad puede decirse que la carrera militar es un conjunto de destinos operativos rodeados de experiencias formativas. El nuevo modelo de enseñanza militar no dará mejor formación militar a los oficiales y suboficiales, cuyo nivel actual ya es bastante alto y completo, pero si situará sus conocimientos en un contexto científico y práctico más amplio.

⁴⁸ Morris JANOWITZ: *El soldado profesional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1990, págs. 224.

Premios Defensa 2008. Modalidad 3
Premio José Francisco de Querol y Lombardero

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS FUERZAS ARMADAS
ESPAÑOLAS: UNA APROXIMACIÓN AL TEMA DESDE LA
PERSPECTIVA DE GÉNERO^(*)**

Guillermo L. Barrios Baudor
Ana Isabel Pérez Campos

*Profesores Titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

SUMARIO

I. PRESENTACIÓN. II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL ÁMBITO MILITAR. MANIFESTACIONES. 2.1. EN EL ACCESO A LA CONDICIÓN DE MILITAR PROFESIONAL. A) Antecedentes. B) Acceso a los centros militares de formación. C) Excepciones: diferencias físicas. 2.2. EN LA PROMOCIÓN PROFESIONAL. CARRERA MILITAR. A) Régimen de ascensos. B) Provisión de destinos. 2.3. DE LA IGUALDAD FORMAL A LA MATERIAL: ACCIONES POSITIVAS. III. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS. 3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 3.2. APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN: LIMITACIONES POR NECESIDADES DEL SERVICIO.. 3.3. MEDIDAS PROTECTORAS EN RELACIÓN CON LAS FUERZAS ARMADAS. A) Medidas de flexibilidad. *Reducción de jornada por guarda legal: Hijos prematuros. Riesgo durante el embarazo y la lactancia.* B) Medidas excepcionales. *Permiso por nacimiento de hijos prematuros o que precisen hospitalización tras el parto. Permiso por lactancia. Permiso por maternidad. Adopción o acogimiento de menores. Permiso de paternidad. Otros permisos. Excedencia por cuidado de hijos y familiares.* IV. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS. 4.1 VIOLENCIA DE GÉNERO. 4.2 ACOSO. V. CONCLUSIONES.

^(*) Fecha de la última revisión, marzo 2009.

I. PRESENTACIÓN

Transcurridos ya más de veinte años desde de que el Real Decreto-Ley 1/1988, de 22 de febrero, permitiera que las mujeres ingresaran en las Fuerzas Armadas españolas y aun cuando todavía estemos muy lejos de alcanzar la paridad en cuanto a los efectivos masculinos y femeninos, se está en disposición de señalar que los resultados conseguidos son realmente espectaculares. Y ello no tanto por el dato meramente estadístico del que derivar la mayor o menor presencia de las mujeres en las Fuerzas Armadas sino, muy especialmente, por el gran esfuerzo realizado al respecto por parte de todos los sujetos implicados¹. En este sentido puede afirmarse sin temor alguno a equivocarse que, pese a ser una de las Administraciones Públicas que más tardíamente ha incorporado a sus instituciones el principio de igualdad de género, el Ministerio de Defensa, es la Administración Pública que más y mayores esfuerzos ha realizado en menos tiempo para

¹ La presencia de las mujeres en las Fuerzas Armadas ha crecido hasta alcanzar más de 15.700 efectivos, lo que supone algo más del 12 por ciento del total de militares. Según los datos del Observatorio de la Mujer en las Fuerzas Armadas, las mujeres representan en la actualidad el 6 por ciento del total de oficiales que hay en las Fuerzas Armadas, el 1,5 por ciento de suboficiales, y el 18 por ciento de tropa y marinería. El máximo empleo alcanzado hasta el momento es el de teniente coronel, capitán de corbeta en oficiales y brigada en suboficiales, mientras que en tropa y marinería ya hay un cabo mayor que es el máximo empo de la escala.

Más específicamente, las puertas de las Fuerzas Armadas se abrieron a las mujeres en 1988. Ese año, 31 de ellas realizaron las pruebas de acceso a los Cuerpos Comunes y aprobaron seis.

Tuvieron que pasar cinco años para que el personal femenino accediera a los Ejércitos como militares profesionales de tropa y marinería. Ochenta y dos de las 2.210 aspirantes pasaron las primeras pruebas e ingresaron en el Ejército de Tierra –27–, en la Armada –32– y en el Ejército del Aire –23–. Desde entonces, el número de mujeres que quieren acceder a las Fuerzas Armadas no ha cesado de crecer y actualmente son 15.046, lo que representan el 12 por 100 del total de efectivos de las FAS.

El Ejército de Tierra es el que más mujeres encuadra en sus filas con 9.600, seguido del Ejército del Aire con 2.643, la Armada con 2.172, y los Cuerpos Comunes con 631. Sin embargo, si estas cifras las comparamos con el total de efectivos, son los Cuerpos Comunes los que cuentan con un mayor porcentaje de mujeres –17,9 por 100–, seguidos del Ejército del Aire –12,2 por 100–, el Ejército de Tierra –12 por 100–, y, por último, la Armada –10,8–. De todas ellas, 1.023 son oficiales, lo que representa el 5,4 por 100 de los efectivos de esa categoría, y 13.244 –el 17,7 por 100– pertenecen a tropa y marinería. También son muchas las mujeres reservistas voluntarias (697), el 23,7 por 100 del total de civiles que se han acogido a esta figura.

El empleo máximo alcanzado hasta ahora por las mujeres es el de comandante, con un total de 95, y las Comunidades Autónomas donde se hayan mayor número de mujeres de cuadros de mando son Madrid, Andalucía y Aragón. Como dato significativo del interés de las mujeres por pertenecer a las Fuerzas Armadas cabe destacar que en la última convocatoria para ingresar como militar de carrera del Cuerpo Jurídico Militar, el 60 por 100 de los alumnos admitidos son mujeres.

acabar convirtiéndose, pese a las evidentes dificultades existentes, en un referente imprescindible en la materia.

El hecho de que se acepten hombres y mujeres en igualdad de condiciones en las Fuerzas Armadas españolas ha hecho imprescindible la existencia de un entramado normativo (como el actualmente vigente en nuestro país), que no sólo posibilite sobre el papel una igualdad formal sino que facilite dicha integración en la práctica. En este sentido se mostró la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva para mujeres y hombres, al tratar de ir más allá del marco legal de referencia mediante la incorporación de medidas tendentes al logro de la igualdad real y efectiva, como necesario complemento material de las normas específicas ya existentes en el plano de la igualdad formal. Y a tal efecto se orientó la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, en cuya exposición de motivos se establece como objetivo la consecución de *«la igualdad efectiva de mujeres y hombres en todo lo relacionado con el acceso a las Fuerzas Armadas, su formación y carrera militar»*. Pero aún más, siendo absolutamente consciente de que sin una adecuada política familiar no es posible la consecución de una igualdad real en ningún plano de nuestra sociedad, la propia Ley de la carrera militar establece como objetivo complementario del anterior *«conjugación de la disponibilidad permanente para el servicio, específica de los militares con la conciliación de la vida profesional, personal y familiar»*. Ahora bien, como no podía ser de otra manera, nótese cómo ambos objetivos se hallan dirigidos por igual a hombres y mujeres militares, que no exclusivamente a estas últimas.

A tal efecto, el legislador ha trasladado al ámbito castrense las principales instituciones jurídicas presentes en los ámbitos laborales y funcionariales en materia de igualdad y conciliación de la vida personal, familiar y profesional. Traslado que no sólo se ha llevado a cabo en un tiempo record desde un punto de vista estrictamente normativo sino que, en el plano práctico, han tratado de superarse los innumerables obstáculos de todo tipo existentes. Cierto es que, en este último plano, todavía queda mucho por hacer para la consecución de una igualdad real y efectiva que vaya más allá del plano meramente formal; como también queda mucho por hacer para el logro de una satisfactoria conciliación de intereses personales, familiares y profesionales. Ahora bien, los esfuerzos necesarios para la consecución de tales objetivos no distan un ápice, ni muchísimo menos, de los que hay que realizar, día a día, en el ámbito privado de las relaciones laborales (e, incluso, en el propio ámbito funcionarial). Antes al contrario, dichos objetivos se hallarían mejor garantizados en el ámbito militar que en el ámbito privado en el que, por desgracia, no resultan desconocidas las ac-

tuaciones contrarias a los mismos. Lógicamente, cuestión distinta es que en estos temas deba huirse siempre de la mera autocomplacencia, no parando de avanzar nunca.

No es de extrañar, por tanto, que, por cuanto ahora interesa, la labor legislativa haya sido intensa en los últimos meses. Así, junto a la Ley de la Carrera Militar, que vendría a constituir la piedra angular del actual marco jurídico con el que se pretende garantizar la plena igualdad por razón de género en el ámbito militar, cabe citar el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. En estas últimas, regla esencial del comportamiento del militar lo es la de *«velar por la aplicación de los criterios y normas relativos a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y a la prevención de la violencia de género»* (art. 13). Mención especial merece, también, el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre evaluaciones y ascensos y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería. Distribuidos por distintos artículos, este reglamento contempla medidas de protección a la mujer militar en situación de embarazo, parto y posparto de modo que su promoción profesional no se vea afectada por dichas situaciones.

Pues bien, sobre la base de cuanto se acaba de indicar, el presente estudio pretende llevar a cabo un sencillo análisis del principio de igualdad por razón de género y de la conciliación de la vida personal, familiar y profesional partiendo del papel de la mujer en las Fuerzas Armadas españolas. Se trataría así de abrir una línea de investigación que además de ofrecernos la oportunidad de pulsar desde el ámbito académico el estado de la cuestión en dicho ámbito, nos permita aportar nuestra experiencia en la adopción de cuantas iniciativas contribuyan a una mejor y mayor aplicación práctica de dichos principios. Ha de advertirse, sin embargo, que, dado el limitado espacio del que disponemos, el presente trabajo se centrará, básicamente, en el análisis de la normativa actualmente vigente en el ordenamiento jurídico militar. Con todo, consideramos que la sola difusión del enorme esfuerzo (normativo y de todo tipo) realizado al respecto por parte de nuestras Fuerzas Armadas es justificación más que suficiente del presente trabajo. Fundamentalmente porque dicho esfuerzo, del que son tributarios todos y cada uno de los hombres y mujeres que integran las Fuerzas Armadas españolas, resulta absolutamente desconocido para la mayoría de nuestra sociedad.

Por último, no quisiéramos dejar pasar la oportunidad que este pórtico introductorio nos brinda para agradecer muy sinceramente a los integrantes del Observatorio de la Mujer y del Centro de Documentación (único en

su género y de imprescindible consulta para cualquier investigación que se pretenda realizar con éxito en cualquier materia relacionada con el ámbito militar) del Ministerio de Defensa por el apoyo prestado².

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL ÁMBITO MILITAR. MANIFESTACIONES

2.1. EN EL ACCESO A LA CONDICIÓN DE MILITAR PROFESIONAL

A) Antecedentes

Aunque la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas es relativamente reciente, pues data de 1988, la prohibición de cualquier discriminación a la mujer aparecía en el artículo 185 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre que regulaba las Reales Ordenanzas Militares³. Lo mismo que esta clara preocupación por aplicar adecuadamente el principio de igualdad quedaba reflejada en la propia exposición de motivos de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas (en adelante LRPFA), donde se articulaba un marco jurídico específicamente orientado a garantizar la plena igualdad profesional de la mujer militar, tanto en los sistemas de acceso (art. 63.4), pretendiendo huir de una falsa protección que no le impide, sin embargo, dedicar previsiones específicas a la condición femenina particularmente referidas a la maternidad, a la uniformidad o al alojamiento. Ni tampoco obsta para que puedan contemplarse diferencias respecto a las condiciones físicas exigibles para el ingreso de hombres y mujeres⁴.

El acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas es, sin duda, algo positivo en muchos órdenes, desde la apertura de toda profesión u oficio a la mujer, para dar cumplimiento al principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución Española (CE), hasta el enriquecimiento social y profesional que ello proporciona a la misma Institución militar, pasando por que es un medio más para lograr la plena integración social de la estructura militar. De ahí la importancia que adquiere el conseguir que en una profesión secu-

² Imprescindible en la materia resulta la guía bibliográfica elaborada por el Centro de Documentación del Ministerio de Defensa titulado *Mujer y Fuerzas Armadas: 1988-2008. 20 años de la mujer en las Fuerzas Armadas*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2009.

³ Sobre la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas, véase, LÓPEZ FERNÁNDEZ, S., «La incorporación de la mujer a los ejércitos», *Revista Española de Defensa*, núm. 228, 2007, pág. 21.

⁴ LOPERA CASTILLEJO, M^a J., *La mujer militar: sus derechos laborales y prestaciones sociales*, Cívitas, Madrid, 2002, págs. 26.

larmente ejercida por los hombres, la mujer consiga integrarse plenamente en plano de igualdad. En cualquier caso, hay un hecho que resulta incuestionable: se trata de una situación novedosa en una doble consideración:

- La primera, que España se ha colocado en un breve periodo de tiempo (1988-1999) dentro del grupo de países que disponen de una legislación que se encuentra entre lo más avanzado en la regulación del acceso y permanencia de la mujer en los Ejércitos. Desde que en 1988 se reguló por vez primera el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas, primero como oficiales y, a partir de 1992, como tropa profesional, el número de éstas ha ido incrementándose hasta alcanzar el séptimo puesto entre los países de la OTAN⁵.
- La segunda, que se ha conseguido que la legislación española relativa a la mujer en los Ejércitos sea una de las más avanzadas y abiertas de entre los países de la OTAN y equiparable a la de los países nórdicos, ya que por ejemplo naciones de nuestro entorno, como Francia, el Reino Unido y Alemania, además de Estados Unidos y Canadá, todos ellos con más experiencia en esta materia, mantienen limitaciones a la ocupación por la mujer de ciertos puestos que se consideran de especial riesgo⁶.

Como ya se ha señalado el alcance de dicho principio igualitario se amplía y se consolida con lo dispuesto en la Ley 39/2007 de la carrera militar que alude a la necesidad de garantizar no sólo la igualdad formal sino también la real o efectiva, en lo relativo al acceso, la formación y la carrera militar. Dos objetivos se establecen en la exposición de motivos de la citada norma: por un lado, la igualdad efectiva de mujeres y hombres en todo lo relacionado con el acceso, formación y carrera militar y, de otro, conjugar la disponibilidad permanente para el servicio del personal de las Fuerzas Armadas con la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

El alcance de los citados objetivos es matizado en el art. 5 de la citada norma que refiere a que el principio de igualdad se aplicará en virtud de lo

⁵ Informe del Comité de personal femenino de fuerzas OTAN citado en nota 2. España ocupa el 7º puesto tras Hungría (16%), Estados Unidos (15%), Canadá (12,4%), Lituania (12,2%), Francia (11,2%) y la República Checa (10,7%).

⁶ Sobre el empleo de las mujeres en las Fuerzas Armadas existen dos sentencias significativas sobre el alcance de la reserva de prestación de servicios a un solo sexo, estableciéndose que tal limitación podría quedar circunscrita sólo a determinadas actividades del ámbito militar. Un estudio, véase, en BIURRUN ABAD, F.J., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L; PÉREZ CAMPOS A.I., *Cuestiones laborales de derecho social comunitario*; Aranzadi, 2002, págs170 y ss.

dispuesto en la Ley 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y continúa señalado que las normas y criterios en este ámbito serán los que se apliquen a la Administración General del Estado con las necesarias adaptaciones; ello supone tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 7/2007 de 12 de abril por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, aunque con las adaptaciones debidas a la condición militar.

Al margen de esta referencia genérica, como se verá a continuación, las alusiones a la esfera de igualdad se circunscriben al ámbito de la formación militar. Si bien es cierto que podría considerarse el silencio del legislador como manifestación de trato equitativo, sin embargo, para evitar los perjuicios de una presunción, hubiera sido preferible una expresa mención al derecho de cualquier militar a ocupar cualquier destino para el que se encuentre legalmente capacitado, con independencia de su sexo.

Como se ha señalado a pesar de la necesidad de revisar el tema ante los recientes cambios legislativos, la situación actual atraviesa un período transitorio, en la medida en que la sustitución de unas normas por otras no se ha completado, en el sentido de que modo que perviven normas –básicamente reglamentarias– que hacen más compleja el alcance y efectividad de la situación de la mujer en las Fuerzas Armadas, especialmente en lo que refiere a la actualización del régimen del personal militar. Sin embargo, se prevé que sea una situación que se solventa en un breve espacio temporal teniendo en cuenta lo preceptuado en la exposición de motivos de la Ley 39/2007 donde se establece que *«el régimen del personal militar se completará por medio de una Ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas»*.

B) Acceso a los centros militares de formación

Salvo dos remisiones específicas, la regulación normativa del alcance del principio de igualdad se desarrolla, según establece el art. 6 de la Ley 39/2007, a través de la remisión a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y que estará especialmente presente en el desarrollo y aplicación de esta ley en lo relacionado con el acceso, la formación y la carrera militar. Asimismo establece que serán de aplicación con las debidas adaptaciones a la condición militar las normas establecidas para el personal al servicio de la Administración General del Estado, esto es, la Ley 7/2007 de por la que se aprueba el Estatuto básico del empleado público en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y la conciliación de la vida profesional, personal y familiar.

Al margen de estas dos remisiones normativas, la Ley 39/2007 circunscribe el alcance del principio de igualdad en el ámbito castrense, a dos aspectos concretos, por un lado, los sistema de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación y, por otro, el acceso a los cursos de perfeccionamiento y de altos estudios de la defensa nacional.

La nueva norma, en términos muy similares a la precedente que deroga –la LRPFA– establece un principio de igualdad en los sistemas de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación. No se trata de un principio igualitario absoluto, en la medida en que admite restricciones en función de las condiciones físicas que puedan considerarse determinantes para su ingreso.

Así pues, la primera referencia normativa a igualdad se contiene en el apartado 6 del art. 56 de la Ley 39/2007 que refiere a que *«en los proceso de selección no podrán existir más diferencias por razón de género que las derivadas de las distintas condiciones físicas del hombre y de la mujer que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso. Reglamentariamente se determinara la forma en que las aspirantes realizaran las pruebas si están condicionadas por embarazo, parto o posparto asegurando, en todo caso, su protección»*. En los mismos términos la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, en su artículo 26 apartado 4 establece que: *«en los sistemas de selección no podrán existir más diferencias por razón de sexo que las derivadas de las distintas condiciones físicas que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso»*.

Por tanto, en los sistemas de selección para ingresar en los centros militares de formación, no pueden existir más diferencias, por razón de sexo, que las derivadas de las distintas condiciones físicas que, en su caso, se consideren en el cuadro de condiciones exigibles. Así pues, las pruebas para acreditar las aptitudes psicofísicas necesarias para cursar los respectivos planes de estudios se ajustarán a cuadros de condiciones y exclusiones , de aplicación general a los centros de enseñanza militar en todos los procesos selectivos; correspondiendo a cada uno de ellos, especificar las exigencias y niveles concretos que deben acreditarse, que podrán ser diferentes para el hombre y la mujer, con el fin de adecuarse a sus distintas condiciones físicas, sin perjuicio de que para la asignación de determinados destinos, especialidades o aptitudes que así lo requieran, las exigencias sean iguales para todos, tal y como indica el RD 1735/2000, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas. Al igual que

son también las propias convocatorias de los procesos selectivos las que deben dejar constancia expresa de la toma en consideración del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Al margen de estas referencias genéricas el legislador militar contempla medidas de protección específica de la mujer en su condición materna. La regulación normativa sobre este aspecto difiere de unas normas a otras.

A diferencia de lo estipulado en la LRPFA donde se establecía una «moratoria» para la realización de las pruebas físicas por parte de la mujer embarazada, la reforma introducida por la Ley 39/2007 lejos de especificar y concretar su alcance remite al desarrollo reglamentario posterior. En este sentido, quizá pueda presumirse que el desarrollo reglamentario aludido contendrá una regulación similar a la precedente; ello teniendo en cuenta que para el colectivo de la Guardia Civil se mantiene vigente en términos idénticos a los señalados⁷, aunque sería deseable que esta situación permita que el futuro desarrollo reglamentario no se limite a la mera reproducción de lo preceptuado por la LRPFA, sino que, por el contrario, en aras a la consecución de la igualdad efectiva, contemple una ampliación de los supuestos de aplicación de este derecho, por ejemplo, a los casos de lactancia.

En cualquier caso, hasta el desarrollo reglamentario indicado, las medidas de protección de la maternidad ante las dificultades de realización de pruebas para el ingreso en los centros militares de formación quedan regulados en virtud de lo dispuesto en el Reglamento de ingreso y promoción en las fuerzas armadas⁸, con una previsión idéntica a la establecida en la derogada LRPFA; de manera que en estos supuestos, la citada norma reglamentaria admite –en su artículo 7– la posibilidad de realizar todas las demás pruebas de acceso, quedando la plaza que, en su caso, obtuviera

⁷ Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil. Artículo 26 apartado 4: «Si alguna de las aspirantes no pudiera efectuar las pruebas físicas establecidas en la convocatoria por embarazo o parto, debidamente acreditados, realizará todas las demás, quedando la plaza que, en su caso, obtuviera, condicionada a la superación de aquellas. Para ello, la interesada podrá optar entre la fecha que, a estos solos efectos, se determine en la propia convocatoria, anterior a la de presentación de los admitidos en el centro de formación correspondiente, o la que, en su momento, se establezca para la siguiente convocatoria. Si en esta fecha tampoco pudiera realizarlas debido a otro embarazo o parto, debidamente acreditados igualmente, podrá elegir de nuevo entre las dos opciones antedichas, sin que en ninguno de estos casos le sea de aplicación los límites de edad. »Caso de que la interesada no pudiera realizar las pruebas físicas en la fecha prevista para ello en la segunda convocatoria posterior a la que obtuvo la plaza, cualquiera que fuera la causa, perderá todo derecho a la misma. »La interesada ingresará en el centro de formación correspondiente con los admitidos en la convocatoria en la que supere las pruebas físicas».

⁸ Aprobado por Real Decreto 1735/2000 de 20 de octubre.

condicionada a la superación de aquellas⁹. De forma que ante esta circunstancia y obtenida la plaza, se le permite optar entre la fecha que se determine a estos efectos en la propia convocatoria, o en la que en su momento se establezca para la siguiente. Y, si entonces tampoco pudiera realizarlas por razón de otro embarazo o parto, cabe que pueda elegir nuevamente entre las citadas opciones. Sólo encontrándose imposibilitada para realizar las pruebas físicas en la segunda convocatoria posterior a la que obtuvo la plaza, perdería todo derecho a ésta¹⁰.

El legislador también precisa las condiciones de acceso al centro de enseñanza militar, estableciendo al respecto que la incorporación de la interesada tendrá lugar con los admitidos en la convocatoria en la que supere las pruebas físicas, tras haber sido declarada apta para el reconocimiento médico que establezca la convocatoria en que se realizan dichas pruebas.

Por lo que respecta al acceso a la condición de militar de carrera del personal de tropa y marinería, el recientemente aprobado Real Decreto 168/2009 de 13 de febrero establece la protección de la mujer militar a la imposibilidad de efectuar pruebas físicas para los supuestos de ascensos y cursos de actualización en los mismos términos que los ya señalados en la derogada LPRFA.

No obstante lo anterior, en lo que refiere a las reglas aplicables a los militares de tropa y marinería en el acceso a la condición de militar de carrera se observa en virtud de lo dispuesto en el art. 35 de la citada norma reglamentaria que entre las condiciones previas necesarias de este personal para adquirir la condición de militar de carrera la de tener un tiempo mínimo de servicios de catorce años en la fecha límite de presentación de instancias, de los cuales los cinco últimos en el ejército con el que se pretende establecer dicha relación. Teniendo en cuenta que la mujer militar ha accedido tarde a este servicio profesional, casi con toda probabilidad será realmente complejo cumplir con dicho requisito; de ahí que fuese deseable y, además, se trataría de una medida justificada, el establecimiento de una especie de acción positiva que establezca un plazo proporcional a su incorporación al ejército profesional.

⁹ , En idénticos términos se contempla esta posibilidad para la mujer guardia civil en La Ley 42/1999, de 25 de noviembre que regula el régimen del personal del cuerpo de la guardia civil, en el art. 26.4.

¹⁰ El mismo régimen se contempla en lo que refiere a las pruebas convocadas para militar profesional de tropa y marinería. Véase a este respecto el art 7. párrafo cuarto del Reglamento de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas.

C) Excepciones: diferencias físicas

Resulta innegable que, por la propia naturaleza, la mujer no está igualmente preparada que el varón para afrontar los mismos retos físicos, pero no es menos cierto que la mujer puede llegar a estar suficientemente preparada físicamente para soportar esas dichas pruebas de entretenimiento exigidas para el acceso a los centros docentes militares de formación. En otros términos, hay que partir de la base de que física y morfológicamente hablando, los hombres y las mujeres son distintos y que, incluso, la cultura social, desde la infancia, va marcando a unos y otros, así los niños suelen practicar deportes que implican más resistencia o fuerza física, mientras que las niñas suelen desarrollar juegos más pasivos.

En una organización amplia y compleja, con infinitud de tareas, como son las Fuerzas Armadas, resulta necesario el establecimiento de un catálogo muy grande de capacidades y requerimientos físicos para cada puesto concreto. Pero también es preciso que ese catálogo se haga con unos estándares comunes o globales de carácter técnico que no admitan regímenes excepcionales. Se trataría de elaborar un catálogo de puestos «tipo» operativos o no operativos, con su respectivo nivel físico de acceso y de mantenimiento y que quien no supere esos listones, sea hombre o mujer, no podrá ser admitido o no podrá mantenerse en esos lugares.

En cualquier caso, la problemática principal reside en determinar qué capacidad física es necesaria para cada puesto, sobre todo teniendo en cuenta que resulta innegable, por evidente, que los estándares físicos del varón y de la mujer son diferentes, como lo es su forma física¹¹. En otros términos, en las Fuerzas Armadas el único criterio debe ser el derivado de la eficacia, cualquier otro es peligroso para el funcionamiento de la institución militar; esto exigirá una clarísima determinación de dónde está el nivel de exigencia física mínima (en fuerza, fondo, resistencia, velocidad, etc.), bien para cada concreto puesto, bien para unidades o grupos de unidades.

Por tanto, razones de igualdad requieren que las pruebas físicas para el acceso al Cuerpo, se establezcan en consonancia con las diferencias psicofísicas de la mujer, lo contrario implicaría una mínima presencia de

¹¹ Como es sabido, la constitución física de la mujer comparada con el hombre es diferente, ya que la mujer tiene menos masa muscular, menos agua en la constitución de los tejidos y más grasa corporal. La menor talla y las características biomecánicas de su morfología y los consumos de oxígeno, hacen que en términos absolutos tengan menos fuerza y resistencia aeróbica en comparación con la media del hombre. Véase CALDERÓN, J., «La mujer en los puestos de mando y combate», en AA.VV. *La mujer y las Fuerzas Armadas en España*. Coord. V. FERNÁNDEZ VARGAS, Ministerio de Defensa, Madrid; 1991.

mujeres, al tener que superar unos mayores obstáculos en proporción a las pruebas previstas para los hombres¹²; de ahí que en los sistemas de selección para ingresar en los centros militares de formación no puedan existir más diferencias, por razón de sexo, que las derivadas de las distintas condiciones físicas que en su caso se consideren en el cuadro de condiciones exigibles. Las pruebas para acreditar las aptitudes psicofísicas necesarias para cursar los respectivos planes de estudios se ajustarán a cuadros de condiciones y exclusiones de aplicación general a los centros de enseñanza militar en todos los procesos selectivos. Correspondiendo, a cada uno de ellos, especificar las exigencias y niveles concretos que deben acreditarse, que podrán ser diferentes para el hombre y la mujer con el fin de adecuarse a sus distintas condiciones físicas, tal y como prevé el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas (art. 5.6). En este mismo sentido, serán también las propias convocatorias de los procesos selectivos las que deben dejar constancia expresa de la toma en consideración del principio de Igualdad de trato entre hombre y mujeres¹³.

Por ello, aunque sólo sea a modo de ejemplo, entre las convocatorias más recientes merece ser destacada la Orden DEF/1407/2008, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos selectivos de acceso directo a las enseñanzas de formación para la incorporación a las Escalas de Suboficiales de los Cuerpos Generales y de Especialistas de los Ejércitos y del Cuerpo del Cuerpo de Infantería de Marina, donde aparecen reflejados los distintos niveles de aptitud física exigidos a hombres y a mujeres para la superación de las diferentes pruebas físicas.

Con estas diferenciaciones en las marcas mínimas a lograr para la obtención de una plaza se pretende equilibrar la diferencia en la capacidad física, que por término medio es inferior en la mujer, a fin de establecer las diferencias cuantitativas que permitan asegurar un mismo nivel de exigencia a todos los aspirantes, independientemente de su sexo. Sin embargo, no se trata de una tarea sencilla puesto debe tenerse en cuenta que no todos los aspirantes a ingresar en un centro docente militar de formación tienen que

¹² A este respecto, téngase en cuenta que en la normativa reguladora de los ascensos en la Guardia Civil, no existe obstáculo o límite alguno, que impida o dificulte el acceso a los distintos empleos del Cuerpo al personal femenino, existiendo mujeres que actualmente desempeñan el empleo de capitán, teniente, alférez, sargento, cabo, sin que existan barreras que impidan que con el transcurso de los años, y cumpliendo idénticos requisitos que el personal masculino, las mujeres puedan llegar a ocupar los puestos más altos de la estructura jerárquica de la Guardia Civil.

¹³ En aplicación de la Orden APU 526/2005, de 7 de marzo que publica el plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado.

realizar las mismas pruebas físicas, ya que ello depende de la convocatoria, ni las diferencias establecidas en las mismas para los aspirantes del género masculino y las del femenino son iguales.

A lo ya señalado debe añadirse que el legislador militar sin pretenderlo mediante la definición de las condiciones precisas para ello en la plantilla de destinos correspondiente podría dejar el camino abierto a una limitación a favor o en contra de un sexo determinado para ocupar determinados puestos. De llegar a producirse, quebraría no sólo el principio de igualdad en función del sexo a la hora de ocupar cualquier destino, sino que podría influir de forma decisiva en los militares de carrera, en cuanto que se valora en las distintas evaluaciones a que deberá someterse a lo largo de su trayectoria profesional el parámetro de los destinos ocupados.

2.2. EN LA PROMOCIÓN PROFESIONAL. CARRERA MILITAR

Otra de las manifestaciones del alcance general del principio de igualdad en el ámbito militar se circunscribe a la esfera de la promoción profesional o carrera militar. Bajo el título V rubricado «carrera militar» pueden establecerse referencias normativas en bloques temáticos diferentes al alcance del principio de igualdad en dos fases de la promoción profesional del militar, a saber, el régimen de ascensos y la provisión de destinos.

A) Régimen de ascensos

En la línea interpretativa trazada en el capítulo 5 del Título V la Ley 39/2007 rubricada «ascensos», no existe referencia normativa que prevea un tratamiento distinto, en función del sexo del militar, por lo que, habría que concluir que en el régimen de ascensos no hay situación de discriminación alguna y que las posibilidades de ascenso y el régimen de concesión de los mismos son idénticos, tanto para hombres, como para mujeres.

En una sucinta referencia al complejo régimen de ascensos que diseña la Ley 39/2007 cabe señalar que se basa en el establecimiento de diversos sistemas de ascenso (elección, clasificación, concurso-oposición y antigüedad) condicionados a la superación de un régimen de evaluación que tiene como objetivo determinar la aptitud del militar profesional para el ascenso y, en su caso, las condiciones de idoneidad y prelación, basadas en el mérito y capacidad que darán origen a la correspondiente clasificación de los evaluados. A estos efectos, se crearán órganos de evaluación que estarán constituidos por personal militar de mayor empleo que los

evaluados (art. 87). La Ley 39/2007 anuncia que reglamentariamente se determinará su composición, adecuándose en lo posible a la aplicación equilibrada del criterio de género.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que en principio no se aprecia la existencia de elementos diferenciadores en razón del sexo del personal militar, ello no quiere decir que no sea un vehículo promotor de posibles discriminaciones indirectas, que podrían establecerse de su combinación con otras medidas ideadas para la conciliación de la vida familiar y la debida protección de la mujer militar en su condición materna.

Entre los posibles factores que van a afectar exclusivamente a la mujer en estado de gestación o de baja por maternidad y que subsisten en el nuevo sistema de promoción profesional establecido en la Ley 39/2007 cabe destacar los siguientes:

- En primer lugar, la regulación de base de los informes personales de calificación donde se valoran las cualidades, méritos, aptitudes, competencia y forma de actuación profesional del militar (art. 82 Ley 39/2007), a confeccionar por el jefe directo del interesado y que la normativa de desarrollo establece que sean ordinario de carácter anual. El hecho de que una militar quiera fundar una familia va a repercutir, más que probablemente, de forma negativa en su carrera y más si tiene los hijos relativamente seguidos, ya que en destinos muy operativos, en los que el nivel de exigencia personal, no sólo física, sino también de entrenamiento, sea elevado, la maternidad puede convertirse en un freno en la carrera militar¹⁴.
- En segundo lugar, en materia de evaluaciones puede observarse una posible incidencia negativa en la determinación del principio de igualdad de trato y es la valoración del expediente de aptitud psicofí-

¹⁴ En aras a mayor claridad quizá sea mejor poner un ejemplo. Una mujer militar embarazada tiene derecho a la asignación de un puesto orgánico distinto del que venía ocupando, compatible con su estado, aunque sea dentro de su misma unidad, por ello, y aún queriendo el calificador ser ecuánime, el Informe Personal Anual (IPA) debe reflejar las actuaciones y actitudes del calificado dentro del periodo anual que abarca la calificación, por lo que si es el caso de un jefe de Escuadrón de Fuerzas Aéreas que una de sus pilotos está embarazada y por prescripción facultativa no puede volar y realiza funciones administrativas o logísticas que además no serán las que habitualmente haga como piloto, es comprensible que no mantenga las mismas calificaciones que a otro piloto operativo, lo que se complica en el caso de que el embarazo sea problemático y obligue a la embarazada a estar de baja médica prolongada, lo que, además puede tener reflejo negativo en apartados muy concretos del IPA como los relacionados con la salud habitual, entendida como grado de ausencia de enfermedades y dolencias, la vitalidad, entendida como actitud ante trabajos que requieren esfuerzo físico, la resistencia a la fatiga física, la Actitud ante la práctica deportiva propia o el grado de despreocupación ante dolencias propias sin trascendencia.

sica. Un expediente con bajas en el servicio por causa de embarazos y partos, si no existe una norma al respecto es fácil que no se valore igual que aquel que a penas presente bajas.

- En tercer lugar, en lo que refiere a los procesos de evaluación para ascensos y para ocupar determinados destinos de especial responsabilidad, en los que la mujer embarazada puede resultar perjudicada, sencillamente porque en caso de tener que asignar el mando de un barco o de una unidad es fácil comprender que no se designe a una mujer gestante, máxime cuando muchos de estos mandos no lo son por un periodo prolongado de tiempo.
- En cuarto lugar, la no realización de cursos de capacitación para el ascenso, que son convocados por los Departamentos de Personal correspondientes siempre que coincidan con situaciones de embarazo o parto que impidan cursarlos va tener graves incidencias no sólo sobre la mujer militar afectada, sino incluso para sus compañeros, que en caso de la actual regulación para el ascenso a comandante en las Escalas Superiores de Oficiales deben ser reordenados por promociones, influyendo en ello el número de componentes de la misma. No se ha dado aún esta circunstancia, pero a medida que está aumentando el número de oficiales en algunos cuerpos no hay duda de que se presentará y la solución normativa está aún siquiera por plantearse.
- En quinto y último lugar, habría que tener en cuenta la existencia de otro elemento posiblemente discriminatorio como es el de reasignación de puesto orgánico por causa de embarazo¹⁵. A este respecto, si bien es cierto que la asignación de puesto distinto no puede ser una circunstancia susceptible de variar la valoración del historial militar, ya que para ello se utilizan unas fórmulas ponderadas en las que uno de los factores es la puntuación asignada a destinos, no a puestos, la problemática se plantearía en relación con la puntuación de un determinado destino que no es única para todo el personal militar, siquiera pertenecientes al mismo Cuerpo y/o Escala, en la medida en que por ejemplo, el destino en las Fueras Aéreas tiene una puntuación distinta para el piloto respecto del que no lo es, aunque se trate en ambos casos de oficiales del Cuerpo General. En este sentido, la mujer gestante, si tiene que dejar de volar, puede que realice las mismas tareas que otro miembro de su mismo Cuerpo que no sea

¹⁵ El artículo 101.6 de la Ley 39/2007 establece que «durante el periodo de embarazo, a la mujer militar profesional se le podrá asignar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico, adecuado a las circunstancias de su Estado, distinto del que estuviere ocupando».

piloto, con lo que se plantea si es justo que para cada uno de ellos, el tiempo de permanencia en dicho puesto se valore de forma distinta, en función de lo que se «es» y no de lo que «se hace», que parece, a simple vista, lo más equitativo.

Todo lo expuesto en los párrafos anteriores permite constatar la existencia de determinados factores que podrían incidir negativamente en la carrera de la mujer militar. No obstante, el legislador consciente de que la protección de la maternidad constituye una condición indispensable para la consecución de la igualdad de oportunidades en el ámbito castrense, establece en la Ley 39/2007, referencias genéricas y otras más específicas a la protección de la madre militar profesional¹⁶.

Como referencia genérica destaca lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 90 según el cual «*a la mujer se le dará especial protección en situaciones de embarazo, parto o posparto, para cumplir las condiciones para el ascenso a cualquier empleo militar*». La concreción de este derecho se establece en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones. Sobre la base de la regulación precedente, el alcance de la protección se circunscribe al aplazamiento de pruebas físicas tanto para el ascenso por los sistemas de concurso-oposición y concursos (art. 26.6) como para la realización de cursos de adaptación para el ascenso de los militares de tropa y marinería (art. 32).

En lo que refiere al aplazamiento de las pruebas físicas exigibles en el proceso selectivo para el ascenso a través de concurso o concurso-oposición, el legislador se limita a establecer que el ascenso quedará condicionado a la superación de dichas pruebas cuando finalice la causa que motivó el aplazamiento, asignándole la antigüedad que le corresponda, aunque sin especificar qué es lo que deba entenderse por ésta. En aras a evitar posibles conflictos derivados de la indeterminación de la norma, hubiera sido conveniente que el legislador especificase si en la antigüedad aplicable se tiene o no en cuenta el aplazamiento de las pruebas físicas. Partiendo de la

¹⁶ A tal efecto cfr., por ejemplo, las Órdenes Ministeriales núm. 106/2004, de 16 de mayo, sobre las Prendas de Uniformidad de las Militares Profesionales del Ejército de Tierra en Estado de Gestación, núm. 105/2004, de 16 de mayo, sobre las Prendas de Uniformidad de las Militares Profesionales de la Armada en Estado de Gestación, núm. 104/2004, de 16 de mayo, sobre las Prendas de Uniformidad de las Militares Profesionales de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas en Estado de Gestación, núm. 103/2004, de 16 de mayo, sobre las Prendas de Uniformidad de las Militares Profesionales del Ejército del Aire en Estado de Gestación o núm. 88/2003, de 25 de junio, por la que se establecen las Normas Generales de la Uniformidad del Personal Militar Profesional en Estado de Gestación.

protección de la maternidad, resultaría razonable entender que la antigüedad será la que le hubiera correspondiendo por el ascenso tras superar el proceso selectivo sin aplazamiento.

Respecto del aplazamiento de pruebas físicas exigibles para la asistencia a los cursos de actualización para el ascenso de los militares de tropa y marinería cabe señalar que su contenido es plenamente coincidente con el señalado para la provisión de destinos y que consiste en la posibilidad de mantener la plaza que hubiera obtenido hasta superar las pruebas físicas por un plazo máximo de dos años.

Como referencia específica, en el apartado primero del artículo 87 se establece que reglamentariamente se determinará la composición de los órganos de evaluación y que ésta se adecuará, en la medida de lo posible, a la aplicación equilibrada del criterio de género. Una vez más el legislador utiliza la remisión al desarrollo reglamentario de la medida, lo que resta eficacia a la misma, sobre todo, teniendo en cuenta, por lo que refiere a esta concreta medida, que en el Acuerdo de del Consejo de ministros de 7 de marzo de 2005 ya se consideraba como medida necesaria para favorecer la incorporación e integración de la mujer en las Fuerzas Armadas la presencia de la mujer en los órganos de evaluación para el ascenso, selección de concurrentes a cursos de capacitación y asignación de destinos.

Esta situación se ha resultado recientemente a raíz de la aprobación del Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas aprobado por Real Decreto 168/2009 de 13 de febrero, en cuyo artículo 5.8 se especifica que *«las juntas deberán contar con vocales de ambos sexos siempre que los permita la existencia de mujeres con empleo apropiado a la composición de cada junta, adecuándose en lo posible a la aplicación equilibrada del criterio de género»*. De la lectura del citado precepto cabe deducir que, en la línea de generalidad trazada sobre esta materia, especifica que los miembros femeninos de las juntas ocuparán puestos de vocales, pero no especifica si en condiciones de paridad y, a su vez, lo condiciona a la existencia de mujeres militares con el empleo adecuado en virtud de lo preceptuado en el apartado primero del artículo 5 que establece que *«todos los componentes de los órganos de evaluación tendrán mayor empleo militar que los evaluados»*; condicionamiento éste último que resulta razonable si se tiene en cuenta que la fecha de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas.

Consecuentemente, teniendo en cuenta estas premisas y limitaciones, cabe deducir que la presencia de la mujer militar en las juntas de evaluación, de momento, seguirá siendo muy restringida.

B) Provisión de destinos

La posibilidad de que la mujer acceda a todos los destinos, sin ningún tipo de exclusión, es uno de los avances que caracteriza la legislación vigente en materia de personal de Fuerzas Armadas y que, ciertamente, no ocurre en todos los ejércitos de los países de nuestro entorno, en los que suelen tener limitados los puestos de unidades especiales o muy operativas y de los submarinos¹⁷.

Habiendo quedado suprimidas las limitaciones que se fijaron inicialmente la mujer militar profesional podrá ocupar destinos en las unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa, así como en sus órganos directivos y, en el caso de que se trate de puestos orgánicos relacionados específicamente con la defensa, en organizaciones internacionales o en otros departamentos ministeriales, teniendo igualmente la consideración de destino la participación del militar profesional en misiones para mantener la paz y seguridad internacionales si no lo tuviera o cesara en el de origen con motivo de dicha participación (art. 8.1 del Reglamento de Destinos aprobado por Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo).

Por otra parte, el legislador en consonancia con lo preceptuado tanto en la LRPFA como en el Reglamento de destinos contempla medidas de protección de la maternidad tales como la que la asignación por prescripción facultativa, durante el período de embarazo, de un puesto orgánico adecuado a las circunstancias de su estado, distinto del que estuviere ocupando (art. 101.6 de la Ley 39/2007). El legislador manteniendo el contenido básico ha matizado su alcance, en el sentido de tipificarlo como derecho de la mujer militar.

La aplicación de esta medida, que en principio debe entenderse como algo lógico para preservar los derechos de la mujer embarazada, dentro del marco de la protección a la familia e incardinado, por tanto, en uno de los pilares básicos de los principios constitucionales, podría colisionar con las necesidades de una organización operativa como lo es la militar.

Efectivamente, es fácil comprender que una mujer en estado de gestación tenga en algún momento del embarazo que dejar de realizar determinados cometidos, sobre todo aquellos que requieren un determinado nivel de esfuerzo físico, aunque no tengan que acogerse a una situación de incapacidad laboral. Ahora bien, en la medida en que el puesto que venga ocupando una mujer que se queda embarazada sea imprescindible para la

¹⁷ Como ejemplo destaca Estados Unidos, Canadá o Reino Unido donde el personal femenino le está vedado desempeñar una buena parte de los empleos o contar entre las tripulaciones de submarinos.

organización, deberá ser cubierto por otra persona, que debe dejar, a su vez de desempeñar el que tenía asignado.

Esto así expuesto parece que no tiene más problema, ya que todo puede reducirse a un intercambio de puestos, si la institución adopta las medidas necesarias, pero en la práctica, los inconvenientes son más serios. Supongamos que la comandante de un buque de primera línea o el jefe una unidad operativa de élite se queda embarazada y su estado no le permite seguir desempeñando su puesto. La Ley permite asignarle otro puesto (pero sin pérdida de su destino), pero no dice nada de lo que hay que hacer para cubrir su vacante. El problema no es sencillo, pues no se trata de un corto periodo de tiempo para el que se puede encontrar una solución transitoria, sino que lo más probable es que se trate de varios meses, más el tiempo de posparto que necesariamente ha de disfrutar la madre como licencia. Cuando para el mando de esas unidades se ha debido de sufrir un proceso de evaluación, para sustituirla habría que repetirlo, pero ¿cómo asignar de nuevo un puesto que teóricamente sigue ocupado por la titular? Supongamos que la solución es cubrirlo con una persona designada en comisión de servicio, que, a su vez, conserva su puesto principal. En este caso es cuando adquiere importancia lo que se apuntó en el epígrafe referido a «historial militar y evaluaciones»: ¿qué baremo de destino se aplica a cada uno de los implicados, el del puesto orgánico, el del puesto realmente desempeñado, el más favorable?

Se aplique la solución que se aplique existirán argumentos a favor y/o en contra que deberán valorarse y, lo más importante, deberá establecerse claramente un procedimiento que lo regule, debidamente respaldado por la consiguiente norma, como el principio de seguridad jurídica requiere. En cualquier caso se está ante un problema que no debe ser trasladado al individuo, y frente al que se puede estar tentado a aplicar la solución más sencilla: no asignar este tipo de puestos a una mujer; lo que no sólo no debe ocurrir, sino que hay que adoptar las medidas normativas, que no existen, para que ello no ocurra. Lo que ya es más difícil de conseguir es que el mando que sufre las consecuencias de que una de sus subordinadas (y más si el puesto que ésta desempeña es clave en la organización) tenga que ser relevada de sus funciones por embarazo, que además es posible que no sea fácil encontrarle sustituto, conserve la objetividad suficiente para que no influya esta situación en las calificaciones de la embarazada y no digamos si deja de estar a sus órdenes directas, pero tiene que seguir calificándola o si la situación requiere que la embarazada, además cause baja por incapacidad temporal. En otros términos, la aplicación del artículo 101.6 de la Ley 39/2007, aún estando diseñado como medida protectora de

la familia, puede acabar volviéndose contra la trayectoria profesional de la embarazada que tiene, por otra parte, derecho tanto a tener una familia, como a que la Administración militar vele por su trayectoria profesional y, en consecuencia, establezca normas y procedimientos que así lo aseguren.

2.3. DE LA IGUALDAD FORMAL A LA MATERIAL: ACCIONES POSITIVAS

Como ya se ha señalado, la incorporación de la mujer a las FAS españolas ha sido un hito importante para la consecución de la igualdad constitucional de los hombres y mujeres en nuestro país, y ha sido fruto de una evolución normativa progresiva y progresista en la medida en que desde el primer momento se abogaba por garantizar la efectividad en la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito castrense. Todo ello sin olvidar los dos siguientes datos:

- a) Aunque la normativa establezca un régimen de igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres, mientras las costumbres sociales no se transformen la verdadera igualdad de oportunidades será sólo algo que esté en el papel y no en la realidad social de la nación, ya que el desarrollo profesional de la mujer, y más en las fuerzas armadas en las que la progresión profesional exige cada día más preparación personal, se verá gravemente afectado si una vez finalizada su jornada de trabajo tiene que hacerse cargo del cuidado de la familia y del hogar;
- b) La propia conciencia de que ello es así ha llevado al actual Gobierno a adoptar una serie de medidas tendentes a garantizar esta plena igualdad, más allá del contenido de la norma positiva, forzando algunas posturas que mejoren la situación, lo que se plasmó en un documento aprobado en consejo de ministros del 4 de marzo de 2005 denominado «medidas para la igualdad» que establece, entre otras, la necesidad de adoptar medidas dirigidas a la promoción y seguimiento del acceso, integración y permanencia de las mujeres en las Fuerzas Armadas con la creación de un observatorio de la mujer; en segundo lugar, medidas orientadas al incremento de la calidad de vida de las mujeres, a través de la adecuación de las instalaciones; por último medidas de carácter conciliador de la vida familiar y profesional, a través del establecimiento de programas para la creación de centros infantiles en establecimientos militares.

Aunque la presencia de la mujer en las fuerzas armadas españolas es una de las más elevadas de los países de nuestro entorno, es necesario continuar fomentando su incorporación y llevar a cabo iniciativas que hagan efectiva y profundicen en la consecución de la igualdad en el ámbito castrense, en aras a garantizar no sólo la igualdad formal sino también la material. Fiel a esta idea y para la efectiva consecución de la igualdad, se han efectuado y se están desarrollando, diferentes iniciativas normativas y actuaciones dirigidas a favorecer la incorporación e integración de la mujer de la mujer en las Fuerzas Armadas y evitar cualquier tipo de discriminación por razón de género.

Como a lo largo de este trabajo va quedando patente, son escasos los aspectos de la política de personal de las Fuerzas Armadas en los que de alguna forma pueda hablarse de que se hayan establecido medidas que supongan alguna suerte de trato diferente a sus componentes en razón de su sexo, y el acceso a la condición de militar no es uno de ellos. Partiendo de la base de que uno de los objetivos primordiales de la política de personal de las Fuerzas Armadas es el trato igualitario que se da a hombres y mujeres desde el mismo momento en el que se intenta acceder al correspondiente centro docente de formación, la ley busca o debe buscar las condiciones de plena igualdad y ello, a veces, puede conseguirse con la introducción de medidas que aunque supongan un trato diferenciado no son discriminatorias, sino todo lo contrario, buscan un rasero diferente en función del sexo, pero para equilibrar diferencias extrínsecas.

En esta línea deductiva y reconociendo que debe prevalecer la igualdad de oportunidades cabría preguntarse si más que un trato absolutamente igualitario no favorecería más la igualdad de oportunidades si se introdujeran medidas que, de alguna forma garantizasen a la mujer su presencia en el mundo profesional militar: me refiero a la posibilidad de establecer «cupos» en función del sexo de los aspirantes; media ésta que, por otra parte, no tiene que entenderse dirigida sólo y exclusivamente a favorecer la presencia de la mujer en las Fuerzas Armadas, sino a la de los dos sexos, en el sentido de que la posible reserva de un tanto por ciento mínimo de plazas para el acceso a un Cuerpo o Escala puede hacerse para garantizar diversidad de género. En este sentido, no tendría por qué extrañar que para garantizar la presencia de la mujer (o de la diversidad de sexos) en los ejércitos se puedan establecer una serie de reservas de plazas, ya que, a pesar de las medidas correctoras existentes, la proporción de mujeres que acceden a las escalas de cuadros de mando es muy reducida.

Finalmente, cabe aludir a que la delicada cuestión de la maternidad militar se constituye en el espacio donde sí deben tener lugar las referidas ac-

ciones positivas que compensen las dificultades de las mujeres para poder fundar una familia y desarrollar una vida en condiciones. Concretamente se ha observado cómo la madre o futura madre que pretende continuar en las FAS debe ser evaluada positivamente para prorrogar su situación. Ante esta exigencia, no puede desconocerse que la maternidad puede jugar (no explícitamente, claro está) un papel negativo determinante sobre tal evaluación. En este sentido se han llegado a proponer algunas posibles medidas reglamentarias ante una ley ya aprobada. Esta normativa podría contener el establecimiento de algunas garantías específicas en la evaluación y renovación cuando se tratase de una mujer en estado o que haya dado a luz con proximidad en el tiempo (como pudiera ser por ejemplo la creación de comisiones específicas al efecto).

III. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS

3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

No cabe duda de que la conciliación, como medio de fomento de la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares y sin discriminación en su ejercicio, pretende corregir la desigualdad en todos los ámbitos o esferas, incluido el militar; en otros términos, las responsabilidades familiares y, sobre todo, la maternidad constituyen, por tanto, un obstáculo para la integración y permanencia de la mujer en el trabajo con independencia del tipo de trabajo o prestación de servicios de que se trate.

De forma paralela a las modificaciones normativas operadas en la Administración General del Estado esta figura o institución en el ámbito castrense ha adquirido una especial relevancia, toda vez que se han venido arbitrando importantes medidas en orden a facilitar la conciliación con la vida familiar y laboral, junto con otras también que tratan de paliar el impacto de la violencia de género. Así, no sólo destacan las normas en desarrollo del Plan Concilia de diciembre de 2005, sino que éstas se han completado posteriormente con Acuerdos del Consejo de Ministros, la última de 21 de marzo de 2007 por la que se toma conocimiento del desarrollo de las medidas favorecedoras de igualdad y se prueba la implementación de otras nuevas (Orden PRE 720/2007, de 21 de marzo); todo ello con independencia de la existencia de otras medidas que pueden incidir favorablemente en la conciliación, como son los permisos, las licencias, la reducción de jornada o las excedencias, adaptadas a las

especiales características de este concreto sector de la Administración, a través de su propia normativa.

No obstante lo anterior, la aplicación del Plan Concilia a las FAS mediante la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre sobre jornada, horario, vacaciones, permisos y licencias, modificada por la Orden Ministerial 107/2007, de 26 de julio ha constituido un hito en la historia de los militares; sin olvidar la remisión al bloque general de la normativa funcional, especialmente al Estatuto Básico del Empleo Público, aprobado por la Ley 7/2007 de 12 de abril.

Como es sabido, en la normativa de las Fuerzas Armadas existen diversas referencias a la protección de la maternidad frente a la dificultad de realizar pruebas físicas tanto en lo relativo al acceso y sistemas de selección da la enseñanza militar, como en las pruebas para la promoción o carrera militar. Pues bien, la regulación de la protección por maternidad no sólo se muestra como un mecanismo de protección física de la madre como gestante, sino que, a la vez, constituye un instrumento tendente a favorecer la armonización del trabajo y las responsabilidades familiares. Por lo que resulta claro que la maternidad afecta al reparto de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y su conciliación con las obligaciones laborales, al mismo tiempo que a la igualdad de oportunidades de empleo y promoción.

3.2. APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN: LIMITACIONES POR NECESIDADES DEL SERVICIO

Los militares gozan de un régimen de personal propio y diferente de aquel aplicable al resto de servidores públicos, distinción que deriva fundamentalmente de la naturaleza de las misiones que tienen asignadas las Fuerzas Armadas, lo que exige a éstas una particular organización y medios para poder llevarla a cabo con la necesaria eficacia, disciplina, jerarquía, unidad, valores específicos, etc. El militar, en efecto, debe tener un régimen específico para un mejor cumplimiento de su misión. Pero ese régimen específico no puede ni debe servir de obstáculo para compatibilizar, en la medida de lo posible, el régimen militar con el correspondiente al resto de la función pública. Dicho de otro modo: únicamente debería privarse al militar de los derechos reconocidos a otros funcionarios públicos cuando esa medida resulte necesaria para el cumplimiento de sus funciones.

Así pues, en la regulación de las medidas conciliatorias conviene reparar en el importante condicionamiento que para el disfrute de dichos

períodos de descanso supone salvaguardar las necesidades del servicio, en virtud de lo dispuesto en el art. 154 LRPFA¹⁸, donde se establece que «*las necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duración de los permisos y licencias, e incluso que el jefe de la unidad, centro u órganos correspondiente podrá ordenar la incorporación al destino, si las circunstancias lo exigen*».

Contenido similar incorpora también, respecto a la necesidad de adaptación al mencionado concepto jurídico indeterminado, la OM 121/2006, aunque con algunas precisiones tendentes a favorecer la aplicación práctica, como se detecta al matizar que las necesidades del servicio procurarán atenderse con otros medios y que sólo en último término condicionarán la concesión de permisos y vacaciones. Lo cual parece sobre todo redundar en la razonable preocupación de posibilitar al máximo que las Fuerzas Armadas estén en condiciones de cumplir las misiones definidas en la Constitución y en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. De manera que el afán del legislador por preservar este límite infranqueable de «*las necesidades del servicio*» le ha llevado a introducir tal referencia común a permisos y vacaciones, considerando necesario añadir que «*en todos los casos se deberá indicar que las condiciones establecidas podrán ser revocadas o modificadas cuando varíen las necesidades del servicio o cualquier otro condicionante*» (Norma octava. Anexo I. OM 121/2006).

La situación descrita suscita la determinación de la eficacia de la norma, en la medida en que se considera que el uso y abuso de la expresión indeterminada de «*necesidades del servicio*» ha servido para vaciar de contenido al conjunto de previsiones instauradas en la citada Orden Ministerial y, singularmente, a aquellas que se refieren a aspectos específicos para la efectiva conciliación de la vida profesional con la familiar.

Se establece, en definitiva un fuerte condicionamiento, particularmente en orden al ejercicio de los permisos y licencias, con el concepto jurídico «*necesidades de servicio*» que, precisamente por ser indeterminado goza de un amplio margen de apreciación y de discrecionalidad. Tratándose, por lo demás, de una noción que igualmente afecta al resto de los funcionarios públicos, cuyos derechos han de ser asimismo compatibles con el correcto desarrollo del servicios, sin duda por comportar su condición de empleado público no solo derechos sino también obligaciones específicas para con

¹⁸ La disposición derogatoria única de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar deroga la Ley 17/1999, de 18 de mayo de régimen del personal de las Fuerzas Armadas, excepto los artículos 150 a 155 y 160 a 162 y la disposición final segunda.

los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio», según establece la propia exposición de motivos de la Ley 7/2007 (EBEP).

No obstante lo anterior, en el ámbito militar cabe aludir a que la expresión «necesidades del servicio» va indisolublemente referenciada a otros aspectos relevantes como la defensa y seguridad nacional. En este sentido constituye una prueba de la ampliación de las facultades inherentes al poder directivo que, proyectadas en el ámbito concreto de la Administración militar, aparecen enormemente reforzadas desde el punto de vista de la organización del trabajo¹⁹.

Se trata, en definitiva, de limitaciones que parecen encontrar su adecuada significación en las singulares características de la condición de militar, no sólo justificadas en la continua disponibilidad para el servicio, sino, además, en la necesaria inmediatez de la intervención y la permanente capacidad de actuación²⁰.

Conviene precisar que las necesidades del servicio no se aplican por igual en la generalidad de los permisos, toda vez que en la situación de maternidad, al ser aquí necesario interpretar que el jefe de la unidad, centro u organismo, por más que lo requieran las circunstancias sobrevenidas, no podrá razonablemente ordenar la incorporación al destino de la mujer que se encuentre en el período de descanso obligado de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. Como tampoco resultará lógico o factible que se invoque la primacía de las necesidades del servicio para impedir a la madre el disfrute del permiso por parto durante ese mismo tiempo de necesaria recuperación. Situaciones que si realmente se desea evitar que afecten gravemente al funcionamiento de la unidad, precisarán resolverse contemplando otras distintas opciones, como pueden ser las vacantes imprescindibles mediante comisiones de servicios y, en cualquier caso, mediante la puesta en práctica de los más adecuados procesos de gestión de personal²¹.

Todo lo cual requiere, en aras de la seguridad jurídica, que se afronte definitivamente el tema para no tener que hacer depender de la pondera-

¹⁹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares». Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, AÑO 1996, pág. 481.

²⁰ La inmediata y permanente capacidad de actuación resulta esencial en algunas unidades militares específicas como la Unidad militar de Emergencias que precisamente ha llevado a delegar en el General Jefe de ésta, el establecimiento de la jornada y horario de trabajo, el disfrute de las vacaciones e, incluso, la concesión de los permisos por asuntos propios (Res. 400/38062/2007, de 20 de abril).

²¹ LOPERA CASTILLEJO, M^a J., *Comentarios a los arts. 65 y 66, en AA:VV Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, (COOrd. C. Sánchez Trigueros y A.V Sempere Navarro) Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 469.

ción de este concepto de excesivos márgenes de apreciación y discrecionalidad. De manera al menos que, sin pretender totalmente acotarlo, sería deseable que se fijasen pautas mínimas de actuación, como por ejemplo el exigir siempre la debida justificación de dichas necesidades del servicio, como otros criterios que convendría también quedaran determinados reglamentariamente.

3.3. MEDIDAS PROTECTORAS EN RELACIÓN CON LAS FUERZAS ARMADAS

Las medidas adoptadas para conciliar la vida profesional y privada de los militares españoles se caracterizan por su profusión, concreción normativa e, incluso por ser precursoras o pioneras, en el sentido de que se han aprobado medidas que con posterioridad se incorporarían al ámbito laboral a través de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Dichas medidas pueden agruparse en dos grandes grupos: normas sobre tiempo de trabajo, específicamente medidas de flexibilidad, dirigidas a favorecer la organización flexible del trabajo y medidas excepcionales, previstas para la tutela de las situaciones particulares que puedan concurrir en cada trabajador.

A) Medidas de flexibilidad

La ordenación del tiempo de trabajo constituye un factor esencial para conciliar la vida familiar y laboral. La adopción de medidas de flexibilidad en la jornada de trabajo es uno de los instrumentos que resultan más útiles para que los militares puedan compaginar su prestación de servicios con las responsabilidades familiares más comunes²².

– Reducción de jornada por guarda legal:

Con esta intención la Norma sexta, Anexo I de la OM 121/2006 reconoce el derecho a una reducción de jornada al militar que, por razones de

²² Al margen de estas medidas, han de tenerse en cuenta las distintas normativas que, a propósito de la Orden DEF/524/2005, de 7 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se aprueban medidas para favorecer la incorporación y la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas, se han aprobado en materia de guarderías y escuelas infantiles. No pudiéndose ahora ser exhaustivo por razones de espacio, sobre toda esta normativa *vid. Mujer y Fuerzas Armadas: 1988-2008. 20 años de la mujer en las Fuerzas Armadas*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2009, pág. 153 y siguientes.

guarda legal, tenga a su cuidado directo a un menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación o disminuido psíquico, físico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida. Sin duda, basta aquí que el menor lo tenga a su cargo, no teniendo que ser necesariamente hijo.

La normativa militar, a diferencia de la general de la Administración pública especifica el alcance de la reducción situándola en hasta un medio de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional de sus retribuciones para cuyo cálculo se arbitran distintos criterios y fórmulas²³.

La citada reducción también se aplica a quienes precisen encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida. Debe valorarse como acertada la aclaración en la norma militar, a diferencia de la funcionarial a la que remite (LEBEP), donde nada despeja, que no se considera actividad retribuida la percepción de una pensión y, en definitiva, que cabe solicitar en tal caso la reducción de jornada, siempre con la correspondiente disminución de retribución.

– Hijos prematuros

Una de las novedades introducidas por la OM 107/2007 fue la atención especial que por primera vez pasaron a recibir los hijos prematuros o que, por cualquier otra circunstancia, requieran hospitalización tras el parto, posibilitando la atención materna o paterna del neonato mientras permanezca ingresado. Así se introdujo un nuevo permiso por el que se reconoce al militar el derecho a ausentarse del trabajo durante dos horas mientras dure dicha situación y a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas con la disminución proporcional de las retribuciones²⁴.

A ello debe añadirse que son varias las diferencias con respecto a la regulación de este derecho en la esfera laboral. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el legislador militar sólo prevé la posibilidad de que se amplíe el período de suspensión en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, pero desaparece la posibilidad de disfrutar del período de suspensión del contrato de trabajo tras el alta hospitalaria del recién nacido. En segundo lugar, el período de suspensión se ampliará en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, permitiéndose,

²³ Véase, Apéndice I. Anexo I. Orden Ministerial 121/2006.

²⁴ En la normativa laboral, el trabajador/a tendrá derecho a ausentar del trabajo durante un máximo de una hora percibiendo las retribuciones íntegras (art. 37.4 bis ET).

por tanto, la posibilidad de ampliación aun cuando el motivo de la hospitalización del recién nacido sea ajeno a él mismo. Y, en tercer lugar, la ampliación del período de suspensión del contrato de trabajo tendrá lugar siempre, independientemente del número de días que el neonato permanezca hospitalizado, con un máximo de trece semanas.

– Riesgo durante el embarazo y la lactancia

La norma que regula la carrera militar en España es la Ley 39/2007 de 19 de noviembre, que aborda todos los aspectos que configuran el régimen de los militares profesionales, de modo semejante a su precededora, en el artículo 101 donde se dispone que durante el período de embarazo, tendrá derecho a ocupar por prescripción facultativa un gesto orgánico o cometido adecuado a las circunstancias de su estado que podrá ser distinto del que estuviera desempeñando. Finalmente, resulta muy importante que la aplicación de tales supuestos no supondrá pérdida del destino.

Estas garantías vienen a reforzarse en el Reglamento de Destinos del personal militar profesional aprobado por RD 43/2002, de 10 de mayo, donde se añade que dicho puesto orgánico adecuado al estado de gestación de la mujer ha de corresponder preferentemente a su unidad, centro u organismo de destino, de manera que sólo de no existir ninguno en tal sentido compatible con su estado se le podrá asignar en otra unidad, a ser posible en el mismo término municipal, atribuyéndose la determinación de las condiciones en que será asignado dicho puesto al Ministerio de Defensa. Como también la citada normativa reglamentaria prevé designar comisiones de servicio por el motivo de adjudicar a la mujer un puesto compatible con su embarazo, conforme a lo señalado anteriormente.

Además, el mismo Reglamento de Destinos extiende la posibilidad de cambio de puesto de la mujer, antes referida, al período de lactancia por hijo menor de nueve meses –que debe entenderse que acoge al adoptado o al acogido cuando la madre hubiera optado por solicitar la reducción de jornada laboral y siempre que sus ausencias fuesen incompatibles con las necesidades del servicio del destino que ocupaba antes del embarazo. Con lo cual era necesario comprobar si las necesidades del servicio permiten la puesta en práctica de tales medidas, particularmente cuando se trata de destinos de carácter operativo en los que se exige una disponibilidad permanente, pudiéndose entonces plantear ciertos problemas que sólo podrán resolverse contemplando la posibilidad de cubrir los servicios con el resto de la plantilla.

Realmente son medidas, todas ellas, que responden al principio de igualdad de oportunidades, cuyo objetivo es mejorar la situación de las mujeres en la sociedad, superando los obstáculos fácticos que le impiden disponer de las mismas oportunidades laborales que los hombres.

B) Medidas excepcionales

Junto a los supuestos anteriormente mencionados de reducción de jornada también se contemplan otros caracterizados por la reducción o modificación del tiempo de la prestación de servicios sin merma de la retribución. Estos supuestos se regulan en la Orden Ministerial 121/2006 con las modificaciones introducidas por la Orden Ministerial 107/2007 que los define como «el período de tiempo que se autoriza al militar para ausentarse temporalmente del destino por razones de índole personal o familiar».

- Permiso por nacimiento de hijos prematuros o que precisen hospitalización tras el parto

El militar podrá ausentarse de su destino hasta un máximo de dos horas diarias en los casos de nacimientos de hijos prematuros o en los que, por cualquier motivo, éstos tengan que permanecer hospitalizados después del parto. La Orden Ministerial 107/2007 de 26 de julio, para adecuar la normativa militar a la prevista con carácter general para la Administración General del Estado, añade una matización a este derecho consistente en la posibilidad de ampliar el derecho de reducción durante dos horas adicionales más con disminución proporcional de las retribuciones.

El militar que tenga que atender a un familiar de primer grado, por razón de enfermedad muy grave, podrá solicitar la reducción de la jornada hasta un 50 por 100, por el plazo máximo de un mes. Durante este tiempo estará exonerado de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran con el disfrute de esta reducción.

- Permiso por lactancia

El militar tendrá derecho a una hora diaria de ausencia del destino por lactancia de un hijo menor de doce meses, que podrá dividirse en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad.

Cuando existan dos o más hijos menores de doce meses, el tiempo de reducción de jornada se multiplicará por el número de hijos a cuidar. Nos obstante, sorprende que en cambio no se haya contemplado para estos casos la otra opción de disfrute de una hora diaria de ausencia, sí aplicada para los restantes funcionarios²⁵ y sobre todo teniendo en cuenta que la ampliación de la ausencia para cada hijo lactante se ha venido admitiendo en alguna decisión judicial, preocupada por evitar la limitación de ese derecho del recién nacido, en los casos en los que se deba compartir con otro o, incluso, con varios.

Otra opción que se ofrece, a instancia de la madre es la de sustituir la reducción de jornada por lactancia por un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente, con una duración máxima de cuatro semanas. Dicho permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

La reducción de jornada por lactancia de un hijo menor de doce meses es acumulable con la de guarda legal y con los otros permisos a los que se tenga derecho, no contabilizándose aquella en la disminución de retribuciones.

Por lo demás cuando la específica regulación ahora señalada expresa que el derecho lo tiene «el militar» opta ya claramente por un criterio igualitario, que permite su ejercicio indistinto por el padre o la madre, siempre que los dos trabajen y reafirma la clara individualización del permiso, particularmente necesaria en casos de familias monoparentales.

La reducción de jornada por lactancia exonerará al solicitante de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran en el ejercicio de este derecho; Exoneración que se aplica únicamente al caso en que se haya optado por la reducción de jornada, pero no en cambio si se decide la ausencia de una hora diaria. Por lo que los inconvenientes que puedan surgir, particularmente en destinos de mayor exigencia operativa, habrán de resolverse dependiendo siempre de la unidad de destino y de las posibilidades de cubrir esos servicios con la plantilla restante.

– Permiso por maternidad

En el supuesto de parto, establece la propia normativa militar (Norma segunda. Anexo II. OM 121/2006) que la duración del permiso será de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el caso de parto múltiple.

²⁵ En virtud de lo dispuesto en el art. 48. 1 f) de la LEBEP.

tiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que la madre y el padre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El padre podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo se encuentre en situación de baja médica²⁶.

La medida revela que este derecho al permiso se configura como individual del padre, sino siempre aquí derivado y accesorio del de la madre, que es quien realmente aparece, en los casos de parto, como verdadera titular del derecho al permiso. Sin que, por lo demás, la coincidencia de la baja por maternidad con las vacaciones impida disfrutar de ellas, finalizado el permiso de maternidad, al que podrían acumularse, aún habiendo expirado ya el año natural a que correspondan (norma tercera, anexo II, OM 121/2006). No obstante lo anterior, la OM 107/2007 amplía los supuestos en los cuales se garantiza el derecho a vacaciones a pesar de su confluencia con otras situaciones tales como la incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural y a los de acumulación en jornadas completas del período de lactancia. Se mejora, por tanto, la regulación del Estatuto de los Trabajadores al incluir los supuestos en los que se decide acumular en jornadas completas el período de lactancia ampliando, en consecuencia, el período de dieciséis semanas, como regla general, en el número de días que correspondan por dicha acumulación²⁷.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el permiso, podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las primeras 6 semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria, del contrato de la madre.

²⁶ Apartado modificado por la OM 107/2007.

²⁷ En la normativa laboral, al no tenerse en cuenta esta posibilidad, si el período de vacaciones coincide con el de lactancia acumulada no podrán disfrutarse las vacaciones en una fecha distinta.

Por otro lado, coincidiendo con la normativa general de la Administración que contempla²⁸ el disfrute también a tiempo parcial del permiso de maternidad, la normativa militar prevé la posibilidad de solicitar el disfrute del citado permiso a tiempo parcial, sea por toda la duración del permiso o sólo una parte y siempre que se cumplan una serie de requisitos como es, entre otros, el de acreditar que las necesidades del servicio quedan debidamente cubiertas (Norma segunda. Anexo II OM 121/2006).

– Adopción o acogimiento de menores

En los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, el permiso tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del funcionario, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. La duración del permiso será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores, mayores de seis años de edad, cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que, por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En caso de que la madre y el padre trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos.

En el ámbito todavía más amplio de la adopción internacional, la regulación militar contempla un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo exclusivamente las retribuciones básicas, cuando requiera el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado. Silencia, en cambio, la posibilidad de adelantar el permiso durante el tiempo necesario para el viaje, que, independientemente del mismo se admite para la Administración General del Estado en el art. 49. b de la LEBEP, hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

Tampoco contempla, la normativa específica, la situación de acogimiento internacional sí atendida en la normativa funcionarial común para la que se prevé la doble opción, del disfrute del permiso o de su posible adelanto.

²⁸ Art. 49 a) de la Ley 7/2007 EBEP.

– Permiso de paternidad

Se reconoce un permiso por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo de un permiso de 15 días, a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

No resulta aplicable, en cambio, al permiso de paternidad la posibilidad de su disfrute a tiempo parcial, que el legislador extiende al padre, única y exclusivamente, en los casos de disfrute compartido del permiso de maternidad.

El reconocimiento por la normativa militar como beneficiario al padre está restringiendo con ello su aplicación, en la medida en que se aleja así de la opción por un concepto amplio de familia, donde bien podrán haberse previsto, para dar cabida a otros modelos existentes, el disfrute para la persona a la que no le correspondiera el permiso por maternidad; o incluso facilitar que una familia monoparental, quien tenga la guarda legal del hijo pueda gozar de este permiso a continuación del de maternidad. De manera, por tanto, que el permiso aquí reconcomio estrictamente al padre en las citadas situaciones, consiste en disponer de un tiempo de descanso de quince días naturales y retribuidos.

Por otra parte, se trata de un permiso de paternidad distinto del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad en casos de parto, adopción o acogimiento, como expresamente indica la norma general de la Administración y se infiere de la específica militar²⁹ y también acumulable con ellos, lo mismo que con el disfrute de las vacaciones³⁰.

Por lo que respecta al ejercicio del derecho, sitúa la regulación militar el momento de disfrute «a partir» de la fecha de nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. No precisa, en cambio, hasta cuando puede ejercitarse el derecho, a diferencia de su concreción en el ordenamiento laboral común, donde cabe el disfrute del permiso de paternidad hasta que

²⁹ «Con independencia de» comienza el punto 12. Norma Segunda. Anexo II OM 107/2007)

³⁰ En el ámbito laboral a diferencia del militar, teniendo en cuenta la ubicación temporal tan variable del disfrute del permiso de paternidad, no se ha previsto la posibilidad de que dicho período coincida con el de vacaciones fijado por la empresa. Dado que el trabajador tiene total libertad para decidir el momento de disfrute dentro del período de las dieciséis semanas por maternidad, parece difícil pensar en la posibilidad de que la suspensión del contrato por paternidad coincida con las vacaciones del trabajador. Véase al respecto, AGUILERA IZQUIERDO, R., Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres., Revista del Ministerio de Trabajo núm. extraordinario, 2007, págs. 107 y ss.

finalice la duración del permiso por maternidad, o inmediatamente después de la finalización de este permiso. Con lo cual, se opera así una limitación importante en las condiciones de disfrute de los funcionarios respecto a los trabajadores sometidos al Estatuto de los Trabajadores³¹, que trae como resultado una incompresible diversificación de regímenes. Ante lo cual y dado que la inconcreta expresión «a partir» de las normas de empleo público no obliga a entender «inmediatamente después» podría defenderse la interpretación extensiva de la duración de su ejercicio, también en el ámbito de la Administración. Sobre todo, cuando de la aplicación por la doctrina judicial del permiso por nacimiento de hijo se detecta que, desde hace tiempo, se viene admitiendo la posibilidad para el padre de solicitar dicho permiso una vez transcurridas las semanas de baja maternal.

Lo que sí puede sostenerse, en cualquier caso, es que las modificaciones resultantes de la LO 3/2007, referidas al permiso de paternidad del funcionario general y de la OM 121/2006, para el militar han supuesto técnicamente tan sólo la ampliación del genuino permiso ya existente por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, tradicionalmente atribuido al varón y distinto también del de maternidad compartido. Desprendiéndose de ello, por tanto, que no estamos propiamente aquí ante la creación de un nuevo permiso de paternidad que pueda con rigor considerarse independiente, en el sentido de contar con sus propios rasgos identificadores claramente desvinculados del hecho del nacimiento, o tener una cierta duración.

Teniendo en cuenta la remisión que la legislación militar efectúa (art. 6 Ley 39/2007) a la legislación general de la Administración General del Estado y ante la inexistencia, de previsiones específicas, salvo lo dispuesto en la norma cuarta de la OM 107/2007, resultará aplicable lo dispuesto en el artículo 49 c) de la LEBEP, de forma que habrá que computar como de servicio efectivo a todos los efectos, el tiempo transcurrido durante el disfrute de dicho permiso, o la de reconocer el derecho del beneficiario a reintegrarse a su puesto de trabajo una vez finalizado el permiso en términos y condiciones que no le resulten menos favorables e, incluso, considerar que le corresponde también beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

Al margen de lo señalado subsisten otras cuestiones que no aparecen resueltas ni por el legislador militar, ni por la normativa general a la que remite tales como la omisión del alcance del permiso en los casos de partos múltiples; la posibilidad del disfrute del permiso de paternidad de la madre

³¹ Así lo advirtió el CES en las observaciones al anteproyecto de la Ley Orgánica de igualdad efectuadas en el Dictamen núm. 8 /2006.

en los casos de fallecimiento del padre, o el alcance del derecho en los casos de familias monoparentales.

– Otros permisos

Si bien es cierto que la regulación de las medidas de conciliación en el ámbito militar, en la mayoría de los casos son pioneras, en el sentido de que se han aprobado con anterioridad a su regulación en el ámbito laboral, precisamente del análisis comparativo efectuado se observa que podrían considerarse la regulación de otro tipo de permisos. Entre los posibles permisos que podrían haberse incluido en la norma, se apuntaban los permisos para acompañar a los hijos menores de edad cuando necesiten recibir asistencia sanitaria y para la atención de éstos en supuestos de enfermedades infecto-contagiosas o el derecho a permisos retribuidos por los trámites legales y administrativos que necesiten los militares para la adopción nacional o internacional que esté siendo objeto de tramitación.

– Excedencia por cuidado de hijos y familiares

Una de las instituciones jurídicas que permite a mujeres y hombres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares es la excedencia por cuidado de hijos y familiares. Mediante esta figura se pretende que los militares puedan dedicar parte de su tiempo al cuidado de cada nuevo hijo o familiar incapacitado para valerse por sí mismo por razones de edad, enfermedad o accidente, sin que esta situación provoque la pérdida del destino.

Según contempla el apartado quinto del artículo 110 de la Ley 39/2007 a los militares profesionales se les podrá conceder la excedencia por cuidado de familiares cuando lo soliciten para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza o como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo. En este supuesto, tendrán derecho a un periodo no superior a tres años, a contar desde la fecha de nacimiento de cada hijo o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. Resulta sorprendente que el legislador haya desaprovechado la oportunidad brindada con la aprobación de esta nueva norma de incorporar un régimen específico de concesión de la excedencia según distintos tipos de familias, ya sean numerosas, monoparentales, de parto múltiple o adopción simultánea.

También tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad

que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

Resulta llamativo el hecho de que la regulación legal no contemple formas flexibles de utilización de la excedencia bajo una modalidad parcial o fraccionada. La utilización de la excedencia bajo una modalidad parcial implica la posibilidad de disfrutar la excedencia por días a la semana o al mes o meses del año. Por el contrario, el disfrute de la excedencia de una forma fraccionada hace referencia a la posibilidad de que la excedencia no se disfrute de manera ininterrumpida sino que se pueda disfrutar en distintos períodos sin que la suma de todos ellos supere el máximo marcado por la Ley³².

El periodo de excedencia será único por cada sujeto causante. Cuando un nuevo sujeto causante diera origen a otra excedencia, su inicio pondrá fin al que se viniera disfrutando. A este respecto se advierte que no cabe el ejercicio de estos derechos por dos personas generados por el mismo sujeto causante, admitiéndose tan sólo para una de ellas, a menos que se trate de diferentes sujetos. Mientras que, diversamente para el resto del ámbito funcional, sí parece admitirse en principio el ejercicio simultáneo, aunque ello no impida a la Administración se reserve la posibilidad de restringir su ejercicio.

En caso de que más de un militar profesional generase el derecho a disfrutarlo por el mismo sujeto causante se podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con las necesidades del servicio.

El militar profesional en esta situación tendrá su condición militar en suspenso y, en consecuencia, dejara de estar sujeto al régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares, pero podrá ascender durante los dos primeros años de permanencia en esta situación siempre que tenga cumplidas las condiciones de ascenso establecidas en la ley. Durante el tiempo que permanezca en esta situación no devengarán retribuciones pero será computable a efectos de trienios y derechos pasivos y, el primer año de cada excedencia computa como tiempo de servicios.

Los militares de complemento y los militares de tropa y marinería con menos de seis años de servicios, transcurridos dos años desde la fecha

³² En la orbita laboral, si bien en un primer momento se denegó esta posibilidad pues con ella, a su juicio, se distorsiona en buena medida el poder de planificación y dirección, sentencias posteriores de los Tribunales Superiores de Justicia han admitido esta opción teniendo en cuenta que la Directiva 96/34/CE de 3 de junio reconoce que los Estados y los interlocutores sociales pueden decidir si el permiso parental se concede de forma fragmentada.

teórica de finalización de su compromiso, causarán baja en las Fuerzas Armadas a no ser que antes de esa fecha se reincorporen a la situación de servicio activo.

IV. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS

Si bien es cierto que en el ámbito militar a nivel normativo existe una plena aplicación del principio de igualdad que se ve reforzada con una serie de medidas de apoyo y garantía tales como medidas de conciliación, subsisten situaciones que aunque no puedan considerarse medidas de igualdad o de conciliación propiamente dicha, su importancia y actualidad exigen que, al menos, se haga una breve referencia a sus notas configuradoras.

4.1. VIOLENCIA DE GÉNERO

Aunque la lucha contra la violencia de género no constituye *stricto sensu* una medida de conciliación de la vida profesional y familiar, resulta evidente que la víctima de esta situación se ve afectada sobremanera en su esfera íntima. Por ello, las medidas multidisciplinarias que en los últimos tiempos vienen adoptándose para erradicar o minimizar estas conductas, han tenido su acogida también en la legislación aplicable al personal castrense.

Fruto de ello, se ha modificado el reglamento de destinos del personal militar profesional, a través del Real Decreto 1202/2006, de 20 de octubre, para adaptar a las Fuerzas Armadas las medidas para la protección integral contra la violencia de género recogidas en el ámbito de la Administración General del Estado. Esta modificación se concreta en los siguientes aspectos: se establece la posibilidad de otorgar vacantes, sin publicación previa, a las militares víctimas de la violencia de género; se elimina la posibilidad de que a una militar se le asigne con carácter forzoso un destino en el mismo término municipal del cual salió por ser víctima de violencia de género y se permite solicitar la asignación de un nuevo destino a la militar víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar su destino, en el mismo término municipal o en otro diferente.

De manera que, para hacer realmente efectiva esta protección integral se prevé, además, que la mujer militar pueda solicitar la asignación de un nuevo destino en el mismo término municipal o en otro diferente, cuando se vea obligada a abonar a aquel en el que venía prestando sus servicios,

especificándose el concreto procedimiento que ha de seguirse para hacer valer el derecho de cambio de puesto. Incluso, para el caso de que la militar sea de nuevo víctima de violencia de género la posibilidad de solicitar un nuevo destino, por el mismo procedimiento, aunque no hubiera cumplido el tiempo mínimo de permanencia en su destino.

Finalmente, en el apartado 6 del art. 110 de la Ley 39/2007 se alude a la posibilidad de acogerse a la situación de excedencia por razón de violencia de género donde se especifica que las mujeres militares profesionales víctimas de violencia de género podrán solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia. Los seis primeros meses les serán imputables a efectos de tiempo de servicios, condiciones para el ascenso, reserva del destino que ocupasen, trienios y derechos pasivos. Cuando las actuaciones judiciales lo exigieran ser podrá prorrogar este período por tres meses, con un máximo de dieciocho, a fin de garantizar la efectividad del derecho de protección de la víctima.

4.2. Acoso

Quizá una de los principales inconvenientes que tiene la mujer militar sea el tema del acoso en el trabajo. Actualmente se pretende revisar el vigente régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas con intención de adecuar la delimitación conceptual del acoso sexual que se ha llevado a cabo a nivel europeo, toda vez que en la actualidad, en las Fuerzas Armadas éste se tipifica como falta grave prevista en el artículo 8 apartado 23 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre: «*Realizar actos que afecten a la libertad sexual de las personas cuando el acto no constituya infracción más grave.*» y se sanciona con arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar, pérdida de destino o baja en el centro docente militar de formación y en otros centros de formación (art. 9 de la citada norma).

Para el tipo delictivo, se acude al artículo 106 del Código Penal Militar, Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre: «*El superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión*». De esta forma el acoso sexual en las Fuerzas Armadas se incardina en este tipo dedicado al «Abuso de autoridad».

El problema surge cuando el supuesto de acoso sexual se da entre compañeros del mismo rango, entonces se produce un vacío normativo que

propicia que la denuncia o el parte descriptivo de los hechos deban ser trasladados y enjuiciados en la Jurisdicción Ordinaria. Parece aconsejable una revisión normativa y, por ende, la consiguiente actualización en materia de acoso sexual en las Fuerzas Armadas.

V. CONCLUSIONES

De entrada, como ya tuvo ocasión de señalarse en su momento, el Ministerio de Defensa y con él todos y cada uno de los hombres y mujeres que integran nuestras Fuerzas Armadas, ha sido la Administración Pública que en un período temporal más corto ha realizado un mayor largo recorrido a favor de la efectiva aplicación del principio de igualdad por razón de género y de promoción de la conciliación de la vida personal, familiar y profesional. Sobre esta premisa general, que en sí misma es suficientemente relevante, la plasmación práctica de tales objetivos no tiene nada que envidiar a la existente en el ámbito privado de las relaciones laborales (e, incluso, funcionariales). Cuestión distinta es que deba seguir avanzándose en la materia para salvar los inevitables obstáculos, generales y específicos, existentes al respecto.

Quizás por ello en donde más tenga que avanzarse sea en todo lo relativo a la promoción de la conciliación de la vida personal, familiar y profesional. Sin lugar a dudas, es en este tema donde mayores márgenes de actuación existen, tanto desde el plano normativo (adoptando nuevas iniciativas compatibles con las necesidades del servicio) como desde el plano práctico (facilitando y/o promoviendo el uso de los mecanismos instaurados al efecto, muy especialmente por parte de los militares varones). Con todo, ha de señalarse que este mayor recorrido en el ámbito de la conciliación es la asignatura pendiente de nuestro país en su conjunto. De ahí que, aunque todavía exista mucho camino por recorrer, las cosas han de llevarse a sus justos términos.

En fin, en términos generales el régimen jurídico del personal militar de las Fuerzas Armadas es esencialmente igualitario y no discriminatorio en la medida en que en España no hay cupos de incorporación para las mujeres, no existen Cuerpos específicamente femeninos o masculinos (pudiendo ocupar cualquier destino, incluidos los de combate) y que la progresión en la carrera militar es idéntica con independencia del sexo del militar de que se trate. No obsta lo anterior el hecho de que, en aras a garantizar la protección de la mujer militar en su condición materna, la legislación militar haya arbitrado una serie de mecanismos protectores

diferenciados en base a la necesidad de proteger el embarazo, el parto o el postparto. Con todo, el entramado normativo creado en estos veinte años para la consecución de los objetivos fijados han convertido al colectivo de militares, hombres y mujeres, en uno de los más igualitarios del Estado, bien que el objetivo es ahora que dicha excelencia teórica encuentre pleno acomodo en el terreno práctico.

**LA RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES
INTERNACIONALES POR LAS VIOLACIONES DEL
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
Y LOS DERECHOS HUMANOS: FUNDAMENTOS DE
ATRIBUCIÓN DEL HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL**

Dr. José Manuel Cortés Martín¹

1. INTRODUCCIÓN

Las organizaciones internacionales desarrollan funciones cada vez más importantes debido seguramente al marcado carácter global e interdependiente que está adquiriendo nuestra sociedad. Para responder a la mayor interdependencia existente en todos los ámbitos de la vida internacional, estas entidades se han consolidado como el principal instrumento utilizado por los Estados para satisfacer la creciente necesidad de cooperación de tal forma que cualquiera que sea la actividad que emprendamos en el mundo actual es más que probable que de una forma u otra se encuentre regulada o influida por la acción de una o varias organizaciones internacionales, cuya importancia cuantitativa y cualitativa no ha dejado de crecer desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Y esta importante evolución debe provocar una mayor atención doctrinal para evaluar su relevancia jurídica y los efectos transformadores que su consolidación como sujetos que interactúan junto a los Estados provoca no sólo en la estructura de la Sociedad

¹ Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.

internacional contemporánea, sino también, y consecuentemente, en el ordenamiento jurídico que la rige².

La evolución experimentada por estas entidades y su marcado particularismo plantean toda una serie de cuestiones científicas de hondo calado, no sólo en cuanto a sus características como sujetos de Derecho internacional, su personalidad jurídica, sus formas de constitución y su composición; sino también en cuanto al régimen jurídico de sus obligaciones internacionales y su responsabilidad en caso de incumplimiento. Baste recordar en este sentido los serios problemas de responsabilidad que pueden plantear en la práctica la creciente implicación de las organizaciones internacionales en situaciones de conflicto armado o en la administración internacionalizada de territorios, actividades cada vez más frecuentes en las relaciones internacionales posteriores al final de la guerra fría y que son desarrolladas tanto por organizaciones de carácter universal como aquellas otras activas en un ámbito geográfico limitado. No cabe duda que esta mayor implicación de las organizaciones internacionales en funciones esenciales para la comunidad internacional como son el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales puede acarrear serios problemas de responsabilidad, ya sea por violaciones del Derecho internacional humanitario³, el Derecho internacional de los Derechos humanos o, de forma más general, cualquiera de las obligaciones que pesan sobre estas entidades.

Aparte de ello, la mayor atención prestada a este tema en los últimos tiempos también se debe, pensamos, a una decidida tendencia por dotar al ordenamiento internacional de un mayor carácter progresista, tratando que abarque y se preocupe por lograr avances en términos morales y éticos⁴, tendencia que se manifiesta en un fortalecido esfuerzo por perseguir la responsabilidad penal internacional del individuo, la responsabilidad de los Estados y, ahora, de las organizaciones internacionales, y también en la necesidad de dismantelar en cierta medida el reducto de la inmunidad para evitar los casos de impunidad. Desde hace algún tiempo, parece existir un clima general en el que todas las cuestiones relativas a la responsabilidad

² KLABBERS, J.: «The Lifes and Times of International Organizations» en *Id.* (ed.): *International Organizations*, The Library of Essays in International Law, Ashgate, Dartmouth, 2005, pp. 151-182.

³ Sobre las fuentes y el ámbito de aplicación de esta importante parcela del ordenamiento jurídico internacional puede verse RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Fuentes del Derecho internacional humanitario», en *Id.* (coord.): *El Derecho internacional humanitario*, Cruz Roja Española - Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2007, pp. 157-178.

⁴ YEE, S.: «The Responsibility of States Members of an International Organization for its Conduct as a Result of Membership or their Normal Conduct Associated with Membership» en RAGAZZI, M. (ed.): *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Brill, Leiden, 2005, pp. 435-454 (454).

(*responsibility*) y a la necesidad de rendir cuentas ante la sociedad (*accountability*) están siendo objeto de un atención particular, ya se trate de la responsabilidad penal internacional del individuo, incluso de los Jefes de Estado; el establecimiento de tribunales penales internacionales *ad hoc*⁵ y tribunales internacionalizados como los de Sierra Leona o Líbano; la creación de la Corte Penal Internacional después de décadas de negociaciones preliminares⁶ y, finalmente, la aprobación definitiva del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por la comisión de hechos ilícitos internacionales⁷ y los ricos debates suscitados sobre las figuras de los delitos y crímenes internacionales, que el proyecto final no acogió expresamente, aunque creemos que indica una tendencia clara del Derecho internacional contemporáneo⁸. Y este clima general en el que parece preponderar la intención de hacer responsables a los autores de cualquier hecho ilícito internacional tiene un impacto directo sobre el funcionamiento de las organizaciones internacionales, algo hasta cierto punto normal por-

⁵ Vid., entre otros, PIGRAU SOLÉ, A.: «Reflexiones sobre el tribunal penal para la Antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional», *Anuario Hispano-Luso de Derecho Internacional*, 1994, n° 11, pp. 211 y ss.

⁶ Vid. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva de la Corte Penal Internacional: La Resolución 1422 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los acuerdos bilaterales celebrados por los Estados Unidos», *REDI*, vol. 54-2002, n° 2, pp. 999 y ss.; «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Hacia una justicia internacional. XXI Jornadas de Estudio (9 a 11 de junio de 1999)*, Ministerio de Justicia / BSCH / Civitas, Madrid, 2000, pp. 499 y ss.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El proceso de aprobación y desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Id.* (coord.): *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 157-178; «El proceso de aprobación y desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *REDM*, 2005, n° 86, pp. 27-52; «Los principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma», *REDM*, 2000, n° 75, pp. 381-440.

⁷ El proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos fue aprobado por la CDI en su quincuagésimo tercer período de sesiones en 2001, Informe de la CDI - 53° período de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), doc. A/56/10, pp. 29-365, *Yearbook ILC*, 2001, vol. II, 2ª parte, pp. 26 y ss.

⁸ Sobre el tema puede verse, ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: «El sistema de las Naciones Unidas y los crímenes internacionales de los Estados», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coord.): *La ONU, 50 años después*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, pp. 151-200; CARDONA LLORÉNS, J.: «La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional («El crimen internacional»)», *ADI*, vol. 8-1985, pp. 265-336; CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public*, RCADI, vol. 257, 1996, pp. 35-222 (196-210); *La distinción entre crímenes y delitos internacionales. Una posible aportación iberoamericana a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho de la Responsabilidad internacional de los Estados*, Publicaciones de la Secretaría General del IHLADI, Madrid, 1979.

que estas entidades no funcionan en el vacío, sino que forman parte de la sociedad internacional y si en ella las cuestiones relativas a la responsabilidad se hacen más prominentes, las organizaciones internacionales también tendrán que ser confrontadas con esta tendencia.

Posiblemente sea este clima general el que propició que poco después de que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) concluyera su trabajo sobre la responsabilidad de los Estados, la Asamblea General pidiera a este órgano que comenzara a codificar la responsabilidad de las organizaciones internacionales⁹. Asimismo, en el ámbito de la codificación privada se han desarrollado una serie de importantes trabajos sobre esta materia en los últimos años. Así, el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional llevó a cabo un importante y precursor estudio sobre este tema dirigido por el Profesor PÉREZ GONZÁLEZ, que dio lugar a una Resolución debatida y aprobada en la sesión de San José de Costa Rica, celebrada en 1985¹⁰. Pocos años después, el *Institut de Droit International* abordó una profunda investigación que concluyó en la sesión de Lisboa en 1995¹¹ y que vino a poner en claro con toda su crudeza los delicados problemas jurídicos que el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales encierra. De la misma forma, la *International Law Association* estableció un Comité sobre esta materia en 1996 que concluyó su investigación en 2004, año en el que esta asociación aprobó el Informe *Accountability of International Organizations*¹².

⁹ Resolución n° 56/82 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, apdo. 8. En su 54° período de sesiones (2002), la CDI decidió incluir el tema «Responsabilidad de las organizaciones internacionales» en su programa de trabajo y nombró Relator Especial del tema al Profesor Giorgio GAJA, doc. A/57/10, apdos. 461-463. En el mismo período de sesiones, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre el tema, el cual estudió sucintamente el alcance del tema y sus relaciones con el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado. Entre 2003 y 2009, la CDI ha examinado siete informes del Relator Especial GAJA y aprobado provisionalmente la primera lectura del proyecto, compuesto de 66 artículos, doc. A/64/10, pp. 15-201.

¹⁰ PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Las Organizaciones internacionales y el Derecho de la responsabilidad», Anteproyecto de ponencia para el XIV Congreso del IHLADI, San José de Costa Rica, 22-29 de marzo de 1985.

¹¹ «The Legal Consequences for Member Status of the Non-Fulfillment by International Organizations of Their Obligations toward Third Parties», *Annuaire IDI*, vol. 66-I, 1995, pp. 249 y ss. De la Relatora de este Informe, Rosalyn HIGGINS, puede verse, asimismo: «The Responsibility of States members for the Defaults of International Organizations: Continuing the Dialogue», en SCHLEMMER-SCHULTE, S. / TUNK, K. Y. (eds.): *Liber Amicorum Ibrahim F. I. Shihata*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston-New York, 2001, pp. 441 y ss.

¹² El Informe *Accountability of International Organizations*, aprobado por la International Law Association en la Conferencia de Berlín, en 2004, puede consultarse en *International Organizations Law Review (IOLR)*, vol. 1-2004, pp. 221-293.

¿Qué ha podido cambiar para que este tema, obviado durante muchas décadas, acapare repentinamente la atención de estos órganos codificadores? Aparte de un cierto mimetismo con los desarrollos de la CDI tras la codificación del Derecho de los tratados¹³, la novedad que se presenta en nuestros días creemos que reside en el creciente protagonismo y las funciones cada vez más importantes que las organizaciones están asumiendo y desarrollando en la sociedad internacional. En efecto, que en los últimos tiempos se esté prestando mucha más atención a la necesidad de articular y especificar el régimen de responsabilidad de las organizaciones internacionales no se debe, pensamos, a que estas entidades hayan empezado a cometer hechos ilícitos que necesiten ser objeto de un reproche social; sino más bien al hecho de que han empezado a desarrollar funciones de importancia fundamental para la Sociedad internacional, lo cual conlleva el riesgo de que algún día las operaciones no se desarrollen como fueron proyectadas, planteándose entonces el tema de la responsabilidad de forma más urgente de lo que lo había sido hasta ahora. Todo ello quiere decir que resulta indispensable y perentorio desde el punto de vista del Derecho internacional tratar de establecer los principios que deben guiar el régimen jurídico aplicable a las relaciones de responsabilidad de las organizaciones internacionales, tratando con ello de hacer posible el control de estas entidades. Este es el tema central al que dedicaremos este trabajo, que tendrá como hilo conductor el proyecto que está elaborando la CDI sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales tratando de abordar los principales fundamentos de atribución de hechos ilícitos internacionales a estas entidades. Con esta intención, abordaremos en los epígrafes siguientes el vínculo orgánico como factor de atribución del hecho ilícito a la organización internacional, el control efectivo en el supuesto de órganos o agentes cedidos a la organización, la responsabilidad de los miembros debido a la falta de vigilancia de las actividades de la organización y, finalmente, la administración internacionalizada de territorios y el control ejercido por las organizaciones internacionales.

¹³ Como se recordará, el proyecto de artículos de la CDI de 1982 sobre el Derecho de los tratados concluidos entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales, que condujo al Convenio de Viena de 1986, estuvo precedido por el estudio del Derecho de los Tratados concluidos entre Estados, que condujo al Convenio de Viena de 1969.

2. EL VÍNCULO ORGÁNICO COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN DEL HECHO ILÍCITO A LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL.

En principio, la existencia de una relación funcional entre la organización y las actividades de sus órganos o agentes es una condición necesaria para la atribución de su conducta a la organización a la que sirven. Si bien algunas disposiciones de la Carta de Naciones Unidas utilizan el término «órganos», cuando la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha examinado la condición de las personas que actúan en nombre de Naciones Unidas, sólo ha concedido importancia al hecho de que un órgano de esta organización hubiera conferido funciones a una persona. La Corte ha utilizado el término «agentes» sin considerar esencial que esa persona tuviera o no una condición oficial¹⁴. Siguiendo esta laxitud, el art. 5 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales establece la norma general de atribución, estableciendo que:

«El comportamiento de un órgano o un agente de una organización internacional en el ejercicio de las funciones de ese órgano o agente se considerará hecho de esa organización según el Derecho internacional, cualquiera que sea la posición del órgano o el agente respecto de la organización»¹⁵.

¹⁴ En su Dictamen *Indemnización de los daños sufridos al servicio de Naciones Unidas*, la CIJ observó que la cuestión abordada por la Asamblea General se refería a la capacidad de Naciones Unidas para presentar una reclamación en caso de daños ocasionados a uno de sus agentes, señalando: «La Corte entiende el término ‘agente’ en el sentido más liberal, es decir, cualquier persona, sea o no funcionario remunerado y tenga o no un contrato permanente, a la que un órgano de la organización le haya encomendado el desempeño de una de sus funciones o la colaboración en dicha tarea, en resumen, toda persona que actúe en nombre de un órgano de la organización», Dictamen de 11 de abril de 1949, *CIJ Rec. 1949*, p. 177. Asimismo, en su Dictamen *Aplicabilidad del art. VI, sección 22, del Convenio sobre privilegios e inmunidades de Naciones Unidas*, la Corte señaló: «En la práctica, de conformidad con la información facilitada por el Secretario General, Naciones Unidas ha tenido ocasión de encomendar misiones de naturaleza cada vez más diversa a personas que no son funcionarios de Naciones Unidas», Dictamen de 15 de diciembre de 1989, *CIJ Rec. 1989*, p. 177 (194), apdo. 48. Más recientemente, en su Dictamen *Controversia sobre la inmunidad de jurisdicción de un Relator especial de la Comisión de Derechos Humanos*, señaló: «La cuestión de la inmunidad judicial es distinta de la cuestión de la indemnización por daños ocasionados como resultado de actos realizados por Naciones Unidas o por sus agentes que actúen a título oficial», Dictamen de 29 de abril de 1999, *CIJ Rec. 1999*, p. 62 (88), apdo. 66.

¹⁵ El comentario de esta disposición puede encontrarse en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/59/10)*, pp. 115-122. Según la CDI, la naturaleza jurídica de la persona o entidad no es decisiva para la atribución del comportamiento, ni tampoco que se trate de una persona física o jurídica, doc. A/59/10, Capítulo V, p. 118, apdo. 6. De ahí que el párrafo segundo del proyecto de art. 4 especifique que: «A los efectos del párrafo 1, el término ‘agente’

En la práctica, tanto los órganos como los agentes están unidos por un vínculo orgánico formal a la organización a la que sirven¹⁶, situación que es particularmente clara para los órganos principales y subsidiarios, cuyo lugar y función en el seno la estructura de una organización se encuentra definida en el acto constitutivo o en actos de Derecho derivado como las resoluciones que crean esos órganos subsidiarios. Lo mismo ocurre con los funcionarios de la organización cuyo vínculo orgánico se encuentra establecido por lo general en un instrumento específico, ya sea un estatuto, un reglamento de personal o un texto similar¹⁷.

comprende a los funcionarios y a otras personas o entidades por medio de las cuales la organización actúa (...)).»

¹⁶ Obsérvese que el art. 1 Convenio sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado define la categoría de personal de Naciones Unidas como las personas directamente contratadas por esta organización o sus organismos especializados. El personal asociado comprende a las personas asignadas por un Gobierno o por una organización intergubernamental o no gubernamental en virtud de un acuerdo con el Secretario General de Naciones Unidas para realizar actividades en apoyo del cumplimiento del mandato de una operación de Naciones Unidas. La expresión operación de Naciones Unidas se define como una operación establecida por el órgano competente de Naciones Unidas y realizada bajo su control y autoridad. Estas operaciones son las que están destinadas a mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales y las que impliquen un «*riesgo excepcional para la seguridad del personal*». Hay que señalar también que los acuerdos que regulan el estatuto de las fuerzas en el Estado receptor (SOFA) fueron concebidos originariamente para regular el estatuto del personal militar y de policía civil preservando su autonomía frente a las autoridades locales. No obstante, como observa ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Paz y Derechos humanos: una nueva dimensión de las operaciones para el mantenimiento de la paz», *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, Vitoria, 1996, pp. 47-102 (96); dicho estatuto protector no se aplica en todos los casos al personal civil, especialmente, cuando se trata de funcionarios de contratación local, lo que en su opinión puede introducir confusión sobre su naturaleza y perjudicar su autonomía e independencia, así como su capacidad operativa, afirmación que cobra todo su significado en el marco de los ataques padecidos en los últimos años por el personal integrado en estas operaciones, que afecta tanto a los contingentes militares como al personal civil y que motivó la adopción por la Asamblea General del Convenio sobre la seguridad del personal de las operaciones de Naciones Unidas. Sobre el tema puede ser muy esclarecedora la lectura de la monografía de PONS RAFOLS, X.: *Los expertos y las personas que tienen relaciones oficiales con la ONU*, PPU, Barcelona, 1994, pp. 94-107, así como *Les agents internationaux*, Société Française pour le Droit International – Colloque d'Aix-en-Provence, Pedone, Paris, 1984.

¹⁷ También puede ocurrir que este vínculo figure en instrumentos específicos para la ejecución de ciertas actividades particulares de la organización. Este sería el caso de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas, cuyos estatutos prevén sistemáticamente que: «[la] operación de mantenimiento de la paz, en tanto que órgano subsidiario de la ONU, se benefician del estatuto, de los privilegios y de las inmunidades de la ONU (...)).», Modelo de acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas entre la Organización de Naciones Unidas y los países receptores, apdo. 15, anexo al Informe del Secretario General sobre el estudio de conjunto de todas las cuestiones de las operaciones de mantenimiento de la paz, doc. A/45/594, de 9 de octubre de 1990.

Al igual que para los Estados, el tipo de competencias ejercidas por el órgano o agente carece de importancia, al igual que el lugar que ocupan en el seno de la jerarquía de la organización¹⁸, siendo necesario distinguir la capacidad de expresar la voluntad de la organización en el plano internacional, que no se reconoce más que a ciertos órganos investidos de la competencia de representación en el plano externo, y la capacidad para comprometer la responsabilidad de la organización por un hecho ilícito, que posee todo individuo o grupo mediante el que la organización actúa.

En el párrafo 2 del proyecto de art. 5 se indica que las reglas de la organización son en principio el parámetro por el que se determinan esas funciones. Sin embargo, en el comentario de la CDI sobre esta disposición, se explica que «*se deja abierta la posibilidad de que, en circunstancias excepcionales, se considere que determinadas funciones han sido conferidas a un órgano o agente aun cuando no pueda decirse que esa asignación se basa en las reglas de la organización*»¹⁹, lo que parece sugerir el supuesto de los denominados órganos *de facto*, es decir, personas, grupos o expertos en misión que actúan en realidad siguiendo instrucciones o bajo la dirección o el control de una organización²⁰, es decir, cuando la organización externaliza la realización de algunas de sus actividades operativas a través de contratos de asistencia técnica con terceros, aunque las mismas actividades puedan ser realizados por funcionarios de la propia organización²¹.

Debe señalarse, finalmente, que es indispensable que el hecho ilícito se inscriba en el marco de las funciones oficiales del agente y no en su esfera privada, aunque esto no impide que los actos cometidos por un agente sobrepasando sus competencias (*ultra vires*) sean igualmente atribuidos a la organización debido precisamente al vínculo que continúa uniendo tales actos al funcionamiento mismo de la organización²².

¹⁸ PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «Les organisations internationales et le droit de la responsabilité», *RGDIP*, 1988, pp. 65 y ss. (81).

¹⁹ Doc. A/64/10. La OIT y la UNESCO expusieron ciertas dudas por considerar que esta definición era demasiado amplia, dado que no sólo se aplicaría a los funcionarios y expertos en misión, sino de forma general a «otras personas o entidades por medio de las cuales la organización actúa», doc. A/CN.4/568/Add.1, pp. 10-11.

²⁰ Informe de la CDI sobre el trabajo de su 56º período de sesiones (3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2004), doc. A/59/10, Capítulo V, comentario al art. 4, apdo. 13.

²¹ Sobre la inmunidad concedida a estos agentes y la necesidad de establecer recursos adecuados para que las víctimas de los hechos ilícitos por ellos cometidos puedan reclamar a la organización puede verse el reciente trabajo de MILLER, A. J.: «United Nations Experts on Mission and their Privileges and Immunities», *IOLR*, Vol. 4-2007, n° 1, pp. 11-56.

²² Vid. art. 7 del proyecto relativo a la extralimitación en la competencia o la contravención de instrucciones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/64/10)*.

3. EL CONTROL EFECTIVO COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN EL SUPUESTO DE ÓRGANOS O AGENTES CEDIDOS A LA ORGANIZACIÓN.

La posibilidad de imputar un hecho ilícito a una organización no se limita a las situaciones en las que existe un vínculo orgánico formal entre esta entidad y el autor material del hecho ilícito, sino que debe abarcar también los comportamientos de personas que formalmente no se encuentran unidas a la organización pero sobre las que aquella ejerce un control efectivo, circunstancia bastante habitual en la práctica dada la escasa capacidad material que caracteriza a todas las organizaciones internacionales, lo cual les obliga a reclamar la contribución de medios por parte de sus miembros para asegurar la correcta ejecución de los objetivos que les han sido encomendados. Se trata de supuestos en los que un Estado miembro pone sus órganos o agentes a disposición de la organización para la ejecución de sus funciones, aunque sigan perteneciendo a la estructura orgánica del sujeto cedente y sometido en ciertos ámbitos a su potestad. El ejemplo paradigmático de este supuesto son los contingentes militares que un Estado miembro pone a disposición de Naciones Unidas para una operación de mantenimiento de la paz, ya que el Estado conserva su potestad disciplinaria y su competencia penal respecto de los miembros de ese contingente²³.

En este supuesto, la práctica pone de manifiesto que es el criterio del control que la organización desarrolla sobre el órgano o agente cedido el principio que rige la atribución del hecho ilícito a la organización internacional. Encontramos una evocadora ilustración de esta regla en el diferente tratamiento reservado a las reclamaciones formuladas en el marco de las operaciones que Naciones Unidas se ha limitado a autorizar en virtud del Capítulo VII de la Carta, sin implicarse materialmente; y, de otro lado, las operaciones de mantenimiento de la paz desarrolladas bajo su control efectivo. Las intervenciones en la guerra de Corea en 1950 o, más recientemente, en la guerra del Golfo fueron realizadas por coaliciones de Estados en virtud de una habilitación del Consejo de Seguridad. En el primero de estos conflictos, ciertos vínculos meramente formales unía la coalición de Estados con Naciones Unidas, dado que las fuerzas desplazadas en Corea fueron autorizadas a llevar las insignias propias de la organización y el marco general de su acción fue fijado primero por el Consejo de Seguridad

²³ Esta circunstancia suele quedar especificada en el acuerdo que las Naciones Unidas celebra con el Estado contribuyente, vid. Informe del Secretario General, doc. A/49/681, apdo. 6.

y, después, por la Asamblea General²⁴. Pero a pesar de estos signos aparentes, la fuerza presente en ese país estaba al mando de Estados Unidos, no de Naciones Unidas, que se había limitado a autorizar la operación. Se trataba, en consecuencia, de una alianza militar tradicional, no de una fuerza de Naciones Unidas entendida en el sentido del Capítulo VII de la Carta en sus arts. 42 y siguientes. Por ello, a pesar de la vinculación aparente que esos signos formales podían suponer con la organización, las violaciones del Derecho internacional cometidas durante el conflicto²⁵ debían atribuirse a Estados Unidos y no a Naciones Unidas, dado que era este país el que ejerció el control completo de las operaciones militares desarrolladas sobre el terreno, mientras que el papel de la organización se limitó esencialmente a dar cobertura política a la operación²⁶. De igual forma, los actos ilícitos

²⁴ Vid. Resolución de la Asamblea General n° 498 (V), de 1 de febrero de 1951.

²⁵ Se trataba esencialmente de violaciones del *ius ad bellum*, dado que las fuerzas coaligadas habían atacado varias instalaciones civiles y militares en territorio chino, así como embarcaciones de este país y aviones soviéticos, a pesar de que ninguno de estos dos países eran partes, al menos formalmente, en el conflicto. Además, usaron ilícitamente armas bacteriológicas y químicas, vid. las protestas presentadas por China, docs. A/1410, de 29 de septiembre de 1950; A/1415, de 30 de septiembre de 1950; así como las protestas soviéticas, docs. A/1416, de 30 de septiembre de 1950 y A/1419, de 2 de octubre de 1950. Estados Unidos trató de endosar su responsabilidad a Naciones Unidas basándose en el mandato del Consejo de Seguridad establecido en la Resolución de 7 de julio de 1950, mientras que el Consejo de Seguridad rechazó la reclamación por ausencia de pruebas. Con respecto a China, no obstante, el Gobierno de Estados Unidos aceptó finalmente: «(...) asumir la responsabilidad por los daños que una investigación imparcial sobre el terreno pueda demostrar que hubieran sido causados por las fuerzas de Estados Unidos y pagar indemnizaciones a través de Naciones Unidas», vid. Carta de fecha 26 de septiembre de 1950, doc. S/1813. El representante de Estados Unidos había negado la responsabilidad con respecto a una reclamación anterior similar, doc. S/1722, alegando que el comportamiento debía atribuirse a «las Naciones Unidas en Corea», doc. S/1727. El Gobierno de Estados Unidos también lamentó «que las fuerzas estadounidenses bajo mando de Naciones Unidas se hubiesen visto envueltas» en la violación de la soberanía soviética y declaró que estaba «dispuesto a proporcionar fondos para pagar los daños ocasionados a bienes soviéticos, según se determine a través de una comisión de Naciones Unidas u otro procedimiento apropiado», vid. Nota de fecha 19 de octubre de 1950 dirigida al Secretario General por el representante de Estados Unidos, doc. S/1856. Se trataba de crear una comisión de investigación sobre la base del art. 34 de la Carta, aunque jamás fue creada, por lo que en la práctica nunca fue resuelta la ficción del endoso de esta acción militar a Naciones Unidas. Es cierto, no obstante, que a veces los Estados contestan su responsabilidad, aunque aceptan pagar el montante de la reparación al Estado lesionado a través de la intermediación de Naciones Unidas, vid. SEYERSTED, F.: *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1966, pp. 110 y ss.; DI BLASE, A.: «Sulla responsabilità internazionale per attività dell'ONU», *Riv. DI*, 1974, pp. 250 y ss. (267-268).

²⁶ Vid. en este sentido, Tercer Informe del Relator Especial Roberto AGO sobre la responsabilidad de los Estados, *Annuaire CDI*, 1971, vol. II, 1ª parte, p. 287, apdo. 211; así como BAXTER, R.: «Constitutional Forms and Some Legal Problems of International Military Command», *BYIL*, 1952, pp. 334 y ss. (334); BINDSCHIEDLER, R.: «La délimi-

cometidos por las fuerzas coaligadas durante la primera guerra del Golfo debían atribuirse al Estado bajo cuya dirección actuaron. En este supuesto, ni siquiera un vínculo simbólico como la bandera de Naciones Unidas establecía un nexo entre la coalición de Estados y la organización, la cual se limitó a autorizar el empleo de la fuerza en el conflicto²⁷. A falta de un control efectivo por parte Naciones Unidas sobre la operación, estaba claro que las violaciones del Derecho internacional cometidas durante el conflicto no debían atribuirse a la organización²⁸.

A diferencia de estas intervenciones, las operaciones establecidas por el Consejo de Seguridad o la Asamblea General bajo el control efectivo de Naciones Unidas son órganos subsidiarios de la organización. Y a pesar de que también implican el uso de medios militares nacionales en el marco de una acción multilateral, los contingentes nacionales están en última instancia bajo el mando de la organización, que ejerce el control

tation des compétences des Nations Unies», *RCADI*, 1963-1, vol. 108, pp. 356 y ss.; FREEMAN, A.: «Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces», *RCADI*, 1955-II, vol. 88, pp. 357 y ss.; DI BLASE, A.: «Sulla responsabilità internazionale...», p. 267; HIRSCH, M.: *The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles*, Nijhoff, Dordrecht, 1995, pp. 68-69; VERPLAETSE, J.: «*Ius in bello* and Military Operations in Korea 1950-1953», *ZaöRV*, 1963, pp. 687-688. No obstante, varios autores han estimado que los vínculos que unían la coalición de Estados con Naciones Unidas habrían sido suficientes para atribuir la responsabilidad a la organización, vid. BOWETT, D. W.: *United Nations Forces – A Legal Study of United Nations Practice*, Stevens & Sons, London, 1964, pp. 57 y ss.; SOREL, J.-M.: «La responsabilité des Nations Unies dans les opérations de maintien de la paix», *International Law Forum du Droit International*, vol. 3-2001, pp. 127-138 (130); TAUBENFELD, H.: «International Armed Forces and the rules of War», *AJIL*, 1951, pp. 675-676; WEISSBERG, G.: *The International Status of the United Nations*, Oceana / Stevens & Sons, London / New-York, 1961, pp. 29 y 80.

²⁷ Sobre esta ausencia de vínculo institucional en el marco de la coalición reunida en aquel conflicto, vid. VERHOEVEN, J.: «États alliés ou Nations Unies? L'ONU face au conflit entre l'Irak et le Koweït», *AFDI*, 1990, pp. 179-184. La no atribución a Naciones Unidas de los hechos ilícitos cometidos es defendida por AMERASINGHE, C. F.: *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 244. Para otros ejemplos en relación con Naciones Unidas, vid. Segundo Informe del Relator Especial Giorgio GAJA sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, doc. A/CN.4/541, de 2 de abril de 2004, apdos. 33 y ss.

²⁸ Y basándose sobre este mismo principio, Naciones Unidas rechazó la atribución de los eventuales hechos ilícitos cometidos por el contingente francés desplegado en Ruanda en junio de 1994 en el marco de la operación «Turquesa». Como se recordará, el 22 de junio de 1994, conforme al Capítulo VII de la Carta y en virtud de la Resolución nº 929 (1994), el Consejo de Seguridad autorizó a los Estados Miembros para que realizaran una operación en Ruanda haciendo uso de todos los medios necesarios y lograr así sus objetivos humanitarios, que actuarían de forma paralela a la UNAMIR. La iniciativa fue propuesta y ejecutada por Francia, que trató de crear una zona de protección humanitaria en el sudoeste de este país, en el triángulo Cyangu-Kibuye-Gikongoro.

efectivo de las acciones desarrolladas sobre el terreno²⁹. De este modo, aunque el personal militar que los Estados miembros ponen bajo el mando de Naciones Unidas permanece al servicio de su país, durante el período de su misión en la fuerza se considera personal internacional sujeto a la autoridad de Naciones Unidas y a las instrucciones del comandante de la fuerza. Dada su condición de órgano subsidiario de Naciones Unidas, el acto de una fuerza de mantenimiento de la paz será atribuido a la organización y si se ha realizado infringiendo una obligación internacional, entrañará su responsabilidad internacional y su obligación de reparar. Y ello con independencia de que los acuerdos entre Naciones Unidas y los Estados que aportan contingentes dividan su responsabilidad si cometen algún hecho ilícito³⁰, puesto que estos acuerdos no son oponibles a terceros Estados³¹ como la propia organización ha reconocido³². Por tanto, frente a terceros Estados y particulares, cuando la organización es responsable debe reparar en primer lugar, aunque luego podrá repetir contra el Estado que aportó el contingente para que reembolse los costes

²⁹ Esta circunstancia en general queda especificada en el acuerdo que las Naciones Unidas celebra con el Estado contribuyente. Vid. el Informe del Secretario General «Mando y control de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas», doc. A/49/681, de 21 de noviembre de 1994, apdo. 6.

³⁰ Los acuerdos entre Naciones Unidas y los Estados que aportan contingentes contienen una cláusula uniforme sobre la responsabilidad frente a terceros que define las respectivas responsabilidades de la organización y los Estados contribuyentes en caso de pérdida, daño, lesión o muerte ocasionados por el personal o el equipo de ese Estado. El art. 9 del modelo de memorando de entendimiento entre Naciones Unidas y [el Estado participante] que aporta recursos a [la operación de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas] prevé al respecto: «*Las Naciones Unidas serán responsables de tramitar las reclamaciones de terceros en los casos en que el personal o el equipo proporcionado por el Gobierno en el cumplimiento de servicios o cualquier otra actividad u operación con arreglo al presente memorando hayan provocado la pérdida o daño de bienes de su propiedad, o muertes o lesiones personales. No obstante, si la pérdida, el daño, la muerte o las lesiones se deben a negligencia grave o a una falta intencional del personal proporcionado por el Gobierno, el Gobierno será responsable de las reclamaciones*», vid. Informe del Secretario General sobre la reforma del procedimiento de determinación de los reembolsos a los Estados Miembros que aportan contingentes por el equipo de su propiedad, doc. A/51/967.

³¹ Contra parece mostrarse REMIRO BROTONS, A. (et al.): *Derecho internacional*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 781, quien señala que habrá que estar a lo que hayan acordado las partes. Pero, en realidad, como señala MARÍÑO MENÉNDEZ, F. M.: *Derecho internacional público*, Trotta, Madrid, 1993, p. 451; estos acuerdos son para terceros *res inter alios acta*. Ahora bien, dada la práctica universalidad de Naciones Unidas, tal vez sea prácticamente imposible encontrar un tercero ajeno a la organización y, por tanto, no influido de alguna forma por la fuerza jurídica del acuerdo.

³² Al señalar que aunque esos acuerdos dividan la responsabilidad, no son oponibles a terceros Estados, doc. A/CN.4/545, p. 19.

sobre la base del acuerdo concertado entre ellos³³. Así, en la operación de para el Mantenimiento de la paz desarrollada por Naciones Unidas en el Congo (FONUC) y a raíz de los daños sufridos por los ciudadanos belgas como consecuencia de las actividades realizadas en el marco de esta operación, la organización aceptó su responsabilidad internacional derivada de estas acciones tras el ejercicio por Bélgica de la protección diplomática de sus nacionales³⁴. Naciones Unidas admitió que se trataba de una responsabilidad por los actos realizados por sus agentes, a pesar de que el contingente pertenecía, como en el resto de operaciones, a va-

³³ En respuesta a una pregunta formulada por la CDI en su Informe de 2003, en el que preguntó a los gobiernos «[la] medida [en que] el comportamiento de una fuerza de mantenimiento de la paz es atribuible al Estado que ha aportado dichas fuerzas y [la medida] en que [...] es atribuible a las Naciones Unidas», doc. A/58/10, Cap. III, secc. A, apdo. 27, los delegados de diferentes Estados sostuvieron en la Sexta Comisión de la Asamblea General que el comportamiento de las fuerzas de mantenimiento de la paz debía atribuirse generalmente a Naciones Unidas, vid. declaraciones de Dinamarca en nombre de los países nórdicos, doc. A/C.6/58/SR.14, apdo. 27; Austria, *ibíd.*, apdo. 33; Italia, *ibíd.*, apdo. 46; Canadá, doc. A/C.6/58/SR.15, apdo. 3; Gabón, *ibíd.*, apdo. 5; Grecia, *ibíd.*, apdo. 13; Israel, *ibíd.*, apdo. 21; Rusia, *ibíd.*, apdo. 31; España, *ibíd.*, apdo. 41; Belarús, *ibíd.*, apdo. 43; Egipto, doc. A/C.6/58/SR.16, apdo. 2; y Méjico, doc. A/C.6/58/SR.21, apdo. 48. Sin embargo, algunas delegaciones también pensaban que, en determinados casos, la atribución debía hacerse de manera concurrente, vid. declaraciones de Dinamarca, doc. A/C.6/58/SR.14, apdo. 28; Grecia, doc. A/C.6/58/SR.15, apdo. 13; e Israel, *ibíd.*, apdo. 21. O bien, exclusivamente al Estado que aporta los contingentes, Austria, A/C.6/58/SR.14, apdo. 33; Italia, *ibíd.*, apdo. 46; Canadá, doc. A/C.6/58/SR.15, apdo. 3; Gabón, *ibíd.*, apdo. 5; Israel, *ibíd.*, apdo. 21; Rusia, *ibíd.*, apdo. 31; Bielorrusia, *ibíd.*, apdo. 43; y Egipto, doc. A/C.6/58/SR.16, apdo. 2.

³⁴ Vid. los acuerdos de indemnización que celebró Naciones Unidas con Bélgica, *UNTS*, vol. 535, p. 191; Grecia, *ibíd.*, vol. 565, p. 3; Italia, *ibíd.*, vol. 588, p. 197; Luxemburgo, *ibíd.*, vol. 585, p. 147; y Suiza, *ibíd.*, vol. 564, p. 193; así como los trabajos de BOWETT, D. W.: *United Nations Forces...*, p. 245; SALMON, J.: «Les accords Spaak-U Thant du 20 février 1965», *AFDI*, 1965, pp. 488 y ss. (482). Habiendo sido conformado después por una práctica constante, vid., a propósito de la Fuerza de Protección de Naciones Unidas en la Antigua Yougoslavia, GUILLAUME, M.: «La réparation des dommages causés par les contingents français en ex-Yougoslavie et en Albanie», *AFDI*, 1997, p. 151; y de forma general, el apdo. 7 del Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre los aspectos administrativos y presupuestarios de la financiación de las operaciones de mantenimiento de la paz, doc. A/51/389, apdo. 1, en el que admite expresamente que esto refleja una práctica bien establecida. Sobre este último punto, vid., asimismo, SHRAGA, D.: «UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-related Damage», *AJIL*, 2000, pp. 406 y ss. (412).

rios Estados contribuyentes³⁵; y la misma práctica puede observarse en operaciones posteriores³⁶.

La importancia de estos ejemplos desde el punto de vista de la responsabilidad internacional radica en el hecho de que mientras que en unos casos Naciones Unidas tenía el control de las operaciones, en otros, se trataba de fuerzas que aunque desplegadas en nombre de esta organización estaban controladas y dirigidas por una alianza de Estados. En todos estos supuestos, la atribución de los eventuales hechos ilícitos internacionales resultará de la aplicación estricta del criterio del control ejercido sobre la fuerza en el momento en que aquellos se cometieron.

Teniendo en cuenta esta práctica en el desarrollo de las intervenciones y operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas, la CDI ha retenido en el proyecto de artículo 6 el criterio del control efectivo como factor de atribución de un comportamiento a una organización internacional en el supuesto de órganos o agentes cedidos:

«El comportamiento de un órgano de un Estado o de un órgano o un agente de una organización internacional que haya sido puesto a disposición de otra organización internacional se considerará hecho de esta última organización según el Derecho internacional si ésta ejerce un control efectivo sobre ese comportamiento»³⁷.

³⁵ Puede verse una relación de los Estados que ofrecieron sus ejércitos a Naciones Unidas para el desarrollo de las operaciones de paz durante las dos primeras décadas de existencia en ZOLLER, E.: «Le principe de la répartition géographique dans la composition des forces des Nations Unies», *AFDI*, 1975, pp. 503 y ss. La bibliografía existente en relación con las operaciones de mantenimiento de la paz y cuestiones conexas es muy amplia. A título de ejemplo, puede verse, ABELLÁN HONRUBIA, V.: «La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: fundamento jurídico y discrecionalidad política», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Estudios en homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 3-18»; CARRILLO SALCEDO, J. A.: «Los fundamentos de la paz en la acción de las Naciones Unidas: Derechos humanos, acción humanitaria y desarrollo», *Colección Escuela Diplomática*, 1995, n° 2, pp. 41-60; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Paz y Derechos humanos...», pp. 47-102; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Análisis de la legislación extranjera en relación con las misiones de las fuerzas armadas en tiempo de paz», *Cuadernos de estrategia*, 2002, n° 116, 2002 pp. 63-92; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: «Las operaciones de mantenimiento de la paz: aspectos actuales», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (ed.): *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Universidad Carlos III de Madrid / BOE, Madrid, 1996, pp. 189 y ss.; VACAS FERNÁNDEZ, F.: *Las operaciones de mantenimiento de la paz y el principio de no intervención*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

³⁶ Vid., en general, el Informe del Secretario General sobre la financiación de las operaciones de mantenimiento de la paz, doc. A/51/389, p. 5, apdos. 7-8.

³⁷ Por lo que respecta al comentario a este artículo, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones*, Suplemento n° 10, doc. A/64/10.

Si a continuación nos preguntamos por la naturaleza del control retenido por la CDI podemos ver que la disposición habla de control «efectivo» y no de un control «general», lo que concuerda con el tipo de control exigido en su anterior proyecto sobre la responsabilidad del Estado por la comisión de hechos ilícitos internacionales en el caso de comportamientos de particulares que actúan bajo la dirección o el control del Estado³⁸. No se trata de una cuestión meramente teórica porque en la jurisprudencia internacional contemporánea ha sido objeto de dos posiciones antagónicas³⁹. De un lado, el criterio de la efectividad, defendido por la CIJ⁴⁰; y, de otro, la postura sustentada por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia⁴¹ y por

³⁸ Art. 6 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por la comisión de hechos ilícitos internacionales. El comentario de la CDI sobre esta disposición puede encontrarse en *Yearbook ILC*, 2001, vol. II, 2ª parte, pp. 44 y ss.

³⁹ La cuestión ha sido objeto de un amplio y depurado análisis con respecto a la responsabilidad de los Estados por GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El hecho ilícito internacional*, Universidad Autónoma de Madrid – Dykinson, Madrid, 2005, pp. 96-99.

⁴⁰ En su Sentencia sobre el fondo en el asunto *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la CIJ consideró probado la implicación general del Gobierno de Estados Unidos en los comportamientos de la contra, pero no aceptó el criterio del control general para atribuir a ese país todos los actos de esos grupos. En particular, la CIJ rechazó la atribución, en aplicación de la tesis del control global, de los hechos contrarios al Derecho internacional humanitario que tales fuerzas habían cometido. La Corte señaló: «*Todas las formas de participación de Estados Unidos (...) mencionadas, e incluso el control general por el Estado demandado sobre una fuerza que depende en gran medida de ese Estado, no implicarían por sí solas, sin pruebas adicionales, que Estados Unidos dirigió u ordenó la perpetración de actos contrarios a los Derechos humanos y al Derecho humanitario (...) Es muy posible que esos actos hayan sido cometidos por miembros de la contra sin el control de Estados Unidos. Para que ese comportamiento dé lugar a la responsabilidad jurídica (...) debe probarse que ese Estado ejercía un control efectivo de las operaciones (...)*», Sentencia de 27 de junio de 1986, *CIJ Rec.* 1986, p. 64, apdo. 115.

⁴¹ La tesis del control global o general ha sido afirmada en diversos asuntos por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia. Así, por ejemplo, la Sala de Apelaciones de este Tribunal en su fallo de 15 de julio de 1999 en el asunto *Tadic* (IT-94-1-A) se apartó de la jurisprudencia de la CIJ en el asunto *Actividades militares en Nicaragua* considerando que el criterio adecuado para calificar tanto el carácter internacional del conflicto armado en Bosnia-Herzegovina, como para atribuir a la antigua República Federativa de Yugoslavia los actos cometidos por los serbios de Bosnia debía ser el «control global» ejercido, *ibíd.*, apdo. 145. Además, sobre este mismo fundamento la Sala de Apelaciones llegó a la conclusión de que la RFY era responsable de los actos cometidos por los serbios de Bosnia debido al control general que ejercía sobre la República Srpska y la VRS (soldados del Ejército de los Serbios de Bosnia, *Vojska Republike Srpske*), sin que fuera necesario probar que cada operación en que se vulneró el Derecho internacional fue ejecutada siguiendo las instrucciones o bajo el control efectivo de la RFY. El Tribunal consideró inadecuado el criterio del «control efectivo», que sólo es pertinente, según este órgano, para un acto específico de un individuo aislado o de un grupo desorganizado de individuos, pero no en relación con grupos organizados y jerárquicamente estructurados. Vid., asimismo, los fallos recaídos por la Trial Chamber de este Tribunal en los asuntos *Fiscal / Ivica Rajic*, n° IT-95-12, Decisión de 13 de septiembre de 1996, apdos. 9-32, www.un.org/icty; *Fiscal / Tihomir Blaskic*, n° IT-95-

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴² en varios fallos, partidarios

14-A, Decisión de 3 de marzo de 2000, apdos. 73-123, en *www.un.org/icty*; y *Fiscal / Zlatko Abksovski*, IT-95/14/I-A, Decisión de 24 de marzo de 2000; en los que el Tribunal utilizó nuevamente la teoría del control general, imputando a Croacia los hechos de entidades procroatas como el Consejo de Defensa Croata y la Comunidad Croata de Herceg-Bosna llevados a cabo en Bosnia.

⁴² El TEDH se ha decantado por este criterio del control global o general en varios fallos. Así, en el asunto *Loizidou / Turquía* (fondo), STEDH de 18 de diciembre de 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, en el que trató la reclamación presentada por una chipriota contra Turquía por violación de su propiedad privada (art. 1 del Protocolo n° I del CEDH) dado que la ocupación militar del norte de la isla de Chipre, que Turquía estableció en 1974, le impedía acceder a esa zona y aprovechar diversas parcelas de su propiedad. Al precisar el grado de control exigible a Turquía para poder atribuirle los hechos de la República Turca del Norte de Chipre, entidad que la minoría turca de la isla creó unilateralmente en 1983 en la zona de ocupación, el Tribunal afirma: «(...) No es necesario determinar si una Parte contratante ejerce al detalle un control sobre la política y las acciones de las autoridades de la zona situada fuera de su territorio nacional, porque incluso un control global efectivo (*effective overall control*) sobre este territorio puede comprometer la responsabilidad de esta Parte contratante», STEDH *Loizidou*, *cit.*, apdo. 56. En el mismo sentido puede verse el fallo del TEDH en el asunto *Issa y otros / Turquía*, STEDH de 16 de noviembre de 2004, demanda n° 31821/96, *CEDH* 2001-XI, apdo. 74, donde el TEDH no descartó que Turquía estuviera ejerciendo temporalmente un control global efectivo sobre una parte del territorio del norte de Irak como consecuencia de su acción militar. Es cierto, no obstante, que en todos estos fallos el TEDH suele señalar previamente que el principio pertinente de Derecho internacional es el del control efectivo y sólo cuando lo aplica *in casu* parece ampliar la noción al control global, lo que podría estar motivado por un deseo de dar la mayor garantía posible a los derechos protegidos en el CEDH. Así, por ejemplo, en el asunto *Ilascu y otros / Moldavia y Rusia*, STEDH de 8 de julio de 2004, demanda n° 48787/99, *CEDH* 2004-VII, apdo. 314, el TEDH afirma: «Así como resulta de los principio pertinentes del Derecho internacional, la responsabilidad de un estado puede quedar comprometida cuando tras una acción militar, sea o no legal, ejerce en la práctica un control efectivo sobre una zona situada fue de su territorio nacional. La obligación de asegurar en esa región el respeto de los derechos y libertades garantizados por el Convenio se desprende del hecho de ese control (...)». Y en el mismo sentido se pronuncia en los fallos recaídos en los asuntos *Banković y otros / Bélgica, República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y Reino Unido*, Gran Sala, Decisión sobre la admisibilidad de 12 de diciembre de 2001, demanda n° 52207/99, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-XII, apdo. 79; *Behrami y Saramati / Francia, Alemania y Noruega*, Gran Sala, Decisión sobre la admisibilidad de 2 de mayo de 2007, demandas n° 71412/01 y 78166/01, (aún no publicada en la *Rec.*), apdo. 71; *Ilaj Kazumaj / Grecia*, Gran Sala, Decisión sobre la admisibilidad de 5 de julio de 2007, demanda n° 6974/05, p. 3, en la que consideró que los actos de los soldados griegos y alemanes de la KFOR eran imputables a Naciones Unidas; *Dusan Beric y otros / Bosnia Herzegovina*, Decisión sobre la admisibilidad de 16 de octubre de 2007, en la que consideró que las decisiones del Alto Representante de Naciones Unidas en Bosnia-Herzegovina eran imputables a Naciones Unidas en virtud de la delegación que había realizado el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta, órgano que ejercía un control global de sus actos. En la doctrina, algunos autores han apoyado esta doctrina del control global, *vid.*, por ejemplo, SAROOSHI, D.: *International Organizations and their Exercise Powers of Sovereign Powers*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2005, p. 163; CASSESE, A.: «The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide

del control general. Finalmente, la CIJ parece haber zanjado definitivamente el tema en su reciente fallo de 2007 en el asunto *Aplicación del convenio para la prevención y la represión del crimen de genocidio*⁴³, en el que no sólo rechaza categóricamente la tesis del control global defendido por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia⁴⁴, sino que además critica el pronunciamiento de esta jurisdicción penal, señalando que dada la naturaleza de su jurisdicción su cometido no era pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado⁴⁵, cuestión de Derecho internacional general que excedía el ámbito específico de su competencia⁴⁶. Con todo, la CIJ se afana por separar ambos fallos señalando que el criterio del control global puede ser adecuado para determinar si un conflicto armado presenta o no carácter internacional⁴⁷ e incluso trata de conciliarlos señalando que ambas jurisdicciones no tienen necesariamente que adoptar el mismo criterio para resolver las cuestiones planteadas puesto que son de naturaleza muy diferente, afirmación que parece importante frente a los temores expresados por la doctrina en los últimos tiempos sobre la fragmentación del Derecho internacional debido a la multiplicación de jurisdicciones internacionales y los riesgos de jurisprudencias contradictorias⁴⁸. Finalmente, la CIJ subraya que el criterio del control global es problemático porque extendería la responsabilidad internacional más allá del principio fundamental que rige este ámbito y que consiste en que un sujeto sólo es responsable de su propio comportamiento, es decir, de las personas que bajo el título que sea

in Bosnia», *EJIL*, vol. 18-2007, pp. 649-668 (667); mientras que otros lo critican, vid. recientemente, KLEIN, P.: «Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: Quelques considérations sur l'arrêt Behrami et Saramati», *Annuaire Français de Droit International*, vol. 53-2007, pp. 43-64 (55); SAURI, A.: «Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases», *Human Rights Law Review*, vol. 8-2008, n° 1, pp. 151-170.

⁴³ CIJ, *Aplicación del convenio para la prevención y la represión del crimen de genocidio*, (Bosnia-Herzegovina / Serbia y Montenegro), fondo, Sentencia de 26 de febrero de 2007, *CIS Rec. 2007*, p. 43, apdo. 401. Sobre este fallo, puede verse CASSESE, A.: «The Nicaragua and Tadic Tests Revisited...», pp. 649-668.

⁴⁴ *Supra*, nota 40.

⁴⁵ CIJ, *Aplicación del convenio para la prevención y la represión del crimen de genocidio*, apdo. 403.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ En este sentido afirma la CIJ: «(...) el grado y la naturaleza de la implicación de un Estado en un conflicto armado que se desarrolla en el territorio de otro, que se exigen para que dicho conflicto sea calificado como internacional podría muy bien, sin que exista ninguna contradicción lógica, ser diferente de los exigidos para que se comprometa la responsabilidad de un Estado debido a un acto particular cometido en el transcurso de ese conflicto», *ibid.*, apdo. 405.

actúan en su nombre, sean órganos oficiales o personas o entidades que se encuentran situados bajo su total dependencia⁴⁹. En opinión de la CIJ, el criterio del control global es inadecuado porque extendería en exceso, hasta romperlo incluso, el vínculo que debe existir entre el comportamiento de los autores del ilícito y el sujeto internacional⁵⁰.

Esta importante jurisprudencia, junto con las opiniones de los Estados en la Sexta Comisión de la Asamblea General⁵¹ y el apoyo doctrinal mayoritario⁵², han llevado a la CDI a incluir en el proyecto de art. 6 el

⁴⁹ *Ibid.*, apdo. 406.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Algunas delegaciones subrayaron la importancia del criterio del control para determinar a que entidad debía atribuirse el comportamiento, Italia, doc. A/C.6/58/SR.14, apdo. 46; Canadá, doc. A/C.6/58/SR.15, apdo. 3; Israel, *ibid.*, apdo. 21; Rusia, *ibid.*, apdo. 31; España, *ibid.*, apdo. 41; Bielorrusia, *ibid.*, apdo. 43; y Méjico, doc. A/C.6/58/SR.21, apdo. 48. Grecia se refirió a «la autoridad y el mando» como criterio para atribuir el comportamiento de las fuerzas de mantenimiento de la paz a las Naciones Unidas, doc. A/C.6/58/SR.15, apdo. 13.

⁵² En su estudio *Accountability of International Organizations*, la International Law Association menciona el criterio del «control efectivo (mando y control operacionales)», *Accountability of International Organizations*, p. 797. Asimismo, la gran mayoría de la doctrina se ha pronunciado claramente a favor del criterio del control «efectivo», vid., entre otros, DE VISSCHER, Ch.: «Observations sur le fondement et le mise en oeuvre du principe de la reponsabilité de l'Organisation des Nations Unies», *Annuaire de Droit et de Science Politique*, vol. XXIII-1963, n° 3, pp. 138 y ss. (123); quien ha destacado hasta que punto este elemento refuerza la cohesión de la acción de Naciones Unidas, observación que puede ser generalizable a cualquier organización internacional, señalando: «Si la responsabilité est à base de contrôle, elle est aussi une garantie en faveur de l'effectivité du contrôle (...) Il est clair, en effet, que si la responsabilité des actes illicites commés par les Forces des Nations Unies devait être mise à charge des États participants, ceux-ci seraient naturellement enclins, soit à refuser de participer aux opérations de maintien de la paix, soit à exiger une maîtrise complète de leurs contingents sur le plan tactique et stratégique. Destinées à des fins d'intérêt commun, les opérations des Forces des Nations Unies dégénéraient ainsi en une multitude d'opérations armées, génératrices d'un état d'anarchie incompatible avec les buts et principes de l'Organisation». Vid., asimismo, AMERASINGHE, C. F.: *Principles of the Institutional Law...*, pp. 241-243; AMRALLAH, B.: «The International Responsibility of United Nations for Activities carried out by UN Peace – Keeping Forces», *Revue égyptienne de droit international*, vol. 32-1976, pp. 57-82; BUTKIEWICZ, E.: «The Premises of International Responsibility of International Organizations», *Polish Yearbook of International Law*, 1981-1982, pp. 119 y ss. (134-135); HIRSCH, M.: *The Responsibility of International Organizations...*, pp. 64-67; KLEIN, P.: *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles - Bruylant, Bruselas, 1998; pp. 379-380; PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «Les organisations internationales...», p. 83; REY ANEIROS, A.: *Una aproximación a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 36; RITTER, J.P.: «La protection diplomatique à l'égard...», p. 442; SCOBIE, I.: «International Organizations and International Relations», en DUPUY, R.-J. (ed.), *A Handbook of International Organizations*, 2ª ed., Nijhoff, Dordrecht / Boston / Londres, 1998, p. 891; SIMMONDS, R.: *Legal Problems Arising from the United Nations Military Operations*, Nijhoff, The Hague, 1968, p. 229; SOREL, J.-M.: «La responsabilité

criterio del control efectivo, codificando según todos estos indicios una norma ya existente. Sin embargo, al invocar al hilo de sus comentarios al proyecto de artículos los principios de responsabilidad internacional por el comportamiento de las fuerzas en las operaciones de mantenimiento de la paz formulados sobre la base de la práctica adquirida por la organización a lo largo de los últimos cincuenta años, la Secretaría de Naciones Unidas estimó que el criterio definitivo no era el control efectivo, sino la dirección ejecutiva y el control, añadiendo que únicamente si la operación de mantenimiento de la paz en su conjunto estaba sujeta a la dirección ejecutiva y al control del Secretario General y dependía bien del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General, la organización debía ser considerada responsable por los eventuales hechos ilícitos cometidos por la fuerza⁵³. Si bien el comentario de la CDI sobre esta disposición parece otorgar importancia a la práctica de Naciones Unidas en el desarrollo de estas operaciones, insiste en que el criterio definitivo es el control efectivo⁵⁴. Y es que el criterio de la dirección ejecutiva y el control a veces no es inescindible como Naciones Unidas parece apuntar, en especial, en aquellos supuestos en los que la dirección y el control es ejercido por distintas organizaciones internacionales⁵⁵.

des Nations Unies...», p. 129. Algunos autores se refieren al «control efectivo» y otros al «control operacional». Este último concepto es utilizado también por CONDORELLI, L.: «Le statut des forces de l'ONU et le droit international humanitaire», *Riv. DI*, 1995, pp. 885 y ss. (887-888), subrayando la dificultad de trazar una frontera entre el control operacional y el organizativo.

⁵³ Doc. A/CN.4/545, p. 18. Hay que tener en cuenta, no obstante, que tratándose del mando y control militar la terminología usada por Naciones Unidas, la OTAN y los Estados no es nada uniforme, vid. SCHMALENBACH, K.: *Die Haftung Internationaler Organisationen im Rahmen von Militäreinsätzen und Territorialverwaltung*, Lang, Frankfurt, 2004, pp. 481-487. Así, por ejemplo, en el caso de la ONUSOM, los documentos hablan de control operacional desarrollado por Naciones Unidas, vid. Informe del Secretario General, doc. S/25354, de 3 de marzo de 1993, apdos. 81 y 85; debido a la terminología militar estadounidense. Con todo, el análisis de los poderes militares ejercidos por Naciones Unidas sobre los contingentes de la ONUSOM II y las afirmaciones del Secretario General muestran que el término «control operativo» (*operational control*) fue entendido como mando operativo (*operational command*).

⁵⁴ El comentario a esta disposición del proyecto, la CDI señala: «(...) cuando se pone un órgano o un agente a disposición de una organización internacional, la cuestión decisiva en relación con la atribución de un comportamiento determinado es, al parecer, quién ejerce efectivamente el control sobre el comportamiento», Informe de la CDI sobre el trabajo de su 56º período de sesiones (3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2004), doc. A/59/10, pp. 125-126, apdo. 7.

⁵⁵ Por ejemplo, en el ámbito de las administraciones territoriales que las organizaciones desarrollan en los últimos tiempos, ambos componentes están separados. La administración de Kosovo presenta un excelente ejemplo porque la operación militar ha estado a cargo de la OTAN, por tanto, el componente militar no caía bajo la dirección ejecutiva y el control

Conviene añadir que lo que importa no es un control exclusivo sobre las fuerzas, que en realidad Naciones Unidas nunca ejerce, sino la extensión del control efectivo sobre el comportamiento. Así, en aquellas situaciones en las que hay varios sujetos implicados porque asuman conjuntamente el control de la operación, la evaluación del *quantum* de control y la autoridad ejercida sobre el autor material del hecho ilícito deberían permitir determinar a que sujeto atribuir el ilícito⁵⁶. A veces, sin embargo, deslindar el control que se ejerce sobre los contingentes puestos a disposición de una organización internacional no resulta fácil, planteándose, por ejemplo, la cuestión de las facultades disciplinarias y jurisdiccionales que conservan los Estados que aportan los contingentes. En este sentido, CONDORELLI ha señalado que la atribución de hechos ocurridos durante una operación de mantenimiento de la paz a Naciones Unidas no excluye por completo su atribución al Estado del que es nacional el contingente implicado en el hecho ilícito, desde el momento en que ese Estado conserva un control efectivo, que es paralelo al control que ejerce la organización, sobre las fuerzas que pone a la disposición de esta entidad⁵⁷. Según este autor, entre otros aspectos este control se pone de relieve en el hecho de que los contingentes permanecen sometidos al mando nacional, el cual responde ante el mando general de la fuerza, y, de forma más genérica, al mando «orgánico» de su Estado de origen, por oposición al mando «operacional», que pertenece a la organización⁵⁸. Debe señalarse, asimismo, que en los últimos tiempos diversos Estados están cuestionando la exclusividad del mando operacional y, por consiguiente, el control de Naciones Unidas sobre los contingentes nacionales afectados a las operaciones de mantenimiento de la paz⁵⁹.

de Naciones Unidas, sino únicamente la administración civil. Pese a ello, el TEDH en el los asuntos *Behrami* y *Saramati* señala: «(...) la KFOR ejerce poderes que el Consejo de Seguridad le ha delegado legalmente en virtud del Capítulo VII de suerte que la acción litigiosa es, en principio, 'atribuible' a la ONU (...)», TEDH, *Behrami* y *Saramati*, *cit.*, apdo. 141.

⁵⁶ PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «Las Organizaciones internacionales y el Derecho de la responsabilidad», Anteproyecto de ponencia para el XIV Congreso del IHLADI, *cit.*, p. 5.

⁵⁷ CONDORELLI, L.: «Le statut des forces de l'ONU et le droit international humanitaire», *Riv. DI*, 1995, pp. 885-888 y 897. Vid., igualmente, DE VISSCHER, P.: «Observations sur le fondement et le mise en ouvre du principe de la reponsabilité de l'Organisation des Nations Unies», *Annuaire de Droit et de Science Politique*, vol. XXIII-1963, n° 3, pp. 138-139. A este supuesto parece referirse MARIÑO MENENDEZ, F. M.: *Derecho internacional público*, p. 450; cuando señala que si un Estado pone a disposición de una organización sus órganos o agentes conservando algún grado de control efectivo, sus actos deben ser atribuibles a ese Estado.

⁵⁸ CONDORELLI, L., *ibid.*, p. 887. DORIGO, S.: «Imputazione e responsabilità internazionale per l'attività delle forze di peacekeeping delle Nazioni Unite», *Riv. DI*, vol. 85-2002, n° 4, pp. 917 y ss. (927); ha señalado que debe darse una doble atribución.

⁵⁹ Vid., sobre este punto, BROWN, D.: «The Role of the United Nations in Peacekeeping and True Monitoring: What are the Aplicable Norms?», *RBDI*, 1994, pp. 594-597.

Si bien esta cuestión plantea la posibilidad de que en un supuesto dado no se excluya que pueda darse una doble atribución del hecho ilícito a la organización por la comisión del hecho ilícito y al Estado que aporta el contingente por la falta de vigilancia de las actividades de la organización, la CDI señala en el comentario al art. 6 del proyecto que si bien es comprensible que en pos de la eficacia de las operaciones militares, Naciones Unidas insista en reivindicar el mando y el control exclusivos sobre las fuerzas de mantenimiento de la paz, la atribución del comportamiento a la organización debe basarse en un criterio fáctico⁶⁰. Confirma, además, esta apreciación el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en los recientes asuntos *Behrami* y *Saramati*, que se enmarcan en el conflicto que enfrentó las fuerzas serbias y albanokosovares entre 1998 y 1999⁶¹. Ambos fallos planteaban la responsabilidad de Francia, Alemania y Noruega por incumplimiento de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en dos contextos fácticos completamente diferentes. En el asunto *Behrami* se planteaba la responsabilidad de varios países contribuyentes de tropas a la KFOR, fuerza de seguridad en Kosovo bajo la dirección de Naciones Unidas y con una participación sustancial de la OTAN, aunque bajo comando y control unificados. En el asunto *Saramati* se planteaba la responsabilidad de los países contribuyentes a la MINUK, administración interina para Kosovo bajo dirección de Naciones Unidas. En el fallo, el TEDH señala que lo esencial no es que el control sea exclusivo, sino que sea efectivo⁶². De forma más explícita, el TEDH señaló que la implicación de los Estados contribuyentes, sea real o estructural, no es incompatible con la «efectividad» del control operacional, en particular, con la unidad de este mando operacional por la OTAN. En opinión del TEDH, nada sugería o probaba que existieran órdenes concretas que emanaran de los Estados contribuyentes hacia sus soldados que supusieran una intervención en el control operacional de las operaciones. Igualmente, nada hacía creer que la implicación estructural de los Estados contribuyentes hubiera afectado a la efectividad del control operativo desarrollado por la OTAN⁶³.

⁶⁰ Informe de la CDI sobre el trabajo de su 56º período de sesiones (3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2004), doc. A/59/10, Capítulo V, comentario al art. 5, apdo. 8.

⁶¹ TEDH, *Behrami* y *Saramati* / *Francia, Alemania y Noruega*, Gran Sala, Decisión sobre la admisibilidad de 2 de mayo de 2007, demandas nº 71412/01 y 78166/01 (aún no publicada en la *Rec.*).

⁶² *Ibíd.*, apdo. 138.

⁶³ Señala explícitamente el TEDH: «(...) lorsque des Etats agissant de leur plein gré assurent l'envoi nécessaire de contingents (...), ils conservent en pratique une certaine autorité sur les soldats (pour des raisons, notamment, de sécurité, de discipline et de subordination) ainsi que certaines obligations à leur égard (fournitures matérielles comprenant les

Cabe deducir de todo ello que sería ir demasiado lejos estimar que el hecho de que el Estado que aporta los contingentes conserve facultades disciplinarias y jurisdiccionales, excluya por completo la consideración de que esas fuerzas están a disposición de una organización internacional⁶⁴. Por otra parte, no debe olvidarse que el vínculo conceptual entre las nociones de control y de responsabilidad juega de hecho un papel fundamental en la cohesión de la acción de Naciones Unidas como en la de cualquier otra organización. Quizás por ello la CDI rechaza entrar a fondo en esta problemática, consciente quizás del delicado problema político que supone para la organización el protagonismo y, en definitiva, el control que algunos Estados miembros están demandando en los últimos tiempos en el desarrollo de estas operaciones, estimando que en este ámbito la atribución debe basarse en un criterio fáctico⁶⁵. Por lo tanto, la cuestión decisiva en relación con la atribución de hechos ilícito cometidos por órganos cedidos a la organización internacional parece girar en torno a la cuestión de la entidad que tenía el control efectivo sobre el comportamiento en cuestión en un momento determinado, lo cual debe determinarse a través de una constatación fáctica teniendo en cuenta los elementos pertinentes cualquiera que sea el ámbito en el que se realice la atribución⁶⁶. Si en una situación particular es posible demostrar que el Estado contribuyente interfiere en la cadena de mando tal vez deba realizarse sobre este sujeto la atribución del comportamiento⁶⁷, situación que puede darse más habitualmente en la

uniformes et l'équipement). Le commandement par l'OTAN des questions opérationnelles n'est donc pas censé être exclusif, mais le point essentiel est celui de savoir si, malgré l'implication structurelle des Etats fournissant des contingents, ce commandement est 'effectif», *ibid.*, apdo. 138.

⁶⁴ Vid., en este sentido, Segundo Informe del Relator Especial Giorgio GAJA sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, doc. A/CN.4/541, de 2 de abril de 2004, apdo. 40.

⁶⁵ Informe de la CDI sobre el trabajo de su 56º período de sesiones (3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2004), doc. A/59/10, Capítulo V, comentario al art. 5, apdo. 8.

⁶⁶ DE VISSCHER, P.: «Les conditions d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies», *Annuaire IDI*, 1971, vol. 54-I, p. 48; precisó a este respecto que el control: «sera nécessairement formé d'un faisceau de compétences et d'attributions dont les divers éléments ne devront pas nécessairement être présents dans chaque cas d'espèce, mais dont l'ensemble global devra être suffisamment ferme et cohérent pour justifier une allégerance effective de l'agent ou de l'entité en cause à l'égard de l'organisation». Vid., asimismo, HIRSCH, M.: *The Responsibility of International Organizations...*, pp. 64-65.

⁶⁷ Aspecto que no pudieron demostrar suficientemente las Madres de Srebrenica en los asuntos *M. M.-M., D.M and A.M. (Mustafic) / Países Bajos y Naciones Unidas* (nº 265618); *H.N. (Hasan Nuhanovic) / Países Bajos y Naciones Unidas* (nº 265615), Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de La Haya de 10 de septiembre de 2008. Esta Organización No

práctica cuando varios Estados aportan fuerzas de apoyo a una operación de Naciones Unidas, aunque no necesariamente bajo el control de la organización, y se unifica o coordina el mando y el control de la operación, como ocurrió en Somalia, donde la Fuerza de Reacción Inmediata y los Rangers de Estados Unidos apoyaron la Operación de Naciones Unidas en este país (ONUSOM II)⁶⁸.

Quizás no sean descartables supuestos de atribución conjunta cuando no sea posible distinguir las respectivas esferas de control efectivo. Una situación semejante quizás pudo ocurrir cuando la OTAN y algunos de sus Estados miembros desarrollaron la operación «Fuerza Aliada» en 1999 para tratar de frenar la expulsión de albanokosovares de Kosovo y cometieron diversas violaciones del Derecho de los conflictos armados. Al parecer, fue la OTAN como organización internacional - y no sus miembros - quien pagó una indemnización a una familia búlgara cuando el impacto de una bomba causó daños en su propiedad. Sin embargo, fueron los Estados miembros - y no la OTAN - los que respondieron ante las autoridades chinas de la reparación por el bombardeo de su embajada en Belgrado,

Gubernamental, que reúne a familiares de las víctimas que perecieron en la masacre cometida por las tropas serbobosnias en 1995, trataba de exigir responsabilidad a Naciones Unidas y a los Países Bajos por la matanza de ocho mil musulmanes. Como se recordará, los cascos azules holandeses contaban con un mandato del Consejo de Seguridad para proteger a los civiles musulmanes refugiados en Srebrenica, aunque no pudieron impedir la toma del enclave el 11 de julio de 1995. En el marco de este procedimiento ante los tribunales holandeses, esta organización alegó, entre otros motivos, que el Gobierno holandés había interferido en la cadena de mando entre Naciones Unidas y el contingente holandés, de tal forma que cuando ocurrió la masacre estos soldados no se encontraban bajo el control efectivo de la organización. Para el Tribunal de Primera Instancia holandés, sin embargo, no se había probado de manera suficiente que la estructura de la cadena de mando entre Naciones Unidas y el contingente holandés se hubiera roto en algún momento por órdenes dictadas por el Gobierno holandés, vid. apdos. 4.16.5 y ss. Es importante, no obstante, señalar que el Tribunal reconoce la posibilidad de que los Estados contribuyentes puedan interferir en el mando operativo al señalar: «(...) the acts of Dutchbat should be attributed to the UN, unless the Netherlands cut across the United Nations command structure», *ibid.*

⁶⁸ El Informe de la Comisión de investigación creada para indagar los ataques armados contra el personal de la ONUSOM II, doc. S/1994/653, señala: «El comandante de la fuerza de la ONUSOM II no tenía un control efectivo sobre los distintos contingentes nacionales que, en grado diverso, seguía pidiendo órdenes a sus autoridades nacionales antes de ejecutar las que recibían del mando de la fuerza. Muchas operaciones importantes emprendidas bajo la bandera de Naciones Unidas y en el contexto del mandato de la ONUSOM escapaban totalmente al mando y control de Naciones Unidas, aun cuando tenían repercusiones cruciales en la labor de la ONUSOM y en la seguridad de su personal», *ibid.*, p. 40, apdos. 243-244. Tanto el Relator Especial GAJA, Segundo informe, doc. A/CN.4/541, de 2 de abril de 2004, apdo. 40; como la propia CDI en su Informe de 2004, doc. A/59/10, Capítulo V, apdo. 7; estimaron que sería difícil atribuir a Naciones Unidas el comportamiento de sus fuerzas en circunstancias como las descritas en este Informe.

que causó la muerte a tres periodistas chinos⁶⁹. Como se sabe, esta acción militar dio lugar a un gran debate doctrinal sobre si el comportamiento debía atribuirse a la organización, a los miembros que ejecutaron los ataques o debía realizarse una atribución conjunta⁷⁰. En apoyo de la atribución a los Estados miembros, varios autores han señalado el hecho de que en el marco del procedimiento judicial intentado por Serbia ante la CIJ en el asunto *Licitud del uso de la fuerza*⁷¹ contra los Estados miembros de la OTAN, ninguno de los demandados alegó que los ataques debían atribuirse a la OTAN como organización internacional, lo que les lleva a deducir que

⁶⁹ MURPHY, S.D.: «Contemporary Practice of the United States Relating to International Law», *AJIL*, 2000, pp. 127-131.

⁷⁰ PELLET, A.: «L'imputabilité d'éventuels actes illicites. Responsabilité de l'OTAN ou des Etats membres», en TOMUSCHAT, C. (ed.): *Kosovo and the International Community: A Legal Assessment*, Kluwer Law International, The Hague / London / New York, 2002, pp. 193 y ss. (198-199); señala que el comportamiento de las fuerzas de la OTAN podía atribuirse únicamente a la OTAN, incluso si esta fuerza no era una emanación pura y simple de la organización atlántica. En su opinión, ninguna regla general de Derecho internacional prevé que los Estados miembros son, debido a su cualidad de miembros, responsables conjunta o subsidiariamente de las obligaciones de una organización de la que son miembros, bajo reserva de reglas convencionales derogatorias que podrían ser pertinentes o bien de los principios de ejecución codificados por los art. 16 y 17 del proyecto de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados. Para STEIN, T.: «Kosovo and the International Community. The Attribution of Possible Internationally Wrongful Acts: Responsibility of NATO or of its Member States», en TOMUSCHAT, C. (ed.): *Kosovo and the International Community...*, pp. 189-190; lo fundamental para imputar los bombardeos a la OTAN es que esta organización hubiera mantenido un «control efectivo» de la operación. Si los pilotos cometieron errores que constituyen violaciones del Derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados, lo que debe dilucidarse, en opinión de esta autora, es si la OTAN tenía realmente el control efectivo de estas operaciones. Conexa con esta cuestión, STEIN se plantea si la discreción de la que gozaban las autoridades de los Estados miembros para implementar o no una decisión de la organización anula la responsabilidad de la organización, *ibíd.*, p. 190. Otra cuestión es si la OTAN actuó dentro de sus funciones, algo que en su opinión no estaba claro porque su función era «salvaguardar la libertad, la herencia común y la civilización de sus pueblos...» (apdo. 2 del Preámbulo del Tratado de la OTAN), no proteger los Derechos humanos más allá de las fronteras de sus Estados miembros. Reconoce, no obstante, que el «New Strategic Concept» abrió nuevos horizontes, aunque parece tratarse de un concepto político más que jurídico, lo que le lleva a especular sobre si la operación «Fuerza Aliada» fue un acto *ultra vires*. Finalmente, STEIN se plantea el posible no reconocimiento de la personalidad jurídica de esta organización. VERHOEVEN, J.: *Droit international public*, Larcier, Bruselas, 2000, p. 613; niega que la OTAN posea personalidad jurídica; mientras que SUR, S.: «L'affaire du Kosovo et le droit international», *Annuaire Français de Droit International*, vol. 45-1999, pp. 280-291 (288); hace hincapié en la autonomía de los Estados miembros cuando actúan dentro del sistema de esta organización, al igual que COHEN-JONATHAN, G.: «Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2000)», *AFDI*, vol. 46-2000, pp. 611 y ss. (632).

⁷¹ CIJ, *Licitud del uso de la fuerza, Serbia y Montenegro / Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, España, Portugal, Países Bajos, Italia, Alemania, Francia, Bélgica*, Excepciones preliminares, *CIJ Rec. 2004*, pp. 1307 y ss.

ningún Estado buscó cobijo tras el argumento de la distinta personalidad jurídica de esta organización internacional⁷². La realidad es, sin embargo, muy distinta, porque alguno de los demandados en este procedimiento sí buscó cobijo en esta personalidad, argumentando que los hechos ilícitos cometidos debían atribuirse a la OTAN y no a los Estados miembros⁷³. No obstante, la CIJ se declaró incompetente para conocer este asunto. De la misma forma, en el marco del asunto *Bankovic*⁷⁴ en el que Francia fue demandada ante el TEDH por los daños ocasionados a una cadena de televisión en Belgrado durante la campaña de bombardeos desarrollada por la OTAN, este país sostuvo que el comportamiento debía atribuirse a esta organización y no a sus Estados miembros⁷⁵. Y algo similar alegó Italia ante esta última jurisdicción en el marco del asunto *Markovic*, en el que nacionales serbios alegaron la violación del art. 6 combinado con el art. 1 del CEDH por el fallo de la Corte de Casación italiana que declaró la incompetencia de las jurisdicciones internas para conocer la demanda de indemnización presentada contra este país como resarcimiento por los daños provocados por los ataques aéreos de las fuerzas de la OTAN⁷⁶. Tampoco el TEDH entró en el fondo de estos asuntos y, por tanto, no sabemos cual sería su reflexión acerca de la alegación que realizaron esos países atribu-

⁷² Vid. AZNAR GÓMEZ, M.: *La administración internacionalizada del territorio*, Atelier, Madrid, 2008, p. 312; BOISSON DE CHAZOURNES, L.: «La Cour internationale de Justice aux prises avec la crise du Kosovo: A propos de la demande en mesures conservatoires de la République fédérale de Yougoslavie», *AFDI*, 1999, p. 466; KLEIN, P.: «Les organisations internationales dans les conflits armés...», p. 181; KOLB, R. / PORRETTO, G. / VITÉ, S.: *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 332.

⁷³ Vid., por ejemplo, la alegación oral del representante del Gobierno de Canadá, formulada el 12 de mayo de 1999 en la vista de este procedimiento ante la CIJ, doc. CR 99/27, en www.un.org. Sobre el tema puede verse HIGGINS, R.: «The Responsibility of States Members for the Defaults of International Organizations...», pp. 441 y ss.

⁷⁴ TEDH, *Bankovic y otros / Bélgica, República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y Reino Unido*, cit.

⁷⁵ *Ibid.*, apdo. 32: «(...) The French Government further argue that the bombardment was not imputable to the respondent States but to NATO, an organisation with an international legal personality separate from that of the respondent Status». El TEDH desestimó que existiera un vínculo jurisdiccional entre las víctimas y los Estados defensores.

⁷⁶ TEDH, *Markovic y otros / Italia*, Gran Sala, Decisión sobre la admisibilidad de 14 de diciembre de 2006, demanda n° 1398/03, admisibilidad, (no publicada en la *Rec.*), <http://cmiskp.echr.coe.int>. Italia también atribuyó indirectamente la responsabilidad a la OTAN al afirmar que: «el mecanismo de toma de decisiones de la OTAN no muestra ninguna participación de Italia en la elección de los diferentes objetivos (...)», *Ibid.*, apdo. 39, lo que indirectamente parece implicar que según Italia la voluntad era de los órganos de la organización, sin que pudiera atribuirse la elección de los objetivos a ningún país miembro.

yendo los hechos ilícitos a la OTAN, aparte del problema de la clara falta de competencia *ratione personae*. Por ello resulta arriesgado esbozar una propuesta de solución, aunque sí creemos importante afirmar que la atribución de un comportamiento a una organización internacional no excluye necesariamente la atribución paralela del mismo comportamiento a un Estado ni, al contrario, la atribución de un comportamiento a un Estado excluye en toda circunstancia su atribución paralela a la organización⁷⁷. Por tanto, una posible solución podría ser atribuir los hechos ilícitos a la OTAN ayudada o asistida por los Estados miembros que participaron en los ataques, teniendo en cuenta que esos Estados colaboraron en la planificación de la acción militar o en su realización, respondiendo uno u otro sujeto por autoría material y los demás por la ayuda o asistencia prestada, o bien, por la dirección o el control ejercidos⁷⁸.

4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DEBIDO A LA FALTA DE VIGILANCIA DE LAS ACTIVIDADES DE LA ORGANIZACIÓN.

La atribución conjunta también ha sido sugerida en los supuestos de incumplimiento por parte de los Estados miembros de su obligación de vigilancia de las actividades de la organización internacional, por ejemplo, para impedir que esta entidad viole en las operaciones en las que ejerce un control efectivo el Derecho internacional humanitario⁷⁹. Como se sabe, un Estado miembro participante en una operación de mantenimiento de la paz debe asegurar la represión de las infracciones del Derecho internacional humanitario, obligación que se encuentra enunciada en los acuerdos concluidos entre el Estado contribuyente y la organización para precisar

⁷⁷ Este aspecto ya fue indicado por RITTER, J. P.: «La protection diplomatique à l'égard...», pp. 444-445. El Comité sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales de la Internacional Law Association sugirió que: «la responsabilidad de una organización internacional no excluye cualquier responsabilidad separada o conjunta de un Estado o de otra organización internacional que participe en la realización del acto ilícito (...)», *Accountability of International Organizations*, cit., p. 797.

⁷⁸ Vid. arts. 13, 14, 57 y 58 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales relativos a la ayuda o asistencia; y a la dirección y el control ejercidos en la comisión de un hecho ilícito internacional. En el supuesto de dirección y control el hecho ilícito se atribuye directamente a los sujetos que dirigen o controlan. Los comentarios de la CDI a los arts. 13 y 14 pueden verse en doc. A/64/10, pp. 94-97; y los relativos a los arts. 57 y 58 en pp. 180-183.

⁷⁹ Vid., en este sentido, Segundo Informe del Relator Especial Giorgio GAJA sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, doc. A/CN.4/541, de 2 de abril de 2004, apdo. 42.

las modalidades de cesión de tropas a Naciones Unidas⁸⁰. La delegación de esta tarea sobre los Estados miembros se explica por la ausencia de legislación penal en el sistema de Naciones Unidas que pueda servir de base a tales persecuciones. Esto plantea la cuestión de si los Estados contribuyentes, que a su vez son Partes en los convenios de Derecho internacional humanitario, deben asegurar que la organización respete sus disposiciones. Recordemos que el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 estipula que las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar sus disposiciones en toda circunstancia, obligación de incierto alcance que figura también en el artículo 89 del Protocolo adicional n° I de 1977⁸¹. La cuestión que se plantea es si esos Estados que actúan a través de una organización violarían esa obligación si, en su calidad de miembros de algún órgano de la organización, por ejemplo, el Consejo de Seguridad, impiden que ésta actúe para proteger adecuadamente esas disposiciones⁸².

En 1961, en conexión con la operación de Naciones Unidas en el Congo (FONUC), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) presentó una memorando a los Estados Partes en los Convenios de Ginebra de 1949 sobre la aplicación de sus disposiciones a los contingentes militares puestos a disposición de Naciones Unidas. El Comité afirmó en ese memorando que el art. 1 común exigía que los Estados contribuyentes se aseguraran de que en las operaciones de mantenimiento de la paz se respetaría el Derecho internacional Humanitario⁸³. Para el CICR asegurar el respeto significaba que los Estados, estuvieran o no inmersos en el conflicto, debían adoptar las medidas necesarias para que esas reglas fueran respetadas por todos. De ello deducía que la transferencia de competencias de un Estado

⁸⁰ Vid., por ejemplo, el intercambio de cartas que constituyen un acuerdo entre la ONU y Noruega relativo a la afectación a la FUNU de un contingente nacional proporcionado por este Estado, Nueva York, 21 de junio y 9 de julio de 1957, *RTNU*, vol. 271, pp. 225 y ss.; el intercambio de cartas que constituyen un acuerdo entre la ONU y Pakistán relativo a la fuerza de seguridad de Naciones Unidas en Nueva Guinea occidental (Irián occidental), Nueva York, 6 de diciembre de 1962 y 18 de abril de 1963, *ibid.*, vol. 503, p. 27.

⁸¹ *RTNU*, vol. 75, n° 970 a 973.

⁸² Vid. SASSÖLI, M.: «La responsabilidad del Estado por las violaciones del Derecho internacional humanitario», *RICR*, n° 846-2002, pp. 143 y ss.

⁸³ Reproducido en *RICR*, 1961, n° 43, p. 592: «Le Comité international se permet de rappeler aux Etats qui pourraient fournir des contingents a une Force d'urgence des Nations Unies qu'aux termes de l'article 1 commun aux quatre Conventions de Genève, les Hautes Parties contractantes se sont engagées non seulement a respecter, mais encore a faire respecter les dispositions de ces Conventions. Il exprime donc l'espoir qu'ils voudront bien, chacun, en cas de besoin, user de leur influence pour que les dispositions du droit humanitaire soient appliqués par l'ensemble des contingents engages, comme par le commandement unifié».

contribuyente a una organización internacional sin una adecuada garantía de que la organización respetaría esas normas incumplía esa obligación⁸⁴. A pesar de que algún autor ha afirmado de forma aislada que esa interpretación del art. 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949 no fue la originalmente considerada por los negociadores⁸⁵, la práctica reciente y la doctrina mayoritaria⁸⁶ demuestran que esta disposición impone obligaciones con respecto a las violaciones de esos convenios por otros Estados. La jurisprudencia parece apoyar este postulado puesto que en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, la CIJ se basó en esta obligación para afirmar que Estados Unidos no debía animar a personas o grupos que participaban en el conflicto de Nicaragua a actuar en violación de disposiciones como la que prescribe el artículo 1 común a los cuatro convenios de 1949⁸⁷. Asimismo, en su reciente Dictamen sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado la CIJ puso de relieve que se desprendía de esta disposición que todo Estado, fuera o no parte en un conflicto determinado, tenía la obligación de hacer que se cumplieran las exigencias impuestas por estos instrumentos. De ello dedujo que todos los Estados tenían la obligación, respetando la Carta de Naciones Unidas y el Derecho internacional, de hacer que Israel respete el Derecho internacional humanitario incorporado en dichos convenios⁸⁸. Aunque la CIJ aún no ha especificado el ámbito

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ KALSHOVEN, F.: «The Undertaking to Respect and Ensure in all Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 2-1999, pp. 3 y ss.

⁸⁶ Vid. CONDORELLI, L. / BOISSON DE CHAZOURNES, L.: «Quelques remarques a propos de l'obligation de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances», en *Etudes et essais en l'honneur de Jean Pictet*, CICR - Martinus Nijhoff, Geneve / La Haye, 1984, p. 17-36; PALWANKAR, U.: «Measures Available to States for Fulfilling their Obligation to Ensure Respect for International Humanitarian Law», *IRCR*, vol. 76-1994; PICKET, J. (ed.): *Commentary to the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, ICRC, Geneva, 1959, p. 16; PILLOUD, C. / DE PREUX, J. / SANDOZ, Y. / ZIMMERMANN, B. / EBERLIN, Ph. / GASSER, H.P. / WENGER, C.F.: *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR - Martinus Nijhoff, The Hague, 1986; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Ámbito de aplicación del Derecho internacional humanitario. Delimitación de los conflictos armados», en *Id.* (coord.): *El Derecho internacional humanitario*, op. cit., pp. 151-190 (166).

⁸⁷ CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua / Estados Unidos), fondo, Sentencia de 27 de junio de 1986, *CIJ Rec.* 1986, p. 14, apdo. 220.

⁸⁸ CIJ, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Dictamen de 9 de julio de 2004, *CIJ Rec.* 2004, p. 136, apdos. 158-159.

preciso de esta obligación⁸⁹, hoy parece claro que el art. 1 común se interpreta en la actualidad refiriéndose a terceros Estados. La cuestión es saber si también serían responsables por el incumplimiento de la obligación de vigilancia cuando es una organización internacional la que realiza el hecho ilícito que viola estos convenios, doctrina que ha sido defendida por algunos autores⁹⁰. Así, DORIGO tiene en cuenta que la jurisdicción penal corresponde al Estado participante en relación a toda la actividad llevada a cabo por sus propios militares, es decir, el Estado conserva un poder de vigilancia en el nivel operativo. En consecuencia, considera que si el ilícito se acompaña de una falta de activación de los instrumentos de vigilancia, la organización seguirá soportando la responsabilidad directa ligada a la imputación del hecho mismo, pero también el Estado en cuestión podrá ser considerado responsable en base a la violación de su obligación de debida diligencia⁹¹. Desde esta perspectiva, podría considerarse que la violación

⁸⁹ Vid. las críticas de BIANCHI, A.: «Dismantling the Wall: The ICJ's Advisory Opinion and Its Likely Impact on International Law», *GYIL*, vol. 47-2004, pp. 343-391; ORAKHELASHVILI, A.: «International Public Order and the International Court's Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Territory», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 43-2005, pp. 240-256.

⁹⁰ CONDORELLI, L.: «Le azioni dell'ONU e l'applicazione del diritto internazionale umanitario: il 'bolletino' del Segretario generale del 6 agosto 1999», *Riv. DI*, vol. 82-1999, n° 4, pp. 1052 y ss. (1053); BENVENUTI, P.: «Le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies: La circulaire du Secrétaire général», *RGDIP*, vol. 105-2001, n° 2, pp. 360 y ss. (370); sostienen que Naciones Unidas está obligada a asegurarse de que el Estado que aporta los contingentes ejerza la jurisdicción penal en caso de violaciones del Derecho internacional humanitario.

⁹¹ DORIGO, S.: «Imputazione e responsabilità internazionale...», p. 927. En cambio, si tal vigilancia se ejerce y, a pesar de ello, se produce una actividad lesiva, este autor opina que el Estado participante no podrá soportar ninguna responsabilidad, *ibid.*, pp. 935 y ss. Se inspira este autor en el asunto *Fiscal General Nissan*, juzgado ante la Cámara de los Lores británica, que hacía referencia a la UNFICYP (Chipre), en el que se planteaba la cuestión del estatuto de las fuerzas británicas que participaron en esta operación tras una reclamación presentada por una ciudadana británica cuyo hotel había sido requisado y dañado por este contingente en 1964. Esta ciudadana se dirigió contra su Gobierno para obtener una indemnización, la cual fue rechazada alegándose que el contingente se encontraba bajo responsabilidad de Naciones Unidas. Llamada a decidir sobre este asunto, la Cámara de los Lores constató que esta fuerza había sido creada por una Resolución del Consejo de Seguridad y que el Gobierno de Chipre había consentido la intervención en un acuerdo celebrado con el Secretario General de Naciones Unidas. Aunque esta fuerza estaba bajo la autoridad de Naciones Unidas, este Alto Tribunal consideró que los hechos ilícitos cometidos por el contingente al margen de la operación continuaban estando bajo jurisdicción nacional del Estado que aporta el contingente. De esta forma, esta jurisdicción estableció una distinción entre acciones cometidas en el marco de la operación, cuya responsabilidad debe atribuirse a Naciones Unidas, y hechos ilícitos cometidos al margen de la operación, que permanecen bajo la jurisdicción del Estado que aporta el contingente, *All England Law Reports* (1969), vol. 1, p. 639. La Cámara de los Lores anuló la decisión del Tribunal de Apelación, *ibid.* (1967), vol. 2, p. 1241, en la cual Lord DENNING había sostenido que los contingentes

del Derecho internacional humanitario se atribuye a la organización, mientras que la omisión de las medidas preventivas exigidas, de haberse producido, se atribuirían al Estado contribuyente⁹².

La misma doctrina puede extraerse en materia de Derechos Humanos. La jurisprudencia de las instancias de control del CEDH deja entender que esta obligación de vigilancia se impondría igualmente a los Estados Partes frente a las organizaciones internacionales a las que esos Estados han transferido competencias. La Comisión Europea de Derechos Humanos (Com. EDH) y el TEDH se han pronunciado en varias ocasiones sobre la extensión de esta obligación para los Estados Partes en relación con ciertas actividades o decisiones que se inscriben en el marco de la actividad normativa de las instituciones de la Unión Europea. Así, estas instancias han tenido la oportunidad de analizar esta cuestión en el marco del examen de las demandas presentadas contra los Estados

británicos que formaban parte de la UNFICYP actuaban como agentes de Naciones Unidas. En su fallo, la Cámara de los Lores obligó al Gobierno británico a pagar una indemnización por la ocupación temporal de este edificio por las fuerzas británicas. Un elemento importante para que realizara esta distinción parece que fue la facultad disciplinaria y la jurisdicción penal sobre los soldados que retiene el Estado que aporta los contingentes. La opinión de Lord MORRIS fue especialmente clara al respecto: «[...] *si bien estaban bajo el mando de Naciones Unidas y seguían instrucciones del comandante, los contingentes nacionales, en su calidad de miembros de la fuerza, permanecían al servicio de su nación. Por ello, las fuerzas británicas seguían siendo soldados de Su Majestad. Los miembros de la fuerza de Naciones Unidas estaban sujetos a la jurisdicción exclusiva de su respectivo Estado nacional por cualquier delito que hubieran cometido en Chipre*», *All England Law Reports*, 1969, vol. 1, p. 646. Sobre este asunto puede verse, BRIDGE, J. W.: «The Legal Status of British Troops Forming Part of the United Nations Force in Cyprus», *Modern Law Review*, vol. 34-1971, nº 2, pp. 121-134.

⁹² Un elemento de la práctica que confirma esta interpretación del art. 1 común a los convenios de Ginebra es la propuesta del Secretario General de Naciones Unidas a la Asamblea General para que reconozca una responsabilidad concurrente del Estado contribuyente por las violaciones del Derecho internacional humanitario por los miembros de sus contingentes nacionales en las operaciones de mantenimiento de la paz, dada su exclusiva jurisdicción penal y sus obligaciones para asegurar el respeto del Derecho internacional humanitario por sus fuerzas, vid. Informe del Secretario General sobre los aspectos administrativos y presupuestarios de la financiación de las operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz, doc. A/51/389, de 20 de septiembre de 1996, apdo. 44. Debe señalarse, sin embargo, que el *Institut de Droit International* no estuvo dispuesto a afirmar la existencia de una obligación positiva, sino todo lo más un derecho, en el marco del art. 1 común a los convenios de Ginebra, vid. Institut de Droit International, Session de Berlin - 1999, «L'application du droit international humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques», *Annuaire IDI* 65-II (1999), p. 387, apdo. VII. La cuestión, no obstante, estaba lejos de estar clara como revelan los trabajos preparatorios de esta Resolución en los que varios miembros opinaron que el art. 1 común a los convenios de Ginebra imponía una obligación positiva, vid., por ejemplo, la intervención del Profesor CARRILLO SALCEDO, *Annuaire IDI*, vol. 68-I (1999), p. 281.

miembros de la Unión Europea en las que se alegaba la violación del CEDH con ocasión de la adopción o la ejecución de actos de Derecho de la Unión Europea⁹³. En un principio, la Com. EDH excluyó la responsabilidad directa de los Estados miembros de la UE por actos que se fundaran exclusivamente en su condición de miembros de la organización⁹⁴. No obstante, relativamente pronto la Comisión rechazó que: «a través de la vía de la transferencia de competencias las Altas Partes Contratantes puedan sustraer de golpe las materias previstas en el Convenio a las garantías que en él se establecen»⁹⁵. Poco tiempo después, este mismo órgano precisó en el asunto *M. & Co / Alemania* la extensión de las obligaciones que continúan pesando sobre los Estados miembros en semejantes circunstancias⁹⁶. Después de observar que el CEDH no prohíbe a un Estado Parte transferir competencias a una organización internacional, la Comisión subrayó que una transferencia de competencias no excluía necesariamente la responsabilidad de un Estado en virtud del Convenio, cuando se trata del ejercicio de las competencias transferidas porque, en caso contrario, las garantías previstas en el Convenio podrían limitarse o excluirse sin motivo, privándolas así de su carácter vinculante⁹⁷. Y la instancia de control concluyó sobre este punto que la transferencia de competencias a una organización internacional no es incompatible con el Convenio, a condición de que esa organización proteja los Derechos humanos de forma equivalente al nivel de protección que reciben estos derechos en el marco del CEDH⁹⁸. Estos desarrollos representan una primera concretización, en el ámbito particular de los Derechos humanos, de la obligación de vigilancia que tienen Estados miembros sobre las

⁹³ APRAXINE, P.: «Violation des droits de l'homme par une organisation internationale et responsabilité des États au regard de la Convention européenne», *RTDH*, 1995, pp. 13-32; COHEN-JONATHAN, G.: «Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2000)», *AFDI*, 2000, pp. 616-633.

⁹⁴ Decisión de la CEDH de 10 de julio de 1978, asunto *C.F.D.T. / Comunidades Europeas*, demanda nº 8030/77, *D. & R.*, vol. 13, p. 236, apdo. 7.

⁹⁵ Decisión de la CEDH de 9 de diciembre de 1987, asunto *E. Tête / France*, demanda nº 11123/84, *D. & R.*, vol. 54, p. 59, apdo. 3.

⁹⁶ En este asunto, la sociedad demandante alegó que el *exequatur* dado por Alemania a una decisión del TJCE que condenaba a la demandante a una importante multa sin que se hubieran respetado en el procedimiento sus derechos de defensa.

⁹⁷ Decisión de la CEDH de 9 de febrero de 1990, asunto *M. & Co / Alemania*, demanda nº 13258/87, *D. & R.*, vol. 64, p. 152.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 153. El mismo razonamiento puede encontrarse en otros asuntos, en particular, *Mathews / Reino Unido*, STEDH de 18 de febrero de 1999, *Reports of Judgements and Decisions*, 1999-I, p. 251; *Waite & Kennedy*, STEDH de 18 de febrero de 1999, *Reports of Judgments and Decisions*, 1999-I, p. 410, apdo. 67; y *Bosphorus Airways / Irlanda*, STEDH de 30 de junio de 2005, Gran Sala, demanda nº 45036/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-VI,

actividades y decisiones de las organizaciones internacionales para que no violen las obligaciones internacionales que vinculan a esos Estados. Se trata, además, de un desarrollo importante por cuanto el CEDH no contiene ninguna cláusula que imponga este tipo de vigilancia a los Estados Partes.

Al margen de estos precedentes que acaban de ser evocados, es dudoso si esta obligación de vigilancia tiene o no un contenido sustantivo general como fundamento para atribuir la responsabilidad a un Estado miembro por el hecho ilícito cometido por una organización internacional. Y ello porque la práctica que acabamos de examinar es balbuciente y, en todo caso, muy sectorial. En este sentido, algunos Estados y organizaciones internacionales consideraron en los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General que introducir esta doctrina en el proyecto de artículos no cabría dentro del concepto de codificación y sólo se justificaría como una labor de desarrollo progresivo, habida cuenta de la incertidumbre que rodea la existencia de esta doctrina y su aplicabilidad de forma genérica a las organizaciones internacionales⁹⁹.

Con todo, algunos autores han estimado que aunque el contexto de esta jurisprudencia es sectorial, el principio invocado parece ser de aplicación general¹⁰⁰, algunos de los cuales ponen el énfasis en la elusión de las obligaciones internacionales por parte de los Estados que establecen una organización internacional, a la cual le encomiendan funciones sujetas a obligaciones en virtud del Derecho internacional a las que la propia organización no está sujeta, supuesto bastante próximo a la responsabilidad por falta de vigilancia. Esta doctrina, junto con la jurisprudencia existente

⁹⁹ *Infra*, nota 104.

¹⁰⁰ Hay un volumen considerable de bibliografía que aboga por la responsabilidad de los Estados miembros cuando eluden sus obligaciones jurídicas traspasando funciones a una organización internacional, vid. BROWNLIE, I.: «The Responsibility of States for the Acts of International Organizations», en RAGAZZI, M. (ed.): *International Responsibility Today...*, pp. 355 y ss. (361); quien señala que la doctrina del TEDH parece de aplicación general; DI BLASE, A.: «Sulla responsabilità internazionale...», pp. 275-276; HIRSCH, M.: *The Responsibility of International Organizations...*, p. 179; ZEMANEK, K., en *Annuaire IDI*, vol. 66-I (1995), p. 129; quien señala que debería impedirse que los Estados puedan inventarse algún artificio con el propósito de evitar las consecuencias que tendrían que asumir si llevaran a cabo individualmente la actividad que han asignado a una organización internacional; SANDS, P. / KLEIN, P. (eds.): *Bowett's Law of International Institutions*, 5ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2001, p. 524; SAROOSHI, D.: *International Organizations and their Exercise...*, p. 64; SEIDL-HOHENVELDERN, I.: *Corporations in and under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, p. 121; señala que del mismo modo en que el Estado no puede eludir su responsabilidad con arreglo al Derecho internacional, encomendándole a otra persona jurídica el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, los Estados asociados en una empresa interestatal común deben responder conjunta y solidariamente por los actos de la empresa según el Derecho internacional.

en la materia, llevó al Relator especial a proponer y a la CDI a aprobar provisionalmente una disposición donde insertar esta cuestión. Se trata del proyecto de art. 60 titulado «Responsabilidad de un Estado miembro que trate de eludir el cumplimiento de sus obligaciones internacionales», en cuya virtud:

«Un Estado miembro de una organización internacional incurre en responsabilidad internacional si trata de eludir el cumplimiento de una de sus obligaciones internacionales prevaliéndose de que la organización es competente en relación con el objeto de dicha obligación, induciendo a la organización a cometer un hecho que, de haber sido cometido por el Estado, habría constituido una violación de la obligación.»¹⁰¹

Para que nazca la responsabilidad en el marco de esta disposición se requieren dos elementos. El primero es que el Estado atribuya competencia a una organización relacionada con la obligación internacional que se elude. Aunque el ámbito privilegiado de esta atribución de competencias serán las organizaciones internacionales de integración, la CDI aclara en su comentario que los supuestos a que se refiere el proyecto de artículo no están referidos exclusivamente a esas organizaciones¹⁰². Lo que es pertinente a los efectos del nacimiento de la responsabilidad a tenor de este proyecto de artículo es que la obligación internacional eludida esté relacionada con la competencia transferida a la organización, aunque el ámbito preciso no tiene porqué coincidir. La obligación puede referirse específicamente a esa esfera o tener un carácter más general, como sería el supuesto de las obligaciones contraídas en virtud de tratados para la protección de los Derechos humanos o de Derecho internacional humanitario. Según la CDI, la segunda condición para que nazca la responsabilidad internacional es que la organización internacional cometa un hecho que, de haber sido cometido por el Estado, constituiría una violación de esa obligación¹⁰³, aunque no es necesario que el Estado miembro haya inducido a la organización internacional a cometer ese hecho en cuestión.

Donde esta doctrina encontrará un ámbito privilegiado de aplicación será fundamentalmente cuando la organización no está sujeta a la obliga-

¹⁰¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/64/10)*, pp. 184 y ss.

¹⁰² Informe de la CDI sobre el trabajo de su 58° período de sesiones (1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), doc. A/61/10, Cap. VII, comentario al artículo 28, p. 318, apdo. 5.

¹⁰³ *Ibid.*, apdo. 6.

ción eludida, al menos formalmente, como ocurre con respecto a Naciones Unidas y los Convenios de Derecho internacional humanitario, en los que únicamente son partes los Estados miembros¹⁰⁴. En este sentido, el párrafo del artículo 60 especifica que el proyecto no requiere que el hecho sea ilícito para la organización internacional, aunque la obligación de vigilancia conserva un margen autónomo de aplicación si esta entidad está vinculada por la obligación violada¹⁰⁵.

¹⁰⁴ La doctrina ha tratado de buscar un fundamento jurídico que demuestre la vinculación de las organizaciones internacionales con las reglas establecidas en estos convenios, señalando que generalmente son declarativas de Derecho internacional consuetudinario, es decir, costumbres y por tanto obligarían a estas organizaciones. Sobre este particular nos parece que la tesis sugerida por Eric DAVID es la más sencilla y la que mejor puede explicar esta cuestión. Según este autor, la razón de la sumisión de las organizaciones internacionales a los principios que dimanarían de esos tratados deriva simplemente de la voluntad de los creadores de este nuevo sujeto, DAVID, E.: «Le droit applicable aux organisations internationales» en *Mélanges en hommage Michael Waelbroeck*, vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 3-22 (15). Para el ejercicio de determinadas funciones, los Estados crean una organización internacional y la insertan en la esfera de las relaciones internacionales. Y aunque generalmente los tratados constitutivos guardan silencio sobre esta cuestión, el hecho de que la organización haya sido destinada a actuar en el orden jurídico internacional implica necesariamente que los Estados han querido que la organización se comporte de acuerdo con el Derecho internacional general. Que la organización, sujeto de derecho derivado, deba actuar conforme al Derecho internacional general se deriva simplemente de la voluntad implícita de los sujetos originarios que la crearon. Cualquiera que sea el fundamento definitivo de esta sumisión, lo que parece claro es que al especular si el Consejo de Seguridad se encuentra vinculado por las normas codificadas en esos convenios, la respuesta no puede ser simplemente que no está vinculado salvo que la organización haya prestado su consentimiento expreso, sino que será necesario realizar más indagaciones. Sobre el marco jurídico de la actuación de este órgano principal de Naciones Unidas, vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El marco jurídico internacional de la actuación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas», *Cuadernos de estrategia*, 1993, pp. 55-111.

¹⁰⁵ En la Sexta Comisión algunas delegaciones apoyaron la premisa básica del proyecto de artículo 60 e indicaron que la jurisprudencia del TEDH era pertinente en este ámbito, mientras que otras pusieron en duda su fundamento y observaron la falta de práctica relevante en el comentario, expresando opiniones divergentes sobre si un Estado podía incurrir en responsabilidad internacional por el simple hecho de atribuir competencias a una organización internacional. En relación con la jurisprudencia del TEDH, se señaló que el Estado no eludía el cumplimiento de sus obligaciones si transfería facultades a una organización internacional que no estuviese vinculada por las obligaciones convencionales exigibles al propio Estado, siempre que su ordenamiento jurídico ofreciese un nivel comparable de garantías. Además, algunos Estados pidieron aclaraciones sobre el ámbito de aplicación del artículo 60 y sobre los conceptos de «atribuir competencia a la organización» y «eludir el cumplimiento», señalando que preferían que el término «eludir» se sustituyera por otro más neutro. En realidad el uso de este término por la CDI trata de excluir la responsabilidad de los Estados cuando el hecho cometido por la organización es una consecuencia involuntaria del ejercicio de las competencias transferidas. Otras delegaciones señalaron que debía tenerse en cuenta también la intención del Estado al atribuir competencia a la organización y que se distinguiera entre atribuciones expresas y tácitas de competencia, vid. doc. A/CN.4/577, adpos. 38-40.

5. LA ADMINISTRACIÓN INTERNACIONALIZADA DE TERRITORIOS Y EL CONTROL EJERCIDO POR LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.

La actualidad de las relaciones internacionales pone de manifiesto que cada vez son más frecuentes ciertas relaciones de dependencia entre un territorio y una organización internacional, en los que ésta ejerce potestades de dirección y control sobre las actividades de otro Estado, ya sea con arreglo a un tratado o como resultado de su administración temporal. Lejos de constituir una práctica obsoleta, la administración por una organización internacional de un territorio ha resurgido con fuerza en los últimos años¹⁰⁶ porque algunas operaciones de mantenimiento de la paz se han acercado más al ejercicio de soberanía sobre un territorio que a una simple interposición de fuerzas propia de la era de la Guerra Fría.

Entre los ejemplos contemporáneos más prominentes de administración internacionalizada a cargo de una organización internacional pueden

¹⁰⁶ A veces, estas nuevas operaciones de mantenimiento de la paz han sido denominadas como de tercera generación, sugiriendo una evolución cronológica hacia operaciones más complejas como las que se vienen desarrollando en la actualidad. Algún autor como WILDE, R.: «Representing International Territorial Administration: A Critique of Some Approaches», *EJIL*, vol. 15-2004, pp. 71 y ss. (77); estima que esta calificación sería inadecuada por cuanto en el pasado la Sociedad de Naciones también administró territorios bajo los auspicios del Tratado de Versalles, ya fuera la ciudad libre de Danzig o la cuenca del Sarre. Vid., asimismo, CHESTERMAN, S.: *You the People: The United Nations, Transitional Administration and State-Building*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2004; WILDE, R.: «From Danzig to Timor and beyond», *AJIL*, vol. 95-2001, pp. 583 - 606; ZIMMERMANN, A. / STAHN, C.: «Yugoslav Territory, United Nations Trusteeship of Sovereign State? Reflections on the Current and Future Legal Status of Kosovo», *NJIL*, vol. 70-2001, pp. 423-460. Además, Jerusalén y Trieste estuvieron programadas para una administración internacional, aunque después no se llevaron a cabo, vid. KOLB, R. / PO-RRETTO, G. / VITÉ, S.: *L'Articulation des règles de droit international humanitaire...*, pp. 27-31. Naciones Unidas también creó una administración territorial en Libia entre 1947 y 1951 para facilitar el final del régimen colonial italiano sobre este territorio al final de la Segunda Guerra mundial. En 1949, Naciones Unidas concedió la independencia al país y el traspaso de poderes se llevó a cabo en 1951, vid. ZIMMERMANN, A. / STAHN, C.: «Yugoslav Territory, United Nations Trusteeship of Sovereign State?», *cit.*, pp. 431-32. Finalmente, el ejemplo más comúnmente citado de administración internacional fuera de Europa es la administración internacional en el periodo de entreguerras en la ciudad de Leticia, cuya soberanía no era pacífica entre Colombia y Perú. Fue administrada por la Sociedad de Naciones entre 1933 y 1934 después de que las tropas peruanas ocuparan el territorio contraviniendo un Tratado de 1922 que estipulaba que el territorio fuera transferido a Colombia. Y con anterioridad a la I Guerra Mundial, cabría destacar los casos de las ciudades o zonas internacionalizadas de Cracovia, Creta y Tánger, y los casos peculiares del Congo y Albania, vid. AZNAR GÓMEZ, M.: *La administración internacionalizada...*, pp. 73 y ss.

destacarse la misión de Naciones Unidas en Kosovo¹⁰⁷ (UNMIK) y la Administración transitoria de Naciones Unidas en Timor Oriental¹⁰⁸ (UNTAET), aunque no son ni mucho menos los únicos ejemplos¹⁰⁹ en los que la comunidad internacional se embarcó en una misión de estas características¹¹⁰. El ejercicio de competencias en estas distintas administraciones internacionales puede fluctuar de unas a otras, pero resulta innegable el hecho de que la comunidad internacional actúa durante un cierto tiempo en el ejercicio del gobierno de estos territorios en situación de post-conflicto.

A veces, estas operaciones han acaparado la actualidad internacional por estar implicadas en graves violaciones de Derechos humanos. En particular, la UNMIK¹¹¹ y la UNTAET han sido criticadas por llevar a cabo de-

¹⁰⁷ Resolución del Consejo de Seguridad n° 1244 (1999).

¹⁰⁸ En su Resolución n° 1272 (1999), de 25 de octubre de 1999, el Consejo de Seguridad creó la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (ATNUTO/UNTAET), responsable de la administración de Timor Oriental durante su transición hacia la independencia

¹⁰⁹ Distintos territorios de los Balcanes han sido puestos a cargo de una administración internacional sobre la base de una amplia variedad de instrumentos. Así, por ejemplo, la administración transitoria de Naciones Unidas en Eslavonia Oriental, Baranja y Srijem Occidental (UNTAES), Resolución del Consejo de Seguridad n° 1037 (1996); o la Oficina del Alto Representante (OAR) en Bosnia-Herzegovina, Resolución del Consejo de Seguridad n° 1035 (1995); pusieron funcionarios internacionales a cargo del ejercicio de la administración de estos territorios. Ésta última, además, era una misión compleja ya que el mandato de seguridad fue desarrollado por Naciones Unidas mientras que el componente de administración civil fue desarrollado por la Unión Europea, a través del Alto Representante. Asimismo, la administración de Brcko, sobre cuya articulación puede verse el fallo n° VII del Tribunal Arbitral sobre una controversia fronteriza, Brcko Arbitral Tribunal for Dispute Over the Inter-Entity Boundary in Brcko Area, Award n° VII, 1997, en <http://www.ohr.int>. Otras fueron creadas a través de un acuerdo internacional entre el Gobierno local y la organización internacional, como es el caso de la ciudad de Mostar administrada por la Unión Europea durante algunos años, vid. Memorando de Entendimiento aprobado por el Consejo mediante Decisión 94/308/PESC, DOCE n° L 134/1, de 1994. Sobre este acuerdo y el ejercicio de esta administración por la UE puede verse, PAGANI, F.: «L'Administration de Mostar par l'Union Européenne», *AFDI*, vol. 42-1996, pp. 234 - 254.

¹¹⁰ Otras operaciones de mantenimiento de la paz desarrolladas en el pasado también poseían similares características, en particular, la Autoridad Temporal Ejecutiva de Naciones Unidas (UNTEA) en Nueva Guinea Occidental (Irián Occidental), Resolución de la Asamblea General n° 1752 (XVII), de 21 de Septiembre de 1962, Acuerdo entre la República de Indonesia y los Países Bajos relativo a Nueva Guinea Occidental (Irián Occidental); y la Administración transitoria de Naciones Unidas en Camboya (UNTAC), Resolución del Consejo de Seguridad n° 745 (1992). Finalmente una de las mayores operaciones de mantenimiento de la paz desarrolladas por Naciones Unidas durante la Guerra fría fue la operación en el Congo (FONUC), la cual tenía un importante componente civil.

¹¹¹ La UNMIK ha ejercido como un soberano de facto en Kosovo desde 1999. El Comité de Derechos Humanos examinó por primera vez en Julio de 2006, a propuesta de la entonces Serbia y Montenegro, un Informe de los representantes de la administración de Naciones Unidas en Kosovo sobre la implementación que estaba realizando en este territorio del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas respondió a su

tenciones de personas y retenerlas durante mucho tiempo, incluso después de que un tribunal ordenara su puesta en libertad¹¹²; por no hablar de la aplicación de leyes que violaban los Derechos humanos¹¹³; etc. Asimismo, estas administraciones pueden infringir el derecho a la libre determinación de los pueblos, en particular, cuando promueven la privatización de propiedades¹¹⁴ o rediseñan fronteras¹¹⁵. Incluso alguna administración ha firmado

propio órgano de supervisión sobre la forma en que había implementado en este territorio los Derechos establecido en este Pacto. Sobre la protección de los Derechos Humanos en el marco de estas administraciones territoriales, puede verse, AZNAR GÓMEZ, M.: «Some Paradoxes on Human Rights Protection in Kosovo» en *Essays in Honour of Christian Tomuschat*, cit., pp. 15-40; WHITE N. D. / KLAASEN, D. (eds): *The UN, Human Rights and Post-conflict Situations*, Manchester University Press, Manchester, 2005; HENKIN, A.A. (ed), *Honoring Human Rights under International Mandates, Lessons from Bosnia, Kosovo and East Timor*, The Aspen Institute, Washington, 2003.

¹¹² Resulta ilustrativa a este respecto la lectura de los informes de la institución del Defensor en Kosovo, en particular, su Informe Especial nº 3, de 29 de julio de 2001, sobre la conformidad de las privaciones de libertad, <http://www.ombudspersonkosovo.org>; así como los informes de la Comisión de Venecia (European Comisión for Democracy through Law) instituida en el marco del Consejo de Europa, que ha llamado recientemente la atención para un: «progressive phasing out of these powers and for the establishment of an advisory panel of independent lawyers for the decisions directly affecting the rights of individuals pending the end of the practice», vid. *Opinión on the constitutional situation in Bosnia and Herzegovina and the powers of the High Representative*, adoptado en su 62ª sesión, disponible en <http://www.venice.coe.int>.

¹¹³ Sobre este tema puede verse BONGIORNO, C.: «A Culture of Impunity: Applying International Human Rights Law to the United Nations in East Timor», *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 33-2002, pp. 623 y ss. (666 y ss.). Estas violaciones han ido desde la ausencia de procedimiento de *habeas corpus* en las detenciones de personas y, en general, la ausencia de respeto de las garantías procesales, vid. Report of the OSCE Legal Systems Monitoring Section, Kosovo: A Review of the Criminal Justice System, 1 de septiembre de 2000 a 28 de febrero de 2001; LSMS, Kosovo: A Review of the Criminal Justice System, October 2001, pp. 19 y ss., <http://www.osce.org/kosovo/documents.html>. Otro ejemplo de violación frecuente por el componente civil y militar de una administración internacional ha sido la expropiación de propiedades sin indemnización para solventar las necesidades materiales de la administración, vid. el Informe presentado por la institución del Defensor en Kosovo, Primer Informe Anual 2000-2001, de 18 de julio de 2001, así como las observaciones de VON CARLOWITZ, L.: «Crossing the Boundary from the International to the Domestic Legal Realm: UNMIK Lawmaking and Property Rights in Kosovo», *Global Governance*, vol. 10-2004, pp. 307 y ss.

¹¹⁴ La Kosovo Trust Agency, que poseía el mandato de privatizar bienes públicos en Kosovo, fue creada a través de un Reglamento promulgado por el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas en este territorio, previa consulta a las instituciones provisionales de autogobierno, vid. el Reglamento de la UNMIK nº 2002/12, de 13 Junio de 2002, y la página web de la agencia: www.kta-kosovo.org. La UNMIK también creó un tribunal para tratar todas las reclamaciones relacionadas con estas decisiones de privatización, vid. el Reglamento nº 2002/13, de 13 de Junio de 2002.

¹¹⁵ Vid. el Reglamento de la UNMIK nº 2004/43, de 20 de octubre de 2004, sobre la promulgación de de la Ley sobre el comercio interior, <http://www.unmikonline.org>.

acuerdos de libre comercio con algunos Estados vecinos sin el consentimiento del Estado anfitrión¹¹⁶.

El acomodo jurídico de estas conductas parece no haber llamado la atención de la CDI en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, que se ha limitado a invocar una aplicación analógica de lo previsto en los artículos 9 y 10 de su proyecto sobre la responsabilidad de los Estados por la comisión de hechos ilícitos, los cuales se refieren respectivamente al comportamiento en caso de ausencia o en defecto de autoridades oficiales y al comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole, afirmando que no eran necesario introducir una disposición específica para las organizaciones internacionales. La razón de ello - según la CDI - es la improbabilidad de que se den estos supuestos en relación con las organizaciones puesto que presuponen que ejerzan su control sobre un territorio¹¹⁷. Sin embargo, lejos de ser situaciones improbables, no cabe descartar situaciones en las que una o varias organizaciones ejerzan *de facto* o *de iure* la autoridad efectiva sobre un territorio y se cometen hechos ilícitos internacionales. La atribución de estas violaciones a la organización que administra el territorio, dado que ejerce su dirección y control, parece acorde con la escasa práctica que existe sobre este tema¹¹⁸. Veamos a continuación las disposiciones del proyecto en las que podría basarse esta atribución.

¹¹⁶ Vid. los acuerdos de libre comercio firmados entre Kosovo, Albania y Macedonia: UNMIK/FTA/2003/1 y UNMIK/FTA/2005/1, <http://www.unmikonline.org>.

¹¹⁷ Informe de la CDI sobre el trabajo de su 56º período de sesiones (3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2004), doc. A/59/10, Capítulo V. El Relator Especial, sin embargo, no fue tan tajante como la Comisión. En su Segundo Informe sobre la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, el Profesor Gaja simplemente mantuvo que los art. 9 y 10 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado presupongan el control de un territorio: «Pese a algunos acontecimientos acaecidos recientemente, se trata de una situación poco frecuente para una organización internacional (...) Sería altamente improbable que se diera un caso paralelo al que el art. 10 prevé para un Estado, que presupone que un movimiento insurreccional se convierta en 'nuevo gobierno», vid. Segundo Informe del Relator Especial Giorgio GAJA sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, doc. A/CN.4/541, de 2 de abril de 2004, apdo. 67.

¹¹⁸ Entre los pocos supuestos, puede destacarse el ocurrido tras la Primera Guerra Mundial en el territorio de la Alta Silesia, que permaneció bajo administración internacional en virtud del art. 88 del Tratado de Versalles, que establecía la celebración de un plebiscito para su incorporación definitiva a Alemania o a Polonia. La zona en cuestión fue puesta bajo la autoridad de una Comisión internacional que dispondría de todos los poderes ejercidos por el Gobierno alemán o el Gobierno prusiano. Durante la ocupación aliada de la Alta Silesia se produjeron una serie de incidentes y altercados con la población local. En una de dichas revueltas un oficial francés, el comandante Montalègre, murió mientras se hallaba cumpliendo funciones de mantenimiento del orden. Admitida la responsabilidad de la Comisión, ésta otorgó una indemnización como reparación de la misma. Dicha cantidad fue detraída de los fondos asignados para sus gastos de funcionamiento y administración

Como ya sabemos, tanto la CDI como el Relator especial han propuesto para estos supuestos una aplicación analógica del art. 9 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados¹¹⁹, disposición que es susceptible de ser invocada cuando se dan tres condiciones: el comportamiento debe estar relacionado con el ejercicio efectivo de atribuciones de poder público; el comportamiento debe haber sido observado en ausencia o en defecto de autoridades oficiales; y, finalmente, las circunstancias deben ser tales que requieran el ejercicio de esas atribuciones de poder público¹²⁰.

Como ha observado AZNAR GÓMEZ, los casos de atribución del art. 9 parecen referirse principalmente a comportamientos de personas que no actúan inicialmente por cuenta de nadie, por lo que esta disposición no parece de utilidad para los supuestos de administración internacionalizada cuando es una organización internacional la que colma el vacío dejado *de facto* o *de jure* por el soberano territorial¹²¹. Además, con la adopción de los acuerdos y decisiones del Consejo de Seguridad en el que se basan estas administraciones, el ejercicio de atribuciones de poder público deja de ser una cuestión de hecho para serlo de derecho¹²². Por tanto, parece inadecuada su aplicación analógica para cubrir aquellos casos de atribución de comportamientos en casos en los que se produce un colapso del Estado por motivos diversos y es una organización internacional la que ejerce atribu-

establecidos por el párrafo 6 del anexo al art. 88 del Tratado de Versalles. Este asunto desencadenó la responsabilidad de la organización internacional que desempeñaba provisionalmente las funciones gubernamentales y de policía sobre el territorio. Esta fue la tesis defendida por el Ministro francés de Asuntos Exteriores en una carta dirigida al Presidente de la Comisión, de fecha 25 de julio de 1921. La solución adoptada en este asunto se apoyaba en la convicción compartida tanto por el Gobierno francés como por la Comisión, de que existían unas obligaciones especiales para la autoridad que ejerce la competencia territorial respecto de los agentes de una organización internacional en el ejercicio de sus funciones, CII, Observaciones escritas del Gobierno francés en el asunto *Indemnización por los daños sufridos al servicio de Naciones Unidas*, Mémoires, plaidoiries, et documents, 1949, pp. 16-17, reproducido en ABELLÁN HONRUBIA, V. (et al.): *Prácticas de Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 2005.

¹¹⁹ «[S]e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones». Según el comentario de la CDI a esta regla, tales supuestos se dan muy rara vez, por ejemplo, en caso de revolución, conflicto armado u ocupación extranjera, cuando la autoridad legítima se disuelve, se desagrega, ha sido aniquilada o es por el momento inoperante. También abarca los casos en que la autoridad legítima está siendo restablecida gradualmente, por ejemplo, después de una ocupación extranjera, doc. A/56/10, comentario al art. 9, p. 98.

¹²⁰ Doc. A/56/10, p. 99.

¹²¹ AZNAR GÓMEZ, M.: *La administración internacionalizada...*, p. 299.

¹²² *Ibid.*

ciones de poder público en ausencia o en defecto de autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones.

Para cubrir este supuesto tal vez podría ser aplicable lo dispuesto en el proyecto de art. 5 al que ya hemos hecho referencia y que se refiere al comportamiento de un órgano o agente de un Estado o de una organización internacional que ha sido puesto a disposición de otra organización. En este caso, se considera hecho de esta última organización según el Derecho internacional si ésta ejerce un control efectivo sobre ese comportamiento. La peculiaridad reside aquí en que frente al ejercicio de competencias funcionales que es común a las organizaciones internacionales, en el caso de la administración de un territorio lo que esos agentes cedidos ejercerán serán típicas competencias territoriales (de carácter ejecutivo, legislativas, judiciales) sobre el territorio sujeto a administración internacional.

Los agentes que desarrollan estas funciones encomendadas a la organización serán en muchas ocasiones agentes del Estado territorial cuya soberanía queda suspendida durante la administración transitoria. Son, en cierto sentido, agentes puestos a disposición de una organización por el Estado sobre cuyo territorio queda establecida la administración internacional¹²³, al menos, por lo que se refiere al personal que ejerce funciones de policía civil en el territorio sujeto a administración. En este último supuesto sí podremos hablar de órgano estatal puesto a disposición de la organización ejerciendo sus funciones bajo su control efectivo. Es cierto, no obstante, que el resto del personal que normalmente trabaja en estas administraciones temporales no se contrata en función de la nacionalidad¹²⁴ sino que el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas lo emplea directamente en función de otros criterios. Por esta razón, en relación con los hechos ilícitos internacionales cometidos por este personal parece más adecuado calificar su estatuto como agentes de la organización en el sentido del art. 4 del proyecto.

En algunos supuestos, quizás no sería descartable la aplicación del proyecto de art. 14 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales relativo a la dirección y control ejercidos por una organización en la comisión de un hecho ilícito internacional. Según esta disposición, la organización que dirige y controla a un Estado en la comisión de un hecho ilícito es internacionalmente responsable por

¹²³ El supuesto de Kosovo es significativo a estos efectos porque la UNMIK utiliza tanto órganos y agentes de la antigua administración yugoslava en Kosovo como agentes de otras organizaciones internacionales, en particular, de la OSCE.

¹²⁴ Vid., por ejemplo, el Informe del Secretario General sobre la administración interina de Naciones Unidas en Kosovo, de 23 de mayo de 2005, doc. S/2005/335.

este hecho si lo hace conociendo las circunstancias del hecho y el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la organización que dirige y controla¹²⁵. Según la CDI, la aplicación de esta disposición se limita a los casos en que una organización dominante ejerce su dirección y control sobre un comportamiento que constituye un incumplimiento de una obligación internacional del Estado dependiente¹²⁶. No está claro, sin embargo, si en el supuesto de que la violación se produjese en un territorio no autónomo, que es administrado temporalmente por una organización internacional, la atribución podría basarse en esta disposición del proyecto. En principio, la respuesta parece que debe ser negativa por cuanto del tenor del proyecto de art. 14 se deduce que se refiere sólo a la responsabilidad de una organización por el comportamiento de otro Estado. Sin embargo, en muchas de estas relaciones de dependencia entre un territorio y una organización, aunque el territorio dependiente pueda poseer cierta personalidad jurídica internacional, no suele haber alcanzado aún la estatalidad. En este sentido, en el comentario al art. 17 del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados relativo también a la dirección y al control ejercidos en la comisión del hecho ilícito internacional, la CDI afirmó que las relaciones de dependencia, tales como los territorios no autónomos, quedaban completamente fuera de su ámbito de aplicación, dado que esta disposición se refería sólo a la responsabilidad de un Estado por el comportamiento de otro¹²⁷. De ello quizás debamos deducir que la administración interna-

¹²⁵ También se aplicaría esta disposición cuando la dirección o el control es ejercida por una organización sobre otra. Si la Fuerza de Kosovo (KFOR) pudiera ser considerada una organización internacional, el aparente control ejercido por Naciones Unidas tal vez sería un supuesto de hecho al que se aplicaría esta disposición. Ésta fue a opinión del Gobierno de Francia en las objeciones preliminares ante la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Licitud del uso de la fuerza (Yugoslavia / Francia)*, al afirmar que: «La dirección de la KFOR incumbe a la OTAN, su control a las Naciones Unidas», objeciones preliminares, p. 33, apdo. 45. PELLET, A.: «L'imputabilité d'éventuels actes illicites...», p. 199; sostuvo una opinión similar con respecto a las relaciones entre la OTAN y la KFOR. Sin embargo, la CDI estimó que probablemente a lo que se refieren es al ejercicio conjunto de la dirección y el control. La realidad es que el tema no está claro, aunque de la gestación de la creación de la KFOR parece deducirse que la dirección y el control era compartido entre Naciones Unidas y la OTAN.

¹²⁶ En la formulación del art. 14, el término «controla» se refiere a los casos de dominación sobre la comisión de un hecho ilícito y no simplemente al ejercicio de supervisión, ni mucho menos a la simple influencia o interés, vid. *mutatis mutandis*, comentario de la CDI al art. 17 del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, doc. A/56/10, apdo. 7, p. 163. De manera semejante, el término «dirige» no abarca la simple instigación o sugerencia sino que connota más bien una dirección real de tipo efectivo. Para que una organización internacional dominante incurra en responsabilidad tanto la dirección como el control deben ejercerse sobre el comportamiento ilícito, *ibíd.*

¹²⁷ *Ibíd.*, comentario al art. 17, apdo. 4., p. 161.

cionalizada que desarrolla una organización internacional exclusivamente sobre una parte del territorio de un Estado escaparía a su conceptualización como dirección y control de una organización sobre un Estado. Con todo, estimamos que esta regla también debería valer para este supuesto¹²⁸. Y ello porque la institución de la responsabilidad debe estar presidida en todo momento por el principio de efectividad tanto en lo relativo a la determinación del vínculo orgánico que une la organización a sus agentes como en lo relativo a la vinculación del hecho ilícito con el ejercicio de las funciones desarrolladas por la organización. Cabe recordar en este sentido que en este ámbito preciso de la responsabilidad, la CIJ ha estimado que su fundamento está constituido por «(...) la autoridad efectiva sobre un territorio y no la soberanía o la legitimidad del título.»¹²⁹. Asimismo, en el reciente fallo en el asunto *Actividades armadas sobre el territorio del Congo*¹³⁰, aunque la CIJ se refería a la cuestión de si un Estado cuyas fuerzas habían intervenido en el territorio de otro Estado era o no una potencia ocupante en el sentido del *ius in bello*, puso el acento nuevamente sobre la efectividad al señalar que lo importante era demostrar si el Estado autor de la intervención ejercía una autoridad efectiva sobre las zona en cuestión. Así pues, con independencia de que Uganda hubiese o no establecido una administración militar estructurada en el territorio ocupado, lo importante para la Corte fue si las fuerzas armadas de este país, con independencia de los lugares en los que estuviesen estacionadas, habían sustituido su propia autoridad por la del Gobierno del Congo¹³¹.

Cabe añadir, finalmente, que para que pueda darse este factor de atribución basado en la dirección o el control ejercidos por la organización internacional sobre un territorio, debe demostrarse que el hecho hubiera sido ilícito si hubiese sido cometido por la propia organización, lo cual impide atribuirle la violación de obligaciones bilaterales que no pueden oponerse a la organización que ejerce esa dirección. Por el contrario, en el supuesto de las obligaciones multilaterales y, en particular, de las obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto, la condición es mucho más fácil de satisfacer.

¹²⁸ En este sentido, REMIRO BROTONS, A. (et al.): *Derecho internacional*, p. 763.

¹²⁹ CIJ, *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia permanente de Sudafrica en Namibia (Sudoeste africano) a pesar de Resolución 276 (7970) del Consejo de Seguridad*, Dictamen de 21 de junio de 1971, *CIJ Rec. 1971*, p. 54, apdo. 118.

¹³⁰ CIJ, *Actividades armadas sobre el territorio del Congo*, (República Democrática del Congo / Uganda), Sentencia de 19 de diciembre de 2005, *CIJ Rec. 2005*, p. 168.

¹³¹ *Ibid.*, apdo. 173.

6. CONCLUSIONES

Hasta ahora no han existido principios claros sobre los que fundamentar un planteamiento general de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. La inexistencia de una abundante práctica conocida motivada por la escasez de mecanismos jurisdiccionales para hacer efectiva la responsabilidad de estas entidades y la confidencialidad de los medios diplomáticos quizás explique este vacío. También esta materia ha sido objeto de escasa atención doctrinal, aunque es hasta cierto punto normal que en los primeros momentos del advenimiento de este nuevo sujeto a las relaciones internacionales, la doctrina científica se preocupara más por asimilar su emergencia y su clasificación en las categorías jurídicas ya existentes, que por abordar otros aspectos sustantivos. En el momento actual, sin embargo, en el que parece existir un clima general en el que todas las cuestiones relativas a la responsabilidad y al control (*accountability*) están siendo objeto de una atención particular, unido a las funciones cada vez más importantes que desarrollan estas entidades en todas las áreas, resulta más perentorio que nunca conocer los principios fundamentales sobre los que cimentar esta responsabilidad. Y a ello está contribuyendo decididamente la CDI con el proyecto de artículos que desarrolla en la actualidad sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, sobre cuyas disposiciones hemos abordado en este trabajo los principales fundamentos de atribución de hechos ilícitos a estas entidades.

Al igual que para los Estados, el principio de base es la atribución a la organización de los comportamientos de sus órganos y agentes. Es indispensable, sin embargo, que el hecho ilícito se inscriba en el marco de las funciones oficiales del agente y no en su esfera privada, aunque esto no impide que los actos cometidos por un agente sobrepasando sus competencias (*ultra vires*) sean igualmente atribuidos a la organización debido al vínculo que continúa uniendo tales actos a las funciones de la organización. En el supuesto de órganos o agentes cedidos a la organización por otros sujetos, es el criterio del control efectivo ejercido por la organización el que debe fundamentar la atribución del hecho ilícito a esta entidad, con preponderancia sobre el criterio del control global; el cual extendería en exceso, hasta romperlo incluso, el vínculo que debe existir entre el comportamiento de los autores del ilícito y el sujeto internacional del que dependen. Quizás no sean descartables supuestos de atribución conjunta cuando no sea posible distinguir las respectivas esferas de control efectivo entre el sujeto cadente y la organización, aunque sería ir demasiado lejos estimar que el hecho de que el Estado que aporta los contingentes conserve facultades

disciplinarias y jurisdiccionales, excluya por completo la consideración de que los contingentes cedidos para el desarrollo de las operaciones de mantenimiento de la paz están a disposición de la organización internacional.

Además de incurrir en responsabilidad internacional por la comisión de hechos ilícitos, las especificidades de las organizaciones internacionales, en tanto que sujetos derivados de Derecho internacional, implica que sus Estados miembros incurran también en responsabilidad con ocasión de hechos cometidos por la propia organización. Se trata de aquellos supuestos en los que los Estados miembros aportan ayuda o asistencia en la perpetración del hecho ilícito por la organización o ejercen su dirección o control. También puede darse esta situación cuando puede establecerse que los Estados han incumplido la obligación de vigilancia sobre ciertos comportamientos ilícitos de la organización, por ejemplo, si en calidad de miembros impiden a la organización actuar para proteger adecuadamente las disposiciones del Derecho internacional humanitario.

Con respecto a la administración internacionalizada de un territorio desarrollada por una organización internacional, fenómeno que ha resurgido con fuerza en los últimos años, la CDI ha omitido hasta el momento establecer reglas específicas, aunque propone una aplicación analógica del art. 9 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. No obstante, esta disposición parece referirse a comportamientos de personas que no actúan inicialmente por cuenta de nadie. Además, el ejercicio de atribuciones poder público en el desarrollo de una administración internacionalizada de un territorio por una organización internacional no es una cuestión de hecho, sino de derecho, al estar basada en acuerdos y decisiones del Consejo de Seguridad. Tal vez correría mejor fortuna una nueva aplicación de la regla del control efectivo sobre los comportamientos de los órganos o agentes cedidos a la organización por otros sujetos o simplemente como hechos ilícitos cometidos por agentes de la organización. En algunos supuestos quizás no sea impensable atribuir la responsabilidad a la organización en virtud de la dirección y control que ejerce sobre otro Estado. Si bien esta doctrina no abarca las relaciones de dependencia con un territorio que aún no ha alcanzado la estatalidad, una interpretación que tenga en cuenta la autoridad efectiva desarrollada sobre el territorio, al margen de formalismos exagerados, haría viable su aplicación a este supuesto.

LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y PROFESIONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO TRAS LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES. ESPECIAL REFERENCIA AL PERSONAL MILITAR

Isabel María Romero Lucas
Capitán Auditor

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

Desde la entrada en vigor de la Constitución, la protección jurídica de la mujer trabajadora ha sufrido una gran transformación, fruto en gran medida, de nuestra integración en la Unión europea. Sin embargo, la incorporación de la mujer al mercado laboral sigue contando con importantes obstáculos derivados fundamentalmente de las cargas familiares que tradicionalmente han asumido las mujeres, y que dificultan la consecución de una igualdad plena de mujeres y hombres.

Durante muchos años el legislador trató de eliminar las discriminaciones que pudieran existir por razón de sexo en el acceso y continuidad en el empleo, por lo que la mayoría de las normas dictadas fueron encaminadas a conseguir la igualdad de oportunidades entre ambos sexos, obviando las dificultades y los obstáculos que las responsabilidades familiares, y, sobre todo, la maternidad, constituyen para la integración y permanencia de la mujer en el mundo laboral.

Ante esta realidad, en los últimos años se han venido instrumentando las denominadas medidas para conciliar la vida familiar y laboral, dirigidas, por un lado, a la consecución de una distribución mas justa entre

mujeres y hombres de sus responsabilidades familiares, y, por otro, a hacer compatible el trabajo con el cuidado de la familia.

Así desde mediados de la década de los noventa del siglo XX, el tema de la conciliación se ha popularizado y ha entrado en las agendas políticas comunitarias, con la pretensión de que, a través de esta fórmula, se concrete la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Las políticas sociales de todos los Estados miembros de la Unión Europea parecen encaminarse hacia una progresiva igualdad entre los sexos, y por tanto la conciliación en el discurso político dominante, ha dejado de ser un *problema de mujeres* para ser un problema social.

Es cierto, como han señalado algunos autores, que no es misión de los poderes públicos establecer (y mucho menos imponer) modelos determinados de convivencia familiar o «políticas de la familia concretas»¹, pero no es menos cierto que los poderes públicos deben tratar de eliminar al máximo todos los obstáculos que afecten directamente a la familia, para que, dentro del ámbito privado de cada una de ellas existan verdaderas posibilidades de elección (art. 9.2 y 39.1 de la CE). Por tanto, el legislador debe sentar las bases para que el reequilibrio de responsabilidades pueda ser efectivo y para que pueda compatibilizarse el tiempo de trabajo y el tiempo de atención a la familia.

Este enfoque en el tratamiento de la conciliación de la vida laboral y familiar puede apreciarse con claridad a nivel comunitario a partir de la publicación de la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental, que constituye la primera muestra de un enfoque integrador de la maternidad-paternidad y las responsabilidades familiares. Esta Directiva tuvo su reflejo a nivel nacional, en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida personal, familiar y laboral (LCVFL), norma que ofreció por primera vez un enfoque global e integrado de la conciliación de la vida familiar y laboral.

I.I. LA LEY 39/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida personal, familiar y laboral (LCVFL), ordena e integra la normativa dispersa existente hasta el momento en materia de permisos de maternidad, exce-

¹ Martín Jiménez, R. (2000): «Disposiciones «extravagantes» y otras cuestiones reguladas en la Ley 39/1999», *Aranzadi Social*, nº 20, 2000, pag.112.

dencias y reducciones de jornada para el cuidado de hijos, así como los permisos puntuales por razones familiares. Además incorpora aspectos nuevos, como la ampliación de los permisos de cuidado de los hijos en todos los casos, incluido el acogimiento preadoptivo o temporal, o la extensión de los permisos para el cuidado de otros familiares que no puedan valerse por sí mismos. Esta última es una modalidad de permiso laboral no contemplada en las Directivas europeas, que se puede disfrutar durante un periodo de hasta un año y que se añade a la licencia por motivos familiares urgentes que ya existía con anterioridad. Por otra parte, aumentan los casos en los que los permisos pueden disfrutarse tanto por el padre como por la madre, a fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres.

Esta Ley supone el primer reconocimiento de los problemas que plantea la creciente incorporación de las mujeres al mundo laboral y es, en muchos aspectos, abierta y flexible, si bien, tiene una limitación importante y es que los permisos no entrañan ningún tipo de retribución (excepto el permiso de maternidad, y el permiso de dos días por motivos familiares urgentes), por lo que solo una minoría de las familias podía acogerse a ellos.

I.II. LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES: EL CAMINO HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a pesar de sus aciertos, mostró algunas insuficiencias, y después de algunos años de vigencia, la sociedad española comenzó a demandar medidas políticas de carácter social para una auténtica conciliación de las responsabilidades familiares y laborales.

Al hilo de estas demandas surge la necesidad de revisar el concepto mismo de *conciliación*, identificándolo con el de *corresponsabilidad*, tal y como se ha concretado jurídicamente, en el sentido de equilibrar el esfuerzo que deben realizar tanto hombres como mujeres, mediante el establecimiento de políticas de conciliación orientadas a los hombres.

En este contexto, y con este sentido nace la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), que constituye un nuevo hito en esta materia. Las políticas de conciliación guardan una indudable relación con el principio de igualdad, ya que, en la práctica constituyen una técnica indirecta para la consecución del mismo, de ahí que la LOI preste una especial atención a las mismas.

La LOI, tras reconocer en su Exposición de Motivos que la igualdad formal o igualdad ante la ley reconocida tanto en la legislación nacional² como internacional³, ha resultado ser insuficiente, al amparo de la competencia que la Constitución otorga al estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos⁴, preconiza una igualdad efectiva vinculada al Estado Social, y, por tanto, una igualdad material o de resultados.

En este contexto diseña un marco general para la adopción de las llamadas «*acciones positivas*», dirigiendo a todos los poderes públicos un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal.

Así en su artículo 14 define como criterios generales de actuación de los poderes públicos, entre otros, «*el compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres*», «*la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística*», «*la protección de la maternidad*», y «*el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia*».

Bajo el término «*derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*», la LOI intenta aglutinar las distintas figuras jurídicas que permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares, señalando en su artículo 44.1 que tales derechos «*se reconocerán en forma que fomenten la asunción de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación en su ejercicio*». Se insiste, por tanto, en que dichos derechos fomenten una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares (art. 14.8) y en que su ejercicio no implique ningún tipo de discriminación para los trabajadores y trabajadoras.

Llegados a este punto, hemos de significar que dos son los bienes jurídicos que tratan de proteger las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral: por un lado, la familia y, por otro, la mujer, que requiere de una protección especial en atención a su condición biológica y al rol social que tradicionalmente se le ha asignado. En este sentido,

² Art. 1.1, 9.2 y 14 CE

³ La LOI incorpora al ordenamiento español las Directivas 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 2004/113/CE, del Consejo y la 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁴ Art. 149.1.1CE

como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su sentencia 3/2007, de 15 de enero, en caso de conflicto, la dimensión constitucional de todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, «tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa».

Debe tenerse en cuenta que la LOI se refiere en el art. 44 a los «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral» pero sin enumerar dichos derechos; es de suponer que el legislador parte de la consideración de que los mismos son ya conocidos, sin embargo, no existe ninguna norma que contenga una enumeración de tales derechos, de manera que habrá que entender que los derechos de conciliación están integrados por todas aquellas figuras jurídicas que, desperdigadas a lo largo de una pluralidad de disposiciones, permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de su familia.

En efecto, en el articulado de la LOI, como regla general no se recogen medidas de conciliación específicas, sino que se introducen en sus Disposiciones adicionales a través de numerosas reformas en la legislación sustantiva, procesal y de Seguridad Social, así como en la normativa funcionarial, para asegurar la mejor conciliación entre el trabajo y la familia y conseguir una participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar.

En concreto, las reformas introducidas por la LOI en la normativa citada, obedecen, resumidamente, a las siguientes líneas básicas:

1. Se consagra en la normativa la jurisprudencia más significativa sobre la materia con el fin de crear una situación de mayor seguridad jurídica en el ejercicio de las figuras que componen los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral;
2. Se crean nuevas figuras jurídicas, se mejora el contenido de los derechos ya reconocidos, y se introduce mayor flexibilidad en su ejercicio;
3. Se sustituyen las referencias que en las medidas de conciliación se hacían al «padre», por referencias al «otro progenitor», para incluir la nueva posibilidad de matrimonios de personas del mismo sexo;
4. Se intenta potenciar la participación del padre en el cuidado de los hijos a través, entre otras medidas, de la creación del derecho a un permiso y una prestación por paternidad;

5. Se trata de reforzar la protección de las trabajadoras embarazadas y ampliar dicha protección durante el periodo de lactancia natural;
6. Se presta especial atención a las situaciones singulares que puedan afectar a los hijos recién nacidos, como las situaciones de discapacidad;
7. Se amplían los sujetos protegidos por los derechos de conciliación la vida personal, familiar y laboral;
8. Se flexibiliza la regulación legal de varios de los «derechos de conciliación la vida personal, familiar y laboral», como, por ejemplo, la reducción de jornada, el permiso por lactancia o la excedencia;
9. Se regula en paralelo, aunque no siempre miméticamente, el régimen privado y el régimen público del trabajo asalariado.

En cumplimiento de la autorización contenida en la Disposición final tercera de la LOI, recientemente se ha publicado el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE núm. 69 de 21 marzo), que efectúa el desarrollo reglamentario, por un lado, de la normativa legal aplicable a los subsidios por maternidad y por riesgo durante el embarazo, y, por otro, de las normas reguladoras de los nuevos subsidios por paternidad y por riesgo durante la lactancia natural, creados por la LOI.

Por lo que se refiere al empleo público, la LOI dedica su Título V al «*Principio de igualdad en el empleo público*», y comienza señalando como uno de los criterios de actuación de las Administraciones públicas, el de «*remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional*», y «*facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional*»(art. 51).

A continuación, el artículo 56 referido a los «*Permisos y beneficios de protección a la maternidad y la conciliación de vida personal, familiar y laboral*», se limita a hacer una remisión directa a la normativa reguladora del personal al servicio de las Administraciones públicas, señalando que la misma establecerá «*un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*», si bien, hace expresa mención del *permiso de paternidad*.

La LOI introdujo importantes modificaciones en el articulado de la Ley de Funcionarios civiles del Estado y en la Ley de Reforma de la Función

Pública, en el ámbito de los derechos de conciliación. No obstante, con posterioridad a su entrada en vigor, se publicó la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que derogó parcialmente las normas citadas, y que, además de reconocer en su artículo 14 como derecho individual de los funcionarios públicos el derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, incluye en su articulado las modificaciones operadas en dichos textos legales por la LOI en materia de conciliación.

A continuación se examinará las figuras jurídicas contenidas en la normativa funcional que, desde esta perspectiva, podemos encuadrar en el concepto de derechos de conciliación, como normativa base y de referencia, por imperativo del artículo 66 antes citado, para el estudio posterior de los derechos de conciliación del personal militar.

II. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO

Debemos iniciar el estudio de esta materia destacando que los derechos de conciliación de los empleados públicos se inspiran en los derechos de conciliación de los trabajadores, tal y como reconoce la propia Exposición de Motivos de la LOI al señalar que *«las medidas de igualdad en el empleo en el ámbito de la Administración General del Estado»* se regulan en el Capítulo III del Título V *«en sentido análogo a lo previsto para las relaciones de trabajo en el sector privado»*. Esta precisión es muy importante puesto que la regulación de la materia en el ámbito laboral, mas completa en algunos aspectos, puede ayudarnos a resolver las dudas que se planteen en la aplicación de la legislación funcional, como se expondrá a continuación al analizar individualmente las medidas de conciliación en el empleo público.

Los llamados derechos de conciliación podemos encontrarlos en los artículos 48, 49 y 89 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

II.I. PERMISOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El artículo 48, bajo la rúbrica de *«Permisos de los funcionarios públicos»*, contempla varias figuras jurídicas, que si bien son de diferente naturaleza, tienen en común que por el bien jurídico protegido (maternidad o cuidado de la familia), debemos considerar incluidos en el concepto de

derechos de conciliación, por lo que consideramos que habría sido mas acertada su inclusión en el siguiente artículo 49 referido expresamente a los permisos por motivos de conciliación.

A continuación vamos a analizar cada uno de estos derechos destacando las novedades introducidas en su regulación por la LOI y deteniéndonos en el estudio de aquellos que mas problemas plantean en su interpretación y aplicación.

1. PERMISOS RETRIBUIDOS

1.1. Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto para las funcionarias embarazadas

Este permiso fue introducido en el art. 30.1 de la Ley 30/84 por la Ley 53/2005, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social. Por tal permiso habrá de entenderse el derecho de la funcionaria embarazada a ausentarse del puesto de trabajo durante el tiempo imprescindible para llevar a cabo los reconocimientos y pruebas ginecológicas que precise, así como para asistir a técnicas de preparación al parto.

Si bien en el la Ley 7/2007 se ha omitido, voluntaria o involuntariamente, la referencia a la *«previa justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo»*, que si figura en el vigente artículo 30.1 letra e) de la Ley 30/84, consideramos que dicha acreditación puede ser exigida al amparo de dicha disposición, que no fue modificada por la LOI ni derogada por la Ley 7/2007.

1.2. Por lactancia de un hijo menor de doce meses

Por esta causa el funcionario tiene derecho *«a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente, por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.*

Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornada completas el tiempo correspondiente.

Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple».

La regulación de este permiso en el artículo 48.1.f) de la Ley 7/2007 es prácticamente idéntica a la introducida por la LOI en el artículo 30.1 de la Ley 30/1984, con una salvedad: la Ley 30/1984 menciona, como titular de este derecho a «*la funcionaria*», precisión que no aparece recogida, quizá conscientemente, en la redacción del mismo en la Ley 7/2007, surgiendo de nuevo la polémica sobre la titularidad del permiso de lactancia. No obstante, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido por este derecho es el menor lactante, ya reciba lactancia materna, o artificial, lo cierto es que la norma permite que pueda ser disfrutado por cualquiera de lo progenitores, no solo por la madre, por lo que, serán los progenitores los que decidirán, en cualquier caso, quién ejercerá el derecho.

Llama la atención, que en la regulación de este permiso cuyo sujeto protegido es el menor lactante se considere únicamente titulares de este derecho a los progenitores, excluyendo a aquellos sujetos que, sin ostentar dicha condición, tengan la guarda legal o de hecho del menor.

La LOI recogiendo la jurisprudencia y doctrina sobre la materia, introduce una novedad en esta materia, tanto en el ámbito público como en el privado, señalando que en los casos de parto múltiple la duración del permiso se incrementará proporcionalmente al número de hijos nacidos⁵.

La regulación de este permiso por lactancia en la función pública es más favorable que la prevista en el Estatuto de los Trabajadores. En primer lugar se puede disfrutar hasta que el menor alcance los doce meses⁶ mientras que en el ámbito privado solo hasta los nueve meses. Además, los funcionarios pueden optar por la reducción de jornada de hasta una hora, mientras que el Estatuto de los Trabajadores solo reconoce la reducción de media hora.

1.3. Permiso por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral

El último inciso referido a los deberes relacionados con la conciliación, fue introducido en la Ley 30/1984 por la LOI. y constituye un cajón de sastre donde poder incluir aquellos supuestos no recogidos expresamente en

⁵ En este sentido, la sentencia del TC de 18 de junio de 1985 (RTCT 1985/4063).

⁶ Ampliación introducida por la Disposición adicional decimonovena, apartado 8 de la LOI que modifica el art.30.1 f) de la Ley 30/1984),

la norma; así podrían ampararse en él los casos de ausencia del puesto de trabajo por intervención quirúrgica de un familiar directo, o por acompañar a un menor a cargo a revisiones médicas.

2. REDUCCIÓN DE JORNADA

2.1. Por nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto

Los funcionarios tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias, sin pérdida de retribuciones. También podrán reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas diarias, con la disminución proporcional de retribuciones.

Antes de la LOI, el artículo 30.1 f) de la Ley 30/1984 solo contemplaba el derecho a ausentarse una hora por esta causa.

2.2. Por guarda legal

El funcionario que tenga el cuidado directo de algún menor de 12 años, de persona mayor que requiera especial dedicación, de una persona con discapacidad, o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razón de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, siempre y cuando no desempeñen ninguno de ellos actividad retribuida, tiene derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de retribuciones que corresponda.

La LOI ha ampliado la edad del menor a cargo, que antes era de 6 años, En esta materia la normativa funcionarial es más beneficiosa que la prevista en el ET, en el que la LOI solo ha ampliado de seis a ocho años la edad del menor que puede dar lugar a la reducción de jornada, y, además, establece un mínimo y un máximo de la jornada a reducir.

2.3. Por el cuidado de un familiar de primer grado, por razón de enfermedad muy grave

Derecho a la reducción de jornada de hasta el cincuenta por ciento, sin disminución de retribuciones, y por el plazo máximo de un mes. Si hay más

de un titular de este derecho por el mismo causante, el tiempo de reducción se podrá prorratear entre ellos respetando el plazo máximo de un mes.

Este supuesto, no previsto en la normativa laboral, fue introducido por la LOI en el artículo 30.1 g bis) de la Ley 30/1984 .

II.II. PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL Y POR RAZÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Además de los permisos estudiados en el epígrafe anterior, el artículo 49 de la Ley 7/2007, bajo la rúbrica de «*Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género*», regula el permiso por parto, por adopción o acogimiento, y por paternidad.

Antes de analizar cada uno de ellos hemos de señalar que el año pasado se ha publicado el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que, por un lado, dispone su aplicación a todos los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, y, por otro, establece su aplicación supletoria en los Regímenes Especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos, en todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa general reguladora del Régimen correspondiente, por tanto habrá de tenerse en cuenta a la hora de aplicar estos permisos a los empleados públicos.

Asimismo, hemos de tener en cuenta que recientemente se ha publicado el Real Decreto 2/2010, de 8 de enero, por el que se modifica el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, en materia de incapacidad temporal y de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.

1. PERMISO POR PARTO

Tiene una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, y se amplía en dos semanas más en el caso de discapacidad del hijo y, por cada hijo a partir del segundo en los supuestos de parto múltiple. El permiso se distribuye a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. Sin perjuicio de esas primeras seis semanas que son de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos

progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, sin que se exceda en el caso de disfrute simultáneo, de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de discapacidad el hijo o de parto múltiple.

Con respecto a la opción de la madre en favor del otro progenitor en relación al disfrute del permiso de maternidad, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, en su art. 9 introduce una salvedad en el sentido de que dicha opción pueda ser revocada por la madre *«si sobrevinieran hechos que hagan inviable su aplicación, tales como ausencia, enfermedad o accidente del otro progenitor, abandono de familia, separación, violencia de género u otras causas análogas»*.

La LOI introduce una novedad importante: el art. 30.3 de la Ley 30/1984, tras la modificación operada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, preveía la posibilidad de que la madre optase porque el padre disfrutara de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso, si bien dicha opción decaía en el supuesto de que en el momento de hacerse efectiva, la incorporación al trabajo de la madre supusiera un riesgo para su salud. La LOI, en la búsqueda de una mayor corresponsabilidad del padre en el cuidado de los hijos, ha modificado esta circunstancia, de manera que el padre pueda seguir disfrutando del permiso inicialmente cedido, aunque la madre en el momento de su incorporación se encuentre en situación de incapacidad temporal.

El permiso de maternidad puede disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determinen. En este sentido, recordar que la modalidad de disfrute del permiso a tiempo parcial, se encuentra regulada por el Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, que contempla las normas a que ha de ajustarse el mismo y su incompatibilidad con el ejercicio de otros derechos de conciliación, tales como la reducción de jornada por lactancia, por guarda legal de menor, o por nacimiento de hijos prematuros.

Otra novedad de la LOI es el reconocimiento del derecho a la ampliación del permiso de maternidad en el caso de parto prematuro, y en aquellos en que *«por cualquier causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto»*. En estos casos el permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. El Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo re-

coge esta precisión para los empleados públicos, en su art. 8.10, añadiendo: «*con independencia de la duración mínima del periodo de hospitalización y de su causa*».

A este respecto conviene hacer dos precisiones: la primera es que, al incluir la expresión de, «*por cualquier causa*», la doctrina considera incluidos aquellos casos en los que la hospitalización del neonato sea consecuencia de las complicaciones que hayan surgido a la madre tras el parto⁷ en segundo lugar, que aunque la norma contiene la expresión «*a continuación del parto*», por lo que en un principio parecerían excluirse los casos en los que el neonato sea dado de alta tras el parto, y posteriormente deba ser ingresado, la doctrina ha venido considerando que este precepto debía ser interpretado a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

En efecto, según establece el párrafo segundo de dicha disposición, «*a efectos de la ampliación del periodo de descanso por maternidad que, de acuerdo con la legislación aplicable, corresponda en los casos en que el neonato deba permanecer hospitalizado inmediatamente después del parto, serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto*», por lo que se ampliará este permiso también cuando habiendo sido dado de alta tras el parto, deba ser hospitalizado en el periodo de los treinta días naturales siguientes a su nacimiento.

Esta precisión ha sido finalmente recogida de modo expreso en el artículo 8.11 del reciente Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

Por otra parte el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo regula el supuesto de que la madre se encontrase con anterioridad al parto en una situación de incapacidad temporal, señalando que en tal caso, los procesos de incapacidad temporal se interrumpirán al iniciarse el permiso de maternidad, y, transcurrido el mismo, si la anterior situación persistiera, se reanuda el cómputo interrumpido, sin embargo, no se paralizará el procedimiento que, en su caso, se hubiera iniciado a efectos de declarar la existencia de una incapacidad permanente.

La breve regulación de este permiso en la Ley 7/2007, en contraposición con su extenso tratamiento en la normativa laboral, tras las modifica-

⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.,(2006) «Una nota sobre las suspensiones contractuales ligadas a la maternidad», en «La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades», Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona.

ciones operadas por la LOI, plantea diversas dudas para cuya aclaración algunos autores acuden, por vía interpretativa, a ésta última, si bien serán los Tribunales de Justicia los que despejen definitivamente las dudas.

Así, por ejemplo, respecto a la titularidad del permiso o licencia de maternidad en el empleo público, la opinión de la doctrina no es uniforme. Algunos autores consideran que pese a la reforma operada en el art. 48.4 del ET por la LOI, la titular del derecho en el ámbito funcional es exclusivamente la madre quien, no obstante, puede cederlo al padre si es trabajadora por cuenta propia o ajena, por tanto, si la condición de funcionario solo la ostenta el padre, solo podrá disfrutar de dicho permiso si la madre es trabajadora y le cede expresamente su ejercicio.

Frente a esta postura, la doctrina mayoritaria entiende que desde la reforma del art. 48.4 del ET por la LOI que reconoce que en el caso de que la madre trabajadora no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, *«el otro progenitor tendrá derecho a la suspensión de su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre»*, la titularidad del derecho ya no es exclusivo de la madre pasando a ser, en este caso, del padre⁸.

Esta interpretación tiene importantes consecuencias prácticas, ya que, por analogía con el permiso de maternidad del empleado público, y ante la omisión de dicha precisión en la normativa funcional, intencionada o no, consideramos que existe una laguna que procede llenar dando respuesta afirmativa al supuesto de que el padre sea el funcionario y la madre trabajadora no tenga el derecho a que se refiere el art. 48.4, puesto que, teniendo en cuenta que la finalidad de este permiso es el cuidado del hijo recién nacido, cualquier otra solución debería considerarse discriminatoria.

Tampoco se contempla en la norma funcional el supuesto de fallecimiento de la madre en el cuál, la norma laboral reconoce el derecho del otro progenitor al disfrute del permiso de maternidad *«con independencia de que (la madre) realizara o no algún trabajo»* y *«computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto»*, previsiones que pueden ser perfectamente aplicables por vía interpretativa, por las mismas razones antes apuntadas. A mayor abundamiento, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo contempla en su art. 3 este supuesto reconociendo el derecho del otro progenitor a la prestación económica por maternidad durante el

⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R. (2007), *«Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres»*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. pág. 91.

periodo de descanso que quedará por disfrutar, siendo compatible con el subsidio por paternidad

Asimismo puede ser aplicable la previsión contenida en la normativa laboral relativa a la no reducción del permiso de maternidad en el supuesto de fallecimiento del hijo «*salvo que finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo*». El Real Decreto 295/2009 ha añadido que en este caso «*quedará sin efecto la opción ejercida por la madre a favor del otro progenitor*», aclarando las dudas que al respecto había generado la modificación del art.48.4 del ET tras la LOI en la que no se recogió dicha precisión que sí contemplaba el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, lo que llevó a algunos autores a considerar que el fallecimiento del hijo no suspendía el derecho al permiso cedido al padre⁹.

2. PERMISO POR ADOPCIÓN, O ACOGIMIENTO, TANTO PREADOPTIVO COMO PERMANENTE O SIMPLE

Tiene una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, y se amplía en dos semanas más en el caso de discapacidad del menor adoptado o acogido y, por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple. El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso, es decir, no cabe disfrutar de sucesivos permisos, primero por acogimiento, y luego por adopción, respecto al mismo menor.

En los casos de adopción o acogimiento internacional, si fuera necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, con derecho a percibir exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia de este permiso adicional, el permiso por adopción o acogimiento podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

En el caso de que ambos adoptantes trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o

⁹ LOUSADA AROCHENA, F. (2007), «*La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial*», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.Madrid.Págs.65-66.

sucesiva, siempre en periodos ininterrumpidos, sin que, en el caso de disfrute simultáneo la suma de los periodos de descanso pueda exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de discapacidad del menor o de adopción o acogimiento múltiple.

Este permiso por adopción o acogimiento puede disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determinen.

Para la definición de los supuestos adopción y de acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, la Ley 7/2007, se remite al Código Civil y a las Leyes civiles de las respectivas comunidades autónomas que los regulen, si bien, señala que, en todo caso, el acogimiento simple deberá tener una duración no inferior a un año.

Como puede comprobarse, la LOI amplió las situaciones protegidas en línea con lo que ya venían haciendo algunos Tribunales, sin embargo, no extendía la protección a los supuestos de tutela, pese a las decisiones de algunos Tribunales de Justicia que lo habían reconocido en supuestos concretos. Esta situación cambia tras la entrada en vigor del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, cuyo artículo 2 considera situación protegida a efectos de la prestación por maternidad, en los mismos términos establecidos para los supuestos de adopción y acogimiento, la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor.

Asimismo el citado Real Decreto equipara a la adopción y al acogimiento preadoptivo, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación.

Llegados a este punto, debemos detenernos para analizar las novedades introducidas por la Ley Orgánica en la regulación de los permisos por parto y adopción o acogimiento, en los supuestos de **discapacidad del hijo o menor acogido**.

Hasta la entrada en vigor de la LOI no se preveía ninguna singularidad en la regulación de estos permisos en los casos de que el menor estuviera afectado por algún tipo de discapacidad, a pesar de las especiales dificultades que plantean estos supuestos. La LOI ha puesto fin a esta situación, efectuando las correspondientes modificaciones en la regulación de estos permisos tanto en el ámbito laboral (art. 48.4 del ET), como en el funcional (art. 30.3 de la Ley 30/1984), para introducir la ampliación adicional de dos semanas en los casos de discapacidad del hijo o menor adoptado o

acogido. Hemos de señalar que este derecho a las dos semanas adicionales se configura como un derecho independiente del permiso de maternidad o de adopción o acogimiento al precisar las normas que lo reconocen que, en el caso de que ambos progenitores trabajen, *«se distribuirá a opción de los mismos, que podrán disfrutarlo de manera simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida»*, por lo que algunos autores entienden que la forma de disfrute de esas dos semanas es independiente del modo y de la persona que haya disfrutado del permiso de maternidad o de adopción o acogimiento, siendo los dos progenitores los titulares del nuevo derecho¹⁰.

Por otra parte, la norma no especifica qué grado de discapacidad debe tener el hijo para dar lugar a este aumento del permiso. Esta laguna fue cubierta, en un primer momento, por la disposición adicional tercer del RD 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, estableciendo en el párrafo primero de dicha disposición que *«para la ampliación del periodo de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad el hijo o menor acogido, se aplicará la escala de valoración específica para menores de tres años, considerando que procede la ampliación cuando la valoración sea al menos del grado I moderado»*. Así la norma remitía a la EVE a los menores, sin distinción de edad, siendo criticado por algunos autores que no consideraban lógico su aplicación a mayores de tres años.

Actualmente, el artículo 2.3 del RD 295/2009, de 6 de marzo, ha introducido una nueva precisión respecto a los discapacitados mayores de seis años, señalando que *«se entenderá que los menores de edad, adoptados o acogidos, que sean mayores de seis años, presentan alguna discapacidad cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía»*.

3. PERMISO DE PATERNIDAD POR EL NACIMIENTO, ACOGIMIENTO O ADOPCIÓN DE UN HIJO

Tiene una duración de quince días naturales ininterrumpidos¹¹ a disfrutar por el otro progenitor partir de la fecha del nacimiento, de la decisión

¹⁰ Aguilera Izquierdo, R, obra citada.

¹¹ Ver art.26.2.b) del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, siendo independiente del disfrute compartido de los permisos de maternidad y de adopción o acogimiento.

La LOI introdujo este permiso de paternidad en el ámbito funcionarial (artículo 30.1 de la Ley 30/1984), al igual que en la normativa laboral (art. 48 bis ET), si bien en el ámbito público su duración es superior, ya que se reconocen 15 días respecto de los 13 de la legislación laboral. Si bien, la redacción del artículo 30.1 a) tras la modificación operada por la LOI, generó algunas críticas doctrinales, al mencionar como único titular del permiso de paternidad al «padre», lo que planteaba problemas en los casos de parejas del mismo sexo. Estos problemas han sido solventados por la Ley 7/2007 que en su artículo 49 c) considera titulares del permiso tanto al «padre» como al «otro progenitor».

En el empleo público este permiso deberá disfrutarse de modo ininterrumpido *«a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial por la que se constituya la adopción»* (art. 49 c), en contraste con las posibilidades de autoorganización derivadas del art. 48 bis del ET. Sin duda, esta imposición temporal del periodo de disfrute de este permiso en el ámbito funcionarial ha determinado al legislador, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito laboral, a garantizar la no consunción de las vacaciones coincidentes con el disfrute del permiso de paternidad (art. 59 de la LOI).

Por lo que se refiere a la duración del permiso, la Disposición Transitoria sexta de la Ley 7/2007, prevé la ampliación progresiva y gradual del permiso de paternidad hasta alcanzar el objetivo de cuatro semanas de duración a los seis años de su entrada en vigor, de conformidad con el mandato recogido en la Disposición transitoria novena de la LOI. En este sentido señalar que la Disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, amplió a veinte días naturales la duración de este permiso cuando el nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento y cuando en la familia haya una persona con discapacidad.

Posteriormente se ha publicado la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, que efectúa las correspondientes modificaciones en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función

Pública, para introducir la ampliación del permiso de paternidad hasta cuatro semanas, si bien demora su entrada en vigor hasta el 1 de enero de 2011. Llama la atención el hecho de que en el ámbito funcional introduzca la ampliación mediante la modificación del artículo 30.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, ley parcialmente derogada por la Ley 7/2007, en lugar de efectuar directamente la modificación del artículo 49.c) de la vigente Ley 7/2007, que regula actualmente el permiso de paternidad en el empleo público.

Por su parte, el Real Decreto 295/2009, ha introducido algunas precisiones en la regulación del permiso de paternidad, despejando algunas dudas que se planteaban en la práctica, entre las que cabe destacar, por un lado, que considera beneficiario de la prestación al «*otro progenitor*», omitiendo la referencia al «*padre*», y por otro, que regula la posible concurrencia del periodo de disfrute del permiso de paternidad con una situación de incapacidad temporal, señalando que, en tal caso, y por lo que se refiere a los empleados públicos, los procesos de incapacidad temporal se interrumpirán al iniciarse el permiso de paternidad, y, transcurrido el mismo, si la anterior situación persistiera, se reanudará el cómputo interrumpido, sin embargo, no se paralizará el procedimiento que, en su caso, se hubiera iniciado a efectos de declarar la existencia de una incapacidad permanente .

Asimismo recoge dos novedades introducidas por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre. Por un lado, amplía la duración del permiso de paternidad, «*cualquiera que sea la legislación aplicable*», a veinte días naturales ininterrumpidos cuando el nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, y cuando el hijo nacido, adoptado o menor acogido tenga una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento o en la familia haya una persona con dicho grado de discapacidad. Por otro lado, contempla la ampliación, en el caso de parto, adopción o acogimiento múltiples, en dos días más por cada hijo a partir del segundo, considerándose que esta previsión es también aplicable a los empleados públicos ya que se ha añadido al apartado anterior que expresamente establece su aplicación con independencia del régimen jurídico.

Este permiso de paternidad es la medida más innovadora de la LOI y constituye un auténtico «derecho de conciliación» encaminado a extender la cultura de la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado de los hijos, no obstante, al configurarse como un derecho que puede ejercerse voluntariamente, habrá que esperar para ver resultados apreciables en el futuro.

4. MEDIDAS ENCAMINADAS A FACILITAR LA CONCILIACIÓN

Antes de pasar a analizar los supuestos de excedencias con finalidades conciliatorias, vamos a referirnos a las medidas que se han incluido en la regulación legal de estos «derechos de conciliación» encaminadas a evitar que el disfrute de los mismos sea un obstáculo para la promoción profesional o pueda dar lugar a un trato desfavorable en las condiciones de trabajo. Dichas medidas responden a la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha sido recogida en la Directiva 2002/73/CE y en la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y se consagra en el art. 8 de la LOI¹².

En este sentido el artículo 49 de la Ley 7/2007, recoge las siguientes medidas:

1ª. Contempla la posibilidad de que durante el disfrute de los permisos por parto, y por adopción o acogimiento se pueda participar en los cursos de formación que convoque la Administración, de forma que no sea un obstáculo para la formación y promoción profesional del funcionario.

2ª. Establece que el tiempo transcurrido durante el disfrute de los permisos por parto, por adopción o acogimiento, y por paternidad, se computará como de *servicio efectivo a todos los efectos*, garantizándose la *plenitud de derechos económicos del funcionario*, durante todo el periodo de duración del permiso y durante los posteriores al disfrute de éste, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso.

A este respecto debemos detenernos para analizar brevemente la controversia suscitada en relación con la concesión de los complementos de productividad o dedicación especial durante el disfrute de estos permisos, lo que ha dado lugar a vivas polémicas doctrinales y dispares pronunciamientos judiciales.

En concreto, la doctrina jurisprudencial en esta materia ha ido evolucionando, desde la férrea justificación de la no concesión de complemento de productividad durante la baja por maternidad o por incapacidad, en base a la naturaleza jurídica discrecional de dicho complemento; hasta el momento actual en el que el órgano judicial, tras analizar pormenorizadamente todas las circunstancias concurrentes en cada caso y, entre ellas, la

¹² Art. 8 de la LOI: «*Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*».

concreta regulación del complemento en cuestión en cada régimen jurídico, llega a una conclusión, no siempre coincidente.

Así, los Tribunales de Justicia, en un principio, partiendo de que la normativa reguladora del mismo (art. 23.3 de la Ley 30/1984) lo considera un complemento de concesión discrecional, no fijo en su cuantía, ni periódico en su concesión, de forma que su percepción durante determinado periodo de tiempo no genera en el perceptor un derecho de futuro para seguir percibiéndolo, y que su finalidad es remunerar el especial rendimiento, la dedicación o la actividad extraordinaria, consideraron justificado que no se procediera a su abono durante el periodo en el que el funcionario se encontraba en una situación de baja por incapacidad o por maternidad (considerando similares ambas situaciones), y ello porque durante ese periodo de tiempo no se desempeñaban de manera efectiva las funciones de un puesto de trabajo, y por tanto, no era posible predicar esa forma especial de desempeño de las mismas a la que vincula la Ley el derecho al percibo del complemento en cuestión¹³.

Esa fue la opinión seguida, mayoritariamente, por los Tribunales de Justicia, hasta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 15 de febrero de 1999, dictada en recurso de casación en interés de ley, en el cuál, el Alto Tribunal considera que *«reconocida por la Administración la procedencia del complemento de productividad en los dos supuestos mencionados en que no hay prestación efectiva de trabajo (vacaciones anuales reglamentarias y los permisos de hasta seis días al año por asuntos propios), resulta aplicable el art. 69 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, a cuyo tenor se mantiene la plenitud de derechos económicos en los supuestos de licencia por enfermedad por el tiempo que se menciona.»*

Esta doctrina, en principio referida a un supuesto de baja por enfermedad, ha sido desde entonces utilizada en posteriores pronunciamientos judiciales para reconocer el derecho al percibo del complemento de productividad durante una baja por maternidad, sustituyendo la mención del art. 69, por el artículo 71 la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, según el cual las licencias por embarazo (actual permiso de maternidad) *«no afectan a los derechos económicos de los funcionarios»*¹⁴, así, entre otras,

¹³ Entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1987, y del TSJ de Madrid, Sala de lo contencioso-administrativo, de 3 de noviembre de 1999, y de 22 de octubre de 2002.

¹⁴ Entre otras, la sentencia de 10 de noviembre de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid.

la sentencia de 10 de noviembre de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid.

Por último, merece especial mención la reciente sentencia núm. 847/2009, de 16 de abril, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, en la que, dando un paso más en esta materia, el órgano judicial reconoce el derecho al percibo del complemento de productividad durante una baja por maternidad, partiendo de que la regulación de dicho complemento que ha efectuado la Administración demandada (Dirección General de la Policía) *«ha desnaturalizado dicho complemento, al punto de convertirlo en una retribución periódica, fija y objetiva, cuyo derecho a su percepción nace por el mero hecho de desempeñar un concreto puesto de trabajo (...) sin tener para nada en cuenta la forma singular en que cada funcionario afectado desempeña el concreto puesto de trabajo (...) pese a que medien situaciones de ausencia al trabajo por vacaciones, permisos por matrimonio, asuntos propios ...»*. Así, concluye, que han quedado desvirtuadas todas y cada una de las características que definen al complemento de productividad, por lo que no puede excluirse de la percepción del mismo los supuestos en que no se prestaron servicios efectivos por la concesión de una licencia por enfermedad, o por maternidad.

Pese a estos precedentes judiciales, lo cierto es que la especial naturaleza jurídica del complemento de productividad y su diferente regulación en los distintos ámbitos de la Administración, impiden llegar a una solución general y zanjar la polémica, por lo que, en el futuro seguirán viendo la luz sobre esta materia decisiones judiciales dispares.

Lo que sí está claro es que, teniendo en cuenta que el artículo 49 de la Ley 7/2007, garantiza durante el disfrute de los permisos de conciliación *«la plenitud de derechos económicos de la funcionaria, y, en su caso del otro progenitor funcionario»*, la cuestión debe centrarse en analizar si el complemento de productividad puede considerarse un derecho económico del funcionario, lo que, en nuestra humilde opinión, obligará al estudio pormenorizado de la regulación normativa del complemento en cada ámbito administrativo (si mantiene sus características propias o se ha convertido en una retribución periódica ligada a un puesto de trabajo sin tener en cuenta el modo en el que éste se desempeña), así como las circunstancias que determinan su no percepción (tales como vacaciones o asuntos propios, en los que no hay prestación de servicios efectivos) de modo que, su no concesión durante los permisos de conciliación a que se refiere el citado precepto, no resulte injustificada ni arbitraria, ni, por tanto, pueda considerarse una «sanción» por el disfrute de tales permisos, lo que chocaría frontalmente con el espíritu de la LOI.

3ª. Siguiendo literalmente lo dispuesto en el art. 15 de la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio¹⁵, los funcionarios que hayan hecho uso de estos permisos, tendrán derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

En concreto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con el derecho de la mujer a beneficiarse de los incrementos salariales que se hayan producido antes o durante su permiso de maternidad, señalando que *«excluir al trabajador femenino del mencionado aumento durante el permiso de maternidad constituiría una discriminación, puesto que si no hubiese estado embarazada, la mujer hubiera percibido el salario incrementado»*¹⁶.

Junto con estas medidas, el artículo 57 de la LOI, a fin de que el disfrute de estos derechos de conciliación no perjudique al funcionario en su futura promoción, prevé que en las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo se computará, a los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en situación de excedencia, reducción de jornada o cualquier otro permiso concedido con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

No se trata del simple cómputo del tiempo dedicado a maternidad y conciliación a efectos de antigüedad, sino como ha apuntado la doctrina más atinada¹⁷ se sitúa en la línea de *«reconocer las competencias adquiridas en el seno del hogar y de la familia» a que se alude en el art. 2.n) de la Recomendación 87/567/CEE, de 24-12-1987.*

Asimismo merece especial mención el artículo 59 de la LOI que reconoce el derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural, en el caso de concurrencia del periodo de vacaciones con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, o con el permiso de paternidad. Dicho precepto recoge el contenido de la jurisprudencia comunitaria sobre la materia referida a la concurrencia del periodo de vacaciones con el del permiso de maternidad

¹⁵ Anteriormente lo recogía el art. 2.7 de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la Directiva 2002/73/CE.

¹⁶ STJCE/1996/20, de 13 de febrero de 1996.

¹⁷ ARESTEY SAHÚN, M.L., *«Comentarios a la Ley de Igualdad»*, CISS, Valencia, 2007

si bien, la amplía a los supuestos de incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad o paternidad¹⁸.

Esta regulación es más favorable que la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, ya que incluye los supuestos en los que se decide acumular en jornadas completas el periodo de lactancia, ampliando, en consecuencia, el periodo durante el cuál puede ejercerse dicho derecho. Llama la atención el hecho de que este derecho referido al disfrute de vacaciones se haya introducido en el propio articulado de la LOI, en lugar de haberlo hecho mediante la correspondiente modificación en la Ley 30/84.

4ª. Acciones positivas en las actividades de formación referidas a derechos de conciliación: el art. 60 de la LOI establece que *«se otorgará preferencia, durante un año en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación a quienes se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de maternidad o paternidad, o hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad»*. Aunque no se alude a la situación de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, la identidad de razón con las situaciones citadas debería conducir a entender incluidas esas situaciones¹⁹.

II.III. EXCEDENCIAS CON FINES CONCILIATORIOS

Como hemos visto, el artículo 56 de la LOI se refiere al régimen de excedencia como uno de los beneficios dirigidos a proteger la maternidad y a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los funcionarios públicos. Concretamente obedecen a este fin la excedencia por cuidado de hijos y familiares, y la excedencia voluntaria por agrupación familiar.

¹⁸ STJCE de 18 de marzo de 2004 (asunto Merino Gómez). El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea entiende que la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal. En consecuencia, el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud el art. 2.3 de dicha Directiva por disposiciones relativas a la protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que respecta a sus condiciones de trabajo, por tanto, la trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un periodo distinto del de su permiso de maternidad.

¹⁹ En este sentido MATEU CARRUANA, M.J. (2007), *«Comentarios a la Ley de Igualdad»*, CISS, Valencia, pág.61.

1. EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS Y FAMILIARES

Una de las instituciones jurídicas que posibilita a mujeres y hombres compaginar sus obligaciones profesionales con las familiares es la excedencia por cuidado de hijos o familiares.

Mediante esta figura se pretende que los trabajadores puedan dedicar una parte de su tiempo al cuidado de cada nuevo hijo (por naturaleza, adopción o acogimiento) o familiar incapacitado para valerse por sí mismo por razones de edad, enfermedad o accidente, sin que dicha situación provoque la pérdida de su puesto de trabajo.

La excedencia por cuidado de hijos ha sufrido importantes reformas desde su creación por el Estatuto de los Trabajadores ²⁰, mientras que la excedencia por cuidado de familiares fue introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida personal, familiar y laboral (LCVLF). Se trata de una institución jurídica objeto de constantes problemas interpretativos y de numerosas críticas por sus carencias e imperfecciones, algunas de las cuales tratan de ser resueltas por la LOI ²¹.

Por lo que se refiere al empleo público la situación de excedencia por cuidado de familiares fue introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, en el art. 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública y, posteriormente, la LOI ha modificado nuevamente dicho precepto ampliando su duración a tres años siempre que tenga por objeto el cuidado de familiares que se encuentren a cargo del funcionario, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. Además la Ley Orgánica reconoce el derecho de los funcionarios a participar, durante el periodo de excedencia por estas causas, en los cursos de formación que convoque la Administración, y eleva a dos años el derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaban, transcurrido el cuál, dicha reserva lo será al puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución.

Actualmente las excedencias por cuidado de hijos y de familiares se contemplan en el art. 89.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto

²⁰ En 1989 por Ley 3/1989, de 3 de marzo; en 1995 con la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad; y en 1999 con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida Familiar y Laboral.

²¹ Entre otros, TORTUERO PLAZA, JL. (1994), «La excedencia por cuidado de hijos: técnica jurídica versus institución jurídica», Cuadernos de Derecho Judicial, págs. 265-283.

Básico del Empleado Público, con una duración máxima de tres años para cada una de ellas. Se establece que el periodo de excedencia será único por cada sujeto causante, y en el caso de que un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, el inicio del periodo de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando. El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de seguridad social correspondiente.

La regulación de este tipo de excedencia en la norma funcionarial es mas favorable que en la laboral, al permitir su duración de hasta tres años, incluso en la de cuidado de familiares, y no de dos años como establece el ET. Por el contrario, la normativa funcionarial no admite su disfrute de manera fraccionada, como expresamente ha incluido en la legislación laboral la LOI mediante la modificación del art. 46.3 del ET, siguiendo el criterio aceptado por la doctrina judicial ²² sin que se aprecie cause que justifique la exclusión de dicho modo de disfrute fraccionado al personal funcionario, teniendo en cuenta que la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, reconoce la posibilidad de que los «*permisos parentales*», refiriéndose a todos los derechos que puedan concederse a hombres y mujeres con motivo del nacimiento o adopción de menores, desde los tres meses de duración hasta los ocho años, sin exclusiones, se disfruten a jornada completa, parcial o de forma fragmentada.

2. EXCEDENCIA VOLUNTARIA POR AGRUPACIÓN FAMILIAR

El artículo 89.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, contempla este tipo de excedencia sin el requisito de haber prestado servicios en la Administración durante un determinado periodo de tiempo, para los funcionarios «*cuyo cónyuge resida en otra localidad por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera o como laboral fijo en cualquiera de las Administraciones públicas, Organismos públicos y Entidades de Derecho Público dependientes o vinculados a ellas, en los Órganos constitucionales o del Poder Judicial y Órganos similares de la Comunidades Autónomas, así como en la Unión Europea o en Organizaciones internacionales*».

²² STSJ Baleares 29 de noviembre de 1999,(AS 1999/4654);STSJ Murcia de 12 de marzo de 2001 (AS 2001/493): STSJ Castilla y León de 21 de enero de 2002(AS 2002/430)

III. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DEL PERSONAL MILITAR

III.I. CONSIDERACIONES INICIALES

La Fuerzas Armadas españolas han experimentado en las últimas décadas importantes transformaciones, consecuencia en gran parte, de los cambios operados en la sociedad española. Así, la tradicional configuración de nuestros Ejércitos, exclusivamente masculina, con personal profesional y de reemplazo, y con un ámbito de actuación centrada principalmente en el territorio nacional, ha evolucionado hacia la plena profesionalización del personal militar, la incorporación de la mujer a sus filas y la participación en misiones internacionales cada vez con mayor protagonismo, factores que obligaron a las Fuerzas Armadas a llevar a cabo una importante adaptación en todos los ámbitos: normativo, logístico y de personal.

De todos estos cambios operados en la estructura y funcionamiento de la institución castrense destaca, en lo que afecta al contenido de este estudio, la incorporación de la mujer a nuestros Ejércitos, que acaeció en el año 1988,²³ en el que nuestro país no solo abrió la puerta a una posibilidad deseada y reclamada por la sociedad, sino que, además, inició el camino hacia la igualdad entre mujeres y hombres en el seno de las Fuerzas Armadas.

Es evidente que un cambio tan trascendental requirió grandes esfuerzos de la institución, tradicionalmente masculina, lo que obligó no solo a establecer normas específicas para permitir la incorporación de la mujer (ingreso, alojamiento, uniformidad), sino también para velar por su plena integración en condiciones de igualdad, adoptando medidas normativas dirigidas a que la condición femenina no constituyera un obstáculo para su formación y su carrera profesional. Se trataba en suma, de dar el paso de la igualdad formal a la igualdad material, paralelamente a como estaba ocurriendo en otros ámbitos de la sociedad.

Como consecuencia de estos cambios, y en paralela evolución con las nuevas realidades sociales demandantes de una mayor igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y de una distribución mas justa de sus responsabilidades familiares, surge en las Fuerzas Armadas la necesidad de establecer para el personal militar un cierto equilibrio entre vocación y dedicación, entre la profesión militar, con todas sus particulares exigencias, y la vida familiar y personal a la que tiene derecho todo ciudadano. Se trataba, en suma, de compatibilizar en lo posible, el régimen específico de

²³ Real Decreto-Ley 1/1988, de 22 de febrero.

disponibilidad para el servicio del personal militar con una adecuada salvaguarda de sus derechos de conciliación, revelándose estos derechos como un medio para la mejora del rendimiento, la valoración de la institución, e, incluso, una útil herramienta para la captación y retención de nuevas generaciones, principalmente de mujeres.

En este contexto, y con esta finalidad, en el ámbito castrense se procedió a regular los derechos de conciliación del personal militar, regulación que, como veremos a continuación, si bien parte de los derechos de conciliación del personal funcionario, en algunos casos fue incluso más avanzada que la vigente en ese momento tanto el ámbito funcional como en el laboral.

III.II. SITUACIÓN ANTERIOR A LA LOI: ORDEN MINISTERIAL 121/2006, DE 4 DE OCTUBRE Y LEY 17/1999, DE 18 DE MAYO

Es cierto que, por múltiples razones, la familia siempre ha sido una parte importante en la vida del militar, no obstante, con la integración plena y profesional de la mujer en las Fuerzas Armadas, esta singularidad alcanza dimensiones nuevas, transforma las anteriores y obliga a diseñar prácticas que armonicen el adecuado desarrollo profesional con la asunción de las responsabilidades y con la dedicación a la familia. Así, podemos afirmar que las medidas de conciliación de la vida familiar y profesional no se introdujeron en las Fuerzas Armadas hasta la incorporación de la mujer a filas.

En este sentido las principales normas desarrolladas por el Ministerio de Defensa han sido la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los militares profesionales de las Fuerzas Armadas y la Orden Ministerial 107/2007, de 26 de julio, por la que se modifica la anterior.

Con anterioridad a estas normas, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, en su artículo 154, se limitaba a reconocer al personal militar el derecho a disfrutar los permisos y licencias de los funcionarios públicos *«con las adaptaciones a la estructura y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por el Ministro de Defensa»*, por lo que había que estar a la regulación de tales permisos contenida principalmente en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, que contemplaba el derecho de las funcionarias a ausentarse del trabajo para la realización de exámenes prenatales

y técnicas de preparación al parto, los permisos por parto o adopción, y la reducción de jornada por razones de guarda legal, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, y por hijo prematuro u hospitalizado tras el parto.

Posteriormente se publicó la Orden 102/2004, de 16 de mayo, que vino a regular los permisos por guarda legal y por lactancia para los militares profesionales, adecuándolos a las funciones específicas de las Fuerzas Armadas.

No obstante, esta norma convivía con diversas órdenes ministeriales reguladoras del régimen de permisos y de horario del personal militar, normas que, con una vigencia de veinte años en la mayoría de los casos, presentaban un considerable desfase con respecto al régimen existente para los funcionarios.

En este contexto se promulga la Orden Ministerial 121/2006 con el fin de adaptar la obsoleta legislación de la Institución militar, en cuanto a régimen de horarios y permisos del personal militar, al existente para los funcionarios civiles (adapta el Plan Concilia de los funcionarios públicos) y a los cambios introducidos durante estos años en las Fuerzas Armadas, entre los que destaca por su relevancia la plena incorporación y completa profesionalización de la mujer. Esta norma introduce medidas tendentes a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, siendo, en algunos aspectos, incluso más avanzada que la normativa funcional existente en ese momento.

Hemos de señalar que la mayoría de las medidas que contempla la Orden Ministerial 121/2006, salvo las que afectan directamente a la situación de embarazo, parto y posparto, van dirigidas tanto a hombres como a mujeres, con el fin de contribuir a eliminar las barreras y desigualdades de género, en tanto que iguala a ambos sexos ante determinadas situaciones que tradicionalmente han estado asociadas con roles y estereotipos de género.

Posteriormente, se dictó la Orden Ministerial 107/2007, de 26 de julio, que modifica la anteriormente citada a fin de adaptar la normativa del personal militar a las novedades introducidas por la LOI, sobre régimen de permisos por parto, adopción o acogimiento, así como por paternidad, y por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público en relación con la reducción de la jornada laboral en caso de nacimiento de hijos prematuros u hospitalizados a continuación del parto.

Quizá la intención un tanto ambiciosa de la Orden Ministerial 121/2006, de regular en una misma norma materias tan dispares como las medidas de conciliación, el régimen de horarios, las vacaciones y los permisos del personal militar, determinó una regulación un tanto confusa y asistemática que, en ocasiones, dificulta su comprensión.

Así, en el Anexo I sobre «*Normas sobre jornada y horario de trabajo*», encontramos en la estipulación tercera las «*Medidas de flexibilidad horaria*», que incluyen supuestos de ausencia del puesto de trabajo por razones de conciliación o relacionados con la maternidad/paternidad, que, en puridad más que medidas de flexibilidad horaria constituyen supuestos de ausencia del puesto de trabajo; en la estipulación sexta bajo el rótulo de «*Reducción de jornada*», además de supuestos de dicha naturaleza, como por razones de guarda legal, encontramos casos de ausencia de puesto de trabajo, como la motivada por el nacimiento de hijos prematuros u hospitalizados tras el parto, o el supuesto de ausencia de una hora por lactancia de menor de doce meses.

En el Anexo II, en la estipulación segunda bajo la rúbrica de «*Permisos*», la Orden, define *permiso* como «*el periodo de tiempo que se autoriza al militar para ausentarse temporalmente del destino por razones de índole personal o familiar*», si bien contempla supuestos tan dispares como el permiso por asuntos propios, por parto, por matrimonio, o el de ausencia del puesto de trabajo de la militares embarazadas para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.

Con este panorama normativo, examinaremos a continuación los derechos de conciliación del personal militar contenidos en la normativa existente con anterioridad a la LOI, es decir, en la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, y en la Ley 17/1999, de de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, clasificándolos conforme a su naturaleza, aunque para ello nos apartemos de la sistemática empleada por la citada orden Ministerial.

1. MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD HORARIA Y AUSENCIAS JUSTIFICADAS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN

Por tales entendemos aquellos supuestos en los que por razón de maternidad o paternidad, o por motivos de conciliación de los intereses familiares, puede autorizarse la variación del horario de trabajo o la ausencia temporal del puesto de trabajo.

1.1. Supuestos

- a) Los militares con hijos menores de 12 años, personas con discapacidad o familiares enfermos graves hasta el segundo grado de consanguinidad a su cargo, tendrán derecho a flexibilizar en una hora diaria la parte fija del horario de la jornada laboral.

- b) Los militares que tengan hijos con discapacidad dispondrán de un máximo de dos horas de flexibilidad horaria diaria sobre la parte fija del horario que corresponda, a fin de conciliar los horarios de los centros de trabajo con los de los centros educativos donde el hijo reciba atención. Además podrá ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable para asistir a reuniones de coordinación de su centro educativo o para acompañarlo para recibir apoyo sanitario o social.
- c) Los militares tendrán derecho a ausentarse del trabajo para someterse a técnicas de reproducción asistida por el tiempo necesario para su realización y previa justificación de la necesidad de que dicho tratamiento se lleve a cabo dentro de la jornada de trabajo.
- d) Excepcionalmente, los Jefes de Unidad, Centro u Organismo podrán conceder, con carácter personal y temporal, la modificación de la parte fija del horario en un máximo de dos horas por motivos directamente relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, así como en los casos de familias monoparentales.
- e) Las militares embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, por el tiempo necesario para su práctica y previa justificación de su realización dentro de la jornada de trabajo.
- f) En los casos de nacimiento de hijos prematuros o en los que, por cualquier motivo, éstos tengan que permanecer hospitalizados después del parto, el militar podrá ausentarse del lugar de trabajo hasta un máximo de dos horas diarias, sin pérdida de retribuciones.
- g) Por lactancia de un hijo menor de doce meses, el militar tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrá dividir en dos fracciones.

Este derecho, como veremos a continuación, puede sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad, por lo que la ausencia deberá producirse a lo largo de la jornada laboral, sin que coincida con el inicio o finalización de la misma, pues debería de considerarse reducción de jornada. Asimismo puede ser ejercido por el padre o por la madre, en el caso de que ambos trabajen. Anteriormente, la Orden 102/2004 solo reconocía como titular de este derecho a «*la militar*», excluyendo por tanto al padre de la posibilidad de disfrutar del mismo, y limitaba su duración hasta los nueve meses tras el nacimiento.

1.2. Efectos de las medidas de flexibilidad horaria

La Orden Ministerial 121/2006 señala que estas medidas de flexibilidad horaria no implican disminución de las retribuciones y están condicionadas a las necesidades del servicio, si bien especifica que dichas necesidades procurarán atenderse con otros medios, y solo en último extremo condicionarán su aplicación, de lo que se colige, que, en el caso de denegación, ésta deberá ser motivada, especificando la causa de la denegación, no bastando con la simple alusión genérica a las *«necesidades del servicio»*, y, asimismo, deberá ser notificada al interesado o interesada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 58 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común.

Además la Orden Ministerial 121/2006, no señala que la concesión de alguno de estos supuestos de flexibilidad horaria exonere de guardias, servicios o maniobras, por lo que se han planteado dudas en la practica en relación con las medidas de reducción de jornada que, como veremos a continuación, si pueden, salvo necesidades del servicio debidamente justificadas, conllevar dicha exoneración.

2. MEDIDAS DE REDUCCIÓN DE JORNADA

2.1. POR GUARDA LEGAL

2.1.1. El militar que por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación, o disminuido psíquico, físico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida o un familiar directo hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por si mismo y que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a una disminución de hasta un medio de la jornada de trabajo diaria.

Hemos de señalar que la Orden Ministerial 121/2006, fue en este supuesto mas avanzada que la normativa funcionarial (art. 30.1.f) de la Ley 30/1984) que, hasta la modificación operada por la LOI, solo contemplaba la reducción de jornada por guarda legal de menor de hasta *seis años*, y de *anciano que requiera especial dedicación o disminuido físico o psíquico*.

2.1.2. Efectos de la reducción de jornada por guarda legal:

Estos supuestos de reducción de jornada implican disminución proporcional de las retribuciones básicas y complementarias, sin perjuicio de las competencias sobre concesión o cese en la percepción de los complementos de dedicación especial y productividad atribuidas a las Autoridades en la normativa vigente²⁴. El cálculo de la disminución proporcional de las retribuciones se realizará de acuerdo con los criterios y fórmulas que figuran en el apéndice al Anexo I de la Orden Ministerial 121/2006.

Exoneran al militar de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran en el disfrute de la reducción de jornada, y «*cuando las necesidades del servicio no lo impidan*», si bien, aclara de nuevo la norma, que «*estas necesidades procurarán atenderse con otros medios y sólo en último extremo condicionarán la concesión de la reducción de jornada*», por lo que, en todo caso, la denegación de las mismas deberá ser motivada, tras el estudio pormenorizado de las circunstancias que concurren en cada caso.

Los efectos de la reducción de jornada por razones de guarda legal se interrumpen desde la concesión del permiso de maternidad o paternidad, pasándose a percibir las retribuciones íntegras

2.1.3. Problemas observados en la interpretación y aplicación de las medidas de flexibilidad horaria y de reducción de jornada por guarda legal:

La aplicación en la práctica de estas medidas de conciliación plantea diversas dudas, que, a la espera de una norma que defina los criterios de interpretación de las mismas, a la que alude la disposición final primera de la Orden Ministerial 120/2006, ha dado lugar a distintas interpretaciones por los Cuarteles Generales, no siempre coincidentes, lo que genera inseguridad jurídica.

Así, se han planteado dudas en relación con la delimitación de los supuestos de flexibilidad horaria y de reducción de jornada por guarda legal por tiempo inferior a una hora, y ello porque la norma no establece un límite temporal mínimo para la reducción de jornada, solo un máximo «*hasta un medio de la jornada de trabajo diaria*», límite máximo que para el caso de la flexibilidad horaria está fijado en una hora (excepcionalmente dos). La cuestión se plantea porque los efectos de ambas medidas de conciliación son diferentes, ya que la flexibilidad horaria no conlleva la reducción

²⁴ Ver Orden Ministerial 190/2001, de 10 de septiembre, por la que se dictan normas para la aplicación del complemento de dedicación especial.

de retribuciones, ni la exoneración de guardias, servicios y maniobras, que sí implican los supuestos de reducción de jornada, con el consiguiente perjuicio para la Unidad de destino del afectado.

La Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército de Tierra, ante varias solicitudes de reducción de jornada por guarda legal por tiempo inferior a una hora, haciendo una interpretación sistemática y teleológica de las medidas de reducción de jornada y de la de flexibilidad horaria, llega a la conclusión de que la propia Orden ministerial ofrece una alternativa válida y eficaz a la reducción de jornada por una hora o por tiempo inferior a una hora al contemplar la posibilidad de flexibilizar la jornada de trabajo por una hora, con menor incidencia en la organización y funcionamiento de las Unidades.

Así entiende que el ejercicio de ambos derechos se complementan, debiendo acudirse a las medidas de flexibilidad horaria cuando el tiempo de dedicación a las necesidades familiares sea de una hora o inferior, y a la reducción de jornada, si superase el límite de una hora y hasta el máximo previsto en la norma.

2.2. POR ENFERMEDAD MUY GRAVE DE FAMILIAR DE PRIMER GRADO

2.2.1. El militar tiene derecho a la reducción de hasta el 50 por 100 de la jornada laboral, sin reducción de sus retribuciones, por el plazo máximo de un mes. Durante ese tiempo está exonerado de la realización de guardias, servicios maniobras o actividades análogas que interfieran con el disfrute de esta reducción. Si varios militares tienen derecho a esta reducción por el mismo sujeto causante, podrá disfrutarse de manera parcial, respetando el plazo máximo, pero solo exonerará a uno de ellos de guardias, servicios maniobras o actividades análogas.

En este caso la normativa militar ha sido pionera, pues no se recogía en la normativa funcionarial este supuesto de reducción de jornada hasta que fue introducido por la LOI en el art. 30.1 de la Ley 30/1984.

2.3. POR LACTANCIA DE UN MENOR DE 12 MESES

2.3.1. El militar, puede sustituir el derecho antes estudiado de una hora de ausencia del trabajo, por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o de una hora al inicio o al final de la jornada.

Hemos de significar que la regulación de este derecho en la Orden Ministerial 120/2006 es más avanzada que la contenida en la normativa laboral y funcionarial existente en ese momento, anticipándose a las novedades que posteriormente introducirá la LOI, a saber:

- a) Con respecto a la titularidad de este derecho, llama la atención que la Orden Ministerial reconozca como titular de este derecho a «*el militar*», a diferencia de la Orden Ministerial 102/2004 que únicamente consideraba titular del mismo a la mujer, al referirse expresamente a «*la militar*», del mismo modo que el art. 30.1.f) de la Ley 30/1984 mencionaba a «*la funcionaria*». De este modo, ya no cabe duda de que el bien jurídico protegido por este derecho no es la lactancia materna, sino el cuidado del menor lactante, ya reciba lactancia materna, o artificial, por lo que la norma permite que pueda ser disfrutado por cualquiera de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen, no solo por la madre ²⁵.

No obstante, el hecho de que la norma atribuya a la madre el derecho a optar por sustituir la reducción de jornada por un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente, indica que la titular del derecho es la madre, sin perjuicio de la cesión de su ejercicio al padre. Esta es una medida dirigida a fomentar la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos.

- b) Respecto a su duración, puesto que tanto el ET (art. 37.4) como la Ley 30/1984 (art. 30.1.f) la limitaban a los nueve meses del hijo lactante, mientras que la citada Orden la extendía hasta los doce. Será la LOI la que modifique el art. 30.1.f) de la Ley 30/1984 para ampliar este derecho hasta los doce meses para los funcionarios públicos.
- c) Recogiendo la jurisprudencia y la doctrina sobre la materia²⁶, específica que en el supuesto de parto múltiple la duración del permiso se incrementará proporcionalmente al número de hijos nacidos, aclaración que también introducirá después la LOI mediante la correspondiente modificación de los respectivos preceptos del ET y de la Ley 30/1984.
- d) La Orden contempla la posibilidad de que «*a instancia de la madre*» se opte por sustituir la reducción de jornada por un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente, con una

²⁵ Ver art. 48.1.f) de la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

²⁶ STCT de 18 de junio de 1985(RTCT 1985/4063)

duración máxima de cuatro semanas. Este supuesto no se introducirá en la legislación laboral hasta la modificación operada por la LOI en el art. 37.2 del ET.

Llegados a este punto, hemos de aclarar que, partiendo de que la finalidad del derecho a la reducción de jornada por lactancia es dar continuidad al cuidado y a la atención del recién nacido hasta que cumpla los nueve meses de edad, es lógico considerar que este derecho solo podrá ejercitarse una vez finalizado el permiso de maternidad, con independencia del progenitor que lo disfrute y del modalidad elegida, habida cuenta de que el bien jurídico protegido es el mismo, esto es, el cuidado del menor, y mientras uno de los progenitores disfrute ese permiso, el cuidado del menor está garantizado.

Por otra parte debe aclararse que la elección del progenitor que disfrutará la reducción de jornada, así como la opción de sustituir la reducción de jornada por un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente, debe ejercitarse por la madre antes de la finalización del permiso de maternidad, y deberá mantenerse invariable durante toda la duración del ejercicio del derecho.

2.3.2. Efectos de la reducción de jornada por lactancia:

La Orden Ministerial 121/2006 contempla los siguientes efectos de este supuesto de reducción de jornada:

- a) la reducción de jornada por lactancia es acumulable con la concedida por guarda legal y con los otros permisos a los que se tenga derecho, no contabilizándose aquella en la disminución de retribuciones,
- b) no implica reducción de retribuciones, a diferencia de la reducción de jornada por guarda legal,
- c) exonera al solicitante de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas *que interfieran en el ejercicio de este derecho*. Esta precisión ya fue recogida por la Orden Ministerial 102/2004, y con anterioridad, los Tribunales de Justicia tuvieron la ocasión de pronunciarse a favor de dicha exoneración ante la inexistencia de norma expresa al respecto²⁷. Llama la atención la circunstancia de que en este supuesto de reducción de jornada la norma no

²⁷ En este sentido la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 26 de octubre de 2000 (JUR/2000/312477)

condicione dicha exoneración a que «*las necesidades del servicio no lo impidan*», como establece para la reducción de jornada por guarda legal, de lo que se deduce la intención del legislador de eximir de tales servicios en estos supuestos como norma general, si bien, solo referida a los servicios, guardias o maniobras que interfieran en el ejercicio del derecho, es decir, aquellos que deban cumplirse en el periodo de tiempo elegido por el interesado/a para su disfrute, lo que no impide la asignación de tales servicios o actividades a cumplir fuera de dicho periodo de tiempo.

2.4. OTROS SUPUESTOS DE REDUCCIÓN DE JORNADA

2.4.1. Además de estos supuestos, la citada Orden Ministerial contempla otro supuesto de reducción de jornada (de nueve a catorce horas) sin exigir motivo alguno para su solicitud, por lo que puede obedecer también a razones de conciliación de intereses familiares, no obstante, establece determinados requisitos que deben cumplir los sujetos solicitantes para poder acceder a ella, ninguno de los cuales se exige para los demás supuestos de reducción de jornada, a saber:

- a) que resulte compatible con la naturaleza del puesto desempeñado y con las necesidades del servicio,
- b) y que se ocupe un puesto de trabajo que tenga asignado un complemento de destino o, en su caso, perciban un complemento de empleo inferior al nivel 28.

Además, este supuesto de reducción de jornada es incompatible con la reducción de jornada por guarda legal o por lactancia, y con la prestación de servicios en régimen de especial dedicación.

2.4.2. Efectos:

Sus efectos son también distintos a los otros dos supuestos de reducción de jornada:

- a) no exonera al solicitante de la realización de guardias, servicios y maniobras o actividades análogas,
- b) el solicitante percibirá el 75 por 100 de sus retribuciones básicas y complementarias, sin perjuicio de las competencias sobre concesión o cese en la percepción de los complementos de dedicación

especial y productividad atribuidas a las Autoridades en la normativa vigente.²⁸

Disposiciones Comunes a las medidas de flexibilidad horaria y de reducción de jornada

a) Respecto a la solicitud

Según la Orden Ministerial 102/2004: «*La solicitud de flexibilidad de horario o de reducción de jornada, acompañada de la justificación documental suficiente, se cursará por conducto reglamentario al Jefe de la Unidad, Centro u Organismo de destino, quien será competente para su concesión o denegación motivada, así como para la revocación o modificación de las condiciones de la solicitud que deberá ser debidamente justificada*».

La solicitud deberá reunir los requisitos que, con carácter general, debe reunir toda solicitud ante la Administración, y acompañarla de aquella documentación en la que el solicitante pretenda fundar la misma, sin perjuicio de las normas sobre mejora y subsanación de la solicitud del procedimiento administrativo común.²⁹Deberá ser cursada por conducto reglamentario, y tramitada conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y la Instrucción número 167/1999, de 24 de junio, del Subsecretario de Defensa, sobre tramitación de procedimientos en el ámbito del Ministerio de Defensa.

b) Respecto a la resolución

La Orden Ministerial atribuye la competencia para conceder o denegar estas medidas de conciliación al Jefe de la Unidad, Centro u Organismo de destino del solicitante. Guarda silencio acerca del plazo dentro del cuál debe de dictarse la correspondiente solicitud, no obstante resultan de aplicación por analogía los plazos establecidos en el artículo 3.1 del Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, por el que se adecúan las normas reguladoras de los procedimientos administrativos en materia de gestión del personal incluidos en el ámbito de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administracio-

²⁸ Ver Orden Ministerial 190/2001, de 10 de septiembre, por la que se dictan normas para la aplicación del complemento de dedicación especial

²⁹ art. 70 y 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

nes Públicas y del Procedimiento administrativo común, que establece los siguientes plazos máximos de resolución: «ausencia de media hora o una hora para el cuidado de hijo menor de nueve meses: un día»; «reducción de jornada por razones de guarda legal: diez días». Transcurridos dichos plazos las solicitudes se entenderán estimadas por silencio administrativo positivo.

La resolución deberá ser *motivada*, no obstante, aunque la norma hubiese guardado silencio al respecto, es así por imperativo legal del art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al tratarse de una resolución limitativa de derechos subjetivos, y encuentra su justificación en el efecto desfavorable que tiene en la esfera personal del interesado. Se entiende por motivación «la razón del proceso lógico y jurídico que determinó la decisión administrativa»³⁰, esto es, el razonamiento o explicación racional del juicio, tras la fijación de los hechos de que se parte y tras la subsunción de éstos en una norma jurídica. No se trata de un simple requisito de carácter formal, sino de fondo, ya que permite a su destinatario conocer las razones de la decisión administrativa y le confiere los medios de defensa necesarios para articular su oposición a la misma, además de permitir el adecuado control judicial de la actuación administrativa.³¹ Este requisito que debe cumplir la resolución, en el supuesto de ser desestimatoria, cobra especial relevancia teniendo en cuenta la finalidad de estas medidas de conciliación, que, como hemos estudiado, no es otro que el de hacer compatible los intereses profesionales y los familiares.

En el caso de resolución estimatoria, la autoridad competente establecerá las condiciones del horario aprobado, y, si lleva consigo disminución de retribuciones, deberá indicar las horas de reducción de jornada y el porcentaje equivalente a efectos de la citada disminución, efectuando la correspondiente comunicación a la Pagaduría de Haberes.

Asimismo, deberá indicar si exonera o no de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas, y que las condiciones establecidas podrán ser revocadas o modificadas cuando varíen las necesidades del servicio o cualquier otro condicionante. Con respecto a esta última precisión, la Orden Ministerial exige justificación en los supuestos de «revocación o modificación de las condiciones de la solicitud», lo que supone la correspondiente motivación. En todo caso, las necesidades del servicio deben valorarse de manera individualizada, analizando las distintas circunstancias que concurren en cada caso, lo que exige motiva la no exoneración

³⁰ Sentencia del TS de 22 de junio de 1995.

³¹ Sentencias del TS de 7 de octubre de 1998(RJ 9585), de 27 de diciembre de 1999 (RJ 96641), de 20 de enero de 1998 (RJ 1418).

de guardias en los supuestos de reducción de jornada o su revocación por circunstancias sobrevenidas.

La resolución deberá ser debidamente notificada al interesado, conforme a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con indicación de los recursos administrativos que procedan.

3. PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN

En el apartado segundo del ANEXO II la Orden 121/2006, como hemos señalado anteriormente, se contemplan permisos de naturaleza muy dispar, alguno de los cuales hemos estudiado como supuesto de ausencias justificadas por motivos de conciliación, mas acorde con su verdadero carácter temporal. A continuación examinaremos aquellos otros supuestos que, siguiendo la terminología empleada por la Ley 7/2007, de 12 de abril, podemos denominar «*permisos por motivos de conciliación de la vida familiar y profesional*».

3.1. PERMISO POR PARTO

La Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, contiene una regulación del permiso por parto prácticamente idéntica a la de la *prestación por maternidad* establecida para los funcionarios civiles en el art. 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, tras la modificación operada por la LCVLF.

Así establece que el permiso tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en los supuestos de parto múltiple, en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El permiso se distribuirá a opción de la militar, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto, y en caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso. Sin perjuicio de esas primeras seis semanas que son de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación de la madre al trabajo suponga un riesgo para su salud.

No obstante, la norma militar contempla un supuesto hasta entonces no previsto en la normativa funcional referido a los casos de «*parto*

prematureo y en aquellos en que, por cualquier causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto». En estos casos prevé que el permiso podrá computarse, a instancia de la madre o, en caso de que ella falte, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria, excluyéndose de este cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre. Este supuesto será incorporado a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, por la LOI.

3.2. PERMISO POR ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO DE MENORES, TANTO PREADOPTIVO, COMO PERMANENTE

Tiene una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, y se amplía en dos semanas más en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple, por cada hijo a partir del segundo. El cómputo del plazo se contará a elección del militar, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

En el caso de que ambos adoptantes trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea, sin rebasar conjuntamente las dieciséis semanas, o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos.

En los casos de adopción internacional, si fuera necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, con derecho a percibir exclusivamente las retribuciones básicas.

La regulación de este permiso en la Orden 121/2006 es, en esencia, muy similar a la vigente en ese momento para los funcionarios civiles³², no obstante llama la atención dos aspectos en los que difieren ambas regulaciones, siendo, también en esta materia, la norma militar mas avanzada en el tiempo:

a) La norma militar es mas amplia respecto a los beneficiarios de este permiso al referirse a la adopción o acogimiento de «*menores*», mientras que la norma funcional limitaba el permiso a los adoptantes de «*menores de hasta seis años, o menores mayores de seis años, discapacitados o minusválidos o que por circunstancias y experiencias personales o que, por*

³² Art.30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, tras la modificación operada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes».

b) En el supuesto de adopción internacional que requiera el desplazamiento previo al país de origen del adoptado, la Orden amplía el permiso hasta dos meses más, con derecho a percibir exclusivamente las retribuciones básicas.

Modalidades de disfrute de los permisos por parto y adopción o acogimiento

La Orden 121/2006 contempla la modalidad de disfrute de estos permisos a tiempo parcial, recogiendo, en esencia, la regulación existente sobre esta materia en el ámbito funcional³³. Así prevé el disfrute de estos permisos, a tiempo parcial, de manera sucesiva o simultánea, por el padre y la madre, con excepción, en el caso de parto, de las primeras seis semanas tras el mismo que son de descanso obligatorio de la madre.

Esta modalidad de disfrute de los permisos deberá ser autorizada por el Jefe de la Unidad, Centro u Organismo, previo informe del Jefe inmediato del interesado en el que *se acredite que quedan debidamente cubiertas las necesidades del servicio*, y durante el mismo el militar no podrá realizar guardias, servicios, maniobras o actividades análogas fuera de la jornada de trabajo que deba cumplir en dicha modalidad, siendo incompatible con la reducción de jornada por guarda legal y por lactancia.

El periodo de disfrute del permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice, sin que pueda superar la duración máxima establecida para los mismos. El disfrute del permiso en esta modalidad será ininterrumpido, y solo podrá modificarse por iniciativa del interesado y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor.

Sin embargo, a diferencia del Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, la Orden no establece el plazo dentro del cual el Jefe de la Unidad debe dictar la resolución correspondiente, considerándose, no obstante, aplicable por analogía, el plazo máximo de tres días establecido en dicho Real Decreto.

3.3. PERMISO DE PATERNIDAD

La Orden 121/2006, con independencia del disfrute compartido de los permisos por parto o por adopción o acogimiento, introduce un permiso de

³³ Real Decreto 180/2004 de 30 de enero del MAP (BOE 12 de febrero de 2004)

10 días naturales, cuyo beneficiario es «*el padre*», a partir de la fecha de nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

La regulación de este permiso en el ámbito militar supuso también una novedad respecto a la normativa de permisos entonces vigente, tanto laboral como funcionarial, en las cuales no se introducirá hasta las correspondientes modificaciones operadas por la LOI.

3.4. DISPOSICIONES RELATIVAS AL PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LOS PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN

3.3.1. La Orden 121/2006 contiene una serie de normas relativas a la concesión, entre otros, de los permisos que acabamos de estudiar, que podemos resumir de la siguiente manera:

- a) Se solicitarán por conducto reglamentario al Jefe de la Unidad, Centro u Organismo de destino, quien será a su vez el competente para su concesión o denegación *motivada*.
- b) Deberá aportarse la documentación necesaria que justifique la causa del mismo.
- c) La concesión estará condicionada a las necesidades del servicio, si bien éstas procurarán atenderse con otros medios y solo en último extremo condicionarán la concesión de aquellos.
- d) El Jefe de la Unidad, Centro u Organismo podrá ordenar la incorporación al destino cuando así lo exijan las necesidades del servicio sobrevenidas.
- e) Recogiendo el criterio jurisprudencial sobre la materia, la Orden establece que se podrá acumular el periodo de disfrute de las vacaciones a los permisos derivados del nacimiento, adopción o acogimiento, aún habiendo expirado ya el año natural a que corresponda tal periodo.
- f) En el caso de baja por maternidad (parto), cuando esta situación coincida con el periodo vacacional, quedará interrumpido el mismo, y podrán disfrutarse las vacaciones finalizado el periodo del permiso de maternidad.

3.3.2. La Orden atribuye, en el ámbito de sus respectivas competencias, al Jefe de Estado Mayor de la Defensa, al Subsecretario de Defensa, al Secretario General de Política de Defensa y a los Jefes de Estado Mayor

del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, la potestad de establecer los criterios que determinen el personal que deba estar presente en las unidades, centros y organismos, a efectos de la delimitación del concepto jurídico indeterminado de «*necesidades del servicio*» .

En este sentido, podemos mencionar la Circular núm. 02/2004, del Almirante Jefe de Personal, sobre permisos relacionados con la conciliación de la vida familiar y profesional del personal militar, que establece los criterios de aplicación de las medidas de conciliación en la Armada, y , concretamente en relación con el permiso por guarda legal y la exoneración de guardias, servicios o maniobras que interfieran con el disfrute del permiso, establece que «*para la debida armonización del derecho del solicitante con las necesidades del servicio, la Jefatura de Personal estudiará detalladamente cada solicitud, teniendo en cuenta una serie de criterios*», y así, para guardias y servicios menciona entre otros, el grado de cobertura actual y prevista de la plantilla del destino del solicitante, o la naturaleza del servicio que se presta y cualificación requerida, y para la salida a la mar y al campo para adiestramiento, prevé entre otros, la naturaleza de las misiones del destino, la influencia de esta circunstancia en la eficacia y seguridad de la unidad o la existencia en el destino de medios alternativos de adiestramiento con simuladores y otros. A tal efecto, exige que el Jefe de la UCO incluya en el informe preceptivo los datos relacionados con alguno de estos criterios.

3.3.3. La Orden no establece el plazo máximo en el que la autoridad competente debe dictar la correspondiente resolución de concesión de estos permisos, a diferencia de lo que ocurre con las licencias en las que expresamente fija el plazo de un mes, no obstante, habida cuenta de que hasta la publicación de esta norma, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, se remitía a la regulación de estos permisos contenida en la legislación del personal al servicio de las administraciones públicas (Ley 30/1984, de 2 de agosto) resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 3.1 g) del Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, por el que se adecúan las normas reguladoras de los procedimientos administrativos en materia de gestión del personal incluidos en el ámbito de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, según el cual la resolución sobre concesión de permiso de maternidad o adopción será de *tres días*, transcurridos los cuales se entenderá estimada la solicitud por silencio administrativo. Este mismo plazo habrá de entenderse aplicable al permiso de paternidad regulado en esta Orden.

4. EXCEDENCIAS CON FINES CONCILIATORIOS

4.1. Antes de la LOI, y de la promulgación de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal militar profesional, contemplaba en su artículo 141 un supuesto de excedencia voluntaria del personal militar cuando lo solicitaran *para atender al cuidado de los hijos, por naturaleza o adopción*, por un periodo no superior a tres años a contar desde la fecha de nacimiento de cada hijo.

La regulación de la excedencia voluntaria por cuidado de hijos era más favorable en muchos aspectos que la de los demás supuestos de excedencia, a saber:

- a) Consideraba posibles beneficiarios también a los militares de complemento y a los militares profesionales de tropa y marinería.
- b) No establecía un periodo mínimo de duración de la excedencia, solo máximo.
- c) El tiempo permanecido en dicha situación sería computable a efectos de trienios y derechos pasivos.
- d) No producía la inmovilización en el escalafón u ordenación y demás consecuencias previstas para los demás supuestos de excedencia voluntaria.

No obstante, curiosamente, en este supuesto de excedencia, a diferencia de los demás supuestos previstos en dicho precepto, el militar seguía estando sujeto al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las Leyes penales y disciplinarias.

Posteriormente, el Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del personal Militar Profesional, dará un paso más favorable a este supuesto de excedencia al prever, en su art. 19 la reserva del destino por un tiempo de seis meses de los militares que se encuentren en dicha situación.

4.2. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

4.2.1. El Reglamento de adquisición, pérdida y situaciones administrativas del militar de carrera, aprobado por el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, establecía que la competencia para la concesión del pase a la situación de excedencia voluntaria correspondía al Director General

de Personal, y que las peticiones se cursarían por conducto reglamentario. Posteriormente la Orden 189/1997, de 31 de octubre, de Delegación de competencias en materia de personal militar, delegará dicha competencia en los Directores de Gestión de Personal de los Ejércitos, en sus ámbitos respectivos.

4.2.2. Conforme al artículo 2.2 a) del Real Decreto 1767/1994, de 5 de agosto, por el que se adecúan las normas reguladoras de los procedimientos administrativos en materia de retribuciones y de gestión de personal militar a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo máximo en el que debe dictarse resolución sobre las solicitudes de excedencia voluntaria por cuidado de hijos, es de un mes, transcurrido el cuál se entenderá estimada por silencio administrativo.

III.III. NOVEDADES INTRODUCIDAS COMO CONSECUENCIA DE LA LOI EN LA NORMATIVA MILITAR: ORDEN MINISTERIAL 107/2007 Y LEY 39/2007, DE 19 DE NOVIEMBRE

Como acabamos de estudiar, la Orden Ministerial 121/2006, de 26 de julio, supuso un paso importante en el reconocimiento de los derechos de conciliación del personal militar, contemplando, en una única disposición, toda la normativa existente sobre la materia, dentro del marco establecido para el personal al servicio de las Administraciones Públicas, y adaptándola a la estructura y funciones específicas de las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, la posterior entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), y de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, aconsejaron la modificación de dicha Orden a fin de adaptar las novedades que sobre los derechos de conciliación introdujeron dichas leyes, a las peculiaridades del personal militar, lo que se llevo a cabo mediante la publicación de la Orden Ministerial 107/2007, de 26 de julio.

La LOI recogía la necesidad de desarrollar una acción normativa cuyo objetivo fuera combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, con esta finalidad y por lo que se refiere a las Fuerzas Armadas, la LOI le dedica especialmente dos artículos que contienen auténticos mandatos para el legislador ordinario: el art. 65 al establecer que *«las normas sobre personal de las Fuerzas Armadas procurarán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en especial en lo que se refiere al régimen de acceso, formación, ascensos,*

destinos y situaciones administrativas» y el art. 66³⁴ que establece la aplicación a las Fuerzas Armadas de las normas sobre igualdad, prevención de la violencia de género y *conciliación de la vida personal, familiar y profesional* referidas al personal al servicio de las Administraciones públicas, si bien remite al legislador ordinario para las adaptaciones que de dichas normas sean necesarias para su implantación en la institución castrense.

Asimismo, hemos de tener en cuenta la publicación también en ese mismo año, de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar que, además de consagrar en su Preámbulo la pretensión de «*conjugación de la disponibilidad permanente para el servicio, específica de los militares, con la conciliación de la vida profesional, personal y familiar*», prevé en su art. 5 la adaptación reglamentaria de los principios y normas del empleo público (Ley 7/2007), y en su art. 6 dispone expresamente la aplicación al personal militar de las normas y criterios relativos, entre otros, a «*la conciliación de la vida profesional, personal y familiar establecidos para el personal al servicio de la Administración General del Estado con las adaptaciones y desarrollos necesarios*».

Como resultado de esta técnica de «remisión normativa», la regulación en materia de conciliación en el ámbito castrense estaría formada por tres círculos concéntricos constituidos, por un lado, por la LOI como cabecera normativa inspiradora y orientadora, por otro, por el Estatuto Básico del empleado público al que acudiremos, por expresa remisión normativa, para interpretar la normativa sobre conciliación en el ámbito específico militar y cubrir las posibles lagunas normativas, y por la Ley 39/2007, de la carrera militar y las normas que se dicten en su desarrollo (mientras tanto, la Orden 121/2006, modificada por la Orden 107/2007).

Por último, y antes de analizar las novedades introducidas en esta materia por mor de estas normas, recordar también el reciente Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que establece su aplicación supletoria en los Regímenes Especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos, en todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa general reguladora del Régimen correspondiente.

³⁴ Art. 66 de la LOI: «*Las normas referidas al personal al servicio de las Administraciones públicas en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán de aplicación en las Fuerzas Armadas, con las adaptaciones que resulten necesarias y en los términos establecidos en su normativa específica*».

III.III.I. LA ORDEN MINISTERIAL 107/2007, DE 26 DE JULIO

La Orden Ministerial 107/2007 introduce las siguientes modificaciones en el régimen de los derechos de conciliación del personal militar:

1ª. En el caso de nacimiento de hijos prematuros o en los que, por cualquier motivo, tengan que permanecer hospitalizados tras el parto, el militar tendrá los siguientes derechos:

- a) a ausentarse del lugar de trabajo hasta un máximo de dos horas diarias, sin pérdida de retribuciones,
- b) a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, adicionales a las anteriores, con la disminución proporcional de retribuciones.

En ambos casos se exonerará al militar de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran con el disfrute de esta reducción.

Observamos como la novedad en este caso se refiere a la posibilidad de reducir la jornada, por esta causa, tal y como recoge la Ley 7/2007, de 12 de abril, para los empleados públicos, como consecuencia de la modificación operada por la LOI en la Ley 30/1984.

2ª. En relación con el permiso por parto, encontramos las siguientes novedades introducidas también como consecuencia de las modificaciones operadas por la LOI:

- a) Se contempla la ampliación en dos semanas del permiso por parto en el supuesto de discapacidad del hijo.
- b) Se prevé que en el caso de cesión del permiso al padre, el disfrute del mismo no se vea afectado por la posible situación de baja médica temporal de la madre, en el momento de su reincorporación al trabajo, a diferencia de lo que preveía la Orden Ministerial 121/2006, esta es una medida introducida por la LOI para favorecer la responsabilidad del padre en el cuidado de los hijos.
- c) Se contempla la ampliación de este permiso, en los casos de parto prematuro, y en aquellos en que, por cualquier causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. El Real Decreto 295/2009, de 6 de mar-

zo, recoge esta precisión para los empleados públicos, en su art. 8.10 añadiendo «con independencia de la duración mínima del periodo de hospitalización»

3ª. Respecto al permiso por adopción o acogimiento de menores:

- a) Se contempla la ampliación en dos semanas del permiso en el supuesto de discapacidad del hijo.
- b) En el caso de que la adopción o acogimiento internacional requiera el desplazamiento previo de los padres al país de origen del menor adoptado o acogido, demás del permiso de hasta dos meses más, con derecho a percibir exclusivamente las retribuciones básicas, se prevé que el permiso por adopción o acogimiento pueda iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.
- c) Se especifica que la regulación contenida en la Orden se refiere a los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, establecidos conforme al Código Civil o las Leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento simple una duración no inferior a un año.

4ª. Respecto al permiso de paternidad:

- a) Amplía el permiso reconocido al padre por la Orden 121/2006, a 15 días, conforme con la modificación operada por la LOI en la Ley 30/1984. Este permiso será disfrutado «*a partir de la fecha de nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción*», por tanto, deberá disfrutarse de modo ininterrumpido, al igual que se recoge en el art. 49 c) de la Ley 7/2007, en contraste con las posibilidades de autoorganización derivadas del art. 48 bis del ET.
- b) En relación con el disfrute de las vacaciones, y seguramente motivado por la imposición temporal del periodo de disfrute de este permiso en el ámbito funcional, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito laboral, ha determinado al legislador, a garantizar la no consunción de las vacaciones coincidentes con el disfrute del permiso de paternidad (art. 59 de la LOI), y asimismo lo recoge la Orden 107/2007, al disponer que: «*cuando el periodo de vacaciones coincida con el permiso de paternidad, el militar tendrá derecho a*

disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan». Sin duda, la imposición temporal del periodo de disfrute de este permiso en el ámbito funcional ha determinado al legislador, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito laboral, a garantizar la no consunción de las vacaciones coincidentes con el disfrute del permiso de paternidad.

5ª. En relación con la coincidencia de los permisos por motivos de conciliación con las vacaciones anuales:

La Orden 107/2007, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la LOI antes citado, modifica el apartado 3 de la norma tercera del Anexo II de la Orden 121/2006, para establecer que *«cuando el periodo de vacaciones coincida con una baja médica derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso por parto, adopción o acogimiento, o con el permiso sustitutivo de la reducción de jornada por lactancia, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan»*.

Dicho precepto recoge el contenido de la jurisprudencia comunitaria sobre la materia referida a la concurrencia del periodo de vacaciones con el del permiso de maternidad si bien, la amplía a los supuestos de incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad o paternidad.³⁵

Esta regulación es más favorable que la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, ya que incluye los supuestos en los que se decide acumular en jornadas completas el periodo de lactancia, ampliando, en consecuencia, el periodo durante el cuál puede ejercerse dicho derecho.

6ª. Otras medidas dirigidas a favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y profesional:

Además de las medidas contempladas en la normativa militar hemos de recordar que la LOI contempla otra serie de medidas encaminadas a

³⁵ STJCE de 18 de marzo de 2004 (asunto Merino Gómez). El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea entiende que la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal. En consecuencia, el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud del art. 2.3 de dicha Directiva por disposiciones relativas a la protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que respecta a sus condiciones de trabajo, por tanto, la trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un periodo distinto del de su permiso de maternidad

evitar que el disfrute de los derechos de conciliación sea un obstáculo para la promoción profesional o pueda dar lugar a un trato desfavorable en las condiciones de trabajo. Dichas medidas han sido recogidas por el art. 49 de la Ley 7/2007, y se consideran plenamente aplicables al personal militar. Estas medidas han sido objeto de estudio en el apartado 4 del epígrafe III del presente trabajo, al que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

Únicamente mencionar en relación con los derechos económicos del personal que disfrute de estos permisos de conciliación, que conforme a lo dispuesto en el Reglamento de retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1314/05, de 4 de noviembre, modificado por Real Decreto 28/2009, de 16 de enero, «*el personal militar que disfrute de los permisos de paternidad o maternidad lo hará sin merma de sus derechos económicos*», lo que ha planteado dudas con respecto al abono de complemento de dedicación especial. Sobre esta materia nos remitimos a lo expuesto en relación con los empleados públicos, solo añadir que la regulación de este complemento en nuestra legislación específica³⁶ como un complemento de concesión discrecional, no ligado a un puesto de trabajo, sino asociado a un determinado modo de desempeñar el mismo (el especial rendimiento, la dedicación o la actividad extraordinaria) dificulta establecer como norma general el derecho a su percibo durante estas situaciones y, por consiguiente, la correlativa obligación del mando de su reconocimiento, quedando su concesión en estos casos a discreción del mismo, con el consiguiente riesgo de arbitrariedad e inseguridad jurídica.

III.III.II. NOVEDADES DE LA LEY 39/2007, DE 19 DE NOVIEMBRE, DE LA CARRERA MILITAR: LA SITUACIÓN DE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE FAMILIARES

El artículo 110.5 de la Ley 39/2007, contempla la excedencia por cuidado de familiares, que pueden solicitar los militares para atender al cuidado de cada hijo, tanto por naturaleza, como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, por un periodo no superior a tres años, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

A este supuesto de excedencia por cuidado de hijos, ya previsto en la Ley 17/1999, se añade otro supuesto introducido por la Ley 39/1999, de 5

³⁶ Ver Orden Ministerial 190/2001, de 10 de septiembre, por la que se dictan normas para la aplicación del complemento de dedicación especial

de noviembre, en el art. 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública y, que posteriormente la LOI ha ampliado su duración a tres años. Este supuesto de excedencia tiene por objeto el cuidado de familiares que se encuentren a cargo del militar, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, con una duración máxima de tres años.

Establece que el periodo de excedencia será único por cada sujeto causante, y en el caso de que un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, el inicio del periodo de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando. En el caso de que más de un militar profesional generase el derecho a disfrutarlo por el mismo causante se podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con las necesidades del servicio. El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, y derechos pasivos y durante el primer año de cada excedencia como tiempo de servicios, además, podrá ascender durante los dos primeros años siempre que tenga cumplidas las condiciones para el ascenso

A diferencia de lo que establecía la normativa anterior, y con más lógica, la Ley de carrera militar dispone que el militar en esta situación tendrá su condición militar en suspenso y, en consecuencia, dejará de estar sujeto al régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y a las leyes penales y disciplinaria militares.

Además de lo expuesto, hemos de recordar que la LOI reconoce el derecho de los funcionarios a participar, durante el periodo de excedencia por cuidado de familiares, en los cursos de formación que convoque la Administración, y eleva a dos años el derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaban, transcurrido el cuál, dicha reserva lo será al puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución. Estas novedades consideramos que deben ser de aplicación en el ámbito militar, para lo cuál, debería llevarse a cabo la oportuna modificación del artículo 19.2.c) del Reglamento de destinos, aprobado por Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, como ya se hizo mediante el Real Decreto 306/2005, de 18 de mayo, que elevó a un año la reserva de puesto de trabajo en estos supuestos para adecuarlo a la normativa funcional sobre la materia.

La regulación de este tipo de excedencia en la norma militar, al igual que en la funcional, es más favorable que en la laboral, al permitir su duración de hasta tres años, incluso en la de cuidado de familiares, y no de dos años como establece el ET, si bien, por el contrario, no admite su disfrute de manera fraccionada, como expresamente ha incluido en la le-

gislación laboral la LOI mediante la modificación del art.46.3 del ET, sin que se aprecie cause que justifique la exclusión de dicho modo de disfrute fraccionado al personal militar y funcionario, teniendo en cuenta que la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, reconoce la posibilidad de que los «*permisos parentales*», refiriéndose a todos los derechos que puedan concederse a hombres y mujeres con motivo del nacimiento o adopción de menores, desde los tres meses de duración hasta los ocho años, sin exclusiones, se disfruten a jornada completa, parcial o de forma fragmentada.

En esta materia, al igual que ocurre con las demás medidas de conciliación, es en el momento de su aplicación al caso concreto, cuando surgen dudas en la interpretación de la norma. Así se ha planteado la posible compatibilidad de la excedencia por cuidado de hijos y la de cuidado de familiares, es decir, si un trabajador puede acogerse a la excedencia por cuidado de familiares para atender a un hijo menor de edad pero mayor de tres años, límite máximo previsto por la norma para la excedencia por cuidado de hijos.

El problema deriva de la interpretación que debe darse a los términos empleados por el legislador para definir los sujetos que pueden generar el derecho a acogerse a la excedencia por cuidado de familiares: «*familiar que se encuentre a cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por si mismo y no desempeñe actividad retribuida*». No han faltado opiniones doctrinales y jurisprudenciales favorables a considerar que esta nueva modalidad de excedencia solo es aplicable al cuidado de familiares de edad avanzada, en cuanto fue introducida por el legislador (LCVFL) ampliando el derecho a la reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población, tal y como concreta la Exposición de Motivos de la Ley de Conciliación de la vida laboral y familiar ³⁷, quedando, por tanto, fuera de ella los hijos, para los que se contempla ya un tipo específico de excedencia.

No obstante, esta opinión no parece sustentarse ni en una interpretación literal del precepto, ni mucho menos, teleológica del mismo. Así hemos de partir de que la citada Exposición de Motivos, además de aludir a los artículos 14, 39.1 y 9.2 de la Constitución española, reconoce que la necesidad de conciliar el trabajo y la familia ha sido planteada tanto a nivel internacional como comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social marcada, principalmente, por la in-

³⁷ Sentencia del TSJ País Vasco de 2 de mayo de 2007, entre otras.

corporación de la mujer al mundo laboral, lo que ha determinado importantes cambios legislativos para introducir medidas que faciliten a hombres y a mujeres participar de la vida familiar sin menoscabo de su vida laboral, dando un paso más en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

En este sentido, la LOI transpone a la legislación española las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria protectora de la maternidad, de la paternidad, y en general de la conciliación de la vida laboral y familiar ³⁸superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas.

Desde esta perspectiva, en nuestro ordenamiento actualmente vigente la excedencia por cuidado de hijos y la excedencia por cuidado de familiares son objeto de un tratamiento conjunto, ya que ambas producen los mismos efectos y tiene la misma duración (tres años), variando únicamente la causa que origina cada una de ellas. Así en la excedencia por cuidado de hijos, el hecho causante es el nacimiento de un hijo, o en su caso, la constitución de la adopción o del acogimiento, por ello la Ley establece que los tres años de duración se computarán desde la fecha del parto o de la resolución administrativa o judicial que constituya el acogimiento o la adopción. Por el contrario, la excedencia por cuidado de familiares tiene por objeto la atención a familiares que por determinadas circunstancias (edad, enfermedad o discapacidad) no puedan valerse por sí mismos, por lo que la causa será en cada caso la concreta situación de desvalimiento del familiar a cargo.³⁹

Llegados a este punto, el problema se limita a determinar si los hijos menores de edad, pero mayores de tres años, pueden ser sujetos causantes de la excedencia por cuidado de familiares. Partiendo del principio jurídico de que donde la ley no distingue, no podemos nosotros distinguir, no cabe duda de que un menor de edad, mayor de tres años, es un familiar que por razón de edad no puede valerse por sí mismo. La indeterminación de la edad en la excedencia por cuidado de familiares no puede ser interpretada en el sentido de que esta clase de excedencia va referida exclusivamente a las *personas mayores* que no puedan valerse por sí mismas, toda vez que si el legislador hubiese querido limitar la misma a ese colectivo lo hubiese

³⁸ La Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en el periodo de lactancia, y la Directiva del Consejo 96/34/CE, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental, celebrado por UNICE, el CEEP y la CES.

³⁹ Art. 89.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril.

hecho de forma expresa e inequívoca, como en el caso de la reducción de jornada cuando, a tal efecto, utiliza la expresión de *«persona mayor que requiera especial dedicación»* (art. 48.1 h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril). Reconocer tal exclusión, resultaría una interpretación excesivamente restrictiva del precepto, contraria a su tenor literal, que dejaría, sin justificación, fuera de su cobertura a los menores, aún mayores de tres años.

Refuerza esta posición, el propio Tribunal Constitucional cuando reconoce que *«la excedencia para el cuidado de los hijos menores además de cooperar al efectivo cumplimiento del deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos, durante su minoría de edad (art. 39.3 CE), constituye, en efecto, un derecho atribuido por el legislador a trabajadores y empleados públicos en orden a hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia (art. 39.1 CE)»*. (STC203/2000, de 24 de julio). También avala esta interpretación la propia Directiva 96/34/CE cuando prevé la concesión de un permiso parental para ocuparse del cuidado de los hijos de *«hasta ocho años»*.

Este ha sido el criterio adoptado, entre otras, en la sentencia de 23 de febrero de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que, tras un análisis del art. 46.3 del ET redactado en idénticos términos que el art. 110.5 de la Ley 39/2007, en cuanto a los requisitos y distinción entre la excedencia por cuidado de hijos y por cuidado de familiares, reconoce a una trabajadora el derecho a disfrutar de una excedencia por cuidado de familiares para atender a su hijo de cinco años de edad, considerando que *«aún cuando una primera lectura del precepto podría hacernos pensar que los sujetos causantes del derecho a la excedencia son distintos en ambos supuestos(...)una interpretación literal y, fundamentalmente teleológica del precepto nos lleva a considerar que en, los dos casos subyace una situación de desvalimiento de la persona causante del ejercicio del derecho, motivada por su edad, enfermedad o accidente, de tal forma que no existe obstáculo alguno para permitir el disfrute de la excedencia solicitada por el demandante, pues un niño de tres años es, sin duda, un familiar que por razón de edad no puede valerse por si mismo»*, y concluye que *«en la intención del legislador al regular la excedencia para el cuidado de familiares no estaba la de excluir el supuesto de atención a hijos mayores de tres años, y ello con independencia de que se hubiera disfrutado previamente de la excedencia para la atención o cuidado de hijos, pues ambas excedencias son compatibles y susceptibles de ser disfrutadas de forma sucesiva»*.

No obstante, seguramente seguiremos asistiendo en el futuro a opiniones doctrinales y a pronunciamientos judiciales dispares sobre esta materia.

III.IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO MILITAR Y SUS CONSECUENCIAS

Como hemos podido comprobar a lo largo de este trabajo, la normativa sobre conciliación del personal militar ha destacado desde el principio por ser avanzada con respecto a su tiempo, y desde entonces ha evolucionado de manera paralela a la normativa de los funcionarios públicos sobre esta materia para adaptarse a las nuevas realidades sociales demandantes de una mayor igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y una mayor corresponsabilidad en el cuidado de la familia. Concretamente hemos estudiado la fuerte influencia que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres tuvo en la regulación de los derechos de conciliación.

Asimismo hemos destacado como la Ley de carrera miliar prevé como uno de sus objetivos el de «*conjugar la disponibilidad permanente para el servicio, específica de los militares, con la conciliación de la vida profesional, personal y familiar*» (Preámbulo) , a lo que hemos de añadir que, por primera vez, en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas se contiene una disposición específica sobre conciliación⁴⁰.

Pero al margen de las normas, hemos de recordar que las medidas de conciliación son en puridad jurídica «derechos de conciliación» y por tanto, su ejercicio depende, en primer lugar de la voluntad de los sujetos beneficiarios, hombres y mujeres, y, en este sentido, podemos afirmar que en los últimos años se ha avanzado mucho en el terreno de la *sensibilización* o, mejor dicho, de la *corresponsabilidad*, de modo paralelo a como está ocurriendo en el resto de la sociedad, habiéndose incrementado progresivamente las solicitudes de tales permisos, sobre todo de los hombres, lo que se debe también en gran parte a las campañas de información sobre derechos de conciliación llevadas a cabo en estos años por el Ministerio de Defensa, y en concreto por el Observatorio de la Mujer en las Fuerzas Armadas⁴¹.

No obstante, hemos de reconocer que pese a la avanzada normativa sobre conciliación del personal militar que acabamos de estudiar, y el buen recibimiento que desde el primer momento tuvo en el ámbito castrense, la

⁴⁰ Art. 39 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

⁴¹ El Centro de estudio sobre la situación de la mujer en las Fuerzas Armadas (Observatorio de la Mujer en las FAS), dependiente de la Subsecretaría de Defensa, fue creado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, con la función de analizar los procesos de selección y las situaciones de integración y permanencia de la mujer en las Fuerzas Armadas.

realidad ha puesto de manifiesto que las características específicas de la Institución militar dificultan en algunas ocasiones su aplicación.

Efectivamente, son numerosos los factores que, en ocasiones impiden que, pese a las normas escritas, pueda llevarse a cabo una verdadera conciliación de la vida familiar y la profesional. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta las concretas singularidades y exigencias de los distintos destinos que puede ocupar el militar; así los militares destinados en Unidades operativas y los que están embarcados tienen mayores dificultades para conciliar su vida familiar y profesional que aquellos destinados en puestos burocráticos o en Unidades caracterizadas por tener una menor movilidad. En segundo lugar, hemos de recordar que la concesión y disfrute de estas medidas están condicionados a las «*necesidades del servicio*», y, dada la ausencia de criterios en la norma que permitan definir ese concepto jurídico indeterminado, en muchos casos depende de la buena voluntad del Jefe correspondiente, que conceda o no la reducción de jornada, o exonere de guardias o servicios, con el consiguiente riesgo de arbitrariedad e inseguridad jurídica.

Por otra parte, las repercusiones de estas medidas son diversas y debido a la escasez de personal pueden llegar a afectar a la operatividad de algunas Unidades. Así, por ejemplo, como consecuencia de las reducciones de jornada, las Unidades ven mermada su plantilla, y, sobre todo en los destinos de mayor operatividad y/o movilidad pueden implicar una sobrecarga de trabajo en el resto de los compañeros, generando, en ocasiones tensiones y conflictos laborales.

A lo dicho hemos de añadir dos fenómenos crecientes en el seno de las Fuerzas Armadas: el de la monoparentalidad de las familias, y el de la endogamia profesional⁴². En las Fuerzas Armadas españolas encontramos cada vez mas matrimonios y parejas formadas por militares. El hecho de que el otro cónyuge o miembro de la pareja sea también militar, facilita en algunos casos y dificulta, en otros, la convivencia y la conciliación de la profesión y de la familia. Principalmente surgen los problemas cuando ambos miembros de la pareja se encuentran destinados en distintas localidades, y tienen hijos menores, o cuando uno de ellos o los dos se encuentra embarcados, o en el extranjero en misión internacional, situaciones en las que la familia se convierte temporalmente en monoparental.

Todos estos problemas deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar y aplicar la normativa en vigor y servir de orientación para futuras

⁴² Gómez Escarda, María «*La mujer militar y la familia*», estudio publicado en *Las mujeres militares en España (1988-2008)*, IUGM 2009.

regulaciones que implementado una política activa de conciliación y de *corresponsabilidad* en las Fuerzas Armadas, acorde con las nuevas realidades de los miembros de las Fuerzas Armadas, tenga en cuenta las situaciones personales y familiares en las que puede encontrarse el militar.

Es cierto que la variedad de situaciones que pueden generar los aspectos relativos a la conciliación de la vida militar y familiar rebasan por completo las previsiones normativas, y, aún reconociendo los avances de la normativa actual, hemos de reconocer que queda mucho camino por recorrer, y es en este ámbito donde el cometido del personal encargado de la interpretación y aplicación de las normas, como somos los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, cobra una especial importancia por la trascendencia de los bienes jurídicos implicados, y por la repercusión personal, profesional y mediática que tiene esta materia, debiendo señalarse que una acertada política de conciliación en el ámbito castrense redundaría en beneficio, no solo de los militares, hombres y mujeres, sino de la institución en su conjunto, acercándola cada vez más a la sociedad a la que sirve, y de cuyos ciudadanos, conviene recordar, se nutre.

BIBLIOGRAFÍA

- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M (2007): «*La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007*». Relaciones Laborales, nº 8.
- GOMEZ ESCARDA, MARIA (2008): «*La mujer militar y la familia*», en *Las mujeres militares en España (1988-2008)*, publicado por el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado.
- ALLI TURRILLAS, JUAN-CRUZ (2008): «*La evolución normativa en la incorporación de la mujer a las FAS*», en *Las mujeres militares en España (1988-2008)*, publicado por el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado.
- SEVILLA MERINO, JULIA, y VENTURA FRANCH, ASUNCION (2007): «*Fundamento Constitucional de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia a la participación política*». Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, número extraordinario, Madrid.
- AGUILERA IZQUIERDO, R. (2007), «*Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*», Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, número extraordinario, Madrid.

- SEMPERE NAVARRO, A.V. (2006) «Una nota sobre las suspensiones contractuales ligadas a la maternidad», en «La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades», Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona.
- J.L.TORTUERO PLAZA (2006): «50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral», Cuadernos Civitas, Madrid.
- A.R.ARGUELLES BLANCO, C.MARTINEZ MORENO, P.MENENDEZ SEBASTIAN: «Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares», CES, Madrid.
- PANIZO ROBLES, JOSE ANTONIO, (2007): «Conciliación personal, familiar y laboral y Seguridad Social (modificaciones incorporadas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)», Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, número extraordinario, Madrid.
- CABALLUD HERNANDO, MARIA BELÉN (2008): «El Observatorio de la mujer en las Fuerzas Armadas Españolas», en *Las mujeres militares en España (1988-2008)*, publicado por el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado.
- LOUSADA AROCHENA, JOSE FERNANDO (2007): «La maternidad y la conciliación en la Ley de igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial», en Cuadernos de Derecho judicial «Políticas de género», CGPJ.

NOTAS. COMENTARIOS

EL PAPEL DE ESPAÑA EN LAS MISIONES INTERNACIONALES DE PAZ

María Reyes Fernández.

*Licenciada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la
Universidad Autónoma de Madrid*

RESUMEN

En un mundo donde el concepto «paz» adquiere, cada día, un carácter más multidimensional, potenciado por la imparable globalización de todas las estructuras humanas, el presente escrito se dirige a presentar una visión general sobre la importancia de las misiones internacionales de paz (MIP) y el papel de España en las mismas. Para ello, en primer lugar, se expondrá el marco jurídico internacional. Seguidamente, se analizarán los diversos instrumentos de pacificación. Se centrará el estudio en el ámbito de la Unión Europea. Ya en tercer lugar, se hará referencia a la actuación nacional, abordándose tanto los principales objetivos del Reino en relación a las MIP, como los aspectos jurídicos, políticos, económicos y sociales. También se señalarán las actuales MIP en las que España está presente. Finalmente, se enumerarán los más importantes retos y las perspectivas de las MIP.

ABSTRACT

In a world where the concept of «peace» acquires, every day, a more multidimensional quality, fostered by the unstoppable globalization of all

human structures, this paper intends to introduce a general vision about the importance of the international peace missions (IPM) and the role of Spain in them. For this, we will first discuss the international legal framework. Then, we will analyze the various peace-making instruments. The study will focus in the sphere of the European Union. We'll then mention our national efforts, addressing both the main objectives of the Kingdom in relation to the IPM's, and the legal, political, economic, and social aspects. We will also point out the IPM's in which Spain is participating. Finally, we will list the most important challenges and perspectives of the IMP's.

EL PAPEL DE ESPAÑA EN LAS MISIONES INTERNACIONALES DE PAZ.

Afirma Miquel Martí i Pol que *«La paz no es una ráfaga de viento, sino una piedra en la que hay que esculpir, día a día, el esfuerzo de conquistarla»*.¹

La práctica de las múltiples misiones de paz que se desenvuelven a lo largo y ancho del globo, pone de manifiesto la necesidad de tal ímpetu pacificador.

Las misiones de paz internacional son la contrapartida que surge, tras la II Guerra Mundial, al concepto de «soberanía estatal». La magnitud de los crímenes contra la humanidad perpetrados durante este sombrío periodo de la historia, tiene como consecuencia inmediata, un proceso de humanización del Derecho Internacional que quiebra el concepto de soberanía estatal. Los Derechos Humanos (DDHH), se convierten en objeto de regulación internacional, sobrepasando la competencia propia de cada Estado.

Esta transformación de las normas reguladoras internacionales se aprecia, en los principios fundamentales, que presiden el Derecho Internacional en el momento actual, entre los que RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO destaca, primero, la prohibición del uso o amenaza de la fuerza, segundo, el respeto de los DDHH y del Derecho Internacional Humanitario y tercero, la no intervención o injerencia en los asuntos internos de los Estados. Pero tal y como sigue RODRÍGUEZ-VILLASANTE, no es baladí recordar que, en cualquier caso, existe un reconocimiento expreso de que debe prevalecer el principio de humanidad sobre el no intervención en los asuntos internos de los Estados.

¹ «La pau no és un cop de vent sobtat sinó una pedra en la qual cal esculpir, dia a dia l'esforç de conquerir-la».

La Carta de las Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, son los instrumentos que sustentan esta nueva comprensión, limitada, de soberanía estatal.

Esta nueva dimensión de los derechos de los individuos es el elemento legitimador de la intervención internacional que se encierra, tras la idea, de misión internacional de paz (MIP).

Los tiempos, desde la segunda mitad del siglo XX, se caracterizan, entre otros muchos factores, por su gran dinamismo. Este hecho altera cada día las percepciones, conceptos y procedimientos; afectado también, como no podía ser de otra manera, a las MIP.

Así, unas misiones creadas para humanizar los conflictos entre Estados, han quedado obsoletas en un mundo post Guerra Fría. Actualmente, las amenazas a la paz son otras; se habla así de la ciberdelincuencia, los enemigos difusos, la inmigración ilegal, el integrismo religioso o los atentados contra el medio ambiente.

A pesar de sus insuperables diferencias, todas estas nuevas amenazas tienen en común, que su ámbito de actuación no es el conflicto interestatal, sino que tienen su origen en el seno de los Estados. Esta multiplicación de los conflictos internos, paralela a la práctica desaparición de las guerras entre los Estados, se debe, en parte, y como enuncia SUÁREZ LEOZ, a lo que se conoce como el «equilibrio entre las grandes superpotencias». Los procesos pacificadores, por tanto, vienen a desarrollarse en el espacio de Estados que bien por su debilidad institucional, bien por su falta de democracia, suponen una amenaza para la paz internacional.

Paralelamente, las nuevas circunstancias hacen necesario transformar no sólo el ámbito subjetivo de actuación, sino también los objetivos y condiciones de éxito. Por ello, en nuestros días, no basta con medios que garanticen la seguridad en su más amplio sentido sino que a ellos, deben unirse, instrumentos de reconstrucción, de desarrollo político, de democratización, de interdependencia económica, y por su puesto, de asistencia humanitaria. Es decir, las MIP devienen multidisciplinares.

En este nuevo marco se encuentra España, la octava economía mundial. Un país occidental, plenamente integrado en la sociedad internacional. Un Reino, que fundamenta su estrategia exterior en la defensa del multilateralismo y que eleva el valor de la paz liderando iniciativas globales como la que apuesta por una Alianza de Civilizaciones.

A lo largo de estas líneas, se pretende analizar el papel de España en las MIP. Para ello, en primer lugar, se expondrá el marco jurídico internacional. No puede obviarse que la actuación de España debe constreñirse al límite que conforma el Derecho internacional. Seguidamente, se analiza-

rán los diversos instrumentos de pacificación. Se centrará el estudio en el ámbito de la Unión Europea, organización en la que se integra el enfoque nacional español. Ya en tercer lugar, se hará referencia a la actuación nacional, abordándose tanto los principales objetivos del Reino en relación a las MIP, como los aspectos jurídicos, políticos, económicos y sociales. También se señalarán las actuales MIP en las que España está presente. Finalmente, se enumerarán los más importantes retos y las perspectivas de las MIP.

La actuación en aras de la defensa de la paz no queda al margen del Derecho, pues éste, gracias a su objetividad y mesura es el instrumento que debe proveer mecanismos eficaces y suficientes para evitar que se malogre.

El D^o Internacional, permite actuar en defensa de la paz, fundamentalmente, a través de cuatro mecanismos distintos. Estos instrumentos, muestran cuatro niveles de contundencia, por ello, se ha de procurar que su aplicación sea progresiva y sucesiva. Aun cuando esta sucesión, ni siempre es posible, ni resulta oportuna en todo caso.

Los textos internacionales, generalmente, no contemplan esta actuación en cuatro fases dentro de los instrumentos de pacificación, pues el primero de estos niveles se define como de asistencia humanitaria y el cuarto hace referencia a las intervenciones armadas en defensa de la paz y la seguridad internacional. Sin embargo, cada uno de ellos parece encuadrarse en el «círculo de la paz» enunciado por B. Boutros Ghali en 1992.

El primer nivel es el de acceso o asistencia a un país para lograr que los derechos de sus ciudadanos sean garantizados.

Como ya se ha afirmado, la defensa de los DDHH, es una de las múltiples dimensiones, quizás la más importante, del concepto multidimensional de paz. Por ello, parece que los calificados como «corredores humanitarios» en 1990, son un instrumento esencial para lograr el mantenimiento de la paz en su más amplio sentido. Estos corredores de urgencia podrán ser desarrollados, a partir de lo expuesto en la resolución de la Asamblea General de NNUU (AGNU) 45/100 de 14 de diciembre de 1990, para proteger a las víctimas «de desastres naturales y situaciones de emergencia similares».

La AGNU, en la resolución 46/182, de 19 de diciembre de 1991, sobre el «Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia del sistema de las NNUU» contempló, dentro de los principios rectores de la asistencia, que: fueran los que fuesen los motivos de la ayuda pacificadora, se debería garantizar no sólo que el Estado sobre el que se actúa diera su consentimiento, sino también, que asumiera el protagonismo de la ejecución.

Las últimas MIP encuadradas en este primer nivel, llevadas a cabo por España, se remontan a 2005 y tuvieron lugar en Pakistán e Indonesia, tras los graves terremoto y maremoto respectivamente sufridos.

Tras estas catástrofes, que no tienen que ser necesariamente causadas por hechos naturales, pues la resolución de NNUU hace también referencia a «situaciones de emergencia similares», lo habitual es que los Estados afectados acepten la ayuda exterior. Sin embargo, cuando esto no ocurre, baste recordar el caso de Myanmar (Birmania) en 2008, el D^o Internacional suele acudir al papel mediador de las ONG y del resto de organizaciones de la Sociedad Civil, antes de decidir pasar a un nivel superior de injerencia.

No obstante, un sector doctrinal encabezado por el Instituto de Derecho Internacional², afirma que estas actuaciones no deberían considerarse de injerencia humanitaria; la aceptación de esta tesis obligaría al Estado que rechazara la ayuda a justificar su negativa. En cualquier caso, y tratando de evitar excesos, se asume que dicha asistencia debe, en cualquier caso, garantizar la soberanía estatal y estar presidida por los principios de «humanidad, imparcialidad, y neutralidad» que contempla la propia Resolución 46/182.

Los dos siguientes niveles de «pacificación», se encuadran dentro del concepto de «operaciones de mantenimiento de la paz». Este es un concepto doctrinal pues la Carta de NNUU no describe este tipo de misión. El antiguo Secretario General DAG HAMMARSKJÖLD las caracterizó como una técnica que tendría que incluirse en un nuevo capítulo de la Carta, el seis y medio, pues incluye una serie de actuaciones que sin entrar en el capítulo VII no encajan perfectamente dentro del VI, que viene referido al «arreglo pacífico de controversias».

Dentro de este «capítulo seis y medio», pueden observarse dos tipos de actuaciones:

- * De un lado, estarían aquellas que pueden definirse como operaciones de «restablecimiento de la paz». Para hablar de este tipo de medidas deben darse 4 requisitos, así; debe contarse con el consentimiento del Estado receptor de la ayuda y de todas las partes del conflicto; los Estados que decidan participar en la misión deben hacerlo de manera voluntaria; las operaciones deben situarse bajo mando internacional y deben estar caracterizadas por su absoluta imparcialidad; finalmente, el personal militar que desarrolle la misión debe evitar el empleo de la fuerza armada, permitiéndose únicamente en caso de legítima defensa o estado de necesidad.

² El Instituto de Derecho Internacional obtuvo el Premio Nobel de la Paz en 1904.

La participación española en MIP acaba de cumplir 20 años, pues bien, las dos primeras misiones que se encargaron a España, se encuadran en este segundo nivel. Estas son la Misión de Verificación de las NNUU en Angola y el Grupo de Asistencia a la Transición de Namibia, que se encuadran ya, dentro de las operaciones mantenimiento de la paz multidimensionales.

* De otro lado, en un tercer nivel de contundencia, se encuadrarían las operaciones de «injerencia no armada». Estas misiones se caracterizan por la falta de consentimiento del país receptor de la ayuda, esta carencia supone que el Derecho internacional obligue a la fuerza pacificadora a cumplir 4 condiciones, según se desprende de la Resolución sobre la «Protección de los Derechos Humanos y el Principio de No Intervención en los Asuntos Internos de los Estados», aprobada el 13 de septiembre de 1989, por el Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Santiago de Compostela. Las susodichas condiciones son: que haya requerimiento previo, que se actúe sólo sobre el Estado en cuestión, que la actuación sea proporcional y, finalmente, que se tengan en cuenta los posibles efectos de la actuación sobre terceros Estados y sobre el nivel de vida y los intereses de la población.

Estas operaciones se relacionan directamente con el concepto de sanciones o contramedidas.

Finalmente, el cuarto nivel de actuación, lo conforman las intervenciones armadas. Estas actuaciones únicamente se justifican a partir del capítulo VII de la Carta de NNUU que especifica, que sólo serán adecuadas cuando exista una amenaza a la paz y a la seguridad internacional. La necesidad de su autorización por el Consejo de Seguridad y la idiosincrasia de este órgano, aseguran que esta actuación únicamente sea adoptada en los casos en que sea extraordinariamente oportuno. Este hecho o condición, que nace con voluntad garantista, ha sido severamente criticado por la doctrina, al preguntarse por qué la sociedad internacional no intervino antes en la Ex Yugoslavia o por qué ha ignorado tantas veces a África. Todo ello sin entrar en las controversias que suscitan zonas del globo como Palestina.

Los Estados, intervienen en las MIP bajo parapetos diferentes, ora como miembros de una organización militar internacional (entre las que puede citarse a la OTAN), ora bajo el marco de una organización regional amparada por el capítulo VIII de la Carta de NNUU (entre las que se encuentran la OSCE, la UEO o la propia UE), bien dentro de una coalición

internacional diseñada para una actuación concreta o bien, desarrollando operaciones decididas de forma unilateral por el gobierno, en este caso, el español.

Pero en cualquier caso los Estados buscan el apoyo del Consejo de Seguridad de las NNUU, mediante sus resoluciones; lo que ofrece una idea de la legalidad y legitimidad que se imputa a este foro.

Expuesto el marco jurídico, es momento de analizar los mecanismos o instrumentos concretos de pacificación. Para ofrecer una visión práctica de esta realidad se seguirá el estudio en el marco de la UE.

La UE, ante las diversas amenazas a la paz que aparecen en nuestros días, se dota de un instrumento fundamental, la Política Europea de Seguridad y Defensa, que actúa en dos niveles diferentes; la prevención de conflictos y la gestión de crisis.

La prevención de conflictos es un elemento de pacificador esencial, pues supone destruir las amenazas a la paz. La UE y como parte de ella España, intensifican sus esfuerzos en este ámbito. Ello, en consonancia con su papel internacional de *soft powers* o poderes blandos, pretendiendo influir en la pacificación internacional a través del consenso, el Derecho, la cooperación internacional y el respeto entre todos los pueblos, culturas y religiones del globo.

Para lograr este objetivo fundamental, son muchas las acciones que se están llevando a cabo, especialmente en el ámbito diplomático. Asimismo, la UE y más concretamente España en su Plan Director de Cooperación al Desarrollo, integran objetivos como la paz, la democracia o la estabilidad política y social en los programas de ayuda al desarrollo. Por otro lado, desde la UE se busca actuar preventivamente sobre amenazas a la paz como el nivel de exclusión, la marginación o el deterioro del medioambiente. Paralelamente, la UE pretende hacer de su política Comercial Común y de los Acuerdos Preferenciales y de Vecindad, instrumentos de pacificación. No obstante, desde diversos foros se ponen en cuestión distintas acciones y/u omisiones, entre las peticiones destaca la exigencia de un compromiso europeo firme con la Ronda de Doha; entre las críticas abundan las referidas al Mantenimiento sin condiciones de la Política de Vecindad con Estados como Israel o Marruecos.

La prevención de conflictos es, por tanto, el objetivo fundamental, sin embargo, cuando esta fracasa, se debe pasar a la gestión de crisis en la que se opera tanto a nivel civil como militar.

Las misiones civiles, desarrolladas fundamentalmente en los Consejos de Feira (2000) y Gotemburgo (2001) con el incondicional apoyo de España, son en líneas generales, de dos tipos: de un lado están las misiones

de policía, que pretenden garantizar el orden público y crear estructuras de protección civil; en este sentido, es especialmente destacable el papel de la Guardia Civil Española que al ser un híbrido entre fuerza policial y militar tiene una formación muy adecuada para lograr las estrategias políticas en áreas conflictivas. De otro lado están las misiones de Estado de Derecho, que pretenden reconstruir las instituciones democráticas y crear estructuras de protección civil. España ha mostrado un especial interés por incluir en las misiones de paz cuestiones relativas al sistema judicial a través de diversos talleres sobre justicia penal.

En cuanto a las misiones militares, se instauró en el Consejo de Helsinki (1999) el objetivo global de lograr que la UE esté en condiciones de desplegar en el plazo de 60 días, durante al menos 1 año hasta 60.000 efectivos; además de este objetivo, se establecen estructuras permanentes, la más importante es el Comité Político y de Seguridad, a cuyo servicio se crean, un grupo de trabajo político-militar, un Comité Especializado en los aspectos civiles, el Comité Militar y el Estado Mayor.

No obstante, la UE o, más concretamente la PESD tiene limitada importancia tanto por lo que se refiere a aspectos volitivos como por las propias capacidades. Ello hace que la UE dependa claramente de la OTAN, de hecho, gran parte de las operaciones militares que la UE ha realizado allende sus fronteras han sido sustentadas por capital y medios de la OTAN.

Al amparo de este marco internacional se sitúa España.

La propia Constitución Española de 1978 en su prólogo enuncia la voluntad de la Nación española de «Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra».

Más recientemente, la LO 5/2005 de Defensa Nacional y la Directiva 1/2008 de Defensa Nacional establecen como objetivos del Reino «la preservación de la paz y la seguridad internacionales». Por ello, España es el decimocuarto país del mundo que más contribuye a las misiones internacionales de paz con el envío de tropas, según el Informe Anual sobre las Operaciones de paz en el mundo 2008, elaborado por el Centro para la Cooperación Internacional de la Universidad de NY³.

España, aún su voluntad pacificadora con su papel como miembro de la UE y de la OTAN, así como con su situación geográfica e histórica que ligan a España tanto con el Mediterráneo, como con América Latina.

La intervención de España en las MIP no sólo debe ajustarse al Derecho internacional, si no que también existen normas nacionales que limitan

³ Información ofrecida por la Agencia EFE el 10-04-2008.

o condicionan dicha actuación, a lo que hay que unir los condicionantes gubernamentales, pues tal y como explicita el artículo 97 de la Constitución Española «El gobierno dirige la política interior y exterior, la administración civil y militar y la defensa del Estado. [...]».

A resultas de todos estos parámetros jurídicos puede afirmarse que actualmente, se imponen tres condiciones para la aprobación de una misión de paz en el exterior; a saber, en primer lugar, el respaldo legal internacional, respaldo que según la LO 5/2005 puede provenir tanto de la ONU como de la OTAN o la UE; en segundo lugar, la voluntad del pueblo español manifestada a través de sus representantes en el Parlamento y, finalmente, tienen que existir capacidades militares. Es importante destacar el cambio de la política gubernamental en este punto, pues se ha decidido, siempre dentro de los límites presupuestarios, eliminar el techo de los 3000 efectivos en el exterior. La idea que trasciende a esta decisión es, que no importa cual sea el número de efectivos, sino que sea el cupo necesario para cumplir adecuadamente la misión encomendada, evitando que esta adecuación, se deje al albur.

Analizado el objetivo y el marco jurídico nacional parece oportuno exponer la visión que desde las instancias política, económica y social españolas se tiene de las misiones de paz.

* En el ámbito político, salvo disensiones puntuales ocasionadas, en la mayoría de los casos, por actitudes que denotan cierta veleidad, se observa un consenso general entre los principales partidos en relación a la oportunidad y necesidad de las MIP. No obstante, no debe obviarse que algunas fuerzas políticas próximas al nacionalismo y la izquierda critican como falacia el humanitarismo militar.

* En el ámbito económico, nuestro país, en relación a los de su entorno y dada su potencialidad económica (en términos de PIB), incurre permanentemente en déficit, en materia de defensa. Ello no impide que, según las estadísticas presentadas en el Anuario de 2008 del Stockholm International Peace Research Institute, nuestro país figure como el 15º con mayor gasto militar del mundo, representando el 1% del gasto militar global⁴.

Por lo que tiene a las empresas con fuerte presencia en el sector, como son Navantía, el consorcio europeo EADS (en el que se integró la española CASA), Santa Bárbara Sistemas (unidad de negocio in-

⁴ Al igual que Australia, Canadá y Brasil. Frente al 2% de Corea del Sur y de la India; el 3% de Italia, de Arabia Saudita, de Rusia y de Alemania; el 4% de Japón y de Francia; el 5% de China y de Reino Unido y; el espectacular 45 % de Estados Unidos.

tegrada dentro del Grupo Europeo de Sistemas Terrestres de General Dynamics), Gamesa, Urovesa o ITA (dentro del grupo ITP); debe destacarse su papel no es determinante a la hora de elaborar de la política nacional de defensa. No obstante, en los últimos años, solicitan que se muestre una imagen de ellas como empresas profesionales, racionales y modernas que inciden en factores tales como la I+D+i y que a la postre suponen un beneficio no sólo para la economía del país en general, sino también, para la industria en particular.

* Finalmente, por lo que tiene al ámbito social, desde el Centro de Investigaciones Sociológicas se asegura que los españoles, mayoritariamente, dan su apoyo genérico a las MIP; según el Barómetro de noviembre del año 2000, los encuestados que se posicionaban de acuerdo «con la participación de España en misiones de paz bajo el mandato de la ONU» era de un 85,1%; asimismo, en la encuesta efectuada por este centro en marzo de 2007 sobre «La Defensa Nacional y las Fuerzas armadas» se muestra el apoyo del 84,7% de los participantes. No obstante, las cifras son menos favorables cuando se introducen conceptos más militares y menos humanitarios.

Surge aquí la polémica sobre las repercusiones negativas del uso abusivo del concepto «misión de paz» en escenarios como Irak o Afganistán que objetivamente son bélicos. A ello se une la sobreutilización de las operaciones de pacificación con objeto de legitimar acciones que, encuadradas o no en el marco de NNUU, están directamente relacionadas con objetivos e intereses nacionales, denunciada por SARJOH BAH.

La participación de España en las MIP puede encuadrarse en dos categorías:

De un lado, se envían fuerzas de mantenimiento de la paz. En este marco se encuadran las misiones Atalanta-Aguas de Somalia; Eufor «Althea» en Bosnia-Herzegovina; la casi finalizada IFOR en Kosovo; ISAF en Afganistán; Libre Hidalgo en Líbano y Eufor Chad-RCA.

De otro lado, se envían grupos de observadores. Así, en las misiones de NNUU en Kosovo, RD del Congo y en Chad y República Centro Africana.

En todo caso, es preciso destacar que la complejidad de las misiones de paz hace que, de la mano de uno o varios países u organizaciones internacionales la mayor parte de las misiones sean, a la par que multidimensionales, operaciones mixtas.

Analizadas las Misiones de Paz y el papel de España en las mismas es momento de exponer algunos de los principales retos y perspectivas.

Un reto fundamental es la necesaria consecución de un multilateralismo eficaz que, en definitiva, legitime cualquier intervención reglada sin necesidad de abusar de conceptos como el de «MIP». Pues la pretendida confusión conceptual no hace sino actuar como sinergia negativa impidiendo que numerosos esfuerzos pacificadores, no tengan los efectos deseados.

El segundo reto a citar es la falta de coordinación internacional a la hora de gestionar y ejecutar las misiones de paz. En este objetivo, tienen un papel fundamental quienes elaboran tres documentos básicos, como son, «Los términos de referencia» (TOR), el «Estatuto de la Fuerza» (SOFA) y las «Reglas de Enfrentamiento» (ROE). Así, los diversos actores deben comprender que hay que dotar a los mandos *in situ* de cierta flexibilidad y capacidad de sanción. Las fuerzas sobre el terreno critican especialmente la ambigüedad de los documentos elaborados por los actores no intervinientes, fundamentalmente por los parlamentarios nacionales, aspecto éste que hace un flaco favor al éxito de las MIP.

Asimismo, se alude a la necesidad de crear un mecanismo global que realmente haga responsables a quienes atenten contra la paz y la seguridad internacional. Ciertamente es que el Tribunal Penal Internacional o la Corte Internacional de Justicia son instrumentos importantes y necesarios, pero la mayoría de la doctrina los califica como insuficientes. En este sentido, a pesar de que no existe una posición unitaria, gran parte de los actores internacionales se felicitan por la universalización de la justicia nacional llevada a cabo, entre otros, por la AN española.

Por lo que tiene al ámbito puramente nacional, habría que añadir dos nuevos retos:

En primer lugar, la necesidad de hacer partícipe a la sociedad española del papel de las FFAA en el exterior para lograr con ello que la ciudadanía confíe y apoye la actuación de las FFAA en las MIP.

En segundo lugar, debe lograrse que desde el exterior se vea a la joven democracia española, como un socio leal en las MIP.

Todo lo estudiado hasta el momento permite extrapolar una serie de perspectivas.

Así, de un lado, parece que los esfuerzos por implantar globalmente una cultura de la paz no van sino a incrementarse. Los distintos escenarios internacionales, la crisis económica global y el cambio de enfoque de la Administración Estadounidense conducen hacia esta dirección.

Asimismo, se percibe una mejora de las relaciones OTAN-Rusia lo que en definitiva supondrá una acción más concertada y global a favor de la paz sobre todo por lo que tiene a zonas en constante amenaza como el Cáucaso y Oriente Próximo.

De otro lado, se observa una tendencia hacia un enfoque cada vez más regional de las MIP; así, si nuestro país se enmarca en la UE se observa cada vez una mayor unión e intervención de actores supranacionales latinoamericanos y africanos.

Ya por lo que tiene al futuro del papel español, se vislumbra un incremento de la presencia española en las MIP, lo que por otro lado, es normal, si se tiene en cuenta el mayor poder económico relativo de nuestro país así como la creciente presencia del Reino de España en los distintos Foros Internacionales abogando por la unión de los pueblos a favor de la paz.

Las MIP son una construcción jurídica, del Derecho Internacional, con innumerables repercusiones políticas, sociales, culturales y económicas. El concepto «paz» ha dejado de ser unidimensional, así lo estipulan organizaciones de trascendencia pacificadora como Cruz Roja y Media Luna Roja y lo recuerda RODRÍGUEZ-VALLASANTE al señalar que la paz es un proceso dinámico que comprende multitud de actividades, tales como la ejecución de diversas acciones para evitar el conflicto o paliar la violencia, fomentar la cooperación entre Estados y pueblos, impulsar el respeto por los DDHH o trabajar para la distribución equitativa de los recursos naturales necesarios para garantizar el desarrollo de los individuos.

España, como miembro de la sociedad internacional y firme valedor de los principios que sustentan la convivencia pacífica, actúa en las MIP con convicción; no obstante, aun existen algunos retos y contradicciones a superar. En cualquier caso, la estrategia internacional de España está destinada a hacer de nuestro país, un socio internacional de la paz.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- REMIRO BROTONS, A.; RIQUELME CORTADO, R.M.; DÍEZ-HOCHLEINER, J.; ORIHUELA CALATAYUD, E. y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. *Derecho Internacional*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. 1269 pp.
- REMIRO BROTONS, A.; RIQUELME CORTADO, R.M.; DÍEZ-HOCHLEINER, J.; ORIHUELA CALATAYUD, E. y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. *Derecho Internacional*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. 1382 pp.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L. y otros. *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. 671 pp.

ARTÍCULOS

- AGUIRRE M. «Guerra y operaciones de paz, ¿juegos de palabras?». *Revista de Política Exterior*; núm.118. Madrid, Julio/Agosto 2007.
- ARREDONDO R. «España y las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas». <http://usuarios.lycos.es/>
- DE AYALA J.E. «La OTAN y la defensa Europea». *Revista de Política Exterior*; núm.123. Madrid, Mayo/Junio 2008, pp.11-19.
- CANAL MUÑOZ, J. «El entramado orgánico e institucional al servicio de la Política Europea de Seguridad y Defensa». *Programa de Doctorado 2004-2005, UNED*. Madrid, Junio 2005.
- FELIÚ ORTEGA, L. «Las limitaciones al uso de la fuerza: la transferencia de autoridad (TOA) y las reglas de enfrentamiento (ROE)». *Real Instituto Elcano*. ARI núm. 30/2009.
- NOYA, J. «La opinión pública española y las misiones de las fuerzas armadas en el exterior». *Real Instituto Elcano*. ARI núm.121/2007
- NUÑEZ VILLAVARDE, J.A. «La FINUL reforzada, un actor imperfecto en un conflicto inconcluso». *Real Instituto Elcano*. ARI núm. 96/2006.
- NUÑEZ VILLAVARDE, J.A. «El papel de España en misiones internacionales». *El País*, 11 de marzo de 2009.

WEBS INSTITUCIONALES

www.un.org
www.mde.es

OTROS

Anuario de 2008 del Stockholm International Peace Research Institute.
Barómetro del CIS de Noviembre de 2000.
Encuestas del CIS sobre la Defensa Nacional y las FFAA 1997-2005.
Encuesta del CIS sobre la Defensa Nacional y las FFAA de Marzo de 2007.

TEXTOS

LEGISLACIÓN

LEGISLACIÓN

José María Sánchez Sánchez
Comandante Auditor

JEFATURA DEL ESTADO

Instrumento de Ratificación del Tratado relativo al Eurocuerpo y al Estatuto de su Cuartel General, hecho en Bruselas el 22 de noviembre de 2004 (BOE núm. 172, de 17-jul-2009).

Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida (BOE núm. 242, de 7-oct-2009).

Corrección de errores del Instrumento de Ratificación del Tratado relativo al Eurocuerpo y al Estatuto de su Cuartel General, hecho en Bruselas el 22 de noviembre de 2004 (BOE núm. 247, de 13-oct-2009).

Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (BOE núm. 286, de 27-nov-2009).

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN

Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Afganistán para el patrocinio de una unidad del ejército nacional afgano y Canje de Notas hecho en Kabul el 28 de julio de 2008 (BOE núm. 128, de 27-may-2009).

Aplicación provisional del Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre el tránsito de equipos militares y personal a través del territorio de la Federación de Rusia con motivo de la participación de las Fuerzas Armadas del Reino de España en los esfuerzos de estabilización y reconstrucción de la República Islámica de Afganistán, hecho en Madrid, el 3 de marzo de 2009 (BOE núm. 147, de 18-jun-2009).

Aplicación provisional del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Reino de España relativo al uso por las Naciones Unidas de locales en el Reino de España para la prestación de apoyo a operaciones de mantenimiento de la paz y operaciones conexas de las Naciones Unidas, hecho en Madrid el 28 de enero de 2009 (BOE núm. 306, de 21-dic-2009).

MINISTERIO DE DEFENSA

Orden DEF/3771/2008, de 10 de diciembre, por la que se modifica la estructura orgánica y el despliegue de la Fuerza del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, que figura en el Real Decreto 416/2006, de 11 de abril, por el que se establece la organización y el despliegue de la Fuerza del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, así como de la Unidad Militar de Emergencias (BOE núm. 311, de 26-dic-2008).

Orden DEF/23/2009, de 12 de enero, por la que se delegan en el Secretario de Estado de Defensa determinadas competencias relacionadas con el presupuesto de la sección 14 (BOE núm. 18, de 21-ene-2009).

Orden DEF/3989/2008, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Reglamento del Servicio de Estadística del Ministerio de Defensa (BOE núm. 19, de 22-ene-2009).

Orden Ministerial 2/2009, de 22 de enero, por la que se regula el desarrollo profesional de los militares de tropa y marinería (BOD núm. 19, de 29-ene-2009).

Orden DEF/115/2009, de 29 de enero, por la que se aprueban las bases generales por las que han de regirse los procesos selectivos para el acceso al curso de Cabo de la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, así como las normas generales del correspondiente curso de capacitación para el ascenso (BOE núm. 29, de 3-feb-2009).

Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (BOE núm. 33, de 7-feb-2009).

Orden Ministerial 5/2009, de 11 de febrero, de creación del Consejo de Jefes de Estado Mayor (BOD núm. 33, de 18-feb-2009).

Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería (BOE núm. 39, de 14-feb-2009).

Instrucción 8/2009, de 9 de marzo, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba el Programa Permanente de Eficiencia y Economía de Gasto del Ministerio de Defensa (BOD núm. 50, de 13-mar-2009).

Orden Ministerial 7/2009, de 9 de marzo, por la que se determina la indemnización a percibir por el personal que participe o coopere en la misión de las Naciones Unidas en Chad y República Centroafricana (MINURCAT), operación de la Unión Europea en apoyo a MINURCAT (EUFOR CHAD-RCA) y en la misión de la Unión Europea de Reforma del Sector de Seguridad en Guinea Bissau (EU SSR Guinea Bissau) (BOD núm. 52, de 17-mar-2009).

Resolución 400/04200/2009, de 4 de marzo por la que se modifica el anexo de la Orden Ministerial 73/2005, de 11 de mayo, por la que se determina la implantación territorial y la utilización conjunta de los Establecimientos Disciplinarios Militares (BOD núm. 53, de 18-mar-2009).

Orden Ministerial 12/2009, de 9 de marzo, sobre enajenación de viviendas militares incorporadas al Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas, calificadas en 2008 (BOD núm. 56, de 23-mar-2009).

Orden DEF/888/2009, de 2 de abril, sobre delegación de competencias en materia de contratos y modificación de determinados procedimientos administrativos (BOE núm. 88, de 10-abr-2009).

Orden Ministerial 15/2009, de 7 de abril, por la que se concede a la Unidad Militar de Emergencias el uso de la Enseña Nacional en su modalidad de Estandarte (BOD núm. 73, de 16-abr-2009).

Real Decreto 293/2009, de 6 de marzo, por el que se aprueban las medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas (BOE núm. 91, de 14-abr-2009).

Orden DEF/965/2009, de 7 de abril, que modifica el Reglamento del Patronato de Huérfanos de la Armada, aprobado por la Orden 241/2001, de 20 de noviembre (BOE núm. 96, de 20-abr-2009).

Orden Ministerial 17/2009, de 24 de abril, por la que se establece el procedimiento y las normas objetivas de valoración de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional (BOD núm. 83, de 30-abr-2009).

Orden Ministerial 18/2009, de 24 de abril, por la que se establece el máximo y el mínimo de la relación entre el número de evaluados en cada ciclo y el de vacantes previstas para el ascenso por los sistemas de elección y clasificación durante el periodo cuatrienal de plantillas 2009/2013 (BOD núm. 83, de 30-abr-2009).

Orden Ministerial 19/2009, de 24 de abril, por la que se establece el tiempo mínimo de servicios y el de permanencia en determinado tipo de destinos necesarios para el ascenso (BOD núm. 83, de 30-abr-2009).

Orden Ministerial 20/2009, de 24 de abril por la que se determina el número máximo de ciclos para que un militar deje de ser evaluado para el ascenso por los sistemas de elección y clasificación (BOD núm. 83, de 30-abr-2009).

Instrucción 27/2009, de 12 de mayo, de la Subsecretaria de Defensa, por la que se modifica la Instrucción 56/2008, de 30 de mayo, por la que se regula el Centro Militar de Veterinaria de la Defensa (BOD núm. 97, de 21-may-2009).

Orden DEF/1298/2009, de 14 de mayo, que modifica la Orden DEF/3537/2003, de 10 de diciembre, por la que se desarrolla la estructura orgánica básica de los Ejércitos (BOE núm. 126, de 25-may-2009).

Real Decreto 947/2009, de 5 de junio, por el que se fijan las plantillas reglamentarias de oficiales generales, oficiales y suboficiales para el período 2009-2013 (BOE núm. 138, de 8-jun-2009).

Instrucción 36/2009, de 16 de junio, de la Subsecretaria de Defensa, para la coordinación de actividades entre los centros docentes militares de formación de Oficiales y los centros universitarios de la defensa ubicados en los mismos (BOD núm. 121, de 24-jun-2009).

Orden Ministerial 38/2009, de 18 de junio, por la que se modifica la Orden Ministerial 52/2004, de 18 de marzo, reguladora de la colaboración concertada del Instituto Social de las Fuerzas Armadas con la Sanidad Militar, modificada por la Orden Ministerial 17/2007, de 13 de febrero (BOD núm. 122, de 25-jun-2009).

Orden Ministerial 431/09678/2009, de 23 de junio, por la que se fijan las plantillas de las escalas a extinguir de oficiales de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de los militares de complemento de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, y de las escalas a extinguir de la disposición transitoria tercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, para el período 2009-2010 (BOD núm. 124, de 29-jun-2009).

Orden Ministerial 42/2009, de 26 de junio, por la que se establecen las normas de adaptación para la incorporación a las Escalas de Suboficiales

y de Tropa o de Marinería de los que finalicen su periodo de formación después del 1 de julio de 2009 (BOD núm. 128, de 3-jul-2009).

Corrección de errores a la Instrucción 36/2009, de 16 de junio, de la Subsecretaría de Defensa (BOD núm. 129, de 6-jul-2009).

Instrucción 48/2009, de 20 de julio, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se modifica la Instrucción 62/2008, de 12 de junio por la que se aprueban los Planes de Estudio para el Curso de Adaptación para la Incorporación a la Escala de Oficiales (BOD núm. 143, de 24-jul-2009).

Orden DEF/1951/2009, de 15 de julio, por la que se crea la Comisión de Coordinación de la Actividad Internacional del Ministerio de Defensa (BOE núm. 176, de 22-jul-2009).

Orden Ministerial 431/11692/2009, de 21 de julio, por la que se establecen las plantillas de militares de tropa y marinería para el período 2009-2013 (BOD núm. 146, de 29-jul-2009).

Corrección de errores de la Orden DEF/1951/2009, de 15 de julio, por la que se crea la Comisión de Coordinación de la Actividad Internacional del Ministerio de Defensa (BOE núm. 209, de 29-ago-2009).

Real Decreto 1370/2009, de 13 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas (BOE núm. 213, de 3-sep-2009).

Orden Ministerial 60/2009, de 14 septiembre, por la que se aprueba el Plan Estadístico de la Defensa 2009-2012 (BOD núm. 182, de 17-sep-2009).

Orden Ministerial 61/2009, de 14 de septiembre, por la que se aprueban las normas por las que ha de regirse la fase selectiva para el acceso de los militares de complemento de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, a la condición de militar de carrera (BOD núm. 182, de 17-sep-2009).

Orden DEF/2653/2009, de 14 de septiembre, por la que se crea el Campus Virtual Corporativo de la Defensa (BOD núm. 195, de 6-oct-2009).

Instrucción 65/2009, de 20 de octubre, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se regula la adscripción de personal militar a unidades de las Fuerzas Armadas (BOD núm. 213, de 2-nov-2009).

Resolución 420/38240/2009, de 26 de octubre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de octubre de 2009, sobre la creación de un Centro contra artefactos explosivos improvisados en el ámbito del Ministerio de Defensa y su ofrecimiento, con la consideración de «Centro de Excelencia», a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (BOE núm. 263, de 31-oct-2009).

Orden Ministerial 66/2009, de 4 de noviembre, por la que se aprueba el Protocolo sobre acciones de apoyo a los heridos y a las familias de los fallecidos y heridos en operaciones fuera del territorio nacional (BOD núm. 218, de 9-nov-2009).

Resolución 4B0/19397/2009, de 3 de diciembre, por la que se modifican los anexos 1º y 2º de la Orden Ministerial 52/2004, de 18 de marzo, reguladora de la colaboración concertada del Instituto Social de las Fuerzas Armadas con la Sanidad Militar (BOD núm. 244, de 16-dic-2009).

Orden Ministerial 69/2009, de 10 de diciembre, que modifica la Orden Ministerial 112/2000, de 14 de abril, por la que se crea la Comisión Técnica Asesora de Metrología y Calibración de la Defensa y la Orden Ministerial 227/2001, de 24 de octubre, por la que se aprueba el Reglamento por el que deberá regirse el funcionamiento de la Comisión Técnica Asesora de Metrología y Calibración de la Defensa (BOD núm. 246, de 18-dic-2009).

Orden DEF/3385/2009, de 10 de diciembre, sobre enfermedades de declaración obligatoria en el ámbito de las Fuerzas Armadas (BOE núm. 303, de 17-dic-2009).

Orden DEF/3398/2009, de 10 de diciembre, por la que se regulan las Comisiones Presupuestarias del Ministerio de Defensa (BOE núm. 304, de 18-dic-2009).

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

Instrucción 70/2009, de 7 de diciembre, del Jefe de Estado Mayor de la Defensa, por la que se regula el diseño, composición y utilización del uniforme y equipo de campaña en las Fuerzas Armadas (BOD núm. 253, de 30-dic-2009).

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 118, de 15-may-2009).

Corrección de errores del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 169, de 14-jul-2009).

Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE núm. 226, de 18-sep-2009).

Corrección de errores del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 239, de 3-oct-2009).

MINISTERIO DEL INTERIOR

Orden INT/537/2009, de 2 de marzo, por la que se modifica la Orden INT/1390/2007, de 11 de mayo, por la que se determina la indemnización a percibir por el personal que participe o coopere en asistencia técnica policial, operaciones de mantenimiento de la paz y seguridad, humanitarias o de evacuación de personas en el extranjero (BOE núm. 57, de 7-mar-2009).

Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero (BOE núm. 263, de 31-oct-2009).

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Real Decreto 2061/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso (BOE núm. 6, de 7-ene-2009).

Real Decreto 28/2009, de 16 de enero, por el que se modifica el Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, se regula la prima por servicios prestados por el personal militar de complemento con un compromiso de larga duración, y se modifica el Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el servicio de asistencia religiosa en las fuerzas armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento (BOE núm. 19, de 22-ene-2009).

Corrección de errores del Real Decreto 2061/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso (BOE núm. 21, de 24-ene-2009).

Orden PRE/305/2009, de 10 de febrero, por la que se crea la Red de Laboratorios de Alerta Biológica «RE-LAB» (BOE núm. 42, de 18-feb-2009).

Orden PRE/528/2009, de 2 de marzo, que modifica la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para ingreso en los centros militares de formación (BOE núm. 55, de 5-mar-2009).

Orden PRE/824/2009, de 30 de marzo, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueban medidas de austeridad y eficiencia en materia de empleo público (BOE núm. 81, de 3-abr-2009).

Orden PRE/2914/2009, de 30 de octubre, que desarrolla lo dispuesto en el Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero (BOE núm. 264, de 2-nov-2009).

Real Decreto 1636/2009, de 30 de octubre, que modifica el Real Decreto 451/1995, de 24 de marzo, por el que se reorganiza el Organismo Autónomo Canal de Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo (BOE núm. 271, de 10-nov-2009).

Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (BOE núm. 278, de 18-nov-2009).

Real Decreto 1789/2009, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre y el Real Decreto 187/2008, de 8 de febrero, por el que se establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del personal laboral de la Red Hospitalaria de la Defensa (BOE núm. 281, de 21-nov-2009).

Orden PRE/3279/2009, de 4 de diciembre, por la que se dispone la publicación de la Declaración Institucional de reconocimiento a miembros de las Fuerzas Armadas en la transición a la democracia con especial mención a la Unión Militar Democrática (UMD) (BOE núm. 293, de 5-dic-2009).

Real Decreto 1959/2009, de 18 de diciembre, por el que se crea el Centro Universitario de la Guardia Civil (BOE núm. 305, de 19-dic-2009).

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Real Decreto 431/2009, de 27 de marzo, sobre traspaso a la Comunitat Valenciana de los medios personales adscritos al Hospital General Básico de la Defensa de Valencia.

(BOE núm. 78, de 31-mar-2009).

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Luis B. Álvarez Roldán
General Auditor

Desde la reforma del recurso de amparo, que efectuó la Ley Orgánica núm. 6/2007, de 24 de mayo, se viene observando el descenso de los recursos de amparo en la materia que consideramos: Jurisdicción Militar y Administración Militar.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia núm. 155/2009, de 25 de junio, precisa que no basta con la cita del precepto constitucional violado, sino que el requisito nuevo, e insalvable, es justificar la trascendencia constitucional.

Parece que en materia de lo penal militar, y lo administrativo penal militar, de los tres ejércitos y del Ministerio de Defensa, no han superado la barrera «especial trascendencia constitucional», como presupuesto del juicio de admisibilidad del recurso de amparo constitucional.

La doctrina constitucional al respecto, como nos resume Miguel Ángel MONTAÑES PARDO (en Otrosí; enero 2010, págs. 33 y siguientes), considera con trascendencia constitucional: la cuestión nueva; la aclaración o cambio de criterio constitucional; la Ley o norma anticonstitucional; la reiterada vulneración de la doctrina constitucional; la negativa del deber de acatamiento constitucional; la trascendencia general de los efectos del amparo; y similares ...

En materia de jurisdicción militar no se ha encontrado ninguna sentencia del Tribunal Constitucional en el año 2009.

La Sentencia que examinamos, en materia administrativo militar, recoge una vulneración constitucional imputada a la Audiencia Nacional

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 139/2009 de 15 de junio.

DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES:

Recurso de amparo presentado contra Sentencia de 21-01-2005, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución de 20-06-2003, del Ministerio de Defensa, dictada en expediente sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de pronunciamiento sobre la prueba practicada ante la Audiencia Nacional. Vulneración del derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales: existencia: otorgamiento de amparo.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Eugeni Gay Montalvo, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, ha pronunciado

I. HECHOS (RESUMEN)

...

Durante los primeros meses de 1995 el demandante de amparo sufrió, con ocasión de los cursos de esquí que realizó mientras prestaba el servicio militar obligatorio en la Compañía de Esquiadores y Escaladores núm. 41 de Viella (Lérida), diversas lesiones físicas con secuelas crónicas e irreversibles, que fueron diagnosticadas como «condromalacia rotuliana bilateral», y que más tarde, con fecha de 25 de mayo de 1995, determinaron su declaración de exento del servicio militar.

...

En virtud de la denuncia formulada por el recurrente en amparo contra determinados mandos de su unidad militar, a los que reprochaba las lesiones sufridas por haberle obligado «a esquiar fuera de pistas y por pistas inadecuadas a un ritmo acelerado», se instruyó causa penal núm. 31-2-1996, dimanante de las diligencias previas núm. 31-18-1995. El 9 de septiembre de 1997 el Tribunal Militar Territorial Tercero dictó Auto acordando el sobreseimiento definitivo de las actuaciones al estimar que la enfermedad que padece el recurrente no podía atribuirse a la actua-

ción, dolosa o culposa, de los mandos denunciados. Interpuesto recurso de casación, la Sala Quinta del Tribunal Supremo, por Sentencia de 12 de marzo de 1999 (RJ 1999, 4778), acordó desestimarlos por considerar que «de la abundante prueba practicada se desprende claramente la falta de relación de causalidad entre el comportamiento de [los mandos] denunciados y las lesiones sufridas por el denunciante». Añadiendo también que la «condromalacia rotuliana» diagnosticada no era consecuencia «de las concretas actividades desarrolladas por el ex soldado durante la prestación del servicio militar, tratándose más de una enfermedad que de una lesión propiamente dicha».

...

Entretanto todo esto anterior sucedía, con fecha de 24 de agosto de 1995, el recurrente en amparo presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del citado accidente. Por Resolución de 20 de junio de 2003 el Ministerio de Defensa acordó desestimar la mencionada reclamación de indemnización por estimar, de consuno con lo interesado por el Consejo de Estado en su dictamen previo de 30 de abril de 2003, que en el expediente tramitado «no ha quedado acreditada la existencia de un nexo causal directo e inmediato entre los daños y perjuicios sufridos y un hecho, acción u omisión, imputable a la Administración», según, además, así ya antes lo había puesto de manifiesto la citada Sentencia de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo en el citado razonamiento.

...

Contra esta resolución el recurrente en amparo interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. En el citado recurso, tramitado bajo el núm. 1084-2003, la Sección Quinta de la citada Sala de la Audiencia Nacional acordó, primero, por Auto de 6 de mayo de 2004, recibir el pleito a prueba, y más tarde, por providencias de 11 y 30 de junio de 2004, admitir, entre otras pruebas, dos dictámenes periciales. Uno, emitido con fecha de 11 de marzo de 2004 a instancia del recurrente por el perito médico Dr. don J. B. S., aportado junto con la demanda, y otro, emitido con fecha 10 de septiembre de 2004 por el perito médico Dr. don J. G. Q., designado mediante insaculación por la propia Sala de la Audiencia Nacional. Ambos dictámenes periciales coinciden, entre otros extremos, en señalar que el recurrente carecía de antecedentes médicos relevantes al tiempo de su incorporación al servicio militar, así como que la enfermedad que padece, bien que en este caso con algunos matices, tuvo su origen en las lesiones sufridas a consecuencia de la instrucción y práctica del esquí.

...

En su demanda de amparo el recurrente reprocha a la citada Sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y del derecho de defensa (art. 24.2 CE) por considerar que su fallo se justifica «en una valoración arbitraria de la prueba y del derecho aplicable». En primer lugar, al igual que ya hiciera antes en la vía judicial previa, denuncia el hecho de que el órgano judicial no haya valorado ni mencionado siquiera las pruebas periciales practicadas en el proceso, y que, según su criterio, probaban en forma concluyente la relación de causalidad existente entre las lesiones que alegaba y la actuación de sus mandos militares, y que no obstante la Sentencia recurrida acabó rechazando con apoyo en la declaración que ya antes había efectuado la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 12 de marzo de 1999, al afirmar a propósito de los mismos hechos ahora considerados que «de la abundante prueba practicada se desprende claramente la falta de [esa pretendida] relación de causalidad», y añadir que la enfermedad que padece el recurrente no deriva «de las concretas actividades desarrolladas por el ex soldado durante la prestación del servicio militar, tratándose más de una enfermedad que de una lesión propiamente dicha». En segundo lugar, el recurrente denuncia asimismo que la Sentencia impugnada se funda en una interpretación errónea y arbitraria de los criterios que ordenan la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando considera que sólo las lesiones, y no las enfermedades, son susceptibles de desencadenar el correspondiente deber de indemnizar.

...

Mediante providencia de fecha 2 de julio de 2007 la Sección Tercera de este Tribunal acordó por unanimidad, de conformidad con el art. 50.1 c) LOTC, la inadmisión de la demanda de amparo por carecer manifiestamente de contenido constitucional que justifique una decisión sobre el fondo.

...

Contra esta providencia de inadmisión el Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado en este Tribunal el 31 de julio de 2007, interpuso recurso de súplica solicitando la revocación de la citada providencia, por considerar que la lesión del art. 24.1 CE que denunciaba el recurrente «presenta *prima facie* contenido constitucional», toda vez que, en su criterio, el examen de las actuaciones aportadas pone efectivamente de relieve que la Sentencia recurrida no contiene ninguna valoración de las pruebas admitidas y practicadas en el proceso Contencioso-Administrativo, limitándose por todo razonamiento a reproducir en el decisivo extremo relativo al nexo causal la citada declaración de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

...

Por Auto 62/2008, de 25 de febrero (JUR 2008, 104519), la Sección Tercera de este Tribunal acordó estimar el recurso de súplica interpuesto y, en consecuencia, dejar sin efecto la providencia recurrida de 2 de julio de 2007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO (RESUMEN)

...

En primer término conviene advertir que, como con acierto señala el Ministerio Fiscal, la ausencia total de valoración de la prueba admitida y practicada en el proceso que se denuncia en la demanda, antes que a la infracción del derecho a la prueba o del derecho a la defensa (24.2 CE), apunta a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta judicial motivada y de fondo sobre la pretensión planteada (art. 24.1 CE), pues, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de precisar en otros supuestos semejantes (SSTC 189/1996, de 25 de noviembre, F. 3; y 144/2007, de 18 de junio, F. 3), el demandante de amparo no denuncia tampoco ahora que no se hayan admitido o practicado en el proceso pruebas pertinentes para la defensa, sino, como se ha señalado, que, habiéndose practicado las pruebas periciales propuestas y luego admitidas, el órgano judicial no ha explicitado sin embargo la razón por la que en el presente asunto niega la relación de causalidad que, en el criterio del recurrente, dichas pruebas confirmaban entre la dolencia que padece y el funcionamiento del servicio público militar.

...

Encuadrada de este modo la vulneración constitucional denunciada en el ámbito del derecho a obtener una respuesta judicial motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE), importa asimismo recordar una vez más que, según es consolidada doctrina de este Tribunal, el deber de los órganos judiciales de motivar sus resoluciones no exige forzosamente un razonamiento judicial explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la correspondiente decisión, es decir, su *ratio decidendi* (últimamente, por todas, SSTC 138/2007, de 4 de junio F. 2; y 165/2008, de 15 de diciembre, F. 2).

En particular y en lo que ahora más importa, en esa misma jurisprudencia está igualmente dicho que el silencio de la resolución judicial no equivale a falta de respuesta expresa y que, en consecuencia, las exigencias constitucionales mínimas del derecho a la tutela judicial efectiva pueden satisfacerse con una respuesta tácita, siempre que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos de esa respuesta tácita; análisis que reclama una cuidadosa y particularizada atención al tenor de la resolución impugnada a fin de determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del art. 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.

Finalmente conviene advertir que, como también está subrayado en la jurisprudencia constitucional recordada, el silencio judicial debe en todo caso referirse a extremos que de haber sido considerados en la decisión hubieran podido determinar un fallo distinto al pronunciado, pues en caso contrario la falta de respuesta carecería de relevancia material.

...

Con arreglo a la doctrina constitucional expuesta y una vez comprobado, según es inconcuso y de hecho reconocen todas las partes que han comparecido en este proceso constitucional, que la Sentencia impugnada nada dice expresamente sobre las pruebas periciales admitidas y practicadas en el proceso, debemos determinar, en primer lugar, si la valoración de las pruebas silenciadas, de haber sido incorporada al razonamiento judicial, pudiera haber determinado un fallo judicial distinto, para comprobar luego, en un segundo momento, si fuera necesario, si ese silencio judicial puede razonablemente interpretarse no obstante como una respuesta tácita. Todo ello, por otra parte, sin olvidar los distintos criterios que legalmente ordenan la responsabilidad civil ex delicto que regulan los arts. 116 y siguientes del Código Penal y la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos prevista en el art. 106.2 CE y desarrollada en los arts. 139 y siguientes de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ-PAC).

Según se ha expuesto en los antecedentes, el demandante de amparo, una vez acordada por la Sala de la Audiencia Nacional el recibimiento a prueba del pleito, propuso la admisión y práctica de determinadas pruebas; entre otras la documental consistente en la incorporación a los autos de los documentos médicos aportados junto con su demanda contenciosa y,

singularmente, del dictamen emitido por el Dr. J. B. S. y fechado el 11 de marzo de 2004, y la pericial consistente en que se designara perito médico para que informara sobre determinados extremos y, en particular, sobre la existencia de un «nexo de causalidad médica cierto, directo y total entre el accidente sufrido y las secuelas alegadas» por el recurrente. Consta asimismo en las actuaciones remitidas que la Sala, por providencias de 11 y 30 de junio de 2004, acordó admitir las citadas pruebas y que, previa su designación por insaculación, el perito médico especialista en traumatología Dr. J. G. Q. emitió el correspondiente informe.

...

También se desprende de las actuaciones remitidas que los citados dos dictámenes periciales, tanto el emitido a instancia del recurrente como el emitido por el perito médico designado por la propia Sala de la Audiencia Nacional, coinciden en poner de manifiesto, bien que con algunos matices, que el recurrente, al tiempo de iniciar la prestación del servicio militar en la unidad de Esquiadores, carecía de antecedentes médicos relevantes y, por consiguiente, que la dolencia que padece (condromalacia rotuliana bilateral) tuvo su origen en los cursos de esquí que siguió entonces.

...

Con estos perfiles no hay ninguna duda, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, que las citadas pruebas periciales eran ciertamente trascendentes para el resultado del pleito y constituían una auténtica «causa de pedir», toda vez que atendían a la decisiva cuestión del nexo de causalidad que es preciso legalmente que concurra para poder apreciar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración discutida en el proceso judicial. Por ninguna otra razón la Sala las admitió y ordenó lo procedente para su práctica. Como tampoco, pero por lo mismo, puede haber duda acerca de la consecuente necesidad de que el órgano judicial las hubiera valorado oportunamente en la Sentencia.

...

Como hemos advertido en otras ocasiones, no corresponde a este Tribunal Constitucional imaginar el sentido último de los pronunciamientos judiciales o investigar sus razones implícitas (STC 49/1985, de 28 de marzo), sucede también y sobre todo que, aun admitiendo que en el reconocimiento por el órgano judicial del carácter determinante de las declaraciones de la Sala de lo Militar está implícita la [infra]valoración de las pruebas periciales practicadas en el proceso contencioso, no es posible en todo caso conocer las razones por las que la Sentencia impugnada considera que el resultado de las pruebas periciales practicadas en el proceso debe ceder ante el valor de las declaraciones realizadas por el Tribunal Supremo en su

Sentencia anterior. Tanto menos si, como se ha señalado, las citadas pruebas periciales confirmaban la existencia del controvertido nexo de causalidad. En estas condiciones, no siendo posible deducir del conjunto de los razonamientos de la Sentencia impugnada los motivos de esa supuesta respuesta o valoración tácita, debemos concluir que la misma no cumplió con las exigencias constitucionales mínimas de motivación que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

...

Concluyentemente ahora porque, frente a lo que defiende el Abogado del Estado, el respeto a las declaraciones contenidas en un previo pronunciamiento judicial, dictado en otro proceso distinto y por un órgano de otro orden jurisdiccional, como es el caso, no es siempre una consecuencia jurídicamente obligada ni, por tanto, que impida a todo trance que otro órgano judicial, aunque sea con ocasión de enjuiciar los mismos hechos, pueda apartarse de lo decidido previamente, siempre y cuando, como es natural, justifique motivadamente las razones de su decisión divergente. Pues, además de que, como antes se ha señalado, los criterios legales que determinan la responsabilidad civil que se ventila en el proceso penal no coinciden con los que ordenan la responsabilidad patrimonial de la Administración, sucede también que, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en otras ocasiones semejantes, el que ciertamente unos hechos no puedan existir y dejar de existir para los órganos del Estado, sin vulnerar al mismo tiempo el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE y, al cabo también, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, no significa que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción. Obliga a que la diferente apreciación de los hechos debe ser motivada, de modo que «cuando un órgano judicial dicte una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio» (STC 34/2003, de 25 de febrero F. 4; últimamente en el mismo sentido, SSTC 216/2006, de 17 de julio, F. 3; y 16/2008, de 31 de enero, F. 3). Por consiguiente, con la perspectiva del art. 24.1 CE considerada, ningún obstáculo existía en rigor a que en el presente asunto la Sala de la Audiencia Nacional, a la vista de las pruebas periciales practicadas, hubiera determinado la existencia del citado nexo de causalidad y, en su virtud, estimado la pretensión indemnizatoria del recurrente. Menos aún si, como también es el caso, esas pruebas periciales eran distintas y posteriores a las tenidas en cuenta por la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que, por otra parte, no constituye ninguna prueba. En consecuencia esa supuesta

explicación no sirve tampoco para suplir el déficit de motivación advertido en la Sentencia impugnada.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don E. G. P. y, en su virtud:

1 Declarar que ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]).

2 Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictada, con fecha 21 de enero de 2005, en el recurso contencioso-administrativo núm. 1084-2003, así como el posterior Auto de la misma Sala y Sección, de 4 de abril de 2005, que desestimó el incidente de nulidad promovido contra la citada Sentencia, retrotrayendo las actuaciones judiciales al momento anterior al de pronunciarse la primera de las resoluciones judiciales anuladas para que el órgano judicial dicte la resolución que corresponda con respeto al derecho fundamental vulnerado.

COMENTARIOS

La infracción constitucional, que se estima cometida, es clara y patente «por falta de pronunciamiento sobre la prueba practicada ante la propia sección quinta de la Audiencia Nacional», el derecho que vulgarmente se exige, es una explicación razonada del porque se tiene o no razón.

No alcanza el reproche del Tribunal Constitucional a la actuación de la Sala Quinta del Tribunal Supremo (rama jurisdiccional), ni a la actuación administrativa del Ministerio de Defensa.

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA

Dra. Eva María Bru Peral.
Comandante Auditor. Magistrado

DOMINIO PÚBLICO Y DERECHO PATRIMONIAL

Sentencia de la Audiencia Nacional, sección 5ª, de 07 de Julio de 2010 Recurso: 729/2008. Ponente: Ángel Novoa Fernández. (ROJ: SAN 3561/2010).

La sentencia estudia la caducidad por vencimiento del plazo de autorización de dominio público. En la Resolución se señala que: *«Es doctrina reiterada y consolidada del Tribunal Supremo (Sentencia de 2 de diciembre de 1998 , entre otras), que los usos privativos, en tanto que los mismos excluyen el uso general del dominio público, requieren una concesión administrativa otorgada previamente por la administración competente, otorgamiento que, así como la declaración de caducidad, requerirán siempre y en todo caso la instrucción del correspondiente expediente administrativo, que permita, con las formalidades precisas, llegar a la conclusión decisoria con todas las garantías».*

Por ello, en el caso recurrido, *«dichas formalidades han resultado escrupulosa y exhaustivamente cumplidas, al constar en el expediente administrativo:*

- a) Que se le ha dado traslado para alegaciones, sin haber realizado alguna.*
- b) La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas, establece en su art. 100 que «Las concesiones y autorizaciones demaniales se extinguirán por las siguientes causas:...*
- c) Caducidad por vencimiento de plazo».*

Asimismo la citada Ley señala en su artículo 58 que «Las Administraciones Públicas podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros», especificando el art. 59 que «1 Para el ejercicio de la potestad de desahucio será necesaria la previa declaración de extinción o caducidad del título que otorgaba el derecho de utilización de los bienes de dominio público. 2 Esta declaración, se efectuará en vía administrativa, previa instrucción del pertinente procedimiento, en el que deberá darse audiencia al interesado».

c) El artículo 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece como causa de extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales la caducidad por vencimiento del plazo».

Sentencia de la Audiencia Nacional, sección 5ª, de 16 de Junio de 2010. Recurso: 1024/2005. Ponente: Fernando Francisco Benito Moreno. (ROJ: SAN 2968/2010).

La sentencia desestima la impugnación del Convenio Urbanístico formalizado entre el organismo autónomo «Gerencia de Infraestructuras de Defensa», el Ayuntamiento de Salamanca y El Corte Inglés sobre los bienes inmuebles denominados Acuartelamiento Julián Sánchez «El Charro» y el Polvorín Tejares.

Tal como se determina en la sentencia: *«Dicho convenio requería, inexcusablemente, para su eficacia plena, la aprobación definitiva de una modificación del planeamiento general en vigor.*

A tal efecto, previa la tramitación oportuna, se procedió a incoar procedimiento para la modificación puntual nº 15 del PGOU de Salamanca de 1984, la cual fue objeto de aprobación definitiva por la Consejería de Fomento de 10 de julio de 2004 (Orden FOM/1049/2004) y, con posterioridad, declarada nula de pleno derecho, según la Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, de 27 de septiembre de 2007, nº 17111 (P.O. 2996/2004).

En la Estipulación Segunda del Convenio se decía:

«El Ayuntamiento de Salamanca, con sujeción a la legislación del suelo correspondiente se compromete a :

Tramitar hasta la aprobación definitiva por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en un plazo máximo de dieciocho meses contados

a partir de la firma del presente Convenio, la Modificación puntual del P.O.O.U. que definirá una Actuación Integrada, delimitada como Unidad de Actuación Discontinua, a desarrollar por el Sistema de Concierto, incluyendo las propiedades de Defensa y de la Empresa El Corte Inglés, S.A. descritas en el Exponen Primero A) y Cuarto.

Esta Modificación Puntual determinará la ordenación detallada del ámbito del acuartelamiento Julián Sánchez «El Charro», y definirá en él la superficie neta necesaria para materializar los usos lucrativos resultantes de la Actuación Integrada, consistentes en 14.085 m2 de techo residencial patrimonializables en su totalidad por el Estado-Ramo de Defensa, Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa y de 31.782 m2 de techo comercia patrimonializables la empresa El Corte Inglés, S.A.

Todo ello en los términos que se recogen en la Estipulación Quinta que posteriormente se dirán (...)».

Por su parte, la Estipulación Novena de dicho Convenio, prescribía que: «El presente contrato se resolverá por alguna de las causas siguientes: (...) -Que no se alcance la aprobación definitiva de la modificación Puntual del P.G.O.U. señalada en la estipulación segunda».

El Convenio objeto de impugnación en este procedimiento, es un auténtico negocio jurídico, el cual estaba sometido a una condición resolutoria, la cual, en el estado de pendiente conditione, produce el efecto de las obligaciones puras (art. 1.113 del Código Civil) y en el de existente conditione (acontecimiento sometido a voluntad de las partes) la resolución del negocio.

Pues bien, dicha causa resolutoria del Convenio se produce en virtud de su Estipulación Novena , ya que su eficacia quedaba condicionada a la aprobación definitiva de la modificación puntual del planeamiento general y ésta no se produjo, siendo, además declarada nula en virtud de la Sentencia dictada la Orden de 10 de junio de 2004 de la Conserjería de Fomento de Castilla y León (Orden FOM/1049/2004, de 10 de julio) por la que se aprobó definitivamente la modificación del PGOU de Salamanca en el Cuartel Julián Sánchez «El Charro».

A partir de aquí, nos encontramos con un Convenio, que como hemos dicho queda resuelto, y como tal no produce otro efecto que su retroacción, y los consabidos deberes de restitución, con diferencia de si se trata de obligaciones de dar o de hacer, como dispongan los Tribunales (art. 1.123 del Código Civil). Pero dichos efectos se producen entre las partes intervinientes en el negocio, no entre terceros ajenos a la relación jurídica.

Tal carencia de efectos deja al proceso sin contenido por pérdida de su objeto, lo que impide a la Sala entrar a estudiar las causas invocadas por

el recurrente sobre la nulidad del convenio, porque el mismo ha quedado sin efecto.

Siendo cosa distinta, que bajo la vigencia del nuevo Plan General de 2007, el Codemandado Corte Ingles, S.A, haya podido obtener licencia urbanística para llevar a cabo la ejecución de un establecimiento Comercial, porque lo habrá sido al amparo de dicho planeamiento, no en virtud de lo estipulado en el Convenio.

Todo ello nos conduce, no a la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo, como solicita el Ayuntamiento de Salamanca, sino a la desestimación del recurso, porque en puridad no puede hablarse de un acto no susceptible de impugnación (art. 69.c) de la LJCA), porque el Convenio existe y no se ha dictado contra él declaración de inexistencia o nulidad por parte de la Administración o de los Tribunales de Justicia .

Sentencia de la Audiencia Nacional, sección 5ª, de 16 de Junio de 2010. Recurso: 1232/2008. Ponente: Jose Maria Gil Sáez. (ROJ: SAN 2899/2010).

La Audiencia declara conforme a derecho la Orden del Ministerio de Defensa 2815/2008, de 16 de septiembre, por la que se establecía la zona de seguridad de la instalación militar de la Base «General Morillo», en los términos municipales de Pontevedra, Villaboa y Marín.

No obstante, tal como se señala: «Durante la tramitación del proceso se ha dictado Orden del Ministerio de Defensa 2050/2009, de 15 de julio, por la que se establece la zona de seguridad de la instalación militar de la Base «General Morillo», en los términos municipales de Pontevedra, Villaboa y Marín, que en su disposición derogatoria dispone: «Queda derogada la Orden DEF/2815, de 16 de septiembre, por la que se establece la zona de seguridad de la instalación militar de la Base «General Morillo», en los términos municipales de Pontevedra, Villaboa y Marín». No obstante, dispone la Audiencia Nacional que: «Al tiempo de formularse la presente pretensión procesal de anulación del acto administrativo impugnado por la parte actora, el mismo esta plenamente vigente, su derogación se ha generado en un momento temporal posterior; esta derogación expresa, implica la extinción del acto en el momento temporal que se dispone su derogación, pero dicho acto administrativo ha existido validamente en el ordenamiento jurídico durante el tiempo que ha estado vigente y ha desplegado sus efectos durante dicha vigencia, de ahí que la función revisora de la Jurisdicción debe proyectar sus plenos efectos, aun cuando la sentencia se emita cuando el mismo no existe jurídicamente, por cuanto que un pronunciamiento sobre la adecuación a

derecho del referido acto administrativo o, en su caso, su disconformidad con el mismo, puede conllevar que los efectos que en su día pudo generar puedan o no ser susceptibles de revisión, alterando la situación jurídica de los sujetos afectados por su contenido material. Estas razones determinan la necesidad del examen de la cuestión litigiosa objeto del presente proceso, por cuanto al tiempo de quedar constituida la relación jurídico-procesal, por la demanda y su contestación, el acto administrativo estaba vigente y desplegaba plenos efectos jurídicos».

Por ello, la sentencia establece al respecto que: *«La Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional, con el fin de salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional, así como la seguridad y la eficacia de sus organizaciones e instalaciones, impone límites a los derechos sobre los bienes situados en algunas de las zonas que enuncia (artículo 1).*

Entre estas zonas están las «zonas de seguridad», denominación que corresponde a las extensiones situadas alrededor de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar y que persiguen asegurar la actuación eficaz de los medios de que dispongan aquellas instalaciones, así como al aislamiento conveniente para garantizar la seguridad y, en su caso, la de las propiedades próximas cuando dichas instalaciones entrañen peligrosidad para ellas (artículo 3).

Las zonas de seguridad pueden ser de dos tipos: «zona próxima» y «zona lejana» (artículo 7).

La zona próxima de seguridad «tendrá, como por regla general, una anchura de 300 metros», según el artículo 8.1 de la Ley , disponiendo el apartado siguiente: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando por la índole de la instalación de que se trate la anchura antes señalada al considere insuficiente a los fines de seguridad que persigue o, por el contrario, resulte excesiva, especialmente en los casos en que las instalaciones están ubicadas en el interior de poblaciones o zonas urbanizadas, podrá ser ampliada o reducida hasta un límite estrictamente indispensable, todo ello sin perjuicio de que el propio Reglamento de esta Ley señale, con carácter general para determinadas clases o grupos de instalaciones, anchuras mínimas inferiores o superiores a las citadas en el párrafo 1º de este artículo».

Y en orden a la competencia para determinar la zona próxima de seguridad, el apartado 3 de este precepto establece: «La delimitación de la zona correspondiente a cada instalación será hecha, en cada caso por el Ministerio militar correspondiente, en la forma y con los requisitos que reglamentariamente se determinen».

En la zona próxima de seguridad queda prohibida la realización, sin autorización del Ministro correspondiente, de obras, de trabajos, de instalaciones o de actividades de clase alguna (artículo 9).

En orden a la naturaleza jurídica de esta institución la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de febrero de 2001 , establece: «Las Zonas de Seguridad situadas en las inmediaciones de las instalaciones militares y de las civiles declaradas de interés militar, en los términos que se desprenden de la Ley 8/75 , constituyen una limitación legítima a las facultades dominicales de los propietarios afectados, cuya justificación se encuentra en la necesidad de garantizar la seguridad y eficacia de las instalaciones y organizaciones militares. Se trata por tanto, como en toda potestad administrativa atribuida por la Ley de conocer cuales son los intereses públicos que subyacen en tales prerrogativas con objeto de hacerlas, en cada caso concreto, conciliables o no con los intereses de los afectados. Del análisis de la Ley 8/1975 y de su Reglamento de aplicación se deduce que los fines perseguidos por estas Zonas de seguridad se pueden resumir en garantizar tres objetivos: la actuación eficaz de los medios -en este caso parece referirse a las Unidades Militares-, el aislamiento conveniente para su seguridad y la eventual peligrosidad de los edificios próximos».

A la luz de estas normas legales y de la doctrina jurisprudencial ha de concluirse que la determinación de la zona próxima de seguridad compete al Ministerio de Defensa, configurándose como una limitación impuesta por la Ley al derecho de dominio de los particulares, y en consecuencia, la Orden ahora impugnada se adecua a los parámetros exigidos por la norma legal para su establecimiento, por cuanto que constituye un acto administrativo emanado del órgano administrativo competente para su emisión, la Ministra de Defensa, su ámbito de aplicación se circunscribe a las limitaciones impuestas por la Ley, por cuanto se trata de una instalación militar, y su finalidad es la proclamada en la ley, preservar de cualquier obra o actividad que pudiera afectarla, el aseguramiento eficaz de los medios de que dispone y el conveniente aislamiento para garantizar la seguridad y la extensión espacial de la limitación se ajusta a la anchura de 300 metros previstos en la misma. Sin que por la parte actora se alegue infracción alguna al respecto.

En orden a las alegaciones sobre la utilización por la Administración militar de otras vías para el establecimiento de esta limitación, tales como la expropiatoria o el convenio, únicamente cabe citar el artículo 28 de la propia Ley 8/1975 , en cuanto establece: «Los perjuicios que se originen a los particulares como consecuencia de las servidumbres o limitaciones derivada, de la presente Ley serán indemnizables conforme a lo provisto en

la Ley de Expropiación Forzosa y de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. En todo caso, el particular afectado podrá hacer uso de las facultades que la confiere el art. 23 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa «.

A cuyo fin, la parte actora, caso de estimar que la constitución de esta limitación legal le ha originado algún perjuicio, deberá acudir a los cauces normativamente previstos para su resarcimiento, cuestión que es ajena y para nada afecta a la adecuación al ordenamiento jurídico de la Orden impugnada, que es el objeto del presente proceso .

PERSONAL

Sentencia del Tribunal Supremo, sección 4ª, de 13 de Julio de 2010. Recurso: 42/2008. Ponente: Enrique Lecumberri Marti (ROJ: STS 4268/2010).

El Tribunal resuelve la impugnación del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, anulando el apartado segundo del artículo 2.a) del citado Real Decreto.

Así, considera el Tribunal Supremo que *«el hecho de que la regulación del derecho a la libertad sindical para los funcionarios públicos, exceptuados los cuerpos militares y las fuerzas de seguridad, no impide el derecho de las Organizaciones Sindicales legitimadas a ser oídas en aquellas materias que directa o colateralmente incidan en temas que afecten al personal al servicio de las Administraciones Públicas según disponen las Leyes 9/1987, de 12 de junio y 21/2006, de 20 de junio, y concretamente, al personal laboral dependiente de Establecimientos Militares, que según el artículo 78 del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio , « tiene derecho a estar representado colectivamente ante la Jefatura de dichos Establecimientos y ante la Administración militar como conjunto ... «.*

Y, en este mismo sentido el Real Decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, que adapta los capítulos III y V de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales , al ámbito de los centros y establecimientos militares.

Por ello, en el caso que enjuiciamos, la circunstancia que la Disposición impugnada reglamente la prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y la organización de los servicios de Prevención del Ministerio de Defensa no constituye obstácu-

lo legal para que las Organizaciones Sindicales puntualmente fuesen oídas, a través del correspondiente trámite de audiencia, en las medidas que se adopten por la Administración militar para garantizar la adecuada protección de la seguridad y salud en los centros de trabajo en los que convivan personal militar y civil en donde exista un único servicio de prevención».

Sentencia del Tribunal Supremo, sección 7ª, de 17 de Junio de 2010. Recurso: 5534/2009. Ponente: Juan Jose González Rivas. (ROJ: STS 3022/2010).

*Dentro de un procedimiento iniciado para la extensión de efectos de una sentencia, el Tribunal Supremo concluye que *que frente al criterio mantenido por los Autos recurridos, en el presente caso existe la identidad de situaciones jurídicas necesarias para que pueda procederse a la extensión de efectos de la sentencia, puesto que, como pone de manifiesto el Sr. S en dicha resolución se reconoce el derecho del recurrente a percibir el importe correspondiente a su retribución íntegra en la misma cuantía que en situación de servicio activo desde la fecha de su pase a la situación de reserva por imperativo legal según Orden 160/04759/03 del Ministerio de Defensa, de 14 de marzo de 2003, sin hacerse mención a ningún otro requisito adicional para dicho reconocimiento retributivo que el dato objetivo del pase a esa nueva situación administrativa. Que es precisamente el mismo supuesto aquí planteado, pues el Sr. S solicita el abono de las mismas retribuciones íntegras que ya percibía en la situación de activo también en la situación de reserva por imperativo legal acordada por Orden 160/02533/04, del Ministerio de Defensa, de fecha 11 de febrero de 2004.**

En cambio, el Auto de 6 de mayo de 2009 recurrido deniega la extensión de efectos porque en el supuesto enjuiciado no existe identidad respecto de un único presupuesto: que ambos solicitantes estén ocupando destino, requisito que, como acaba de indicarse, no se contempla en la sentencia de cuya extensión de efectos se trata pues, si bien ésta reproduce lo declarado en sentencia anterior de 9 de marzo de 2004 exponiendo el régimen jurídico aplicable a la situación de retiro y pase a la reserva del personal de la Guardia Civil, es lo cierto que la lectura de la sentencia extensible no permite afirmar que el allí recurrente, Sr. Eulogio , estuviera ocupando destino alguno en dicha situación de reserva pues ninguna referencia expresa se hace en ella a esta circunstancia».

Sentencia de la Audiencia Nacional, sección 5ª, de 14 de Julio de 2010
Recurso: 62/2010. Ponente: Jose Maria Gil Sáez (ROJ: SAN 3559/2010)

La Audiencia Nacional aprecia la caducidad de un expediente, consecuencia de la declaración definitiva de no aptitud para el ascenso, para determinar la insuficiencia de facultades profesionales, a efectos de la limitación para ocupar determinados destinos o del pase a retiro.

En el caso analizado, el expediente administrativo de insuficiencia de facultades profesionales, se inició el día 16 de octubre de 2007, de forma que tal como consta en la sentencia *los nueve meses de tramitación, seis meses, por imperativo del artículo 6.4, párrafo 2º del Reglamento de evaluaciones y ascensos del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, aprobado por el Real Decreto 1224/2006, de 27 de octubre , mas tres meses, como plazo máximo de suspensión, a tenor del artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, es decir, el plazo vencía el 16 de julio de 2008 , y la resolución administrativa objeto de este proceso tiene fecha de 20 de junio de 2008, pero el precepto reglamentario exige que la notificación al interesado se efectuó dentro del plazo marcado, y en el supuesto de autos, consta el «Recibí» de la notificación el día 28 de julio de 2008, es decir, se había excedido del plazo* En este sentido se establece que *el plazo máximo para resolver el expediente administrativo de autos es de seis meses, al que se puede adicionar el plazo general de suspensión que contempla el artículo 42.5, c) de la Ley 30/1992 , caso que la Administración haya hecho uso de esta facultad, lo que acontece en el caso de autos, que en fecha 6 de febrero de 2008, se acuerda suspender el plazo de tramitación, folio 13 del expediente, para su remisión a la Junta de Evaluación para dar cumplimiento al artículo 54 de la Ley 42/1999. Por tanto el plazo total para resolver el expediente administrativo es de nueve meses».*

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 8ª, de 29 de Junio de 2010. Recurso: 945/2008. Ponente: Gregorio del Portillo García. (ROJ: STSJ MAD 9084/2010).

El Tribunal de Madrid estima el recurso interpuesto contra la resolución dictada por la Subsecretaria de Defensa en la que se acordaba declarar la insuficiencia de condiciones psicofísicas ajena a acto de servicio.

La sentencia parte de que: *«La Sección Quinta de la Audiencia Nacional, al interpretar esta normativa, viene entendiendo que: «...La situación jurídica, cuyo reconocimiento se pretende, exige que se dé el nexos causal*

entre el accidente o el riesgo y el acto militar, su ocasión o consecuencia. Es decir que el militar se inutilice en acto de servicio, o con ocasión y consecuencia del mismo, y que el evento determinante del hecho sea accidente o riesgo específico del cargo (S.T.S. de 11 de julio de 1983, 10 de marzo de 1990 y 20 de abril de 1992 , entre otras). Tal es en definitiva lo que exige el art. 47.2 del R.D. Legislativo 670/87 de 30 de abril , «Que la incapacidad, sea por accidente o enfermedad en acto de servicio o como consecuencia del mismo. En caso de la enfermedad causante de la inutilidad, esta deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado». Así mismo, como ha recordado esta Sección con anterioridad (así, sentencia de 28 de septiembre de 2.000 - apelación 61/00 -) debe dejarse sentado que la Ley de Clases Pasivas del Estado, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril , prevé la percepción de una pensión ordinaria para los casos de retiro por incapacidad permanente para el servicio (artículo 28.2 .c), y sólo que en aquellos supuestos en que la incapacidad permanente se produzca, sea por accidente o enfermedad, en acto de servicio o en su consecuencia, la pensión será extraordinaria (artículo 47.2). De ahí que si no concurren los requisitos para el reconocimiento de una pensión extraordinaria no por ello el funcionario quedará sin cobertura de la legislación sobre derechos pasivos ya que podrá percibir la pensión ordinaria. Ello es lógico habida cuenta de que con la pensión extraordinaria se pretenden reconocer mayores derechos pasivos respecto de aquellos cuyo retiro ha sido debido a una incapacidad derivada de la prestación de los servicios que debe desempeñar. En suma, como consecuencia del reconocimiento al interesado de su inutilidad permanente para el servicio ya se le aplica un régimen de cobertura general, sólo que en el caso de que esa inutilidad sea debida a dicho servicio las prestaciones son más amplias, de ahí que deba reducirse el ámbito de aplicación del artículo 47.2 de la Ley de Clases Pasivas del Estados a sus justos términos sin que sea procedente una interpretación extensiva de sus requisitos...» (Sentencia de 28 de Octubre de 2004). En el supuesto que estamos resolviendo la sanidad militar dictamina que la militar demandante padece un trastorno adaptativo prolongado de etiología básicamente disposicional y que le impide de forma definitiva e irreversible el desempeño de las funciones propias de las Fuerzas Armadas. También concluye el Tribunal que no existe relación de causa efecto con el servicio. La enfermedad sigue diciendo la JMPO está incluida en el apartado 267, letra c) del cuadro médico anexo al RD 944/01, donde se refieren:»Reacciones a estrés grave y trastornos de adaptación según su intensidad, duración y repercusión en

la conducta». En los folios 64 y siguientes del expediente administrativo constan diversos informes médicos aportados por la interesada en los que, partiendo del incidente inicial ocurrido el cuatro de marzo de 2007, con asistencia médica prestada en la madrugada del día siguiente por intento de autolisis, se recoge siempre que la enfermedad que padece es un trastorno adaptativo mixto ansioso depresivo grave secundario a estrés agudo. Entre los diferentes informes médicos destacamos el elaborado por el dr. especialista en psiquiatría Don J, quien trata habitualmente a la actora y que informa que el detonante de su clínica parece encontrarse en el medio laboral y por ello se le ha diagnosticado de reacción a estrés agudo y trastorno adaptativo «...que implícitamente reconoce como desencadenante una situación de estrés identificable en el período previo y no una simple exacerbación de clínica preexistente...» (folios 158 y 159 del expediente). Como quiera que la situación profesional detonante del proceso está debidamente acreditada en autos y en el expediente, con independencia de que el problema ocurrido el día cuatro de marzo careciera de repercusión penal, cuestión ajena a la que ahora nos ocupa, y que dicha situación enmarcada en el concreto y específico ámbito de la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas es suficiente a juicio de los profesionales para desencadenar la enfermedad incapacitante, debemos concluir que la misma tuvo su inicio en marzo de 2007, es decir durante la vigencia de la relación de servicios, por lo que la actora está dentro del ámbito protector del RD 1186/2001 (art. 1.2) y como quiera que la enfermedad determinante de la incapacidad está directamente relacionada con la prestación del servicio que prestaba en las Fuerzas Armadas ha de reconocérsele el derecho a percibir la pensión de retiro extraordinaria prevista en el artículo 6.1 b) del RD mencionado, habiendo quedado desvirtuada la presunción de acierto del dictamen de la JMPO en lo referente al origen de la enfermedad y al momento en que se produce, pero recogiendo el resto de sus pronunciamientos, concretamente los referentes al grado de discapacidad del 30 % y a la ausencia de inutilidad para toda profesión u oficio por no resultar contradichos por el resto de los informes médicos valorados por la Sala.

En cuanto a la determinación del momento al que han de referirse los efectos de la declaración, parte la sentencia «de que el artículo décimo del RD 944/01 de 3 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas, establece que el plazo máximo para resolver el expediente de evaluación extraordinaria para determinar la insuficiencia de condiciones psicofísicas y notificar la resolución al interesado será de seis meses,

añadiendo en su apartado cinco que «en aplicación de los artículos 159 de la Ley 17/1999 y 44.1 de la Ley 30/1992, la falta de resolución expresa del procedimiento, al vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado ni notificado resolución, producirá efectos desestimatorios», por lo que la fecha de producción de efectos de la declaración de inutilidad con relación de causa efecto con el servicio y reconocimiento del derecho al percibo de pensión extraordinaria ha de fijarse en el día 22/10/2008, al no constar en el expediente resolución alguna ampliando el plazo, ni en momento anterior al señalado el acuerdo de práctica de prueba extraordinaria alguna que permitiera entender suspendido el plazo de resolución.

Sentencia de la Audiencia Nacional, sección 5ª, de 11 de marzo de 2009. Recurso: 748/2006. Ponente: Fernando Francisco Benito Moreno. (ROJ: SAN 1109/2009).

La sentencia analiza el valor de los IPEC cuando se impugna la evaluación realizada para el ascenso y estos documentos han tenido un carácter decisivo, y dado su carácter confidencial sujeto a normas de protección de documentos oficiales no son remitidos conjuntamente con el expediente administrativo.

En esta materia la sentencia establece que *con carácter general hay que señalar que «los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, pero en modo alguno pueden sustituir a estos en lo que de sus valoraciones tienen de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada Tribunal o Comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la conveniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no sólo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque estos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada mas...» (STC 353/1993).*

De acuerdo con la anterior doctrina, esta Sala no puede realizar una nueva evaluación de los méritos del actor, al no poderse realizar un control jurídico sobre el núcleo de esa valoración, limitándose el objeto del control jurisdiccional al exterior de ese núcleo reservado. Dicho control externo se debe hacer, en función de criterios de carácter jurídico, analizándose si ha existido infracción o desconocimiento del proceder razonable que se

presume en el órgano evaluador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado.

Todo ello nos conduce a declarar la nulidad de los actos impugnados, pero sin dar lugar a reconocer el derecho del recurrente a obtener el empleo de Capitán de Fragata en el ciclo 2005/2006, con antigüedad de 22-02-2006, por las razones antes dichas, y además porque en el caso de autos, la Sala carece de los elementos de juicio suficiente, sobre todo referente al Sr. Rodrigo , para una vez contrastados con los méritos del recurrente, determinar quien de ellos debe ser ascendido al empleo superior .

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Sentencia de la Audiencia Nacional, SAN, sección 5ª, de 14 de Julio de 2010. Recurso: 537/2007. Ponente: Fernando Francisco Benito Moreno (ROJ: SAN 3605/2010).

La Audiencia Nacional examina la inadmisión de la reclamación de indemnización a consecuencia de responsabilidad patrimonial de la Administración contra el INSTITUTO SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS, por los perjuicios causados como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por los servicios médicos de una Clínica, centro hospitalario de la entidad ASISA concertado con la Administración.

Tal como se fija en la Resolución analizada: *Debe hacerse constar que a diferencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública que es objetiva, porque existe al margen de que concurra dolo o culpa o de que la actividad sea legal o ilegal, la que ahora nos toca examinar es la diseñada en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil , donde se precisa que la actuación u omisión causante del daño venga propiciada por culpa o negligencia del sujeto.*

Por consiguiente, debemos estudiar si concurre dicha circunstancia en la causación del daño por parte de los citados demandados.

A la hora de aplicar todos estos datos para determinar hasta que punto puede entenderse que existe ó no responsabilidad resulta que se hace necesario, cuando los Tribunales se enfrentan a esta cuestión, fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad misma (es decir, al tratamiento ó a la falta del mismo) y aquellos otros casos en que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos.

Este criterio ó parámetro de determinación de la normalidad de la asistencia sanitaria se encuentra, generalmente, en el criterio de la «lex artis ad hoc» y ello independientemente de valorar otros criterios de normalidad como los que hacen referencia a la valoración de la antijuridicidad del daño; así resulta de Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo como puede ser la de fecha 14 de octubre de 2002 (Rec. 5294/98) que establece la siguiente doctrina justificadora de la estimación de las pretensiones de la parte recurrente: «La cláusula de los riesgos del progreso fue incorporada a la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985 , y transpuesta a nuestro ordenamiento interno por los artículos 6.1 e de la Ley 22/1994, de 6 de julio, 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en la modificación introducida por Ley 4/1999, de 13 de enero , pero anteriormente venía siendo utilizada por la jurisprudencia para definir el daño como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la lex artis, entendiendo por tal el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, que comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información».

De esta forma, y ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuando el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto se utiliza con generalidad el criterio de la lex artis. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por lo tanto, el criterio de la Lex Artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (lex artis).

En el caso de que se atendiera solo a la existencia de la lesión, se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la Lex Artis.

A lo expuesto cabe añadir, como viene significando esta Sala, la consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que conduciría la responsabi-

lidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex artis como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, solo en el caso de que se produzca una infracción de dicha Lex artis responde la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberán ser soportados por el perjudicado».

Con base en lo anterior la Audiencia concluye que:

«1º Existió por parte de los facultativos que atendieron a la paciente una vigilancia continua de la frecuencia cardiaca, primero mediante los aparatos de monitorización continua, y después, a través de auscultación intermitente o simple de la frecuencia cardiaca fetal, con lo cual al no apreciar sufrimiento fetal y tratarse de un parto normal, no consideraron oportuno la práctica de cesárea sino de forma natural por vía vaginal.

2º El pediatra que atendió al recién nacido actuó según los protocolos de reanimación habituales neonatales, además de continuar con los protocolos de reanimación cardiopulmonar, básicos y avanzados, universalmente aceptados, a pesar de lo cual el recién nacido falleció, debido a una complicación por un hecho imprevisto e imprevisible cual es la vuelta de cordón con la que apareció el recién nacido.

3º No se ha acreditado que la Clínica no disponga de los recursos técnicos y humanos necesarios para la atención al parto de Dª S, así como para la atención del recién nacido, sin perjuicio de que existan centros especializados en el tratamiento de neonatales, lo que no implica que aquellos hospitales y clínicas que carezcan de este servicio médico, se vean imposibilitadas de atender partos. «

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 5ª, de 2 de Junio de 2010. Recurso: 815/2008. Ponente: Jose Luis Gil Ibáñez. (ROJ: SAN 2579/2010).

La sentencia analiza la responsabilidad de la Administración ante el accidente acaecido a un paracaidista en acto de servicio.

La Audiencia Nacional comienza recordando que: *El artículo 139 de la citada Ley 30/1992 proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración Pública correspondiente de toda lesión*

sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión fuera consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, lo que ya venía previsto con anterioridad en similares términos por la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1.954, el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Texto Refundido de 26 de julio de 1.957 , y está recogido igualmente en el artículo 106.2 de la Constitución.

En la interpretación de estas normas, el Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 5 de diciembre de 1988, de 12 de febrero, de 21 y de 22 de marzo y de 9 de mayo de 1991, o de 2 de febrero y de 27 de noviembre de 1993), ha estimado que, para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, es necesario que concurran los siguientes requisitos o presupuestos: 1. hecho imputable a la Administración, 2. lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, 3. relación de causalidad entre hecho y perjuicio, y 4. que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad. O, como señala el mismo Alto Tribunal en sus Sentencias de 14 de julio y de 15 de diciembre de 1986, de 29 de mayo de 1987, de 17 de febrero o de 14 de septiembre de 1989 , para que nazca dicha responsabilidad se requiere «una actividad administrativa (por acción u omisión -material o jurídica-), un resultado dañoso no justificado y relación de causa a efecto entre aquella y ésta, incumbiendo su prueba al que reclama; a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de la fuerza mayor cuando se alegue como causa de exoneración».

Además, en relación con las reclamaciones formuladas por el personal profesional de las Fuerzas Armadas en concepto de responsabilidad patrimonial para el resarcimiento de daños o de perjuicios sufridos por la prestación del servicio, constituye consolidada jurisprudencia la que mantiene que han de diferenciarse los supuestos de funcionamiento normal de los de funcionamiento anormal. En los primeros, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial, sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria; en los segundos, es decir, en los de funcionamiento anormal del servicio público, se debe discernir si la deficiencia o anormalidad es consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido,

con lo que faltaría el requisito del nexo causal, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado, de manera que sólo cuando ninguna participación hubiese tenido el funcionario o servidor público perjudicado en el resultado producido, ha de ser resarcido e indemnizado por la Administración Pública hasta alcanzar la plena indemnidad, pero en el supuesto de que hubiese cooperado en el funcionamiento anormal del servicio, la indemnización en su favor habrá de moderarse en atención a su grado de participación (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2000, de 1 de febrero de 2003, de 6 de julio de 2005, de 24 de enero de 2006 o de 3 de noviembre de 2008)».

Una vez establecido lo anterior estima la Audiencia Nacional que «valorando todos los datos y los elementos obrantes en las actuaciones, los perjuicios por los que el actor reclama son debidos a un funcionamiento normal de la Administración militar que hace rechazable su calificación como antijurídicos, excluyendo, en consecuencia la existencia de responsabilidad patrimonial.

Por un lado, ha de descartarse que el lanzamiento se efectuara en condiciones adversas. Según informa el General Jefe de Brigada de Infantería Ligera Paracaidista «Almogávares» VI, «en el accidente sufrido por el ex CLP G en nada puede influir el viento medido en la Zona de Lanzamiento, que, por otra parte, siempre estuvo en los límites permitidos para la realización de un Lanzamiento paracaidista en la modalidad de apertura automática» (folio 155 del expediente administrativo), sin que tales afirmaciones hayan sido desvirtuadas mediante alguna prueba en contra; es más, consta en el certificado expedido por el servicio meteorológico que la racha máxima de viento el día del accidente fue de 43 km/hora de 360º a las 16:40 horas, cuando las operaciones habían finalizado a las 13:05 horas.

Por otro lado, tampoco se ha acreditado, siquiera indiciariamente, que hubiera algún problema mecánico con el paracaídas empleado por el demandante o, más concretamente, con el mecanismo automático de la cinta extractora, dado que, sin perjuicio de que tal cinta disponga o no de algún mecanismo de ese tipo, a la luz del proceso de apertura del paracaídas, reseñado en el informe del Jefe del Grupo de Lanzamiento y Aerotransporte paracaidista VI, en relación con el apéndice del Manual de Instrucción Paracaidista, más bien pudo deberse «a una incorrecta ejecución del procedimiento establecido para abandonar la aeronave» (folios 121 a 125), algo que también indica el Capitán jefe de la fase complementaria de la III BPAC al dar el parte de lesiones «resultado de pasar el brazo por encima

de la cinta de extracción del paracaídas cuando se dirigía a saltar por la rampa del avión» (folio 96).

A cuanto se ha razonado no obstan las alegaciones vertidas en la demanda, pues, en primer lugar, según se ha dejado expuesto, el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración ha de matizarse en el sentido de la jurisprudencia reseñada sin que, además, baste un accidente ocurrido durante la prestación del servicio para generar la obligación de resarcimiento; en segundo lugar, ninguna contradicción se aprecia en los distintos informes obrantes en el expediente administrativo, pues, el suscrito por el Teniente Coronel Jefe de la BILPAC «Ortiz de Zárate» III se limita a decir que «esta Unidad no tiene elementos de valoración para determinar si el accidente paracaidista fue producido por fallo del mecanismo de la cinta extractora del paracaídas» remitiendo al GLAPAC para efectuar la valoración (folio 93), siendo precisamente ese GLAPAC VI el que descarta el defecto del material empleado y apunta a la negligencia (folios 121 y 122); en tercer lugar, la experiencia del interesado, que hasta entonces había realizado seis lanzamientos en el curso básico (folios 149 y 151) y otros dos la semana anterior al accidente (folios 148, 153 y 157), todos ellos en la modalidad de automáticos, o la prestación de servicios en lugares de riesgo tampoco sirven para acreditar ningún fallo mecánico; por último, parece lógica la suposición de que la lesión del brazo deriva de haber pasado el mismo por encima de la cinta extractora (fotografías obrantes en el folio 123, en relación con las del folio 36).

Finalmente, ha de salirse al paso de la cita que el demandante hace de la Sentencia de esta Sección de 22 de noviembre de 2001, recaída en el recurso número 345/2000, pues, aparte de que la apreciación de la concurrencia de los requisitos fijados para admitir la existencia de responsabilidad patrimonial depende de las circunstancias de cada caso, el párrafo transcrito en la página 26 de la demanda continuaba diciendo que «Asimismo no existen indicios que permitan suponer la existencia de dolo, negligencia o imprudencia por parte de persona determinada como establece el auto de 29 de octubre de 1998 del Juzgado Togado militar Territorial número 14, considerándose como causa probable del siniestro según informe de la CITAAM ‘una situación anómala e instantánea que obligó a la tripulación a una acción inmediata que provocó la pérdida de control de la aeronave, en todo caso de naturaleza accidental’», debiendo conjugarse estos datos omitidos por el actor con los otros que sí cita, evidenciándose que se está ante supuestos fácticos diferentes».

Sentencia de la Audiencia Nacional, sección 5ª, de 2 de Junio de 2010.
Recurso: 971/2008. Ponente: Jose Maria Gil Sáez.

La sentencia parte del criterio del Tribunal de que *«el daño cuyo resarcimiento se persigue por la actora, no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos, habida cuenta de que la actuación administrativa consiste en celebrar conciertos con Entidades o Sociedades para facilitar a los mutualistas y beneficiarios la prestación sanitaria de tal modo que, a tenor de lo dispuesto en los Conciertos suscritos, la responsabilidad que puede surgir por la defectuosa asistencia no es susceptible de ser imputada más allá del círculo en que efectivamente se realiza la prestación, extendiéndose en la forma pretendida por la demandante»*, añadiéndose que la Administración *«no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, ha sido la Entidad concertada elegida por la mutualista la que lo ha hecho a través de sus servicios y en el ámbito de una relación establecida libremente con la recurrente y que ésta no puede desconocer.»*

Continúa la sentencia precisando que *«Sin embargo, se indica en la precitadas Sentencias de este Tribunal de 2 de julio de 2008, recurso 395/2006 y Sentencia de 25 de marzo de 2009, recurso 565/2007, no puede desconocerse la incidencia que, en esta cuestión, tiene la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo apartado 1 dispone que «los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público».*

Con esta disposición, la Ley considera expresamente sometidos los conciertos del tipo del que trae causa la asistencia prestada a la parte actora, celebrado entre el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y ASISA, al régimen del contrato de gestión de servicio público, del que el concierto constituye una de sus modalidades de contratación -artículo 253.a) de la nueva Ley y artículo 156.c) de la precedente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -, figurando entre las obligaciones del contratista la de *«indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el*

daño sea producido por causas imputables a la Administración» (artículo 256 .c) de la nueva Ley y artículo 161 .c) de su precedente).

Esta idea, que ya se deducía de la normativa anterior, como se plasma en la sentencia de 2 de octubre de 2002 , al decir: «En su consecuencia, la prestación sanitaria a través de una Entidad o Sociedad concertada incumbe exclusivamente a ésta a través de los profesionales y medios establecidos previamente y, dentro de ellos, de los elegidos por el mutualista o beneficiario», se hace ahora explícita, por imperativo legal, cobrando todo su vigor el sistema de responsabilidad al que se acaba de aludir; de manera que «la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración [...], modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular» del servicio y del fin público que se trata de satisfacer, así como en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a órdenes de la Administración (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006).

La proyección de lo que se acaba de exponer al supuesto de autos acredita la conformidad a Derecho de la Resolución impugnada, ya que no se ha probado que el daño derive de actuación administrativa alguna, sin que, por consiguiente, haya de proseguirse el examen respecto de las demás cuestiones planteadas en el proceso».

CUESTIONES PROCESALES

Sentencia del Tribunal Supremo, sección 1ª, de 22 de Julio de 2010, Recurso: 62/2010. Ponente: Ricardo Enríquez Sancho (ROJ: STS 4185/2010).

El Tribunal Supremo, ante la cuestión negativa de competencia planteada entre un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, determina que ante las denegaciones de reclasificación de funcionarios, al tratarse de una cuestión de personal y ser el acto impugnado de la Dirección General de la Función Pública, órgano de la Administración General del Estado, cuya competencia se extiende a todo el territorio na-

cional, y con nivel orgánico inferior al de Ministro o Secretario de Estado, la competencia corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Tal como establece el Alto Tribunal en esta sentencia *«en el caso examinado se impugna un acto procedente de la Secretaría de Estado para la Administración Pública que declara inadmisibles los recursos de alzada interpuestos contra unos escritos informativos de la Dirección General de la Función Pública. Ha de tenerse presente que no procede analizar en este trámite el carácter puramente informativo o no de los citados escritos o si los mismos son o no susceptibles de recurso, sino única y exclusivamente de determinar el concreto órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha de conocer del recurso interpuesto.*

Desde tal perspectiva, ha de recordarse que, como ya dijimos en nuestro Auto de 11 de noviembre de 2002 (recurso de casación nº 1993/2000), la declaración de inadmisibilidad de un recurso administrativo resulta equiparable a su desestimación a los solos efectos procesales y, en concreto, para la determinación del órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento. Así, en el citado Auto señalábamos lo siguiente:

«Pues bien, aunque el artículo 113.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, distingue, a propósito de la resolución de los recursos administrativos, entre la estimación, en todo o en parte, la desestimación y la declaración de inadmisión, es lo cierto que tanto cuando se desestima un recurso administrativo como cuando se declara su inadmisión se produce, materialmente, el mismo efecto, el mantenimiento de la resolución administrativa impugnada en sus propios términos. Por ello, aunque formalmente uno y otro pronunciamiento son diferenciables, las consecuencias materiales de la resolución del recurso son las mismas, en ambos casos permanece incólume, aunque por distintas razones, el acto administrativo recurrido, que en este sentido resulta confirmado íntegramente por el órgano superior».

DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO.

J. Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado Mayor del Consejo de Estado

SUMARIO

I. Actos administrativos.- II. Administraciones públicas.- III. Recursos de inconstitucionalidad.

I. ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. REVISIÓN DE OFICIO

(1) La competencia para la revisión de oficio de los actos de los Jurados de Expropiación Forzosa la tienen los propios órganos que los dictaron¹.

¹ Dictamen 2002/2008, de 11 de septiembre, recaído en el expediente relativo a la revisión de oficio, iniciada a solicitud del Jurado de Expropiación Forzosa de Valencia por nulidad del acuerdo de 6 de junio de 2007. En él se dice: «*La competencia para la revisión de oficio de los actos de los Jurados de Expropiación Forzosa la tienen los propios órganos que los dictaron. Así se desprende de la doctrina constante fijada por el Consejo de Estado (dictámenes 3176/2004, 51/2005, 1278/2006, 752/2008, 753/2008 y 754/2008, entre otros). Partiendo de una concepción de los Jurados de Expropiación Forzosa como órganos independientes cuya función exclusiva, presidida por los principios de imparcialidad e independencia, consiste en la valoración de los bienes y derechos expropiados y que no dependen a esos efectos jerárquicamente del Ministro (del Interior, antes, ni del de Administraciones Públicas, hoy), se llega en materia de revisión de oficio de los actos de los Jurados de Expropiación Forzosa a una solución paralela a la establecida para el recurso extraordinario de revisión en cuanto a la competencia para conocer de dichos procedimientos*»; en el mismo sentido, dictamen 971/2008, de 25 de junio de 2008, emitido en el expediente de

(2) No cabe instar la revisión de oficio si el acto no es firme en vía administrativa².

2. NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

a) Actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido

(3) Para la aplicación de la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, es preciso que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que se caractericen por su especial gravedad³.

(4) Es nulo de pleno derecho el acuerdo fijando el justiprecio respecto de los bienes que ya habían sido objeto de valoración por el propio Jurado de Expropiación Forzosa en un acuerdo anterior, toda vez que, al dictarse aquél se ha prescindido por entero, de modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para revisar el correspondiente acto administrativo, ya que se consideraba que se estaba fijando el justiprecio en un expediente expropiatorio y no revisando una determinación del justiprecio ya resuelta⁴.

(5) También es nulo de pleno derecho el acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa inadecuadamente constituido para valorar un suelo urbanizable en el que no participaron ni un arquitecto superior ni un representante de la Cámara de Propiedad Urbana, contraviniendo así lo establecido para tales casos por la legislación de expropiación⁵.

revisión de oficio iniciado a solicitud del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Valencia por nulidad de su Acuerdo de fecha 6 de junio de 2007.

² Dictamen 1163/2008, de 24 de julio de 2008, emitido en el expediente relativo a la Revisión de oficio de la Resolución de la Dirección General del Secretariado del Gobierno, de fecha 10 de abril de 2002, presentada por doña Victoria H. C. en nombre y representación de don Santiago José C. y otros.

³ Dictamen 2002/2008, de 11 de septiembre, recaído en el expediente relativo a la revisión de oficio, iniciada a solicitud del Jurado de Expropiación Forzosa de Valencia por nulidad del acuerdo de 6 de junio de 2007.

⁴ Dictamen 2002/2008, de 11 de septiembre, recaído en el expediente relativo a la revisión de oficio, iniciada a solicitud del Jurado de Expropiación Forzosa de Valencia por nulidad del acuerdo de 6 de junio de 2007.

⁵ Dictamen 752/2008, de 14 de mayo de 2008, emitido en el expediente de revisión de oficio iniciado a solicitud de Don Damián A.H. contra resolución del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Burgos de 26 de febrero de 2003; en el mismo sentido, dictamen 753/2008, de 19 de junio de 2008, emitido en el expediente de revisión de oficio iniciado a solicitud de Don Eutimio H. L. (en representación de Herederos de don E. H. C.), contra la

II. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL

(6) Sin perjuicio de la subsistencia de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales, las Agencias Estatales se presentan como un nuevo tipo de organismo con vocación expansiva a la luz de la disposición adicional sexta de la Ley de Agencias, conforme a la cual, «con carácter general, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, los organismos públicos que hayan de crearse en la Administración General de Estado adoptarán la configuración de Agencias Estatales»⁶.

(7) En el sistema de la Ley de Agencias Estatales la creación de uno de estos organismos públicos ha de ser autorizada por ley pero su creación propiamente dicha tiene lugar mediante la aprobación del Estatuto por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros. Por tal razón, sería más expresivo y se seguiría la denominación oficial de los reales decretos de creación de otras Agencias previas si el título de la disposición consultada constara como «Real Decreto por el que se crea la Agencia Estatal Antidopaje y se aprueba su Estatuto»⁷.

2. COMPETENCIAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

(8) El proyecto de Real Decreto por el que se regula el procedimiento para aplicar las deducciones correspondientes a la dispensación de medicamentos de uso humano con cargo a las mutualidades de funcionarios tiene carácter de legislación de productos farmacéuticos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 149.1.16^a de la Constitución y de la Ley 29/2006, de 26 de julio⁸.

Resolución del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Burgos, de 26 de febrero de 2003; dictamen 754/2008, de 14 de mayo de 2008, emitido en el expediente de revisión de oficio iniciado a solicitud de Don Jesús G.V. contra la Resolución del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Burgos, de 26 de febrero de 2003

⁶ Dictamen 51/2008, de 31 de enero de 2008, emitido en el expediente relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Meteorología.

⁷ Dictamen 52/2008, de 31 de enero de 2008, emitido en el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal Antidopaje. En el mismo sentido el Dictamen 53/2008, de 31 de enero de 2008, emitido en el Proyecto el que se aprueba el Estatuto de Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

⁸ Dictamen 2009/2008, de 11 de diciembre, emitido en el expediente relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se regula el procedimiento para aplicar las deducciones

(9) El proyecto de Real Decreto para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) nº 1082/2006, del Parlamento y del Consejo de 5 de julio de 2006, sobre Agrupación Europea de cooperación Territorial se dicta al amparo del artículo 149.1.3ª de la Constitución (relaciones internacionales)⁹.

(10) La autorización de la participación de una o varias Comunidades Autónomas o de sus organismos públicos dependientes en las agrupaciones europeas de cooperación territorial debe atribuirse también al Consejo de Ministros, dada la relevancia de tal participación, de modo que el Ministerio de Administraciones Públicas lo haga únicamente respecto de las entidades locales¹⁰.

correspondientes a la dispensación de medicamentos de uso humano con cargo a las Mutualidades de funcionarios.

⁹ Dictamen 2527/2007, de 10 de enero de 2008, emitido en el Proyecto de Real Decreto para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) nº 1082/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, sobre Agrupación Europea de Cooperación Territorial. El dictamen dice: «Los títulos competenciales en virtud de los cuales se dicta el Real Decreto proyectado son, según su disposición final primera, los relativos a las «relaciones internacionales» (artículo 149.1.3ª CE) y a las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» (artículo 149.1.18ª CE), los mismos en virtud de los cuales se dictó el Real Decreto 1317/1997, de 1 de agosto, sobre comunicación previa a la Administración General del Estado y publicación oficial de los convenios de cooperación transfronteriza de Comunidades Autónomas y entidades locales con entidades territoriales extranjeras. Como ya señaló el Consejo de Estado en el dictamen 461/97, sobre el primer proyecto de dicho real decreto, el Tribunal Constitucional en las Sentencias 153/1989, de 5 de octubre, 80/1993, de 8 de marzo, 165/1994, de 26 de mayo, y 175/1995, de 5 de diciembre, entre otras, ha examinado el primero de los referidos títulos competenciales. La Sentencia 165/1994 expresa que las relaciones internacionales objeto de la reserva contenida en el artículo 149.1.3ª CE son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional, situándose dentro de la competencia estatal «la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección externa de las Comunidades Autónomas, para evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior que, en exclusiva, corresponde a las autoridades estatales». Añade más adelante que «la competencia estatal en materia de relaciones internacionales habilita a las instituciones estatales para ordenar y coordinar esas actividades con relevancia externa de las Comunidades Autónomas, de forma que no condicionen o perjudiquen la dirección de la política exterior, competencia exclusiva del Estado. En este sentido, la vulneración de tales normas ordenadoras o coordinadoras sí supondría una actuación ultra vires de la competencia autonómica».

¹⁰ Dictamen 2527/2007, de 10 de enero de 2008, emitido en el Proyecto de Real Decreto para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) nº 1082/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, sobre Agrupación Europea de Cooperación Territorial.

III. RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. CONSULTA POPULAR

(21) La consulta es una manifestación encuadrable en las formas de democracia directa y no, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/1995, de 17 de julio, de «*un tertium genus* que se ha denominado democracia participativa» y del que el texto constitucional -como también dice la sentencia- es rico en manifestaciones. En este sentido el Tribunal Constitucional cita a continuación el artículo 9.2 CE que contiene un mandato a los poderes públicos para que faciliten «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (precepto cuyo contenido es reiterado por el artículo 9.2 e) del Estatuto de Autonomía del País Vasco en relación con los poderes públicos vascos) y los artículos 48, 27.5 y 7, 105, 125, 129, 51, 52 y 131.2 CE. Considera el Tribunal Constitucional que «en el artículo 23.1 CE se trata de las modalidades –representativa y directa- de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general, mientras que en los restantes preceptos a que se ha hecho alusión -si se exceptúa el jurado (...)- se da entrada a correctivos particularistas de distinto orden».

La constante utilización por la Ley 9/2008 de la expresión «consulta» no modifica su naturaleza de referéndum. La exposición de motivos declara que no es una consulta popular por vía de referéndum (aunque la propia Ley sí califica de «referéndum» el previsto en la segunda pregunta objeto de consulta) e insiste en que no es jurídicamente vinculante, siendo éste uno de los fundamentos para estimar que no es aplicable la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, ni la previa autorización del Estado para su convocatoria, a pesar de que el referéndum previsto en el artículo 92.1 de la Constitución y comprendido en la Ley Orgánica 2/1980 sea asimismo de carácter consultivo. El carácter consultivo y no vinculante de una consulta popular sólo pone de manifiesto que es anterior a la ejecución de una decisión y que no se inserta necesariamente en un acto formal del procedimiento de su materialización: la adopción de las medidas políticas o legislativas que sean necesarias para que los órganos competentes doten de virtualidad jurídica a la decisión será posterior. En la consulta vinculante, en cambio, se propone una ratificación por el electorado de su objeto y forma parte del procedimiento de adopción de la medida de que se trate (normalmente legislativa). En la práctica, sin embargo, los efectos de ambos tipos de consultas se aproximan significativamente. En la realidad política difícil-

mente un órgano del Estado podrá actuar en contra de la voluntad popular formalmente expresada, al ser ésta el fundamento mismo del principio democrático que informa la Constitución (artículo 1.1 CE). La autoridad -el plus de legitimidad- de la manifestación directa de la voluntad popular hace que el órgano llamado a decidir se encuentre vinculado políticamente por la opción popular. Esa fuerza vinculante estará en función de la nitidez de los resultados, siendo máxima cuando el electorado se haya decantado muy mayoritariamente por una de las alternativas. Ello es especialmente evidente cuando el resultado de la consulta es claramente negativo a la decisión consultada, en cuyo caso dicho resultado, además de impedir la formalización de la decisión, puede provocar otras consecuencias políticas derivadas de la falta de sintonía entre la voluntad de los ciudadanos y del poder público (*a. e.* elecciones anticipadas), mientras que, en el supuesto de que la opción de la voluntad popular sea favorable a la decisión que se pretende adoptar, podrá apreciarse una cierta discrecionalidad en el impulso y adopción de las iniciativas políticas o normativas necesarias para materializar la decisión. Pero, en cualquier caso, la mayor o menor vinculación jurídica de su resultado no altera en nada el carácter de referéndum o no de la consulta¹¹.

¹¹ Dictamen núm. 1119/2008, de 3 de julio de 2008, emitido en el expediente relativo a la Propuesta de Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se solicita del Sr. Presidente del Gobierno la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del País Vasco 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, aprobada por el Parlamento Vasco en el Pleno celebrado el 27 de junio de 2008.

BIBLIOGRAFÍA

NOTICIA DE LIBROS

NOTICIA DE LIBROS

Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández

LA EUROPA QUE VIENE: EL TRATADO DE LISBOA

2ª Edición. Marcial Pons. 2010.

La primera edición de este libro, que es del año 2008, contenía un análisis político del Tratado de Lisboa. Esta segunda edición recoge el texto de la primera, enriquecida con una Addenda donde se expone y analiza el proceso político europeo de los años 2008 y 2009, así como los trabajos preparatorios de los últimos meses para la vigencia y aplicación del referido Tratado. Asimismo, incorpora una bibliografía complementaria y nuevos textos políticos esenciales para comprender las últimas decisiones europeas que han hecho posible que el Tratado de Lisboa se convierta en la base constitucional de la Unión Europea.

VV.AA. ESTUDIOS PRÁCTICOS SOBRE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica. Madrid, abril de 2009.

La presente obra recoge los trabajos presentados por los ponentes de las Jornadas sobre la nueva Ley de Contratos del Sector Público organizadas conjuntamente por las Escuelas Militares de Estudios Jurídicos y de Intervención durante los días 2 al 6 de junio de 2008 para familiarizar a los Oficiales de los Cuerpos Jurídico Militar y Militar de Intervención con el nuevo texto normativo. A través de las once ponencias de estudiosos de la

materia pertenecientes a ambos Cuerpos en las que se tratan los grandes temas que plantea el referido nuevo texto normativo, el lector encontrará en estas páginas los elementos precisos para una mejor comprensión global del sistema de contratación pública recientemente incorporado al derecho positivo español como consecuencia de la transposición de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/18/CE, de 31 de marzo así como interesantes respuestas a los interrogantes y las cuestiones básicas que se suscitan y que, naturalmente, no son exhaustivas ni agotan las materias que abordan, pero sí ayudan eficazmente a introducirse en la notable complejidad de la nueva ley y, sin renunciar al rigor dogmático imprescindible, a aplicarla con la visión práctica propia de quienes profesionalmente se dedican a la contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa.

NOTICIA DE REVISTAS

NOTICIA DE REVISTAS

José Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ

SUMARIO

A) Cuestiones administrativas; B) Cuestiones de derecho internacional y humanitario de la guerra.

A) Cuestiones administrativas

El número 106 de la colección Monografías del CESEDEN, titulado *De la milicia concejil al reservista. Una historia de la generosidad*, septiembre 2008, que da cuenta de la evolución, situación actual y del régimen jurídico nacional y comparado de los reservistas de voluntarios.

El número 112 de la misma colección, por su parte, lleva por título *La violencia del siglo XXI: Nuevas dimensiones de la guerra*, octubre de 2009, e incluye diversos artículos de interés para el jurista: la contribución de los cambios ecológicos al desarrollo de conflictos para la seguridad, el ciberespionaje y la ciberseguridad, las Fuerzas Armadas y la ayuda humanitaria, la violencia sexual y nuevas guerras y la Guardia Civil como policía militar integral en operaciones, son algunos de ellos.

B) Cuestiones de derecho internacional y humanitario

En el *American Journal of International Law*, vol. 103, núm. 3, de Julio de 2009, se incluyen dos artículos de interés. El primero, *Law an War in*

the Virtual Era, de Jack M. Beard, en el que se pone de manifiesto que los vehículos aéreos no tripulados y otros mecanismos de control remoto están rediseñando los modos de actuar de las operaciones militares y los fines mismos de la guerra; todo ello fuerza a los Estados a replantearse las reglas de los conflictos armados. El segundo artículo de interés es *The Pillar of Glass: Human Rights in the Development Operations of the United Nations*, de Mac Darrow and Louise Arbour, en el que se analizan los papeles y responsabilidades de los trabajadores de las Naciones Unidas implicados en labores de fomento al derechos en el ámbito de los derechos humanos.

Aun cuando excede del ámbito estrictamente jurídico, es de reseñar el número 141 de *Cuadernos de Estrategia*, de junio de 2009, dedicado a los procesos de radicalización y reclutamiento en las redes terroristas y, en especial, del terrorismo yihadista, en el que se formulan consideraciones de interés para el jurista.

INFORMACIÓN

ENTREGA DEL PREMIO «JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDERO» 2009

El 24 de noviembre de 2009 se celebró en el salón de Honor del Cuartel General del Ejército del Aire, bajo la presidencia de la Ministra de Defensa, y con la asistencia de la Ministra de Ciencia e Innovación, el acto de entrega de los «Premios Defensa 2009», que habían sido convocados por Orden DEF/46/2009, de 12 de enero (BOE núm. 21, de 24 de enero).

Así pues, entre ellos se entregó el Premio «*José Francisco de Querol y Lombardero*», creado en 2003 en memoria del General del Cuerpo Jurídico y Magistrado del Tribunal Supremo que le da nombre, destinado a trabajos de «investigación sobre aspectos jurídicos relacionados con el ámbito de la defensa o de la Jurisdicción Militar, el Derecho Militar en general y particularmente los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario», como reza la Orden de creación.

Constituyó ésta la sexta edición del Premio «Querol y Lombardero», galardón que está contribuyendo de manera brillante y eficaz a difundir los temas jurídico-militares extramuros del marco castrense y suscitando el interés por dichos temas en los más diversos ámbitos de la investigación jurídica, en los que ha adquirido un merecido prestigio, como lo demuestra, año a año, la concurrencia de originales no sólo de la más variada temática sino también de diferentes campos de la actividad jurídica profesional (profesores universitarios, miembros de la judicatura, abogados).

Concurrieron a la presente edición seis trabajos sobre las distintas materias jurídicas previstas en la convocatoria, todos de un gran nivel científico y marcado interés.

El Jurado encargado de otorgar el premio estuvo presidido por el Director General de Relaciones Institucionales de la Defensa, D. Santos Cas-

tro Fernández, e integrado, como Vocales, por D. Ángel Menéndez Rexach, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid y miembro del Consejo Editorial de la REDEM, D. Francisco Javier de Mendoza Fernández, General Consejero Togado-Asesor Jurídico General de la Defensa, D. José Leandro Martínez-Cardós Ruiz, Letrado del Consejo de Estado y miembro del Consejo de Redacción de la REDEM, D. Jesús Bello Gil, General Auditor, Vocal del Tribunal Militar Central y miembro del Consejo de Redacción de la REDEM, D. Juan Manuel García Labajo, Coronel Auditor, Subdirector General de Recursos e Información Administrativa del Ministerio de Defensa y D. Antonio Mozo Seoane, General Consejero Togado y Director de la REDEM, actuando como Secretaria D^a. María José Caro Bejarano, del Instituto Español de Estudios Estratégicos.

Por Orden DEF/1855/2009, de 2 de julio («BOE» 167, de 11 de julio) se hizo pública la concesión de los premios, resultando premiado en la presente edición, en nuestra modalidad, el trabajo titulado «*El principio de igualdad en las Fuerzas Armadas españolas: una aproximación al tema desde la perspectiva de género*», del que son autores D. Guillermo Leandro Barrios Baudor y D^a. Ana Isabel Pérez Campos, profesores de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid; trabajo que abre la sección de Estudios del presente número de nuestra Revista.

AVISO A LOS LECTORES

La Revista Española de Derecho Militar (REDEM) se encuentra a disposición de los interesados en consultarla en la Intranet corporativa del Ministerio de Defensa. El acceso a la REDEM puede efectuarse desde la página principal de la Intranet, pulsando, sucesivamente, los enlaces siguientes:

Cultura y formación/publicaciones/hemeroteca/revistas disponibles

En esta última página, al pulsar la imagen de la REDEM se obtienen los diferentes números, clasificados por años y en formato «pdf».

El fondo bibliográfico virtual de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos cuenta también con la colección completa, en formato «pdf», de la REDEM.

NOTA INFORMATIVA

La tradicional crónica jurisprudencial de la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo que la Revista Española de Derecho Militar venía incorporando desde hace años con la colaboración de Magistrados de ese órgano jurisdiccional, desaparece, habida cuenta de la aparición en el seno del Consejo General del Poder Judicial de un Centro de Documentación que ofrece, en forma gratuita, acceso tanto a la jurisprudencia de cualquiera de las Salas del citado Alto Tribunal como a multitud de resoluciones de órganos menores.

Sin duda, la posibilidad de encontrar cualquier resolución con las ventajas que ofrece la red, hace decaer cualquier intento de transcripción escrita de ese ingente contenido. Por ello, facilitamos la dirección de internet de la página del Consejo desde la que, con parámetros de búsqueda habituales, hallar lo deseado:

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>