

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

# 97

*ENERO  
JUNIO  
2011*

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

---

Ministerio de Defensa



**REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO MILITAR**

**97**

**ENERO  
JUNIO  
2011**

MADRID

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

Edita:



NIPO: 083-12-042-X (edición en papel)  
ISSN: 0034-9399

NIPO: 083-12-043-5 (edición en línea)

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta del Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de edición: marzo, 2012

En esta edición se ha utilizado papel libre de cloro obtenido a partir de bosques gestionados de forma sostenible certificada.  
Las opiniones emitidas en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores de la misma.

## ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 97 ENERO-JUNIO 2011

### NECROLÓGICA

- Del general auditor don José Luis Fernández Fernández..... 9

### DOCTRINA

- Resumen de contenidos. Table of contents..... 13

### ESTUDIOS

- Juan José Herbón Costas. Sobre el derecho de asociación profesional del militar ¿Hacia una libertad sindical? ..... 19
- Cristina Fernández-Pacheco Estrada. La protección de los grupos en el Derecho Penal Internacional. Especial referencia al delito de genocidio ..... 105
- Patricia Faraldo Cabana. La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código penal español ... 169

### NOTAS. COMENTARIOS

- Juan M. García Labajo. Aplicación del principio de Jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra. Derecho Español Interno..... 195
- José Miguel González Reyes. Actuaciones previas al procedimiento disciplinario: El parte y la información reservada. 205

### TEXTOS

#### LEGISLACIÓN

- Por María del Valle López Alfranca ..... 225

#### JURISPRUDENCIA

- Constitucional. Por Luis Bernardo Álvarez Roldan ..... 239
- Contencioso-Administrativa. Por Eva María Bru Peral ..... 251

— Doctrina de la Sala V del Tribunal Supremo. Por Carlos Balmisa.....	283
<b>DOCUMENTACIÓN</b>	
— Doctrina Legal del Consejo de Estado. Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz.....	349
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	
<b>RECENSIÓN DE LIBROS</b>	
— Por Adolfo Luque Regueiro. «FERNANDO HERRERO-TEJEDOR ALGAR y FRANCISCO LUIS PASCUAL SARRÍA. Código Penal Militar. Legislación complementaria, Jurisprudencia, Comentarios y Concordancias, Índice Analítico. 1ª Edición. Colex, 2011» .....	359
— Por Joaquín Ruiz Díez del Corral. «JOSE MIGUEL ALÍA PLANA. Historia del Cuerpo Jurídico de la Armada. Ministerio de Defensa, Dirección General de Relaciones Institucionales. Madrid, marzo de 2011».....	361
— Por Emilio Fernández-Piñero. «VV.AA. La Colaboración Pública Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual. Ed. Thomson-Aranzadi; Pamplona. 2011» .....	363
<b>NOTICIA DE LIBROS</b>	
— Por Emilio Fernández-Piñero y Carlos Eymar .....	365
<b>NOTICIAS DE REVISTAS</b>	
— Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz .....	371
<b>INFORMACIÓN</b>	
— Jesús Bello Gil. IV Encuentro Bilateral Hispano-Chileno ...	377
— Fernando Mayandía Fernández. Congreso Internacional de Justicia Penal Militar .....	378

# **NECROLÓGICA**

## **GENERAL AUDITOR, DEL CUERPO JURÍDICO MILITAR, DON JOSE LUIS FERNÁNDEZ. (IN MEMORIAM).**



El general auditor, don José Luis Fernández ha fallecido el 18 de marzo del año 2011 a los cincuenta y nueve años de edad, cuando se encontraba en la situación militar de reserva.

Fue siempre, José Luis, un hombre esencialmente discreto. Externamente mostraba una prudencia, una cauta reserva y seriedad que le ayudaban a afrontar con éxito su actividad profesional.

En la intimidad era en verdad alegre, de agudo humor, lo que le facilitaba el aprecio de sus amigos.

En sus tiempos de estudiante-opositor al Cuerpo jurídico del Aire se integró con naturalidad en el grupo de aspirantes, y competidores, entre los que hoy se encuentran, generales auditores como Ignacio de las Rivas, Javier Mendoza y Jesús Ortea, quien con el tiempo se convertiría también en su cuñado.

Era frecuente en aquellos lejanos días reunirse los sábados por la noche, tras la dura semana de estudio del sufrido opositor, y salir a cenar a un modesto restaurante al alcance de sus bolsillos. Allí se mostraba relajado, divertido, inteligente, siempre educado, y feliz.

Con su amigo Jesús realizó varios viajes y escapadas por Andalucía, Asturias, el País Vasco, donde disfrutaba de la vida como un moderado «filósofo del Jardín», y siempre evitando dañar o perjudicar a los demás.

Ingresó, pues, en el Cuerpo Jurídico del Ejército del Aire en el año 1975 y desarrolló toda su carrera militar en diversos destinos en Madrid, lejos ya de su tierra natal, La Carolina, en la provincia de Jaén, y después de haber cursado sus estudios de Derecho en la emblemática Universidad de Salamanca.

Quizás la vocación o quizás el destino, le llevaron a funciones en las que debió profundizar y ampliar sus ya dilatados conocimientos, en Derecho Administrativo, llegando a ser uno de los más esforzados especialistas en Contratación Militar. Su madurez profesional la alcanzaba en sus cometidos, ya de coronel auditor del unificado, desde 1986, Cuerpo jurídico militar de la Defensa, en cuyo empleo mereció el ascenso a general auditor en julio del año 2003. La capacidad de diversificación funcional que viene caracterizando a los miembros del Cuerpo jurídico, le permitió, en esta última etapa de su vida en activo, desarrollar, con notable soltura y reconocida ponderación, los cometidos de vocal togado del Tribunal Militar Central, en donde tuvo la oportunidad de mostrar su capacidad como juzgador y procesalista.

Su vida fue un ejemplo de adhesión a los venerables principios del Derecho Romano: *Honeste vivere; alterum non laedere; suum cuique tribuere*; como compañero profesional demostró siempre una lealtad acorde a las Ordenanzas; como esposo de Luisa María Ortea Salas, y padre de familia, responsable y acertado gestor de los intereses de los suyos, orientando a su hijo mayor, José Luis, conforme a su vocación, para que ingresara en el cuerpo de Abogados del Estado.

Fue también, para todos, el entrañable amigo, que afrontó la dolencia que había de llevarle, inesperadamente, a una temprana muerte, con valentía y resignación no exenta de fundada esperanza, y con un recogimiento y previsión religiosa, acorde al hombre creyente y practicante que había sido a lo largo de su vida, por lo que su recuerdo merece ser perdurable entre nosotros.

General auditor Jesús Fernando Ortea Salas



# **DOCTRINA**

## RESUMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 97 (ENERO-JUNIO, 2011)

### **Sobre el derecho de asociación profesional del militar: ¿hacia una libertad sindical?** *Juan José Herbón Costas.*

En primer lugar, se procede a desentrañar la naturaleza jurídico-constitucional del derecho de asociación profesional del militar y su diferenciación del derecho de sindicación. A continuación, se comparan los dos regímenes asociativos profesionales que el Derecho español establece para los militares profesionales (de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil) y sus peculiaridades de ejercicio. Seguidamente, se analizan los diversos problemas que el ejercicio de los derechos de reunión y libertad de expresión por estas asociaciones y sus representantes ha planteado en el ámbito de la Guardia Civil. Se finaliza el trabajo con una reflexión sobre las posibilidades de transformación y desarrollo del derecho a la luz de las diversas opciones que el artículo 28.1 CE plantea al legislador en lo que se refiere al ejercicio de la libertad sindical por los militares españoles.

### **About the right of professional association of the military: towards a freedom to form unions?** *Juan José Herbón Costas.*

Firstly, the author proceeds to unravel the legal and constitutional nature of the right of professional association of the military and its differences to the right to form unions. Then, the two regimes of professional association that the Spanish law foresees for military personnel (the one of the Armed Forces and the one of the Civil Guard) are compared, examining the peculiarities of its exercise. Next, the article analyses the various problems arisen in the Civil Guard related to the exercise of the right of assembly and the freedom of speech by these associations and their representatives. Fina-

lly, the author makes a reflection on the possibilities of transformation and development of the law in the light of the several options that the Article 28.1 of the Spanish Constitution offers to the law-makers in regard to the exercise of the freedom of association by the Spanish military.

**La protección de los grupos en el derecho penal internacional. Especial referencia al delito de genocidio.** *Cristina Fernández-Pacheco Estrada.*

En el proceso de redacción de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Asamblea General de Naciones Unidas definió el delito de genocidio como «la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros». Así, ya desde su origen se evidenció el carácter central de los grupos en este precepto. En este contexto, el objetivo de este trabajo es examinar los concretos límites de la protección de los grupos en el delito de genocidio, tomando como referencia la abundante jurisprudencia internacional recaída en la materia en los últimos años. Tras analizar los rasgos fundamentales y categorías, se desarrolla una definición omnicomprendensiva del grupo a efectos del delito de genocidio, que permita dar cuenta de las particularidades de los grupos y dotar de cierta uniformidad en la protección penal internacional de los grupos.

**Protecting groups in international criminal law. Special reference to the crime of genocide.** *Cristina Fernández-Pacheco Estrada.*

In the drafting process of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the United Nations General Assembly defined the crime of genocide as «a denial of the right of existence of entire human groups». Therefore, already at the origin of the crime, the central role of the protection of groups was evident. In this context, the goal of this work is to examine the concrete limits in the protection of groups within the crime of genocide, taking into account the abundant international jurisprudence. After analyzing its basic features and categories, a comprehensive definition of the group in the crime of genocide is offered, with the primary aim of giving some uniformity in the protection of groups granted by international criminal law.

**La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal Español.** *Patricia Faraldo Cabana.*

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, además de modificar en profundidad los delitos contenidos en el Título XXIV, procedió a la regulación de la responsabilidad penal de los dirigentes políti-

cos y/o militares que, sin haber intervenido como ejecutores materiales ni inductores, no impiden la ejecución de delitos contra la comunidad internacional o no los persiguen. Aquí se analiza si se ha hecho respetando la regulación contenida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para determinar lo cual es necesario estudiar, en primer lugar, la responsabilidad de los jefes y otros superiores en el Estatuto, poniendo especial énfasis en la equivalencia de los conceptos empleados allí respecto de los utilizados en la dogmática penal española, con el fin de determinar si los cambios que se han producido en la legislación interna son suficientes. De esta forma, se ofrece un análisis detallado de la responsabilidad por mando en el art. 615 bis CP.

**Command responsibility in the Rome Statute and its translation to the Spanish Criminal Code.** *Patricia Faraldo Cabana.*

The Organic Law 15/2003, of 25 November, amending the Organic Law 10/1995, of 23 November, which approved the Spanish Criminal Code, in addition to fundamentally review the offenses contained in its Title XXIV, proceeded to regulate the criminal responsibility of political and/or military leaders who, without having acted as executors or inductors, do not prevent nor pursue the execution of crimes against the international community. This article analyzes whether there has been compliance with the regulation contained in the Rome Statute of the International Criminal Court. It studies, firstly, the responsibility of commanders and other superiors in the Statute, with special emphasis on the equivalence of the concepts used there and those used in the Spanish criminal dogmatic, in order to determine whether the changes introduced in our domestic law are sufficient. Thus, it provides a detailed analysis of the command responsibility in Article 615 bis of the Spanish Criminal Code.

**Aplicación del principio de jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra. Derecho Español Interno.** *Juan M. García Labajo.*

La Ley Orgánica 1/2009 ha introducido una serie de modificaciones al artículo 23.4 de la Ley Orgánica 1/1985 del Poder Judicial, en el sentido de ampliar los supuestos de competencia de la jurisdicción española fuera del territorio nacional, pero también estableciendo ciertas limitaciones procesales al principio de jurisdicción universal. La tesis del artículo es la de subrayar que esas limitaciones procesales no son aplicables a los crímenes de guerra porque la jurisdicción universal de cada Estado, con respecto a esos crímenes, viene ya reconocida en los Convenios de Ginebra a los que implícitamente se remite el citado artículo 23.4.

**Applicability of the principle of universal jurisdiction to war crimes. Spanish domestic law.** *Juan M. García Labajo.*

The Organic Law 1/2009 has introduced a series of amendments to Article 23.4 of the Organic Law 1/1985, of the Judiciary, in the sense of extending the cases in which the Spanish courts have jurisdiction outside the national territory, but also establishing procedural limitations to the principle of universal jurisdiction. The thesis in this article is to emphasize that these procedural limitations are not applicable to war crimes, as the universal jurisdiction of every State with respect to those crimes is already recognized in the Geneva Conventions, to which the above mentioned Article 23.4 implicitly refers.

**Actuaciones previas al procedimiento disciplinario: el parte y la información reservada.** *José Miguel González Reyes.*

El presente trabajo tiene como presupuesto la especial naturaleza y estructura de la organización administrativa militar como basamento mediante el cual se organizan y vertebran nuestras Fuerzas Armadas. Desde esta perspectiva, la singular configuración de la organización administrativa militar determina que el ejercicio del ius puniendi del Estado en el seno castrense presente especiales características en el orden cualitativo respecto al régimen general de sanciones. Partiendo de ello, nos proponemos adentrarnos en la investigación de la naturaleza y fundamento de la sanción administrativa militar a partir de la recopilación y discusión de las teorías elaboradas por la Doctrina y análisis de la jurisprudencia existente en torno a este tema.

**Predisciplinary proceedings: military complaint and restricted preliminary investigation.** *José Miguel González Reyes.*

The starting point in this article is the particular nature and structure of the military administrative organization, as the basis according to which our Armed Forces are set up. From this standpoint, the special configuration of the military administrative organization determines that the exercise of the State ius puniendi in the military domain show some qualitative peculiarities when compared to the general regime of administrative sanctions. On this basis, the author intends to get into the investigation of the nature and basis of the military nonjudicial punishment, by collecting and discussing the various theories developed by scholars, and also by analyzing the case law on this particular issue.

**ESTUDIOS**

## **SOBRE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN PROFESIONAL DEL MILITAR: ¿HACIA UNA LIBERTAD SINDICAL?\***

Juan José Herbón Costas  
*Capitán auditor*  
*Doctor en Derecho*

\* Este artículo ha sido galardonado con el premio Querol 2011.

### *SUMARIO*

I. Introducción. II. La naturaleza del derecho de asociación profesional del militar. III. El régimen jurídico del derecho de asociación profesional: A) Su regulación en la Guardia Civil. B) El proyecto de Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. IV. La problemática planteada por el ejercicio de algunos derechos fundamentales conexos: A) El derecho de reunión de los militares asociados profesionalmente. B) La libertad de expresión de los representantes asociativos y el régimen disciplinario. V. Las posibilidades de desarrollo del artículo 28.1 CE: ¿hacia una libertad sindical del militar?

### **I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>**

Si bien es cierto que el fenómeno asociativo en el ámbito castrense es una materia con la que he tenido una estrecha vinculación desde mis tiempos de alférez-alumno en la EMEJ<sup>2</sup>, este trabajo supone la primera ocasión en que he entrado en profundidad a abordar la compleja natura-

---

<sup>1</sup> Debe advertirse al lector que esta Introducción no formaba parte, dado el carácter anónimo exigido a las obras, del trabajo presentado a la convocatoria de los Premios de Defensa 2011.

<sup>2</sup> Abordando como tesina para la obtención del empleo de teniente auditor la problemática del derecho de asociación política del militar, trabajo que una vez resumido sería

leza del derecho de asociación profesional que la reciente Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio (en adelante, LODDFAS) inaugura en el ámbito de nuestras Fuerzas Armadas. Pues aunque mis estudios de postgrado versaron sobre los derechos asociativos (políticos y sindicales) de los militares y policías españoles, y en mi desempeño profesional como instructor de expedientes disciplinarios en la XI Zona de la Guardia Civil el fenómeno asociativo profesional ha sido uno de los *caballos de batalla* habituales (siendo una *rara avis* el guardia civil expedientado que no es asistido durante la instrucción de los procedimientos por abogados contratados por estas asociaciones), lo cierto es que nunca había dedicado un estudio de detalle a desentrañar en qué consiste exactamente este derecho fundamental que la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (en adelante, CE) reconoce en su artículo 127.1 a los jueces, magistrados y fiscales en servicio activo, como sustituto de un derecho a la libre sindicación que el constituyente les veda (junto con el derecho de asociación política) en aras de garantizar la necesaria neutralidad (política y sindical) del tercer poder del Estado democrático de Derecho.

Este escaso tratamiento de la materia que ahora abordamos tanto en la tesis doctoral como en la monografía a la que dio lugar<sup>3</sup> obedeció a diversas causas. Por un lado, son la libertad de asociación política y sindical las especies del derecho fundamental de asociación a las que el legislador dedica un tratamiento específico fuera del marco común asociativo que constituye el artículo 22 CE (en concreto, en los arts. 6, 7 y 28.1 CE), y a las que, además, el Tribunal Constitucional había reconocido su especial «relevancia constitucional»<sup>4</sup>, siendo estas dos variantes asociativas las que justificaban, en su momento, la presentación de un trabajo académico para la obtención del grado de doctor. Por otro lado, la propia jurisprudencia constitucional configuraba el derecho de asociación profesional como el

---

publicado bajo el título de «El derecho de afiliación política del militar» por la *Revista Española de Derecho Militar*, nº 80, julio-diciembre 2002, pp. 233-262.

<sup>3</sup> Tesis doctoral defendida en el salón de grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla el 29 de mayo de 2009, que llevó por título *Las libertades asociativas políticas y sindicales de los militares y policías españoles*, y que debidamente adaptada y actualizada fue publicada bajo el título de *Los derechos de asociación política y sindicación en las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de Seguridad* por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

<sup>4</sup> Que ya fue resaltada por la tempranísima STC 3/1981, de 2 de febrero, indicando en su F. J. 1º que «En el caso de los partidos, que es el que aquí interesa, tal relevancia viene justificada por la importancia decisiva que esas organizaciones tienen en las modernas democracias pluralistas, de forma que se ha podido afirmar por algunos Tribunales extranjeros que “hoy día todo Estado democrático es un Estado de partidos” o que éstos son “órganos casi públicos”, o conceptos similares».



sustituto de esa libertad sindical prohibida, pero como derecho de asociación del artículo 22 CE al fin y al cabo, sin aditamento alguno que lo individualizara del resto de especies protegidas por aquel (religiosa, cultural, deportiva...). Y, por último, durante un periodo prolongado del tiempo que llevó confeccionar la tesis no se dispuso en el Derecho español de regulación alguna que lo diera desarrollo, hasta que a finales de octubre de 2007 se publicó la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, de Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil (en adelante, LODDGC), lo que llevó a hacer una mera referencia, muy de pasada, de este derecho en ambas obras<sup>5</sup>.

La entrada en vigor de este último texto legal en noviembre de 2007 dio cauce jurídico a un movimiento asociativo profesional que, *de facto*, era extraordinariamente activo en el seno de la Guardia Civil desde la última década del siglo pasado, y permitió por vez primera calibrar el alcance del mismo y su conformidad con el molde que el Título VI LODDGC aportaba. Y en esta labor de contraste pudo comprobarse como ni han cesado los anhelos sindicales que las asociaciones profesionales desde sus orígenes han albergado, ni el legislador ha previsto argumentos y medios que permitan contener adecuadamente los excesos que los representantes asociativos habitualmente cometen en el ejercicio de ciertos derechos fundamentales conexos con el de asociación (fundamentalmente el derecho de reunión y la libertad de expresión)<sup>6</sup>.

Fueron estas reflexiones las que dieron lugar, al aparecer en tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas (en adelante, PLODDFAS), a la elaboración de un trabajo específico sobre el derecho de asociación del militar profesional español, tras comprobarse la diferente regulación del derecho de asociación profesional del militar de las Fuerzas Armadas que el PLODDFAS delineaba.

La estructura del trabajo presentado al premio venía, por tanto, directamente condicionada por las reflexiones anteriormente esbozadas, siendo

---

<sup>5</sup> Dedicándosele en *Los derechos de asociación política y sindicación...* nueve páginas (en concreto, de la 169 a la 178) a la descripción que de este derecho realiza la STC 219/2001, de 31 de octubre, que reconoció al personal militar el mismo, y otras siete más (en concreto, de la 236 a la 242) a la regulación que dio a este derecho la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, de Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil.

<sup>6</sup> Excesos que se producen por la insatisfacción que produce en estas organizaciones el estrecho marco legal delineado para ellas por la LODDGC, ansiando continuamente el gozar de capacidades negociadoras y de presión cuasi sindicales para poder presionar a la Administración en la obtención de mejores condiciones socioprofesionales para sus asociados, y que muchas veces entran en conflicto con la disciplina militar que impera en el Cuerpo.

tratadas cada una de ellas en capítulos separados. El texto íntegro de estos cuatro capítulos es el que figura a continuación de esta introducción, advirtiéndole al lector que, amén de las necesarias correcciones tipográficas para adecuar la obra al formato de la revista, se ha modificado tanto el contenido del apartado dedicado a estudiar el régimen jurídico del derecho de asociación profesional del militar de las Fuerzas Armadas, para adaptar las referencias legales (que se referían, obviamente, al PLODDFAS) al texto de la nueva LODDFAS, como las referencias a los preceptos de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, que aprobó las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (en adelante, LROFAS) derogados por aquella.

## II. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN PROFESIONAL DEL MILITAR

La STC 219/2001, de 31 de octubre, admitió la constitucionalidad del ejercicio por los militares del derecho fundamental de asociación profesional, cuya legitimidad había sido cuestionada históricamente, y sobre el que existían escasas referencias legales<sup>7</sup> y jurisprudenciales, aparte de la expresamente contenida en el artículo 127.1 CE<sup>8</sup>. Ni siquiera se refería expresa y específicamente a esta especie asociativa profesional el artículo 181 LROFAS<sup>9</sup>, cuando prohibía al militar, junto con el ejercicio de la libertad sindical, el del derecho a asociarse con fines reivindicativos («asociaciones con finalidad reivindicativa»). Este concepto jurídico indeterminado, directamente enraizado en la experiencia de las Juntas de Defensa, estaba formalmente dirigido en las LROFAS a impedir la constitución de *parasindicatos* de militares, pero también permitía a la Administración la proscripción de otras manifestaciones del derecho fundamental amparado por el artículo 22 CE –como acertadamente señaló en el voto particular a

---

<sup>7</sup> Solamente las contenidas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), fundamentalmente en su artículo 401, que desarrolla el derecho de asociación profesional constitucionalmente reconocido a jueces, magistrados y fiscales. Posteriormente la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, LEBEP) reconoció este derecho para el resto de empleados públicos y funcionarios en su artículo 14 *p*), considerándolo uno de los «derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio».

<sup>8</sup> «Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales».

<sup>9</sup> Artículo actualmente derogado por la Disposición derogatoria única LODDFAS.

la STC 219/2001, de 31 de octubre, el magistrado González Campos<sup>10</sup>—, aunque no impedía, en principio, las de tipo «religioso, cultural, deportivo o social», por considerar legítimo su ejercicio el propio artículo 181 párrafo 2º LROFAS.

Debe reconocerse que la experiencia de «sindicalismo militar»<sup>11</sup> que el fenómeno de las Juntas de Defensa supuso<sup>12</sup> justificó las prevenciones introducidas por la LROFAS al ejercicio del derecho fundamental de sindicación que la Carta magna que se acababa de aprobar<sup>13</sup> reconocía a «todos» sin excepción<sup>14</sup>. Y además hace preciso realizar una breve referencia histórica, siquiera muy somera, a las causas que originaron aquel y a las consecuencias que el mismo produjo no solo en el Ejército, sino en la sociedad española en general y en la vida política del país.

El primer hito formal en la constitución de un movimiento *parasindical* fue formalizado en 1888, año en que se creó una *Junta de Artillería* por los oficiales de este arma, con el objeto de defender la tradicional y característica escala cerrada de ascenso de los artilleros<sup>15</sup> frente a las pretensiones de imponerles la escala abierta que regía en el resto del Ejército. Esta lucha finalizó en 1916, cuando por Real Orden de 4 de enero se establecieron

---

<sup>10</sup> En su FJ 4º: «[...] su enunciado tampoco cumple otra exigencia establecida por este Tribunal: que la limitación que introduce del derecho fundamental sea cierta y previsible, pues en otro caso la restricción del derecho queda al arbitrio de quien ha de aplicar la Ley. Y a este fin cabe apreciar que los términos con los que el citado precepto enuncia la prohibición respecto a la segunda categoría son tan indefinidos e imprecisos que permiten, en detrimento del derecho de asociación que el art. 22 CE reconoce, subsumir sin dificultad dentro de las asociaciones con finalidad reivindicativa a muchas asociaciones creadas por miembros de las Fuerzas Armadas, como así se ha hecho respecto a la Hermandad que solicita el amparo».

<sup>11</sup> De «sindicatos encubiertos» las califican F. de Salas López y F. Laguna Sanquirico: «Las Reales Ordenanzas en el momento actual de la sociedad española», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 36, 1986, p. 129.

<sup>12</sup> Según C. P. Boyd: *La política pretoriana en el reinado de Alfonso XIII*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 95: «A partir del 1 de junio de 1917, las juntas se convirtieron, en palabras del conde de Romanones, en “los amos de España”. Con todo, su poder obedecía más al apocamiento del gobierno y a la favorable acogida que dispensó la opinión pública a la rebelión que a cualquier amenaza seria de empleo de la fuerza».

<sup>13</sup> Debe recordarse que la CE entró en vigor el 28 de diciembre de 1978 (día de su publicación en el BOE), día en que sancionaba por el Jefe del Estado la LROFAS, que fue publicada en el BOE del 14 de enero de 1979 y entraron en vigor, por aplicación del artículo 2.1 del Código Civil, a los veinte días de la misma.

<sup>14</sup> El artículo 28.1 CE reconoce la titularidad de este derecho a todas las personas, sin establecer excepciones subjetivas, permitiendo que el legislador orgánico decida si priva o limita el ejercicio del derecho a los militares.

<sup>15</sup> Los ascensos se producían por estricto orden de antigüedad.

pruebas de aptitud para los oficiales<sup>16</sup>, medida que pretendía combatir el estado de letargo (físico e intelectual) en que se encontraba parte de la oficialidad, y que se extendió posteriormente al resto de escalas, lo que provocó una reacción airada de los uniformados, que alcanzó una especial virulencia en Barcelona<sup>17</sup>. La guarnición barcelonesa, plenamente consciente de su importancia, dado el carácter extremadamente conflictivo de la ciudad en materia de orden público (una de cuyas muestras fue la de la llamada *Semana Trágica*) constituyó una (la primera) Junta de Defensa de Infantería, presidida por el coronel Benito Márquez. La expansión del fenómeno juntero fue fulgurante, y puede afirmarse que en 1917 ya existían juntas de infantería y de caballería en la mayoría de guarniciones españolas, si bien las pretensiones de estas organizaciones no puedan calificarse sino como de difusas, según relata la doctrina historiográfica:

«Los objetivos de las juntas eran bastante vagos; en general, las juntas se oponían a los africanistas, a los ascensos por méritos de guerra, a la camarilla palaciega y a los generales. Los miembros de las juntas pedían mayor justicia en las recompensas, salarios más elevados y facilidades de acceso hasta el rey. Se oponían hostilmente a los políticos parlamentarios quienes, según ellos, eran responsables en gran medida de los males del gobierno y del ejército. Creían que el gobierno y el pueblo debían tener mayor respeto a los militares, cuya misión era servir de columna vertebral del país, ser el árbitro nacional. Los problemas profesionales tales como lo inadecuado de la instrucción militar y del material venían después en la lista de las quejas de las juntas y a veces ni siquiera eran mencionados<sup>18</sup>.»

Este «sindicalismo militar»<sup>19</sup> se constituyó, por tanto, como medio de protección de la posición de los militares peninsulares en el escalafón, exigiendo a los oficiales integrantes de las mismas jurar un pacto de solidaridad por el cual se comprometían no solo a no aceptar ningún ascenso que

---

<sup>16</sup> Las pruebas de aptitud eran una de las novedosas medidas que el proyecto de ley de reforma del Ejército, que el ministro de la Guerra Luque presentó en septiembre de 1916, y que fueron aplicadas sin esperar a la aprobación del texto legal.

<sup>17</sup> Fue en esta capital donde el capitán general Alfau ordenó a tres jefes de infantería que se sometieran a las pruebas físicas. Aunque todos las superaron, se consintió la presencia de civiles durante su realización, mofándose los asistentes de los tres examinandos. C. P. Boyd: *La política pretoriana...*, pp. 79 a 81

<sup>18</sup> S. G. Payne: *Los militares y la política en la España contemporánea*, Ruedo Ibérico, Buenos Aires, 1967, pp. 110 y 111.

<sup>19</sup> M. Alpert: *El Ejército Popular de la República, 1936-1939*, (3ª edición), Crítica, Barcelona, 2007, p. 7.

no fuera por estricta antigüedad (con el objetivo de lograr la escala cerrada dentro del arma de Infantería), sino también a excluir de la Junta tanto a los generales como a la tropa, persiguiendo la mejora de las condiciones económicas de las clases medias del Ejército (los oficiales de empleos intermedios)<sup>20</sup>.

La estructuración de un mando nacional juntero en Barcelona (con la creación de la Junta Superior de Infantería) configuraba, en realidad, un mando militar fantasma en la ciudad condal, integrado fundamentalmente por estos oficiales de empleos intermedios. Tras el arresto de los integrantes de la misma, ante su negativa a cumplir la orden de disolución dictada por el nuevo ministro de la Guerra (general Aguilera) y los consiguientes disturbios protagonizados por los junteros, que nombraron una nueva Junta, se procedió al reconocimiento de las juntas por el Gobierno, *de facto*, el 3 de junio de 1917<sup>21</sup>. El 8 del mismo mes, las Juntas fueron reconocidas jurídicamente dentro de la estructura del Ejército, aprobándose el Reglamento de la Junta de Infantería el 12 de junio de 1917 por el nuevo gobierno de Eduardo Dato<sup>22</sup>.

Alfonso XIII inicialmente reaccionó con aprensión al fenómeno juntero, temeroso de que tras estas reclamaciones profesionales iniciales las juntas atacaran la propia institución monárquica. Sin embargo, y tras plantear el ministro de la Guerra (general Luque) la posibilidad de infiltrar dentro de las mismas a oficiales monárquicos para dirigir sus actividades en provecho de los intereses dinásticos –sustituyendo en su función, de paso, a los tradicionales tribunales de honor–, obtuvieron la aquiescencia del monarca<sup>23</sup>. Pero no solo la monarquía intentó controlar políticamente a las juntas. Grupos radicales y republicanos pretendieron infiltrarse en las mismas para manipularlas y utilizarlas en interés de sus respectivos proyectos políticos<sup>24</sup>. Sin embargo, no llegaron a ser controladas por ningún partido,

---

<sup>20</sup> C. P. Boyd: *La política pretoriana...*, p. 81.

<sup>21</sup> La resistencia de los junteros ocasionó el cese del capitán general de Cataluña, general Alfau, al no haber podido cumplir el encargo del ministro de la Guerra de disolver las Juntas.

<sup>22</sup> Durante los disturbios de junio de 1917 los junteros realizaron una serie de peticiones al gobierno, entre las cuales la principal era la aprobación de este reglamento. C. P. Boyd: *La política pretoriana...*, pp. 91 y 92.

<sup>23</sup> Aunque no llegó a fructificar, pese a que el presidente del gobierno, Romanones, estaba de acuerdo con ella, ya que casi simultáneamente se había constituido una Junta Superior de Infantería en Barcelona, seguida por la de Caballería, ambas de ámbito nacional, que provocaron con su actividad la dimisión del gabinete en mayo de 1917.

<sup>24</sup> Se atribuye vinculación de las Juntas de Defensa de suboficiales con el fundador del PSOE, Pablo Iglesias. J. M. Manrique García y L. Molina Franco: *Las armas de la Guerra Civil española* (1ª edición), La Esfera de los libros, Madrid, 2006, p. 24.

dada su naturaleza esencialmente sindical; los junteros no tenían objetivos políticos, sino que simplemente perseguían la mejora de las condiciones económico-sociales de la oficialidad<sup>25</sup>. Es más, fueron estos intentos de manipulación política los que decidieron a la Junta Superior de Infantería a intervenir en política de manera independiente, a través del general Marina, lo que provocó como contramedida gubernamental el nombramiento de un hombre de la denominada *línea dura* (de la Cierva) como ministro de la Guerra, quien enarbó una actitud claramente beligerante, provocando un pulso con el coronel Márquez (director de la Junta de Infantería) que marcó el inicio del fin para las mismas: el ministro, para restarles protagonismo, ordenó la creación de una Junta Central de Defensa, que aglutinaba a representantes de las tres Juntas Superiores de las tres armas (infantería, caballería y artillería), provocando indirectamente la caída del Gobierno Nacional de Maura el 6 de noviembre de 1918.

Aunque el fenómeno juntero fue inicialmente corporativo y exclusivo de la oficialidad —que veía con abierta oposición los movimientos obreros sindicales—, provocó inconscientemente la introducción del sindicalismo en el Ejército, con la creación de la Unión de clases de Tropa como reacción ante el incipiente sindicalismo de los mandos. La respuesta de la oficialidad no se hizo esperar, siendo esta Unión disuelta tanto por motivos disciplinarios (el peligro que suponía que los soldados estuvieran agrupados en entidades organizadas), como por los contactos políticos que habían establecido con el fundador del PSOE, Pablo Iglesias<sup>26</sup>.

El conflicto de la juntas con los alumnos de la Escuela Superior de Guerra, a los que se exigió una renuncia al retorno a sus armas de procedencia si ingresaban en el Estado Mayor —y que finalizó con la victoria de los junteros, tras ser expulsados varios alumnos del Ejército por un tribunal de honor, al negarse a tal compromiso— supuso el momento de mayor in-

---

<sup>25</sup> Muestra de esta naturaleza sindical y no política es la lista de reivindicaciones enumerada por C. P. Boyd (*La política pretoriana...*, pp. 91 y 92): 1. Supresión de ascensos por méritos de guerra. 2. Disolución de la camarilla militar del rey. 3. Aumentos salariales. 4. Paridad de las amortizaciones militares con las civiles. 5. Cese del Alto Comisario de Marruecos. 6. Reposición como capitán general de Cataluña del general Alfau.

<sup>26</sup> Uno de los grandes objetivos de los partidos marxistas españoles era conseguir influencia dentro de la clase de tropa. Dicho interés se justificaba por una doble vía: en primer lugar, el sistema de leva hacía que el sector de población proclive a aceptar el ideario marxista (el proletariado obrero, y en menor medida, el campesinado) se agrupara en los cuarteles durante la prestación del servicio militar obligatorio, lo que simplificaba enormemente las labores proselitistas, al concentrar en los cuarteles a los potenciales afiliados; por otro lado, el Ejército era el baluarte de la burguesía, el defensor del sistema conservador y reaccionario, por lo que cualquier cuña que se pudiera introducir en el engranaje del mismo facilitaría el objetivo final de instaurar una dictadura del proletariado.

fluencia y poder político de las juntas<sup>27</sup>, y motivó su sustitución (puramente nominal) por las Comisiones Informativas<sup>28</sup>, creadas por el RD de 30 de diciembre de 1919 del gobierno *maurista* de Allendesalazar. Estas Comisiones<sup>29</sup> tenían asignadas funciones de recogida de datos u opiniones que afectaran a las condiciones de vida de los militares.

A partir de este momento, el fenómeno de las Juntas se extinguió progresivamente debido al descrédito que acarreó al propio Ejército, motivado no tanto por la actividad u objetivos que las propias Juntas en su origen se habían fijado, sino por la utilización que tanto por parte de la monarquía como de los diversos grupos políticos se hizo de las mismas en la contienda política. Finalmente, por Real Decreto de 13 de noviembre de 1922 se procedió a su disolución.

Parece explicable, por tanto, que el legislador democrático al afrontar la tarea de establecer el código deontológico de la milicia en 1978<sup>30</sup> excluyera de raíz la cobertura legal de cualquier forma de organización sindical en el ámbito castrense. Pero estos reparos al reconocimiento del derecho de sindicación no son una peculiaridad española, sino que han sido comunes en el Derecho comparado europeo no solo dentro de los Ejércitos, sino en el ámbito de la función pública civil –basta recordar como los textos internacionales equiparan en la imposición de restricciones al ejercicio del derecho a militares, policías y al resto de la Administración pública, sirviendo de ejemplo los artículos 8.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) y 11.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)–, pues solamente con la transformación social del empleo público, producto de la mutación de unas labores administrativas que suponían cada vez más una mayor participación en actividades prestacionales o industriales –trans-

---

<sup>27</sup> Un relato pormenorizado de estos hechos se encuentra en C. P. Boyd: *La política pretoriana...*, pp. 173 a 178.

<sup>28</sup> La organización y composición de las mismas se reguló por Real Decreto de 16 de enero de 1920, y se desarrolló por Real Orden de 24 de enero de ese año. Se integraban en las secciones de personal del Ministerio de la Guerra, siendo presididas por un coronel e integradas por un número de vocales que representaban a todas las gradaciones del escalafón militar.

<sup>29</sup> Tanto por su composición como por sus funciones puede considerárselas como un antecedente directo de los Consejos Asesores de Personal establecidos por el derogado artículo 151 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, la Ley 17/1999, de 18 de mayo.

<sup>30</sup> Como así definía a las Ordenanzas de las Fuerzas Armadas el derogado artículo 1 LROFAS: «Estas Reales Ordenanzas constituyen la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros. Tienen por objeto preferente exigir y fomentar el exacto cumplimiento del deber inspirado en el amor a la Patria y en el honor, disciplina y valor».

formándose, al tiempo, la composición del personal administrativo, que pasó de ser elitista a admitir a servidores públicos procedentes de las capas sociales más bajas— se empezaron a reconocer determinadas modalidades asociativas<sup>31</sup>.

Así en Francia e Italia se admitió a principios del siglo XX el sindicalismo mutualista (con la Ley de Asociaciones francesa de 1901 y en Italia durante la época *giolittiana*<sup>32</sup>), que ya era aceptado en España por la Ley de asociaciones de 1887, pero se rechazaba de plano el sindicalismo reivindicativo, que en Francia quedaba regulado por la Ley de 1884 y era proscrito del empleo público en 1885 por un *arrêt* del Consejo de Estado. En el período de entreguerras va a extenderse la preocupación por los derechos colectivos de los empleados públicos, siendo rechazada la sindicación reivindicativa y admitida la mutualista (prueba de ello son la *Ley Lloyd-La Fayette* estadounidense de 1912, los *Whitley Councils* británicos<sup>33</sup> o el sindicalismo corporativo italiano de la Ley Rocco<sup>34</sup> de 1926 y la posterior Ley de 1937). La única excepción a esta tendencia conservadora la constituyó el Estatuto de los Funcionarios belga de 1937, obra del gobierno socialista, que reconoció a este colectivo la libertad sindical e instauró unos consejos de personal al estilo de los británicos.

En España se siguió la línea conservadora mayoritaria, prohibiéndose la sindicación y reconociéndose un asociacionismo profesional de carácter corporativo (Ley de Bases sobre funcionarios civiles, de 22 de julio de 1918, y su Reglamento de desarrollo, de 7 de septiembre de ese mismo año). Esta tendencia se confirmaría en la Constitución republicana de 1931 (art. 41.4), en la que se reconoció el asociacionismo profesional de los funcionarios civiles, siempre que no interfiriera su ejercicio en la prestación del servicio público, con lo que en la práctica se alejaba al empleado público del régimen ordinario de asociación y sindicación del artículo 39 del texto constitucional. Aprobada la Ley de asociaciones profesionales, de 8 de febrero de 1932, que era aplicable solamente a patronos y obreros, el derecho de asociación profesional de los funcionarios se vio desarrollado por dos Órdenes Ministeriales (de 11 de enero y 18 de febrero de 1936)

---

<sup>31</sup> Seguimos en este punto las explicaciones de L. Ortega: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 52 y ss.

<sup>32</sup> Así llamada por la figura del político liberal Giovanni Giolitti, quien llegó a ocupar durante cinco períodos el cargo de primer ministro durante los primeros veinte años del siglo XX. D. Sassoon: *Mussolini y el ascenso del fascismo*, Crítica, Barcelona, 2008, pp. 83-92.

<sup>33</sup> Se trataba de unos consejos de personal creados para intentar contener las incipientes demandas de sindicación de los empleados públicos.

<sup>34</sup> Que suprimió los sindicatos tradicionales por su carácter reivindicativo.



que remitían, en cuanto al ejercicio del derecho, a las Leyes de 1887 (de asociación) y 1918.

Tras la II Guerra Mundial se reconoció de manera general la libertad sindical en el empleo público en las diversas Constituciones que se fueron aprobando (francesa de 1946, italiana de 1947 y alemana de 1949), aunque también aparecieron las primeras restricciones en cuanto a su ejercicio por los funcionarios asignados a la defensa del orden público. Así ocurrió en Francia, como atestiguan diversas decisiones del Consejo de Estado, como el *arrêt Fédération Nationale des syndicats de police de France et d'outre-mer* (29 de enero de 1960) y el *arrêt Fédération Generale des syndicats de police CGT* (28 de enero de 1972), en los que se admitió la sindicación policial, pero siempre que su ejercicio no afectara al servicio público comprometiendo la independencia del servicio de policía. Pero en la España de los años cuarenta del siglo XX se produjo, en cambio, una recesión en materia de libertad sindical, al quedar desterrado del Ordenamiento jurídico este derecho, admitiéndose únicamente el mutualismo y la colegiación profesional de los profesionales liberales. Esta proscripción del derecho motivó que durante la transición democrática las diversas normas que se fueron aprobando en materia asociativa (RD 1836/1976, de 16 de julio, de derecho de asociación profesional de funcionarios; Ley 19/1977, de 1 de abril, de Asociación Sindical; RD 1522/1977, de 17 de junio, de asociación sindical; RD 3624/1977, de 16 de febrero de 1977, sobre derecho de asociación de los funcionarios de los Servicios de Seguridad; RD-Ley 10/1977, de 8 de febrero, sobre actividades políticas en las Fuerzas Armadas) iniciaran un proceso de apertura que concluyó en el pleno reconocimiento de la libertad sindical en sede constitucional (art. 28.1 CE)<sup>35</sup> a todas las personas, previéndose expresamente solamente dos especialidades: por un lado, la posibilidad de excepción o limitación del ejercicio del derecho para los militares (sean estos miembros de las Fuerzas Armadas o integrantes de Cuerpos policiales militares, como la Guardia Civil)<sup>36</sup>, –decisión que

---

<sup>35</sup> «Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados, a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato».

<sup>36</sup> Existen autores que sostienen que esta referencia incluye en su seno también a los funcionarios de policía civiles (Cuerpo Nacional de Policía, Policías autonómicas y locales). Así, J. A. Santamaría Pastor: «Artículo 28», en F. Garrido Falla: *Comentarios a la Constitución*, (3ª edición ampliada), Civitas, Madrid, 2001, pág. 659.

se residenció en última instancia en el criterio del poder legislativo, quien optó por la prohibición del ejercicio para estos colectivos en el artículo 1.3 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS)–; por otro, la obligada existencia de un régimen de libertad sindical *peculiar* («peculiaridades» en la terminología del constituyente) para los funcionarios públicos, que necesariamente sería regulado por la Ley<sup>37</sup>. Ahora bien, hasta que se aprobó la LOLS, la fórmula elegida inicialmente por el legislador planteó serias dudas de constitucionalidad, pues la prohibición de afiliación sindical trenzada por el juego de los artículos 181 y 182 LROFAS<sup>38</sup> parecía vulnerar el mandato del artículo 81.1 CE (dada la naturaleza legal ordinaria de la LROFAS)<sup>39</sup> que establecía la necesidad de desarrollo por ley orgánica del contenido de los derechos fundamentales, si bien la ya mencionada aprobación del artículo 1.3 LOLS solventó la cuestión al dar cumplido desarrollo a la previsión contenida por el artículo 28.1 CE.

Pero si la LOLS materializaba la opción abierta por el constituyente, decidiendo la exclusión de los militares de la defensa sindical de sus intereses profesionales –salvando, de paso, los defectos formales apreciados en la normativa ordenancista–, lo que no zanjó fue la duda abierta ex artículo 181 párrafo 1º LROFAS de articular una defensa de esos intereses recurriendo al genérico derecho fundamental de asociación<sup>40</sup>, que este ar-

---

<sup>37</sup> Sobre la diferencia entre titularidad y libre ejercicio, y el reconocimiento del derecho a todos los trabajadores y funcionarios sin excepción véase E. De la Villa Gil, G. García Becedas e I. García-Perrote Escartín: *Instituciones de Derecho del Trabajo* (2ª edición), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 318 y ss.

<sup>38</sup> En un curioso régimen en el que el artículo 181 prohibía la participación en sindicatos y el ejercicio del derecho fundamental de huelga o de alguna de las formas sustitutivas de la misma, y el artículo 182 excluía la posibilidad de afiliación sindical y de colaboración en actividades sindicales. Ambos artículos han sido derogados, junto con el resto de la LROFAS que continuaba vigente tras la aprobación de la LCM, por la disposición derogatoria única LODDFAS.

<sup>39</sup> Sobre la ubicación temporal de la LROFAS frente a la CE y las dudas de inconstitucionalidad que acechan sobre alguna de las excepciones y restricciones impuestas por aquella a los derechos políticos y sindicales de los militares, así como sobre las diferentes posiciones adoptadas en la doctrina sobre la ubicación temporal de la LROFAS respecto a la CE, puede consultarse mi obra *Los derechos de asociación política y sindicación...*, pp. 114-129; F. de Salas López y F. Laguna Sanquirico: «Las Reales Ordenanzas...», pp. 119-139, R. Martínez Martínez: «Las Reales Ordenanzas ¿una norma inconstitucional?», en M. Ramírez Jiménez (ed.): *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 508-509 o J. M. Peñarrubia Iza: *Presupuestos constitucionales de la Función militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 146-149.

<sup>40</sup> Reconocido en el ámbito internacional como de titularidad universal por los artículos 20.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH), 22.1

título parecía prohibir a los militares al referirse a la exclusión del ámbito castrense de las «asociaciones con finalidad reivindicativa». Pero, ¿qué debe entenderse por «asociaciones con finalidad reivindicativa»? Desde una interpretación literal del precepto, la utilización de este *nomen iuris* («asociación»<sup>41</sup>) dirige las pesquisas al ámbito del artículo 22 CE que, como se sabe, contempla el hecho asociativo de forma genérica<sup>42</sup>, dando cobijo en su seno a la pluralidad de especies que el mismo presenta y estableciendo una normativa supletoria, junto con su legislación de desarrollo (Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación, en adelante, LODA) para las especies que, como la libertad sindical, cuentan con un desarrollo normativo propio. Ahora bien, ¿qué tipo de asociaciones son ajenas al ámbito de esta prohibición por no ser «reivindicativas»?; o visto desde una perspectiva positiva de ejercicio del derecho: ¿qué asociaciones, dentro del elenco de especies que tienen cabida en el derecho fundamental de asociación (deportivas, culturales, sociales, profesionales, religiosas, políticas, sindicales...) son accesibles para ser participadas por los militares? El legislador ordenancista parecía guiarnos en este punto, al excluir expresamente la posibilidad de afiliación a partidos políticos y sindicatos –que, por tanto, no serían a los efectos legales incardinables dentro del concepto jurídico indeterminado objeto de análisis–, y al reconocer expresamente, por otro, que «Los militares podrán pertenecer a otras asociaciones *legalmente autorizadas* de carácter religioso, cultural, deportivo o social»<sup>43</sup> (art. 181 párrafo 2º ROFAS), con lo que estas asociaciones no eran consideradas reivindicativas por expreso mandato legal –sin perjuicio de que debiera plantearse la duda acerca de qué significara esa *autorización legal*, dada la eficacia meramente declarativa de la inscripción regis-

---

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), 8.1 PIDESC y 11.1 CEDH.

<sup>41</sup> Las principales referencias bibliográficas sobre el mismo son las siguientes: E. Lucas Murillo de la Cueva: *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996; G. Fernández Farreres: *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987; J. M. Bilbao Ubillos: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1997 y J. González Pérez y G. Fernández Farreres: *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002.

<sup>42</sup> Como señaló el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 5/1996, de 16 de enero, FJ 6º: «El art. 22.1 C.E. reconoce el derecho de asociación sin referencia material alguna, de modo que este derecho se proyecta sobre la totalidad del fenómeno asociativo en sus muchas manifestaciones y modalidades (SSTC 67/1985, 23/1987 y 56/1995)».

<sup>43</sup> Las cursivas son nuestras.

tral de la asociación, *ex* artículo 22.3 CE<sup>44</sup>, y la plena libertad asociativa reconocida por el constituyente a los ciudadanos<sup>45</sup>–.

Llegados a este punto, seguía sin saberse qué era para el legislador una «asociación con finalidad reivindicativa». La interpretación histórica ayudaba a aclarar la *mens legislatoris*, pero al mismo tiempo enmarañaba aún más, si cabe, el problema apuntado, pues resultaba que esta prohibición se encontraría íntimamente ligada con la tradicional prohibición de las actividades asociativas proletarias (los incipientes movimientos obreros reivindicativos desarrollados antes de la consolidación de la libertad sindical como derecho del trabajador y especie separada del tronco común asociativo)<sup>46</sup> durante el siglo XIX<sup>47</sup>, que desde las incipientes coaliciones obreras, pasando por las sociedades de resistencia o defensa y las asocia-

---

<sup>44</sup> Atrás quedaron los debates abiertos sobre la eficacia declarativa o constitutiva del sistema de inscripción registral establecido por la Ley de Asociaciones de 1964, tras el advenimiento de la Constitución española, siendo unánime actualmente en la jurisprudencia (SSTS de 1 de octubre de 1979, de 23 de septiembre y de 4 de noviembre de 1981, por citar algunas de las más próximas temporalmente a la entrada en vigor de la Carta magna) la admisión de la eficacia declarativa *ex* artículo 22.3 de la Carta magna. Apoyan la tesis declarativa E. Lucas Morillo de la Cueva: *El derecho de asociación*, pp. 182-193, y J. A. Montilla Martos: «La inscripción registral de Asociaciones en la Constitución», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 92, Abril-Junio 1996, p. 178; la matiza G. Fernández Farres: *Asociaciones y Constitución...*, pp. 105-111, quien sostiene que el hecho asociativo es previo a cualquier registro o inscripción, pero que solamente la inscripción termina de dotar de personalidad jurídica diferenciada de la de sus asociados a la asociación. En su posterior obra sobre este tema junto a González Pérez *Derecho de Asociación...*, pp. 182-186 continúa criticando la redacción del artículo 22.3 CE, aunque ya admite la consolidación de esta jurisprudencia, asentada legalmente por el mandato contenido en el artículo 5.2 LODA.

<sup>45</sup> Conformado por las declaraciones de voluntad tanto de los miembros fundadores (en el pacto fundacional) como de los posteriores asociados (en el momento de su afiliación). La legislación orgánica de desarrollo ha solucionado el problema planteado por la doctrina ante el silencio de la Constitución al respecto, sobre el número mínimo de miembros necesarios para entender constituida una asociación [E. Lucas Murillo de la Cueva: *El derecho de asociación...*, pp. 122-124, sostenía que ante el silencio constitucional tan válida era una solución al estilo belga (bastando dos asociados) o la opción tradicional del Derecho romano y que el legislador vasco de asociaciones de 1988 recogió en su texto, que determinaba la necesidad de al menos tres asociados para entender la asociación válidamente constituida], exigiendo la LODA un mínimo de tres voluntades individuales (que en el caso del derecho de asociación profesional entendemos que deben corresponder a personas físicas) con lo que cualquier relación jurídica establecida entre dos personas deberá ser conducida al ámbito puramente negocial o contractual, pero no reconocida como ejercicio de este derecho fundamental.

<sup>46</sup> J. A. Ivorra Limorte: *Los orígenes del derecho de asociación laboral en España (1800-1869)*. Facultad de Derecho, Valencia, 1978, pp. 83 y 84; J. García Abellán: *Curso de Derecho Sindical* (2ª edición revisada y puesta al día), Universidad de Murcia, 1986, pp. 42.

<sup>47</sup> Así entienden esta vinculación de lo reivindicativo con lo sindical, por ejemplo, F. de Salas López y F. Laguna Sanquirico: «Las Reales Ordenanzas...», p. 135: «Las Ordenanzas, siguiendo en la línea de normas anteriores y después de analizar los resultados que han tenido países cercanos, optan por la prohibición total, incluyendo las manifestaciones

ciones, desembocan en los sindicatos de trabajadores ya en el siglo XX<sup>48</sup>. Por tanto, para el legislador ordenancista las «asociaciones con finalidad reivindicativa» serían asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 CE (y, por lo tanto, formalmente asociaciones y no sindicatos) que perseguirían la defensa de fines económicos, sociales o profesionales del militar: es decir, sindicatos del artículo 28.1 CE encubiertos bajo la máscara de asociaciones del artículo 22 CE. Por tanto, asociación reivindicativa sería toda asociación profesional de militares, al entenderse que los fines perseguidos por la misma son los de todo sindicato. Y por ello, si estaba vedada la libertad sindical para el uniformado, también lo debía estar esta otra vía de defensa de intereses profesionales.

Esta fue la posición mantenida por el Tribunal Supremo en el caso de la denegación de la inscripción en el Registro de Asociaciones del Ministerio de Defensa<sup>49</sup> de la modificación estatutaria de la Hermandad de Personal de las Fuerzas Armadas en situación de Reserva Transitoria, que se transformaba por la misma en Hermandad de Personal Militar en situación ajena al Servicio Activo. En la Sentencia de 30 de junio de 1997 (Secc. 7<sup>a</sup>), que resolvió el recurso de casación interpuesto por la asociación frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional que conoció del primigenio recurso contencioso-administrativo, el alto Tribunal aclaraba el sentido de lo que debía entenderse por «asociaciones con finalidad reivindicativa», negando que estas controvertidas asociaciones pudieran ser consideradas ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 22 CE, e insertándolas como ejercicio de la libertad sindical reconocida por el artículo 28.1 CE, «[...] ya que debe entenderse que el artículo 28 no sólo permite la prohibición de los sindicatos militares en sentido formal, sino también cualquier tipo de asociación que por su naturaleza y fines pueda encuadrarse en un concepto sustantivo y material de sindicato, caracterizado por la índole de los intereses que protege, que es lo que aquí sucede al asumir la Hermandad recurrente la defensa de intereses económicos y sociales [...] Si, por el contrario, se entendiera que el artículo 28 de la Constitu-

---

de carácter reivindicativo, que en muchas ocasiones son la forma encubierta de una organización sindical».

<sup>48</sup> Una descripción pormenorizada de estas formas de organización y defensa de los intereses obreros puede encontrarse en J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical* (2<sup>a</sup> edición), Comares, Granada, 2006, pp. 12-15.

<sup>49</sup> Por resolución de 21 de marzo de 1991 de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior adoptada por delegación del ministro, confirmada por este en reposición el 30 de diciembre de 1991. Esta resolución fue objeto de un primer recurso contencioso-administrativo, rechazado por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Secc. 1<sup>a</sup>) de 26 de septiembre de 1992.

ción sólo permite excluir del ámbito de las Fuerzas Armadas la acción de sindicatos formalmente constituidos como tales, se propiciaría un fraude que, según señala la sentencia recurrida, sería no tanto de Ley como de la propia Constitución, pues al amparo de la automaticidad del artículo 22.3 de la Constitución, bastaría a una asociación rehuir la denominación de sindical para soslayar la previsión del artículo 28.1 del mismo Texto Constitucional, en relación con el artículo 1.3 de la LOLS y poder desarrollar una acción que puede ser tan perturbadora para la disciplina de los Ejércitos como la que pudiera desarrollar cualquier sindicato» (FJ 6º). «Asociación con finalidad reivindicativa» sería, por tanto, toda asociación profesional de militares, toda asociación militar constituida conforme a las exigencias del artículo 22 CE que utilice dicha forma asociativa para ejercer actividades prohibidas como son la defensa o «reivindicación» de intereses profesionales, al estilo de las planteadas por las históricas Juntas de Defensa<sup>50</sup>.

El Tribunal Supremo soslayaba en su interpretación la diferencia principal que existe en el genérico derecho fundamental de asociación y su manifestación de «especial relevancia constitucional» que es la libertad sindical, que no se encuentra en los fines perseguidos por la concreta organización establecida por los asociados<sup>51</sup>, sino en los privilegiados medios de presión laboral de que disfruta el sindicato frente al resto de especies asociativas (desde asociaciones empresariales hasta partidos políticos<sup>52</sup>, pasando por el resto de manifestaciones del derecho de asociación). Esta confusión puede venir derivada del seguimiento de algunos planteamien-

---

<sup>50</sup> El uso de la expresión «reivindicaciones» se encuentra ya en el Manifiesto del 12 de junio de 1917 de la Junta Central de Suboficiales, Brigadas y Sargentos: «... si, lo que no esperamos, los hechos vinieran con el tiempo a convencernos de lo fallido de estas esperanzas, roto en adelante el lazo de nuestro afecto, habrá llegado el amargo momento de pensar y de *creer* que nuestros jefes y nuestros oficiales iban a ser el primer muro de contención que tendríamos que allanar, cuando a su vez sonase para nosotros la hora solemne de las suspiradas reivindicaciones», como señala C. P. Boyd: *La política pretoriana...*, p. 103. Las cursivas se encuentran en el original.

<sup>51</sup> Toda asociación precisa de un fin asociativo que actúe como *leit motiv*, justificando su creación y dirigiendo posteriormente sus actividades, siendo sustancialmente distinto para algunas asociativa. El artículo 1.3 LODA delimita algunas de ellas, y las excluye de la aplicación del régimen general establecido por la Ley remitiéndolas a su normativa específica: «Se regirán por su legislación específica los partidos políticos, los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios; así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales».

<sup>52</sup> Los cuales también son considerados por el Tribunal Constitucional como asociaciones de «especial relevancia constitucional», como reconoce, por ejemplo, la STC 85/1986, de 25 de junio.

tos esbozados por la doctrina laboralista, en la que algunos autores<sup>53</sup> destacan como diferencia entre los derechos de asociación y de sindicación el fin lucrativo indirecto de este último, así como los objetivos propios y específicos con los que el artículo 7 CE caracteriza a los sindicatos, mientras otros<sup>54</sup> centran la diferencia en un triple factor: en primer lugar, la distinta composición y origen del sindicato, que está compuesto por trabajadores (a pesar de que la Constitución le reconoce el derecho a «todos», trabajadores o no), por la «clase obrera», y tiene su origen en la posición de debilidad de la misma frente al empresariado; en segundo lugar, en su distinta naturaleza, pues solamente pueden conceptuarse como sindicatos las organizaciones de trabajadores asalariados (debiendo integrarse dentro de las asociaciones profesionales todas las demás formas de defensa de intereses colectivos)<sup>55</sup>; por último, también difieren en los fines, porque el sindicato tiene como objetivo la defensa de las condiciones de trabajo, de vida y los intereses profesionales de los trabajadores, frente a los objetivos no directamente reivindicativos de otras formas asociativas. Siguiendo estos planteamientos, la Sala III del Tribunal Supremo en la referida sentencia equiparaba la asociación profesional con el sindicato, considerando, como se hace en el Derecho francés<sup>56</sup>, que la forma de la organización colectiva es indiferente, puesto que la prohibición legal desarrollada por el artícu-

---

<sup>53</sup> M. Rodríguez Piñero (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Tecnos Madrid, 1986, p. 40. E. de la Villa Gil, G. García Becedas e I. García-Perrote Escarpín: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, p. 324, consideran, citando a Sagardoy, que también se diferencia al sindicato del partido político debido al carácter sociopolítico de sus reivindicaciones, así como al diferente componente humano de ambas organizaciones: mientras que el partido se caracteriza por la heterogeneidad, tratando de aglutinar a una pluralidad de personas pertenecientes a diferentes estratos sociales en torno a un objetivo político unitario, el sindicato se caracteriza por la homogeneidad de su composición, por su sentido de clase.

<sup>54</sup> A. Martín Valverde, F. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y J. García Murcia: *Derecho del Trabajo* (10ª edición), Tecnos, Madrid, 2001, pp. 249 y 250.

<sup>55</sup> Según E. de la Villa Gil, G. García Becedas e I. García-Perrote Escarpín, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, p. 323, «[...] el Tribunal Constitucional parece optar por una noción estricta del sindicato en virtud del cual el art. 7 CE no estaría refiriéndose a cualquier organización de los trabajadores “que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de aquéllos” (ex art. 10 Conv. 87 OIT), ni dejando a estos la iniciativa de decidir cuál será su estructura más adecuada, sino identificando jurídicamente una particular forma organizativa cual es la asociativa (sindicato-asociación)».

<sup>56</sup> La vinculación entre libertad sindical y asociación profesional vuelve a ser una nueva influencia (negativa) del Derecho francés, en la que el sindicato sería una asociación más, caracterizada por los fines que persigue. El artículo 2 de la Ley de 21 de marzo de 1884, que regula por primera vez este derecho, define al sindicato por sus fines: «el estudio y la defensa de los intereses profesionales». En el mismo sentido se manifiesta C.-A. Colliard: *Les libertés publiques*, p. 800: «La libertad sindical significa, en primer lugar, la facultad reconocida por la ley de constituir una asociación profesional o de afiliarse a ella».

lo 1.3 LOLS se dirige a prohibir unos fines determinados: la defensa de los intereses profesionales de los militares.

Sin embargo, la STC 219/2001, de 31 de octubre, rectificó la errónea postura mantenida por el Tribunal Supremo, afirmando una de sus posiciones más asentadas en materia sindical: la de la integración dentro del contenido esencial de este derecho fundamental de los llamados medios de acción sindical. Sobre este pilar basó el Tribunal Constitucional la diferencia entre un sindicato de trabajadores y una asociación profesional de militares, que no se encuentra en el carácter reivindicativo de los intereses que cada una de estas organizaciones defiende —que vienen a ser en ambos casos los mismos: la defensa socioeconómica (llámese, si se prefiere, profesional) de sus afiliados frente al empresario-Administración que los emplea—, sino que estriba en los reforzados medios de acción que se integran dentro del contenido esencial de la libertad sindical (posición sostenida explícitamente desde la temprana STC 70/1982, de 29 de noviembre<sup>57</sup>, que supuso uno de los primeros hitos de la jurisprudencia extensiva del contenido esencial de la libertad sindical<sup>58</sup>), por la posición de debilidad en la que el trabajador por cuenta ajena se encuentra frente a su patrono, y que son puestos a disposición de los sindicatos para la defensa de los intereses de los trabajadores (en concreto, el derecho fundamental de huelga y los derechos constitucionales de negociación colectiva y de conflicto colectivo), medios completamente inidóneos dentro de la relación de sujeción especial que une al militar con la Administración General del Estado.

El Tribunal Constitucional, por tanto, enmarca este derecho de asociación profesional militar en el seno del derecho fundamental de asociación, desechando la posibilidad de que el ejercicio del mismo pueda ser considerado como ejercicio de la libertad sindical —a pesar de que los fines perseguidos puedan ser idénticos—, pues «[...] nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económi-

---

<sup>57</sup> FJ 3º: «Por ello, hay que entender que el derecho que reconoce el art. 28 CE es el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñan el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores reconoce el art. 7 CE de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores. De aquí se desprende que su función no es únicamente la de representar a sus miembros a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado. Cuando la Constitución y la ley les invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *uti singulis* sean de necesario ejercicio colectivo. Por eso, ya reconoció la STC 8 Abr. 1981 que los derechos de huelga y de declaración de conflicto colectivo, de titularidad individual y de ejercicio colectivo pueden ser hechos efectivos por los grupos de trabajadores y por los sindicatos en cuanto medio de participación de los trabajadores como conjunto».

<sup>58</sup> Y que ha sido consagrada legislativamente por el artículo 2.2 LOLS.



cos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del art. 28.1 CE»<sup>59</sup>.

### III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN PROFESIONAL

#### A) SU REGULACIÓN EN LA GUARDIA CIVIL

El BOE del 23 de octubre de 2007 publicó la primera normativa en la historia de la Guardia Civil específicamente dedicada a regular los derechos de sus miembros, la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, de Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil (LODDGC), que presenta como más destacada novedad la regulación legal del derecho de asociación profesional militar en la Benemérita. La nueva norma, partiendo de la confirmación de la naturaleza militar del Cuerpo<sup>60</sup>, se estructura en dos partes diferenciadas: por un lado, lo que puede definirse como el Estatuto profesional de los guardias civiles (Títulos II a V, arts. 2 a 35) y, por el otro, el régimen jurídico del asociacionismo profesional (Títulos VI y VII, arts 36 a 57).

En lo que hace al ejercicio del derecho fundamental de asociación dedica la LODDGC su artículo 9 a detallar los términos en que podrá ser ejercido, destacando que el mismo se reconoce libre «de conformidad con lo previsto en los artículos 22 y 104.2 de la Constitución [...]» (art. 9.1). Clasifica la LODDGC las modalidades de ejercicio del derecho de asociación permisibles a los guardias civiles en dos categorías: por un lado, aquellas que por su carácter genérico nada que tengan que ver con el ejercicio profesional, que quedarán amparadas por lo dispuesto en este artículo y por las normas generales de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación (LODA); y por otro, las asociaciones profesionales del Cuerpo, que seguirán el régimen jurídico inaugurado por la Ley –siendo supletoria la normativa general de la LODA–proscribiendo en ambos supuestos cualquier tipo de conexión (directa o indirecta) de estas asociaciones con partidos políticos o sindicatos, o con las actividades de los mismos (art. 9.5).

<sup>59</sup> STC 219/2001, de 31 de octubre, FJ 10º.

<sup>60</sup> Desde su mismo Preámbulo zanja la polémica existente acerca de la naturaleza del Cuerpo, optando por confirmar su naturaleza militar, reafirmada en su articulado por la expresa declaración realizada al respecto en el artículo 1.1 *in fine*: «[...] con las particularidades derivadas de su carácter de Instituto Armado de naturaleza militar».

La gran novedad de la LODDGC es, por tanto, la regulación del asociacionismo profesional reconocido a los guardias civiles, como militares que son, por la STC 219/2001, dedicando al mismo su Título VI (arts. 36 a 51). Esta regulación no es otra cosa que un intento de dar cauce al incipiente movimiento asociativo *parasindical* injertado en el seno de la Benemérita, y su objetivo no es otro que excluir cualquier conexión de los miembros del Cuerpo con actividades sindicales. La LODDGC entiende por «asociación profesional» aquella de ámbito estatal, formada exclusivamente por guardias civiles, sin ánimo de lucro<sup>61</sup>, y que tenga por finalidad «[...] la satisfacción de los intereses sociales, económicos y profesionales de sus asociados y la realización de actividades sociales que favorezcan la eficiencia en el ejercicio de la profesión y la deontología profesional de sus miembros» (art. 36). Introduce la LODDGC alguna matización a la jurisprudencia constitucional que en materia de derecho fundamental de asociación se ha ido

---

<sup>61</sup> Debe tenerse en cuenta que la referencia a intereses económicos no supone que las asociaciones profesionales puedan tener fines lucrativos, pues es la ausencia de ánimo de lucro (art. 1.2 LODA) lo que distingue a las asociaciones del artículo 22 CE de una sociedad civil o mercantil. E. Lucas Murillo de la Cueva: *El derecho de asociación*, pp. 126-134, admite el criterio tradicional de la legislación española (leyes de 1887 y 1964) de diferenciar asociación de sociedad civil o mercantil sobre la base del ánimo de lucro o de distribución de ganancias presentes en estas últimas, aunque opina, siguiendo la doctrina mercantilista y civilista –que niega que toda sociedad mercantil se distinga por el ánimo de lucro o que toda sociedad civil se distinga por el objeto público (asociación y corporación) o privado (sociedad) que describen los artículos 35 y 36 del Código Civil–, que la raíz de la diferencia no es tal, sino el interés económico y el intercambio de productos, bienes o servicios, que persigue la sociedad, ya que en la asociación también pueden presentarse, tangencialmente, intereses económicos. Por su parte G. Fernández Farreres: *Asociaciones y Constitución*, pp. 159-174, aunque mantiene una postura discrepante respecto a la diferenciación asociación-sociedad sobre la base del lucro («El fin altruista *versus* fin lucrativo, no me parece, sin embargo, que pueda configurarse como un criterio definitivo de diferenciación entre asociaciones y sociedades, sobre todo por la indefinición misma del concepto “fin altruista”», *ibidem*, nota 19, p. 165), acaba admitiendo que legislación y jurisprudencia se remiten al fin lucrativo como frontera infranqueable entre ambos supuestos. En su posterior obra de 2002 junto con González Pérez sobre la LODA mantiene las dudas planteadas en 1987 [«El sentido y finalidad de la distinción (fin lucrativo-fin altruista) parece, en definitiva, suficientemente clarificado. Desde la perspectiva civilista, interés público viene a equivaler a falta de ánimo de lucro, aunque no por ello deba negarse a las asociaciones toda posibilidad de realizar o desarrollar actividades de carácter económico. Una conclusión –se ha dicho– que queda reafirmada a la vista del propio artículo 22 CE, pues “de acuerdo con (dicho artículo) parece preferible entender que las asociaciones sólo pueden constituirse para alcanzar unos fines de interés público, aunque aquí el concepto de interés público deba entenderse en sentido lato»], aunque admite sin ambages que el elemento lucrativo es el criterio delimitador: «Y ese fin de lucro, con las precisiones efectuadas anteriormente, es propio y característico de las entidades regidas por las disposiciones relativas al contrato de sociedad (sociedades civiles y mercantiles en sus diversas formas)» (en J. González Pérez y G. Fernández Farreres: *Derecho de Asociación...*, pp. 65 y 75 respectivamente).

consolidando a lo largo del tiempo, en concreto respecto a la posibilidad de que la suma de voluntades precisas para consolidar el pacto asociativo y originar la persona jurídica en que toda asociación consiste puedan participar personas jurídicas<sup>62</sup>. Por ello, solamente podrán ser miembros de estas organizaciones los guardias civiles que se encuentren en alguna de las situaciones en que se conserven los derechos y obligaciones inherentes a la condición (por tanto, en servicio activo o en reserva), quedando excluidos los que se encuentren en el resto de situaciones administrativas, así como los alumnos de centros docentes por no ostentar todavía la condición de guardia civil, pudiendo estar afiliados exclusivamente a una sola asociación profesional (art. 39 LODDGC), limitación esta que parece heredada del régimen sindical del Cuerpo Nacional de Policía establecido por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCS)<sup>63</sup>, ejemplo de sindicato nacional y de «oficio»<sup>64</sup>.

El ejercicio del derecho se ve constreñido por dos límites (art. 40 LODDGC): no puede entorpecer el cumplimiento de las funciones que en materia de protección de la seguridad ciudadana la Guardia Civil tiene asignadas y no debe vulnerar los principios de actuación fijados por la LOFCS<sup>65</sup>. Además, se deslinda cualquier veleidad sindical a las asocia-

---

<sup>62</sup> Exige el artículo 5.1 LODA un mínimo de tres voluntades individuales (con independencia de que pertenezcan a personas físicas o jurídicas, siempre que estén legalmente constituidas) para entender constituida la asociación, con lo que cualquier relación jurídica establecida entre dos personas deberá ser reconducida al ámbito puramente negocial o contractual, pero no reconocida como ejercicio de este derecho fundamental.

<sup>63</sup> Y que J. Barcelona Llop: *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 163, considera una asimilación del establecido en Italia en 1981 para la *Polizia di Stato*.

<sup>64</sup> Entendiendo por tal al sindicato que agrupa a todos aquellos que trabajan en la misma actividad. M. Alonso Olea y M<sup>a</sup> E. Casas Baamonde: *Derecho del Trabajo* (20<sup>a</sup> edición revisada), Civitas, Madrid, 2002, p. 570.

<sup>65</sup> Contenidos en su artículo 5: «Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes: 1. Adecuación al ordenamiento jurídico, especialmente: a) Ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. b) Actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta neutralidad política e imparcialidad y, en consecuencia, sin discriminación alguna por razón de raza, religión u opinión. c) Actuar con integridad y dignidad. En particular, deberán abstenerse de todo acto de corrupción y oponerse a él resueltamente. d) Sujetarse en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes. e) Colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley. 2. Relaciones con la comunidad. Singularmente: a) Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral. b) Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello. En todas sus intervenciones, proporcionarán

ciones profesionales de guardias civiles, siendo excluido expresamente por el artículo 41 LODDGC (en consonancia con la obligación de neutralidad sindical establecida en el artículo 18.2 LODDGC) el ejercicio de los derechos de acción sindical (la huelga, la negociación colectiva y el conflicto colectivo) que forman parte del contenido esencial del derecho de sindicación.

De lo hasta ahora visto, y a la luz de la faceta positiva del derecho fundamental de asociación<sup>66</sup> –es decir de la libertad de toda persona, y del militar como tal, de elegir la asociación profesional que desee para ejercer su derecho<sup>67</sup>– que integra el contenido esencial del derecho, se plantean

---

información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas. c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior. 3. Tratamiento de detenidos, especialmente: a) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán identificarse debidamente como tales en el momento de efectuar una detención. b) Velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas. c) Darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, cuando se proceda a la detención de una persona. 4. Dedicación profesional. Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana. 5. Secreto profesional. Deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones. No estarán obligados a revelar las fuentes de información, salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera. 6. Responsabilidad. Son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas».

<sup>66</sup> STC 67/1985, de 24 de mayo, FJ 3º A): «De acuerdo con el art. 10.2 CE, las normas relativas al derecho de asociación han de ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España. Este criterio interpretativo permite afirmar que el derecho de asociación comprende tanto la libertad positiva como la negativa de no asociarse».

<sup>67</sup> Esta faceta venía expresamente reconocida en artículo 20. 1 DUDH, y fue recogida por el artículo 11.1 CEDH, siendo objeto de reiterada jurisprudencia del TEDH, sobre todo en materia de afiliación a partidos políticos. Así, SSTEDH de 30 de enero de 1998, *caso Partido Comunista Unificado contra Turquía*; de 25 de mayo de 1998, *caso Partido Socialista contra Turquía*, de 8 de diciembre de 1999, *caso Partido de la Libertad y de la Democracia contra Turquía*. La más emblemática de estas sentencias la constituye el *caso Vogt*, STEDH de 26 de septiembre de 1995, que reintegró a una profesora alemana que había sido

diversas cuestiones. La primera versa sobre si la libertad de elección de asociación supone el automático ingreso de cualquier ciudadano (en este caso, cualquier guardia civil) en cualquier asociación, cumpliendo los requisitos mínimos exigidos para el acceso por los Estatutos de la misma. La contestación a esta pregunta debe ser negativa, ya que de aceptarse esa automaticidad en la afiliación se estarían vulnerando el derecho de libre asociación del resto de asociados, que quedarían excluidos de dar su consentimiento a la idoneidad o no del nuevo socio<sup>68</sup>, al contrario de lo que ocurre para los colegios profesionales, en los que la colegiación determina la habilitación para prestar las labores propias de dichas profesiones, por lo que no cabe en ellas el rechazo a la afiliación, pues sería discriminatorio y, por ello, contrario al artículo 14 CE –salvo que el rechazo de la colegiación se sustente en el no cumplimiento de los requisitos objetivos para la admisión del nuevo colegiado<sup>69</sup>–.

La segunda cuestión afecta al derecho a permanecer en la asociación ante la adopción por los órganos estatutariamente competentes de medidas disciplinarias de expulsión. El Tribunal Constitucional ha reconocido un control formal de dichas medidas, que alcanzaría al respeto a los derechos fundamentales del asociado<sup>70</sup>, a las formas del procedimiento y a la competencia de los órganos encargados de adoptar la medida. Si el perjuicio que la expulsión causa al socio llega a considerarse «significativo», se re-

---

expulsada de la función pública por pertenecer al Partido Comunista Alemán. Respecto de la faceta negativa del derecho fundamental de asociación, reconocida expresamente por el artículo 20.2 DUDH, la jurisprudencia del TEDH ha versado fundamentalmente sobre la imposibilidad de obligar a la afiliación obligatoria a sindicatos para ejercer determinadas profesiones, siendo algunas de las sentencias más destacadas las SSTEDH de 13 de agosto de 1981, *caso Young, James y Webster contra el Reino Unido de la Gran Bretaña*, y la de 30 de junio de 1993, *caso FRAMI contra Islandia*.

<sup>68</sup> J. M. Bilbao Ubillos: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, p. 23.

<sup>69</sup> ¿Existe un derecho de admisión a sindicatos? ¿Puede un sindicato negar la afiliación a futuros asociados? Esta polémica ha sido resuelta en favor de la libertad de afiliación de cualquier trabajador al sindicato de su elección por algún órgano jurisdiccional (Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Valladolid, de 9 de septiembre de 1991) siendo rechazada por parte de la doctrina por considerar que esta interpretación vulnera el derecho del resto de sindicados a decidir con quienes quieren estar asociados en defensa de sus intereses laborales y sociales. Trataba el caso de la integración de dos trabajadores procedentes de un sindicato de calificación política conservadora (FNT) en la UGT (de adscripción socialista), organización que negó la afiliación de los mismos por razones ideológicas. El Juzgado resolvió a favor de los trabajadores, concediéndoles la cualidad de afiliados. J. M. Bilbao Ubillos (*Libertad de asociación y derechos de los socios*, pp. 173 y 174) relata con minuciosidad este debate y las posiciones existentes al respecto.

<sup>70</sup> STC 218/1988, de 22 de noviembre.

conoce por el Tribunal Constitucional la posibilidad de realizar un examen de fondo de la resolución cuestionada (STC 96/1994, de 21 de marzo)<sup>71</sup>.

La libertad asociativa profesional va a ser contemplada por la LODDGC no solo en la doble vertiente positiva-negativa, sino también en el doble aspecto individual-colectivo, ya consagrado por el Tribunal Constitucional en materia sindical. Así, junto a estos derechos del guardia civil asociado profesionalmente, la asociación en sí va a disfrutar de otros –algunos pendientes en su concreción de un futuro desarrollo reglamentario–, entre los que se encuentran (art. 38 LODDGC): realizar propuestas y dirigir peticiones relacionadas con sus fines a las autoridades competentes en los términos que reglamentariamente se establezcan; asesoramiento, apoyo y asistencia a sus asociados, así como representación legítima de los mismos ante los órganos de la Administración en las materias que afecten a la profesión, salvo que esta representación esté expresamente excluida<sup>72</sup>; promoción de candidaturas a las elecciones al Consejo de la Guardia Civil o de otros órganos en que su participación se prevea.

También se va a reconocer el derecho a disponer de un tablón de anuncios en los centros de trabajo para difundir información de las asociaciones (art. 46 LODDGC), así como a convocar y celebrar reuniones en centros oficiales del Cuerpo para desarrollar el ejercicio del derecho, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar el servicio, previa solicitud por escrito al jefe del centro con una antelación de setenta y dos horas, concretando lugar, fecha y hora, orden del día y datos de los convocantes que acrediten su representatividad asociativa, siendo estos responsables del desarrollo de la reunión. El jefe del centro podrá denegar la autorización cuando considere que el servicio puede verse afectado. Se establece un silencio administrativo positivo de esta solicitud, considerándose que si en las veinticuatro horas anteriores a la reunión el jefe del centro no ha contestado la misma puede celebrarse sin ulterior requisito (art. 47 LODDGC).

La representación asociativa solamente va a ser reconocida a los guardias civiles en servicio activo (art. 42 LODDGC) que sean designados según lo establecido en los estatutos por la respectiva asociación profesional,

---

<sup>71</sup> El Tribunal Supremo (STS de 2 de febrero de 1996) sí reconoce en todo caso el control material de la resolución, que alcanzaría a los hechos imputados, a la fundamentación jurídica de la misma y a la proporcionalidad de la sanción adoptada. En este sentido se posiciona también parte de la doctrina. Así, J. M. Bilbao Ubillos: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, cit., págs. 82 y ss.

<sup>72</sup> Queda excluido el ejercicio de acciones disciplinarias en representación de la Asociación, por excluirse la representación en el régimen disciplinario de la Guardia Civil y por estar obligado todo miembro del Cuerpo a dar parte de las acciones antidisciplinarias de que tuviere conocimiento.

produciendo efectos la designación a partir del día siguiente de su inscripción en el Registro de Asociaciones Profesionales del Ministerio del Interior, con lo que se deduce que el paso a cualquier situación administrativa distinta supone, *ipso iure*, la pérdida de esta condición. Sin embargo, es usual observar como en reiteradas ruedas de prensa, antiguos miembros del Cuerpo que ya no ostentan la condición profesional se presentan como cargos de una asociación profesional realizando quejas y reclamaciones, y a veces ataques *ad hominem* contra determinados mandos de la Bene-mérita, que una vez exceden del ámbito competencial reconocido a las asociaciones a las que dicen representar, y otras adolecen de las mínimas normas de respeto que deben imperar entre militares<sup>73</sup>.

Se va a implantar, heredado del régimen sindical común, el concepto de representatividad asociativa, considerándose como asociaciones profesionales representativas a aquellas que obtengan un miembro en el Consejo de la Guardia Civil o un diez por ciento de los votos en las elecciones al mismo al menos en dos de las escalas en que el Cuerpo se estructura a efectos electorales (art. 43 LODDGC). Estas asociaciones gozan de un *plus* de protección jurídica sobre el resto, ya que sus derechos básicos van a verse incrementados con los reconocidos por el artículo 44 LODDGC: derecho a ser informadas y consultadas en la elaboración de proyectos normativos que afecten a la condición profesional de los guardias civiles; posibilidad de participación en los grupos de trabajo o comisiones que se constituyan para tratar sobre aspectos profesionales; posibilidad de formular propuestas, elevar informes, dirigir peticiones y formular quejas a las autoridades competentes.

Los representantes de estas asociaciones representativas también van a gozar de un estatus privilegiado (art. 45 LODDGC), que ha de ser objeto de desarrollo reglamentario, y en el que se va a integrar tanto el derecho de acceso a los acuartelamientos del Cuerpo para desarrollar su labor asociativa (previa comunicación al jefe de unidad y sin menoscabo del desarrollo normal de las actividades y servicios del mismo), como el reconocimiento de un derecho a disponer de tiempo (horas mensuales y permisos no retribuidos) para desarrollar su actividad, aunque este derecho solamente es reconocido para los representantes de asociaciones que dispongan de miembros en el Consejo de la Guardia Civil.

---

<sup>73</sup> Caso paradigmático es el de una carta enviada por un antiguo guardia civil (que se presentaba a sí mismo como secretario de organización provincial de una asociación profesional) a un coronel jefe de Comandancia, en la que se dirigía al mismo tuteándole y llamándole compañero, como si hubieran sufrido ambos las mismas penalidades y hubieran salido ambos de la misma promoción de la Academia General Militar.

Respecto al régimen de constitución e inscripción de las asociaciones profesionales (arts. 48 a 51 LODDGC), la regulación es muy parca<sup>74</sup>, aplicándose por ello supletoriamente la LODA por disposición expresa del artículo 9.3 LODDGC y de la disposición final segunda LODA. Como en el caso de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (LOPP), parece establecerse un sistema de inscripción constitutiva<sup>75</sup>, que iría en contra del sistema constitucionalmente establecido de inscripción declarativa (art. 22.3 CE) seguido por el artículo 10.1 LODA<sup>76</sup>. Aunque parece inconstitucional que una especie asociativa del artículo 22 CE, como es el asociacionismo profesional de la Guardia Civil, tenga un régimen distinto y más restrictivo que el constitucionalmente establecido, ya se vio como el sistema instaurado por la LOPP fue validado por la STC 48/2003, de 12 de marzo<sup>77</sup>. Sea como fuere, la LODDGC establece un plazo para esta inscripción de tres meses, tras los cuales el silencio de la Administración debe considerarse positivo y la asociación válidamente constituida (art. 48.4 LODDGC). Destaca también la introducción de un apartado específico, desconocido tanto en la LODA como en la LOPP<sup>78</sup>, en el que se detallan las causas por las que podrá denegarse la inscripción en el Registro de Asociaciones Profesionales del Ministerio del Interior, que sucintamente son: el incumplimiento de las condiciones de su composición establecidas en el artículo 39 LODDGC; el incumplimiento por los Estatutos de los requisitos exigidos por el artículo 49 LODDGC; y cualquiera de los supuestos previstos en la LODA<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> Se refiere exclusivamente a la validez de la inscripción registral y su procedimiento y requisitos (art. 48), al contenido de los estatutos (art. 49), la responsabilidad de la asociación por los actos de sus órganos estatutarios o por los de sus representantes (art. 50) y la suspensión y disolución de las asociaciones conforme al régimen general previsto en la LODA (art. 51)

<sup>75</sup> Así lo confirma el apartado 2º de la propia Orden INT/3939/2007, de 28 de diciembre.

<sup>76</sup> Véase al respecto la nota 44.

<sup>77</sup> FJ 20º: «[...] hemos de partir de la idea de que la *ratio* de la prohibición de que el registro sirva a otros efectos que los de la publicidad reside en la tutela de la libertad de creación de asociaciones y partidos, con la que ninguna relación guarda el hecho de que se adquiera o no la personalidad jurídica. Por lo tanto, el legislador es libre de asociar o no el nacimiento de la personalidad jurídica a la inscripción en el Registro sin que del artículo 22.3 derive ningún impedimento para ello».

<sup>78</sup> La LODA (art. 24) contempla la posibilidad de denegar la inscripción de una asociación, aunque sin citar específicamente causa alguna; la LOPP (art. 5) refiere el control formal de defectos subsanables, así como el examen de legalidad previo a instar de la Fiscalía las acciones para su ilegalización pero, nuevamente, sin hacer referencia expresa a las circunstancias que lo motiven, que se reflejan a lo largo del texto.

<sup>79</sup> El artículo 24 LODA establece una causa genérica: procederá la denegación de la inscripción cuando no se cumplan cualquiera de los requisitos exigidos por la LODA.



B) EL RÉGIMEN JURÍDICO DE EJERCICIO POR LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

El 28 de julio de 2011 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el texto de la LODDFAS, que a pesar de la amplitud de su título, viene a ser la Ley Orgánica que desarrolla el derecho de asociación profesional de los militares de las Fuerzas Armadas, como reconocieron sin ambages tanto los comparecientes como los miembros de la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados, en las sesiones de esta última celebradas los días 9 y 10 de febrero de 2011.

La LODDFAS parte de un principio fundamental, que ya reconocía el artículo 169 LROFAS<sup>80</sup>: el de la plena titularidad de los derechos fundamentales y libertades públicas por el militar. Pero introduce, quizá fruto de una mala conciencia por la irregular fórmula utilizada para limitar y excepcionar, durante toda nuestra democracia, algunos derechos y libertades a los uniformados, una referencia expresa al necesario respeto al «límite de los límites» que el contenido esencial de los derechos fundamentales consagrado por el artículo 53.1 CE supone<sup>81</sup>, y a la precisa ponderación en la imposición de límites a aquellos que el juicio de proporcionalidad utilizado en materia de limitación de derechos fundamentales por la jurisprudencia constitucional exige (Exposición de Motivos I). Sin embargo, esta declaración de intenciones presenta, en nuestra opinión, una doble quiebra: por un lado, no es transcrita literalmente al articulado (art. 3), aunque esto quizá se trate de una mera cuestión de estilo en la que el legislador da por asumida la eficacia del artículo 53.1 CE y del juicio de proporcionalidad esgrimido por el Tribunal Constitucional como criterio de valoración de las intromisiones en el ejercicio de los derechos fundamentales *también* en el ámbito militar; por otro, obvia aludir a una realidad que se presenta como persistente en el régimen estatutario de los militares y que es desconocida respecto del resto de colectivos profesionales, y que no es otra que la existencia de una categoría jurídica nueva, que excede y rebasa el espectro de facultades de limitación del contenido del derecho fundamental reconoci-

---

<sup>80</sup> Artículo derogado, junto con el resto de la LROFAS que no lo había sido por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, por la Disposición Derogatoria única LODDFAS.

<sup>81</sup> En nuestra opinión, la mejor exposición del funcionamiento del contenido esencial de los derechos fundamentales como «límite de los límites» a los derechos fundamentales y libertades públicas es la realizada por I. de Otto y Pardo en L. Martín-Retortillo e I. de Otto y Pardo: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp.125-150.

das al legislador orgánico al desarrollar un derecho o libertad<sup>82</sup> tanto por el artículo 81.1 CE como por la jurisprudencia constitucional, como es la completa excepción, la prohibición absoluta de ejercicio de algunos derechos fundamentales cuya titularidad es reconocida<sup>83</sup> al militar por la Carta magna<sup>84</sup>, y en concreto del derecho fundamental de asociación política<sup>85</sup> (art. 7.1)<sup>86</sup>.

La LODDFAS dedica su artículo 14 a regular el ejercicio del derecho fundamental de asociación, asumiendo como principio vertebrador del mismo la exclusión del asociacionismo político y sindical (recogido por el art. 7 LODDFAS y reiterado en este artículo 14 en su apartado 3º), y estableciendo la sumisión al régimen general de la LODA para el resto de manifestaciones asociativas, salvo para la variante profesional que queda sujeta al régimen jurídico establecido por el Título III LODDFAS y al que se aplica solo supletoriamente la LODA (en concreto, para las cuestiones relatadas en el art. 37.2 LODDFAS). Este derecho de asociación profesional es reconocido para la «promoción y defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales de sus asociados» (art. 33.1 LODDFAS) y se permite que pueda ser ejercido para «realizar actividades sociales que favorezcan el ejercicio de la profesión, la deontología militar y la difusión de la cultura de seguridad y defensa», prohibiéndose que interfieran «en las decisiones de política de seguridad y defensa, en

---

<sup>82</sup> Aunque como muy bien apuntaba I. de Otto Pardo: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (2ª edición, 2ª reimpresión), Ariel, Barcelona, 1991, p. 117, «[...] es obvio que lo que se desarrolla no es el derecho a [sic] la libertad, sino la norma que lo reconoce. Lo que el art. 81.1 encomienda a la ley orgánica no es regular el derecho, sino desarrollar la norma constitucional [...]»

<sup>83</sup> El constituyente reflejó expresamente en el texto constitucional, dada la gravedad de la operación jurídica que en democracia suponen la privación completa del ejercicio de un derecho fundamental, los supuestos en que el ejercicio de uno de ellos quedaba radicalmente excluido, siendo reflejo de ellos la prohibición de asociación política y sindical que padecen los jueces, magistrados y fiscales en activo (art. 127.1 CE), extensible a los magistrados del Tribunal Constitucional por mor del artículo 159.4 CE, en ambos casos por la especial importancia de la función jurisdiccional que encarnan o que colaboran a impartir.

<sup>84</sup> J. J. Herbón Costas: *Los derechos de asociación política y sindicación...*, pp. 97-153.

<sup>85</sup> Sobre el que varios de los comparecientes ante la Comisión de Defensa propugnaron su permisión en lo referente a la mera afiliación al partido político, quedando excluido solamente el activismo partidista.

<sup>86</sup> Debe advertirse que el TEDH se pronunció en su STEDH de 25 de mayo de 1999, *caso Rekvényi contra Hungría*, sobre la legitimidad de la excepción del derecho de asociación política de ciertos funcionarios públicos, en este caso los policías, con fundamento en la previsión contenida en el artículo 11.2 CEDH, que permite la restricción de estos derechos a los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado.

el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares y en el empleo de la fuerza» (art. 33.2 LODDFAS).

En cuanto a la estructura de las asociaciones (art. 34.3 LODDFAS), se sigue el sistema italiano de organización cerrada o de «oficio», inaugurado por la LOFCS para los sindicatos del CNP y seguido por la LODDGC para las asociaciones profesionales de guardias civiles: asociación de ámbito nacional (art. 33.4 LODDFAS), cerrada a los miembros de otras profesiones, sin posibilidad de contactos con otro tipo de asociaciones o sindicatos de otros colectivos profesionales (aunque sí puede afiliarse internacionalmente a organizaciones de su mismo carácter, art. 34.3 *in fine*), y sujetas a una estricta neutralidad política y sindical en sus actividades, debiendo tener fines no lucrativos<sup>87</sup> (art. 33.3 y 5 LODDFAS, respectivamente). Se permite la afiliación exclusivamente a los militares en situación de servicio activo y reserva (art. 34.1 LODDFAS), pudiendo estarse afiliado solamente a una asociación profesional (art. 34.5 LODDFAS).

La legítima constitución de la asociación exige el depósito del acta fundacional, de sus estatutos<sup>88</sup> (en cuyo contenido destaca la referencia expresa a los procedimientos de admisión y expulsión de sus socios)<sup>89</sup> y de una relación de los promotores y de los representantes de la asociación en el Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas del Ministerio de Defensa (art. 36.1 y 2 LODDFAS), abriendo el mismo un plazo de inscripción de tres meses con silencio positivo, y un plazo de subsanación de los errores observados de veinte días (art. 36.5 y 6 LODDFAS), pudiendo denegar la inscripción el ministro de Defensa por resolución motivada «cuando el acta fundacional de la asociación o sus estatutos no se ajusten a los requisitos establecidos en esta ley orgánica» y en la LODA (art. 36.4 LODDFAS). La naturaleza declarativa de

---

<sup>87</sup> Véase al respecto la nota 61.

<sup>88</sup> A los que el artículo 37 LODDFAS exige como contenido: a) Denominación. b) Domicilio y ámbito nacional de su actividad. c) Fines y actividades, «descritos en forma precisa». d) Requisitos de sus miembros y régimen de admisión, expulsión y sanción de los mismos. e) Derechos y obligaciones de los miembros. f) Criterios que garanticen su funcionamiento democrático. g) Órganos de gobierno y representación, sistema electoral, atribuciones, forma de deliberar... h) Régimen de administración, contabilidad y documentación, así como la fecha de cierre del ejercicio asociativo. i) Patrimonio inicial y recursos de los que puede hacer uso. j) Causas de disolución y destino del patrimonio en ese supuesto.

<sup>89</sup> Que la STC 104/1999, de 14 de junio, FJ 3º considera parte del contenido esencial del derecho de asociación: «Ese contenido esencial o núcleo comprende tanto el derecho a asociarse como el de establecer la propia organización, que a su vez se extiende con toda evidencia a regular estatutariamente las causas y el procedimiento para la admisión y expulsión de socios».

la inscripción registral de las asociaciones en España<sup>90</sup> supone, por tanto, la absoluta limitación de la actividad fiscalizadora del Registro, que carece de discrecionalidad alguna para impedir el acceso al mismo de la asociación controvertida, convirtiendo la inscripción en una actividad prestacional de la Administración (como reconoció la STC 291/1993, de 18 de octubre) a favor del público reconocimiento de efectos del hecho asociativo, evitándose el control administrativo de los fines sociales, que queda postergado a un momento posterior en sede judicial, diferencia sustancial con el sistema francés, en el que el formalismo de la comunicación a la Prefectura de la constitución de la asociación y el correspondiente depósito de los estatutos son requisitos *sine qua non* para el reconocimiento de capacidad jurídica del nuevo ente<sup>91</sup>.

A las asociaciones legítimamente constituidas (inscritas) se les reconocen los derechos de realizar propuestas y dirigir solicitudes y sugerencias relacionadas con su fines, asesorar y apoyar a sus asociados y representarlos legítimamente<sup>92</sup> ante la Administración en materias que afecten a la profesión, y a recibir información del Ministerio de Defensa (art. 40 LODDFAS), y se les excluye el ejercicio de los medios de acción sindical (huelga, negociación colectiva y conflicto colectivo) así como toda acción que exceda los límites que la LODDFAS establece para el ejercicio individual de las libertades de expresión e información, y de los derechos de reunión y manifestación, además del ejercicio de actividades paramilitares (art. 42 LODDFAS).

Los representantes asociativos son designados por las propias asociaciones entre aquellos miembros en situación de servicio activo o reserva (art. 43 LODDFAS), pero guarda silencio la LODDFAS sobre las facultades que los mismos puedan ostentar. Sí se regula, en cambio, la facilitación en las sedes de Delegaciones y Subdelegaciones de Defensa de dependencias para que las asociaciones puedan desempeñar su labor, así como medios en los cuarteles y telemáticos para que las asociaciones difundan sus

---

<sup>90</sup> Al respecto, véase la nota 44.

<sup>91</sup> En Francia se distingue entre asociaciones no declaradas, que siendo lícitas carecen de capacidad jurídica para actuar en el tráfico ordinario (solamente pueden percibir las cuotas de los asociados), asociaciones declaradas, que sí disponen de capacidad jurídica, pudiendo adquirir a título oneroso, litigar en tribunales, y recibir las cuotas y también subvenciones públicas, y, finalmente, asociaciones de utilidad pública, así reconocidas por Decreto cuando cumplan los requisitos legalmente exigidos, que tienen una capacidad jurídica ampliada que les permite adquirir a título gratuito y una mayor capacidad patrimonial inmobiliaria, que les permite incluso poseer bosques. C.-A. Colliard: *Libertés publiques*, 7<sup>a</sup> edición, Dalloz, París, 1989.

<sup>92</sup> Salvo que la representación esté excluida, como ocurre en el ámbito del procedimiento disciplinario.

informaciones, quedando expresamente prohibido que puedan usar locales para sus fines que sean titularidad o hayan sido cedidos a partidos políticos y sindicatos (art. 44 LODDFAS).

Las reuniones, que deberán celebrarse fuera del horario de trabajo y sin perjudicar la prestación del servicio (art. 45.4 LODDFAS), podrán celebrarse en las propias sedes de las asociaciones o en las dependencias habilitadas por el órgano central (Delegaciones y Subdelegaciones de Defensa) previa identificación, por motivos de seguridad, de sus asistentes (art. 45.1 LODDFAS), amén de «reuniones informativas» por parte de las asociaciones con representación en el Consejo de Personal en estas mismas sedes o en otras facilitadas por las Delegaciones o Subdelegaciones, pero que no pertenezcan a unidades de la fuerza o del apoyo a la fuerza (art. 45.2 LODDFAS), que deberán ser solicitadas (constando en la instancia lugar, fecha y horas, duración prevista, objeto y acreditación de la representación de la asociación convocante por los firmantes de la misma) con una antelación mínima de setenta y dos horas, existiendo silencio positivo si en las veinticuatro horas anteriores no se ha pronunciado el Delegado o Subdelegado de Defensa correspondiente (art. 45.3 LODDFAS). Debe recordarse que el artículo 13.1 párrafo segundo LODDFAS, prohíbe a los militares asistir vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, «en lugares de tránsito público», a reuniones o manifestaciones políticas, sindicales o reivindicativas<sup>93</sup>, por lo que, *sensu contrario*, se entiende legítima la asistencia a estas reuniones reguladas por el artículo 45 portando el uniforme, pues todas ellas se celebran bien en dependencias privadas, bien en organismos oficiales o facilitados por la propia Administración. En todo caso, queda prohibida la asistencia u organización por militares de reuniones de carácter político o sindical (art. 13.1 párr.1º), permitiéndose el ejercicio de este derecho fundamental respecto del resto de reuniones o manifestaciones conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión (en adelante, LODR), salvo las realizadas en las unidades, que quedan sujetas a autorización del mando, quien puede denegar su autorización no solo por necesidades del servicio, como en el caso de las reuniones organizadas

---

<sup>93</sup> Ampliando la prohibición contenida en el artículo 8.34 LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante, LORDFAS), que la restringía a la asistencia de uniforme o haciendo uso de la condición militar a reuniones públicas o manifestaciones de carácter político o sindical.

por asociaciones<sup>94</sup>, sino también por cuestiones de disciplina<sup>95</sup>, dado que estas reuniones *no asociativas* parece desprenderse que sí pueden realizarse durante el horario de servicio.

#### IV. LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR EL EJERCICIO DE ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONEXOS

##### A) EL DERECHO DE REUNIÓN DE LOS MILITARES ASOCIADOS PROFESIONALMENTE

El derecho de manifestación en la vía pública, consagrado por el artículo 21 CE como una especie<sup>96</sup> del derecho de reunión<sup>97</sup> y como uno

---

<sup>94</sup> Artículo 45.4 LODDFAS: « Las reuniones se realizarán fuera del horario habitual de trabajo, no podrán interferir en el funcionamiento de las unidades ni en la prestación de guardias o servicios y no se podrán convocar ni celebrar en el ámbito de los ejercicios u operaciones militares. Los convocantes de la reunión serán responsables de su normal desarrollo».

<sup>95</sup> Artículo 13.2 LODDFAS: «Las reuniones que se celebren en las unidades deberán estar previa y expresamente autorizadas por su jefe, que las podrá denegar motivadamente ponderando la salvaguarda de la disciplina y las necesidades del servicio».

<sup>96</sup> Calificada por J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 202, como una reunión que «por su propia naturaleza, siempre tiene lugar en el tránsito público», aunque cita la posición de J. A. Santamaría Pastor: «Comentario al artículo 21», en F. Garrido Falla: *Comentarios a la Constitución*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 489, quien sostiene lo siguiente: «En el lenguaje usual, el término manifestación era considerado como equivalente al de reunión al aire libre, significado éste que, aparte de su notoria imprecisión terminológica, no resulta válido en el contexto del artículo 21 de la Constitución, desde el momento en que se oponen como realidades distintas las reuniones en lugares de tránsito público (en las que entran una buena parte de las celebradas al aire libre) y las manifestaciones. Esta oposición hace pensar que el concepto de manifestación no gira en torno al carácter del lugar donde se celebra, sino a las características propias de la reunión: la hipótesis más verosímil sería la tipificación de la reunión por el dato de su movimiento. La manifestación sería, por tanto, una reunión en marcha, que englobaría lo que el artículo 3 de nuestra Ley de Reuniones de 1880 denominaba “procesiones cívicas, séquitos y cortejos” [...]».

<sup>97</sup> Aunque muchos trabajos doctrinales se titulen «derecho de reunión y manifestación», de la regulación internacional, constitucional y legal debe concluirse que el derecho fundamental es el de reunión, que presentaría tres modalidades de ejercicio: la reunión en lugar cerrado, la reunión en lugar de tránsito público y la manifestación o reunión en lugar de tránsito público en el que se produce el desplazamiento físico de las personas reunidas. En este sentido D. Pérez Castaño: *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1997, p. 59; J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, p. 130, o la obra citada en la nota anterior de J. Pérez González. F. Pascua Mateo: «Los derechos de reunión y manifestación del personal militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 84, julio-diciembre 2004, p. 16, citando a N. Pérez Serrano (*Tratado de Derecho Político*, Ci-

de los fundamentales que asisten a las personas<sup>98</sup>, ha sido objeto en fechas recientes de una acerada polémica, reflejada incluso en los medios de comunicación, al ser ejercido el mismo por asociaciones profesionales de guardias civiles legalmente constituidas conforme a lo prescrito por la LODDGC. Y quizá haya sido la parca regulación otorgada por esta norma al ejercicio de este derecho fundamental por los miembros del Cuerpo<sup>99</sup> – limitada a la regulación del régimen jurídico de la reuniones a celebrar por estas asociaciones en locales oficiales–, unida a la todavía difusa frontera existente entre sindicación y asociacionismo profesional (o mejor dicho, entre qué facultades deben entenderse contenidas en cada uno de estos derechos fundamentales), las causas del mencionado litigio.

Este derecho fundamental, reconocido por el artículo 21 CE<sup>100</sup> y desarrollado por la LODR, que reconoce en su Preámbulo su naturaleza de «derecho público subjetivo»<sup>101</sup>, fue perfilado por la Jurisprudencia constitucional anterior a la aprobación de la LODR en sus caracteres esenciales, configurando el mismo como un derecho de ejercicio libre (al menos en su variante de reunión en lugar cerrado<sup>102</sup>), aunque sujeto a límites dado el

---

vitas, Madrid, 1989, p. 668), describe la teoría británica sobre el derecho de reunión, que distingue entre el *meeting*, que se caracterizaría por su carácter estático, y la *demonstration*, que vendría a ser «la reunión puesta en marcha recorriendo lugares públicos».

<sup>98</sup> El Tribunal Constitucional reconoció la titularidad de este derecho a los extranjeros, en su STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 2º: «El art. 21. 1 CE afirma genéricamente que “se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”, sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Tít. I, donde se menciona expresamente a los “españoles”, y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos». Sin embargo, en su previa STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 4º, pareció reducir su titularidad a los españoles, al vincular el derecho con la ciudadanía: «Por una parte, el derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 21 de la Constitución) corresponde a todos los ciudadanos y es un derecho que puede ejercitarse con cualquier finalidad lícita (art. 1, de la Ley 17/1976, de 29 May., reguladora del derecho de reunión)».

<sup>99</sup> Parquedad normativa criticada genéricamente por F. Pascua Mateo: «Los derechos de reunión y manifestación...», p.16, quien considera, acertadamente en nuestra opinión, que «su incidencia en la vida pública y cuyos perfiles –ocupación, por ejemplo de lugares abiertos al tránsito ciudadano– aconsejan un tratamiento específico para quienes visten uniforme».

<sup>100</sup> Con el siguiente texto: «1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio del derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes».

<sup>101</sup> Matizando el Tribunal Constitucional, en su STC 36/1982, de 18 de junio, FJ 6º, que se trata de un «derecho subjetivo de ejercicio colectivo».

<sup>102</sup> Algún sector de la doctrina científica considera que la exigencia de comunicación previa a la autoridad gubernativa para la celebración de reuniones en lugares de tránsito pú-

carácter no absoluto o ilimitado de los derechos fundamentales<sup>103</sup>, que configura un ámbito de protección de la persona no solo frente a los poderes públicos, sino también frente al empresario cuando el ejercicio del derecho se realiza dentro de una relación laboral<sup>104</sup>, y que estaría sujeto a un límite intrínseco al mismo, que no es otro que el de que su ejercicio no altere el orden público<sup>105</sup>, exigiéndose por ello a los convocantes de las reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones una comunicación previa a la autoridad gubernativa para controlar el desarrollo de la misma<sup>106</sup>,

---

blico o manifestaciones es, en el fondo, una forma de autorización. Así, J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, p. 201.

<sup>103</sup> STC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5º: «En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 Abr. 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 25 Abr.) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos». Repite el Tribunal este argumento en la STC 36/1982, de 18 de junio, FJ 6º.

<sup>104</sup> STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 4º: «Además de lo anterior, debe hacerse notar que si bien el derecho de reunión se tiene en principio frente a los poderes públicos, es admisible y lógico que, con sujeción a la Constitución y sin perjuicio de su regulación general, se puedan contemplar también especialidades en su ejercicio cuando se efectúa en el ámbito laboral o del personal al servicio de la Administración, en la medida en que puede afectar en alguna manera al funcionamiento de la actividad de que se trate y en que requiere además normalmente la colaboración de la empresa privada o de la Administración para hacerlo efectivo (por ejemplo, reuniones en horas de trabajo o en locales de la empresa)».

<sup>105</sup> En este sentido se posiciona J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, pp. 56-63, quien sostiene –creemos que acertadamente– que la alteración del orden público se configura, junto con el respeto a los derechos de otros ciudadanos o a valores constitucionalmente relevantes como verdaderos límites al ejercicio del derecho fundamental de reunión, sometibles al control a través del juicio de proporcionalidad –el famoso triple juicio, importado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: necesidad de la limitación introducida al derecho o libertad, adecuación de la medida adoptada a la finalidad perseguida y, finalmente, estricta proporcionalidad de la medida limitadora adoptada sobre el derecho o libertad– utilizado por el Tribunal Constitucional usualmente como parámetro de constitucionalidad de las medidas limitadoras de derechos fundamentales y libertades públicas.

<sup>106</sup> STC 36/1982, de 18 de junio, FJ 6º: «Es, indudablemente, un derecho subjetivo de ejercicio colectivo, que al ser realizado, incide en el derecho y en los intereses de otros ciudadanos y en la utilización exclusiva de bienes públicos posibilitando, a veces, la alteración de la seguridad ciudadana y del orden general, que corresponde garantizar y salvaguardar al poder público. El carácter preeminente de estos valores afectados exige, en una sociedad democrática, que la CE conceda poderes a la autoridad, para imponer al ciudadano el deber de comunicar con antelación razonable, como requisito indispensable de la proyectada reunión para poder conocer su alcance, y determinar la procedencia de previas averiguaciones, facilitar el uso del lugar o modificar su emplazamiento, y tomar las medidas de seguridad que fueren precisas, otorgándole, además, la facultad de prohibirla si concurren las circunstancias que constitucionalmente así lo determinan».



sin que pueda entenderse que dicha comunicación se transforme en una autorización previa para ejercer el derecho<sup>107</sup>.

Ahora bien: ¿qué es una reunión? Se ha vinculado este derecho con las libertades de expresión y de asociación<sup>108</sup>, considerándose, por razón de este estrecho nexo con ambas libertades, muy adecuada su ubicación constitucional entre los artículos 20 y 22. Pero no se ha aportado ni por doctrina<sup>109</sup> ni por la legislación una definición concreta del mismo<sup>110</sup>. El Tribunal Constitucional sí ha aportado una definición del derecho:

«El derecho de reunión, según ha reiterado este Tribunal, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo –agrupación de personas–, el temporal –duración transitoria–, el finalista –licitud de la finalidad– y el real u objetivo –lugar de celebración– (por todas STC 85/1988). También hemos destacado en múltiples Sentencias el relieve fundamental que este derecho “cauce del principio democrático participativo” posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución. Para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, el uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones<sup>111</sup>.»

---

<sup>107</sup> STC 32/1982, de 16 de junio.

<sup>108</sup> Así, F. L. Ruiz Piñero y R. Saiz Fernández, *El derecho de reunión y manifestación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 20-21, siguiendo a E. Perales, a quien citan expresamente: «El derecho de reunión se configura como un derecho del que participan elementos de la libertad de expresión y del derecho de asociación [...]». En un sentido muy similar F. Pascua Mateo: «Los derechos de reunión y manifestación...», p. 21.

<sup>109</sup> F. Pascua Mateo: «Los derechos de reunión y manifestación...», p. 21, y *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, p. 288, utiliza las definiciones aportadas por la doctrina francesa, considerando como reunión (siguiendo a C. A. Colliard: *Libertés Publiques*, p. 720) «la agrupación de personas organizada, discontinua y momentánea, destinada a la defensa de intereses, el intercambio de ideas o la publicidad de problemas», y como manifestación (citando a G. Burdeau: *Les libertés publiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1972, p. 216) «el hecho de un grupo de hombres que utiliza la vía pública para expresar su opinión, por su presencia, sus gestos y sus gritos».

<sup>110</sup> Pues como se verá a continuación la definición dada por la LODR en su artículo 1.2 es meramente un concepto legal de lo que se entiende por reunión sujeta al régimen jurídico desarrollado por la propia LODR.

<sup>111</sup> STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3º.

La doctrina científica ha identificado, de manera casi unánime, estos cuatro elementos caracterizadores del derecho fundamental de reunión<sup>112</sup>, que han sido reconocidos reiteradamente por el propio Tribunal Constitucional<sup>113</sup>: un elemento subjetivo o personal (se trataría de un derecho de titularidad individual pero de ejercicio colectivo<sup>114</sup>), un elemento objetivo (se celebra en un espacio público<sup>115</sup>), un elemento finalista (existe siempre un objetivo común a los reunidos<sup>116</sup>) y, finalmente, un elemento temporal (la reunión tiene un carácter transitorio, elemento que lo diferencia del derecho de asociación, que sería una reunión permanente de personas).

La LODR asumió esta caracterización jurídica del derecho de reunión, al que definió legalmente como «concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada» (art. 1.2) –aunque debe aclararse que el artículo 21 CE ampara todo tipo de reuniones, incluidas aquellas que se celebren por menos de 20 personas<sup>117</sup>–, considerando como manifestaciones ilegítimas del derecho las tipificadas como delito por el

---

<sup>112</sup> Así los identifican F. L. Ruiz Piñeiro y R. Saiz Fernández: *El derecho de reunión y manifestación...* pp. 23-24; D. Pérez Castaño: *Régimen jurídico...*, pp. 48-49 o J. L. López González: *El derecho de reunión...*, pp. 135-141, o F. Pascua Mateo: «Los derechos de reunión y manifestación...», p. 21.

<sup>113</sup> Uno de los últimos ejemplos del mismo lo constituye la STC 301/2006, de 23 de octubre, FJ 2º.

<sup>114</sup> Que además sería de «ámbito político», como sostiene J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación...*, p. 98, quien añade que esta función política es producto del escaso tejido asociativo existente en España, a diferencia de los Estados Unidos de América en la que la fortaleza del hecho asociativo en sus más diversas manifestaciones resta importancia a la reunión como modo de expresión de opiniones políticas frente a las decisiones del legislador. *Ibidem*, pp. 104-105. D. Pérez Castaño: *Régimen jurídico...*, p. 41, siguiendo a Sánchez Agesta, también destaca su vertiente de «derecho político de participación».

<sup>115</sup> En este sentido se manifiesta D. Pérez Castaño: *Régimen jurídico...*, p. 49, quien considera que las reuniones en un lugar privado no son amparadas por el derecho de reunión, sino por el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliaria del artículo 18 CE. J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación...*, expone la polémica al respecto existente en la doctrina, describiendo las posiciones de quienes, como Pérez Castaño, consideran que las reuniones en domicilios quedan amparadas por el artículo 18 CE (Fernández Segado, Alzaga), y quienes consideran que siguen siendo ejercicio del derecho de reunión del artículo 21 CE (Santamaría Pastor). J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, p. 29, considera que el artículo 21 CE ampara todo tipo de reuniones, y no solamente las reguladas por la LODR.

<sup>116</sup> J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, p. 35, apunta que no existen límites sobre el objeto de la reunión, siempre que el mismo sea lícito, debiendo ser en todo caso específico. Por su parte, J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación...*, p. 136, considera (siguiendo a la STC 85/1988, de 28 de abril) que el elemento finalista es el que permite diferenciar una reunión de cualquier otra clase de agrupación espontánea de personas.

<sup>117</sup> Como apunta acertadamente J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, p. 29.

Código Penal (art. 1.3 LODR)<sup>118</sup>. La doctrina<sup>119</sup> ha criticado este posicionamiento legal, considerando que no solamente son ilícitas las reuniones o manifestaciones consideradas delictivas por el Código Penal, sino también aquellas que celebrándose en lugares de tránsito público no cumplan lo ordenado por los artículos 8 a 11 LODR, las que persiguieren una finalidad ilícita, las que no tuvieren carácter pacífico, y finalmente, aquellas en las que se porten uniformes paramilitares<sup>120</sup>.

Pero no toda reunión va estar sujeta al régimen jurídico desarrollado por la LODR, pues la misma excluye de su aplicación determinados manifestaciones del derecho<sup>121</sup>, entre las que se encuentran las convocadas por asociaciones y sindicatos con sus miembros, a celebrar en locales cerrados y para sus propios fines, y las realizadas en el ámbito de las Fuerzas Armadas, que quedan sujetas a la legislación castrense, aplicándose supletoriamente la LODR como ordena su disposición final 1<sup>a</sup><sup>122</sup>, si bien parte de la doctrina ha discrepado abiertamente de esta interpretación, considerando que en ningún caso ninguna reunión puede quedar exenta de aplicación de las prescripciones del artículo 5 LODR, que permite a la autoridad gubernativa suspender una reunión ilícita<sup>123</sup>.

---

<sup>118</sup> En sus artículos 513 y 514 describe las conductas consideradas como delitos de reunión o manifestación ilícita. En concreto, el artículo 513 CP tipifica como delito de reunión ilícita las siguientes conductas: «Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración: 1. Las que se celebren con el fin de cometer algún delito. 2. Aquellas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso».

<sup>119</sup> J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, pp. 48-56.

<sup>120</sup> En este sentido resulta paradigmática la STS de 16 de marzo de 1982, que consideró como paramilitares los uniformes de la Falange Española Tradicionalista y de las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista.

<sup>121</sup> Artículo 2 LODR: «Se podrá ejercer el derecho de reunión sin sujeción a las prescripciones de la presente Ley Orgánica, cuando se trate de las reuniones siguientes: a) Las que celebren las personas físicas en sus propios domicilios. b) Las que celebren las personas físicas en locales públicos o privados por razones familiares o de amistad. c) Las que celebren los Partidos políticos, Sindicatos, Organizaciones empresariales, Sociedades civiles y mercantiles, Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones, Cooperativas, Comunidades de propietarios y demás Entidades legalmente constituidas en lugares cerrados, para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus miembros, o a otras personas nominalmente invitadas. d) Las que celebren los profesionales con sus clientes en lugares cerrados para los fines propios de su profesión. e) Las que se celebren en unidades, buques y demás establecimientos militares, que se regirán por su legislación específica». Esta letra e) ha sido introducida en su actual redacción por la disposición final 1<sup>a</sup> LODDFAS

<sup>122</sup> «Esta Ley tiene carácter general y supletorio respecto de cualesquiera otras en las que se regule el ejercicio del derecho de reunión».

<sup>123</sup> En este sentido se posiciona J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación...*, p. 128.

En cualquier caso, la LODR confirma la prohibición constitucional (art. 21.1 CE) de exigir una autorización previa para ninguna reunión –principio sobre el que el Tribunal Constitucional volvió a pronunciarse en relación al derecho de reunión de los extranjeros en España<sup>124</sup>–, precisando el plazo de preaviso (entre diez y treinta días, salvo en los casos de urgencia, en los que el plazo se reduce a 24 horas) de la comunicación previa<sup>125</sup> prevista por el artículo 21.2 CE para que los organizadores (o por los representantes en el caso de las personas jurídicas) anuncien a la autoridad gubernativa la celebración de reuniones en lugares públicos y manifestaciones (art. 8 LODR). El respeto de este plazo fue objeto de discusión ante el Tribunal Constitucional con anterioridad a la aprobación de la LODR, determinándose la necesidad de respetar el mismo por ser el único medio de control por parte de la Administración del cumplimiento de los requisitos exigidos para que la manifestación pueda considerarse legal por no generar riesgo de alteración del orden público, por lo que admitió la constitucionalidad de la prohibición de una manifestación<sup>126</sup> en la que los organizadores no lo habían respetado, consideran-

---

<sup>124</sup> En la STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 2º: «La necesidad de una autorización administrativa previa, referida al ejercicio del derecho de reunión no es un requisito puramente rituario o procedimental, sobre todo porque nuestra CE ha optado por un sistema de reconocimiento pleno del derecho de reunión, sin necesidad de autorización previa (art. 21.1). Esta libertad de reunión sin autorización se constituye así en una facultad necesaria “para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito” (TC S 1 1/1981 de 8 Abr. 1981); al imponerse la necesidad de autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión consagrado en la CE “sin supeditarlo a la valoración discrecional y al acto habilitante y de poder implícito de la Administración” (TC S 32/1982 de 16 Jun.,).

Cuando ese acto habilitante es preciso en todo caso, se condicionan hasta el punto las facultades que lo integran, que el pretendido derecho, muda de naturaleza y no puede ser reconocido como tal. Las eventuales restricciones al derecho de reunión que se mencionan en el último inciso del precepto pueden ser válidas por sí mismas desde la perspectiva de mera limitación de los derechos fundamentales, pero la tutela de otros bienes constitucionales no puede justificar la introducción, como paso previo al ejercicio del derecho de reunión, de una autorización preceptiva previa».

<sup>125</sup> Debiendo contener el escrito de comunicación, por exigencia del artículo 9 LODR, los siguientes datos: a) Nombre, apellidos, domicilio y documento oficial de identificación del organizador u organizadores o de su representante, caso de personas jurídicas, consignando también la denominación, naturaleza y domicilio de estas. b) Lugar, fecha, hora y duración prevista. c) Objeto de la misma. d) Itinerario proyectado, cuando se prevea la circulación por las vías públicas. e) Medidas de seguridad previstas por los organizadores o que se soliciten de la autoridad gubernativa.

<sup>126</sup> Posición sobre la que discrepa J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación...*, p. 197, apoyándose en la STSJ (CAV) 1/84, de 7 de enero, pues considera que el principio *favor libertatis* obliga a la Administración a, si dispone de tiempo suficiente para resolver y la manifestación cumple los requisitos legales, autorizarla aunque se haya infringido el plazo mínimo de diez días establecido para el preaviso.

do que en tales circunstancias el ejercicio del derecho fundamental no era legítimo<sup>127</sup>. Por ello, la LODR incorporó esta facultad administrativa prohibitiva (o modificadora de las condiciones de desarrollo) de la manifestación en su articulado<sup>128</sup>, pudiendo parecer que esta comunicación previa se convierte así en una especie de requisito para el ejercicio del derecho fundamental en el caso de las manifestaciones o reuniones en lugares de tránsito, cuyo ejercicio no será considerado legítimo salvo que

---

<sup>127</sup> En la importante STC 36/1982, de 18 de junio, FJ 6º: «El incumplimiento de plazo de preaviso –o su falta–, como auténtica condición o presupuesto para la utilización constitucional del derecho de reunión, puede conducir a la prohibición de éste por la autoridad gubernativa, puesto que el único derecho de reunión que en lugar público se reconoce en el art. 21.2 es el que necesariamente se ha de ejercer comunicándolo previamente a la autoridad; prohibición que está implícita dentro de la posible alteración del orden público, porque se impide a la Administración ejercer la finalidad preventiva que tiene encomendada, al no tener a su alcance el necesario y exclusivo medio legal, para ponderar o valorar si el posterior ejercicio del derecho repercutiría en la seguridad ciudadana. Tales defectos no pueden autorizar a realizar la reunión a ultranza, dando carácter ilimitado al derecho de reunión, pues con tal conducta se incumpliría una exigencia constitucional trascendente, y se realizaría una defraudación de la potestad de prohibir que el art. 21.2 regula, posibilitando la actuación antijurídica, abusiva, e incluso al margen de la buena fe, del ciudadano infractor, que debe conducir racional y jurídicamente a la misma sanción que tal norma establece para la presumible alteración del orden público, esto es, a la prohibición previa en evitación de más graves medidas de disolución o represión de la reunión, que siempre deben evitarse; por lo que ha de entenderse, que tales circunstancias son fundamento constitucionalmente lícito para prohibir la reunión, ya que el ejercicio ilícito de un derecho no puede protegerse jurídicamente, como determinó la sentencia 54-1961 de la Corte Constitucional Italiana. Esta posición no supone adición alguna de prohibición a la que por motivo de orden público señala el texto constitucional, por estar implícita en éste la posibilidad de prohibir la reunión por tan importantes defectos procesales imputables a los promotores, con el incumplimiento esencial del deber de comunicar, sin que la expresión que emplea el art. 21.2 de que la autoridad “sólo podrá prohibirlas” por las razones indicadas de alteración de orden público y riesgo, cohiba tal interpretación, al referirse a señalar exclusivamente un límite al derecho de reunión con esa inmisión en la seguridad ciudadana, eliminando otras causas de oportunidad política o de similar alcance, que existían en la legislación precedente, sin que pueda considerarse dicha limitación tan restrictivamente que elimine de consecuencias prohibitivas las infracciones de la comunicación a la autoridad ya que ésta quedaría sin sentido, y se evitaría la anticipada defensa de previsibles consecuencias dañosas para el orden público, sin que todo ello conduzca a declarar una mera responsabilidad administrativa del promotor, posterior a la reunión porque se dejarían indefensos los intereses generales superiores, que por primarios pueden salvaguardarse con la preventiva prohibición, único medio adecuado para que sean respetados».

<sup>128</sup> Artículo 10 LODR: «Si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación. La resolución deberá adoptarse en forma motivada y notificarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la comunicación prevista en el artículo 8, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

haya recibido el correspondiente *placet* administrativo<sup>129</sup> –añadiéndose un nuevo requisito al explicitado por la CE en su artículo 21: el carácter pacífico de la manifestación o reunión<sup>130</sup>–. Así parece entenderlo el Tribunal Constitucional:

«De la exégesis del art. 21 de la Constitución queda suficientemente claro que dos son los límites o requisitos constitucionales que han de cumplir los ciudadanos que decidan manifestarse en una vía pública: que la reunión sea pacífica y que anuncien a la autoridad el ejercicio de su derecho»<sup>131</sup>.

Lo que resulta indudable es que este plazo de preaviso tan amplio tiene por finalidad permitir que, en caso de que la manifestación sea prohibida, dé tiempo a que la decisión administrativa pueda ser controlada por la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>132</sup>.

Ahora bien, ¿pueden existir otros límites al derecho de manifestación en las vías públicas? El Tribunal Constitucional considera que sí, en concreto señala al derecho fundamental de libre circulación de las personas contemplado por el artículo 19 CE como uno de los más significados<sup>133</sup>, aunque niega que dicho derecho fundamental sea suficiente, por sí mismo, para denegar el ejercicio del derecho de reunión, pues el único límite expreso que así lo legitima es el de la alteración del orden público, y no puede considerarse que toda limitación al derecho de libertad de circulación constituya, *per se*, una alteración del orden público (habrá de demostrarse que esa limitación al derecho reconocido por el artículo 19 CE que toda manifestación en lugares públicos produce causa, además, una alteración

---

<sup>129</sup> Sobre la que J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, p. 201 sostiene que, en el fondo, no es otra cosa que una forma de autorización: «Rechazada rotundamente la necesidad de autorización previa en el art. 21.1 CE, el propio artículo, en su número 2, exige la comunicación previa a la autoridad, “que podrá prohibirla”. Lo que, en definitiva, como se señaló al comentar el artículo 3, viene a ser una forma de autorización, que se presumirá otorgada si en el plazo fijado no se prohíbe la celebración o se propone la modificación».

<sup>130</sup> Como los dos requisitos de ejercicio del derecho los consideran F. L. Ruiz Piñeiro y R. Saiz Fernández: *El derecho de reunión y manifestación...*, p. 37.

<sup>131</sup> STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 5º.

<sup>132</sup> En este sentido, J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación...*, pp. 195-196 y también J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, p. 211.

<sup>133</sup> STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 7º: «[...] el ejercicio del derecho de reunión pacífica puede ser objeto de medidas restrictivas siempre que sean “necesarias, en una sociedad democrática, para la protección de los derechos y libertades ajenos”, de entre los que hay que estimar incluido el derecho “a la libre circulación de los ciudadanos por el territorio nacional” (art. 19 C.E.)».

del orden público concretada en una situación de violencia física o moral para terceros)<sup>134</sup>.

Sentados estos principios generales tanto por la LODR como por la jurisprudencia constitucional, y establecido un régimen jurídico diferenciado para las reuniones en lugares cerrados o las reuniones en lugares públicos y manifestaciones, la LODDGC procedió a regular exclusivamente las primeras, aunque el artículo 1 de la Ley Orgánica 11/2011, de 1 de agosto, ha extendido a la Guardia Civil la aplicación del artículo 13.1 LODDFAS, que también regula el ejercicio del derecho de manifestación<sup>135</sup>, decisión que ha ocasionado una fuerte resistencia en el movimiento asociativo profesional de los guardias civiles. En cualquier caso, amparándose en la exclusión de aplicación de la LODR respecto a las reuniones celebradas en recintos militares<sup>136</sup> [art. 2 e) LODR], establece un régimen de autorización previa<sup>137</sup>, siendo competente para concederla el jefe de

---

<sup>134</sup> STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 8º: «En efecto, como único límite a la prohibición de dicho derecho establece el art. 21.2 de la Constitución las “razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para las personas o bienes”. Naturalmente toda reunión en “lugar de tránsito” ha de provocar una restricción al derecho a la libertad de circulación de los ciudadanos no manifestantes, que se verán impedidos de deambular o de circular libremente por el trayecto y durante la celebración de la manifestación; pero esta restricción, conforme a lo preceptuado por el art. 21.2, no legítima por sí sola a la Autoridad a prohibir la reunión pacífica, sino que se hace preciso que dicha reunión en el lugar de tránsito público altere el orden público y ponga en peligro la integridad de las personas o de los bienes. Aun admitiendo que la alteración al orden público se produce cuando injustificadamente se limita el derecho a la libre circulación, es evidente que la norma constitucional exige también la creación de una situación de peligro para las personas o sus bienes, situación de peligro que, tal y como ya se ha indicado, hay que estimar cumplida cuando de la conducta de los manifestantes pueda inferirse determinada violencia “física” o, al menos, “moral” con alcance intimidatorio para terceros».

<sup>135</sup> Cuyo contenido es el siguiente: «El militar podrá ejercer el derecho de reunión, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión pero no podrá organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical. Vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, no podrá organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo».

<sup>136</sup> Mientras que en la LODDGC se autoriza las reuniones asociativas en las dependencias de los acuartelamientos de la Guardia Civil, la LODDFAS excluye la posibilidad de que las mismas se celebren en las instalaciones de unidades de la fuerza o del apoyo a la fuerza, designando como dependencias adecuadas las de las Delegaciones y Subdelegaciones de Defensa (arts. 44.2 y 45.2 LODDFAS), excluyendo también expresamente la posibilidad de utilizar instalaciones titularidad o cedidos por partidos políticos o sindicatos (art. 44.4 LODDFAS).

<sup>137</sup> Artículo 47 LODDGC: «1. Las asociaciones profesionales de Guardias Civiles tendrán derecho a convocar y celebrar reuniones en centros oficiales de la Guardia Civil como parte del ejercicio del derecho de asociación profesional. Estas reuniones se realizarán fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la marcha de los servicios. Su celebración requerirá solicitud previa al jefe de la unidad, centro u órgano, quien podrá denegarla, cuando consi-

unidad, centro u organismo, quien podrá denegar la autorización «cuando considere que el servicio pueda verse afectado»<sup>138</sup>. No se está en presencia de una comunicación, al estilo de la prevista para las manifestaciones o reuniones en lugares públicos, sino de una auténtica autorización en la que la autoridad administrativa valorará el posible daño que la reunión pudiere causar al servicio, denegando la misma cuando estimare la existencia de riesgo alguno de afectación del normal discurrir del mismo<sup>139</sup>. Esta disposición parece entrar en franca contradicción<sup>140</sup> —a pesar de la exclusión de aplicación del régimen jurídico establecido con carácter general por la LODR, y en concreto de la prohibición de autorización previa para celebrar reuniones en lugares cerrados por su artículo 4— con la jurisprudencia constitucional que consagra la integración, dentro del contenido esencial del derecho fundamental de asociación, de la libertad de reunión asociativa (de la facultad de la asociación de convocar a sus afiliados a una reunión, y la de estos de asistir a la misma)<sup>141</sup>. Sin embargo, el propio Tribunal

---

dere que el servicio pueda verse afectado. 2. La autorización deberá solicitarse por escrito, con una antelación mínima de setenta y dos horas y en la misma se hará constar la fecha, hora y lugar de la reunión, y los datos de los firmantes que acrediten ostentar la representación de la asociación, conforme a sus estatutos, para convocar la reunión.

Si antes de las veinticuatro horas anteriores a la fecha de la celebración de la reunión la autoridad competente no formulase objeciones a la misma mediante resolución expresa, podrá celebrarse sin otro requisito posterior. 3. Los convocantes de la reunión serán responsables de su normal desarrollo».

<sup>138</sup> Que también es exigida para las asociaciones profesionales militares, aunque no se especifica por la LODDFAS los motivos concretos por los que las solicitudes de reuniones pudieran denegarse, hablando genéricamente de «objeciones» (art. 45.3 *in fine*), concepto jurídico indeterminado que puede abrir el campo a denegaciones litigiosas. En cuanto a las causas que pueden justificar la denegación de dicha autorización, la LODDFAS amplía el elenco, considerando como válidas todas las que se basen en la interferencia de «[...] el funcionamiento de las unidades ni en la prestación de guardias o servicios y no se podrán convocar ni celebrar en el ámbito de los ejercicios u operaciones militares». (art. 45.4 LODDFAS)

<sup>139</sup> Debe destacarse que el derecho de reunión con fines sindicales fue considerado inicialmente como parte constitutiva del contenido esencial del derecho fundamental (STC 91/1983, de 7 de noviembre), para ser luego rectificadas esta jurisprudencia y ubicar dicha manifestación del derecho dentro del contenido adicional del mismo (SSTC 39/1986, 61/1989, 127/1989, y 173/1992), como señala P. Menéndez Sebastián: *La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ibídem Textos Universitarios, Madrid, 1997, p. 72.

<sup>140</sup> J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, cit., p. 100, sostiene que no debe «confundirse la autorización para celebrar la reunión y la autorización para utilizar determinados lugares cerrados [...] No estamos aquí ante una autorización previa al ejercicio del derecho de reunión, sino de una autorización para que se celebre en un determinado local».

<sup>141</sup> STC 91/1983, de 7 de noviembre, FJ 2º: «Pues bien, forma parte del contenido esencial del derecho de sindicación el derecho de celebrar reuniones a las que concurran los afiliados al Sindicato que las convoque, con el objeto de desarrollar los fines del propio



Constitucional sostuvo la legitimidad de esta autorización previa cuando la reunión asociativa pretenda celebrarse en locales oficiales, considerando la misma un límite legítimo al ejercicio del derecho fundamental de reunión<sup>142</sup>, siendo ampliamente aceptada la constitucionalidad de esta medida por la doctrina<sup>143</sup>.

En cuanto al ejercicio por los guardias civiles del ejercicio del derecho de reunión en lugares públicos y del derecho de manifestación, la LODDGC guardaba silencio al respecto (al igual que lo hacía el PLODDFAS para los miembros de las FAS), aunque se mostraba tajante prohibiendo expresamente en su artículo 8.1 la organización por los miembros del Benemérito Instituto de reuniones políticas y sindicales<sup>144</sup>, como también lo hacía el artículo 12.2 PLODDFAS, coherentemente con la excepción que la normativa vigente establecía<sup>145</sup> para estos militares de los derechos de asociación

---

Sindicato, pues de otra forma el ejercicio del derecho sería lógicamente imposible; *consideración que es asimismo aplicable al derecho de asociación que reconoce el art. 22 CE*, si bien entendemos que tratándose de una Asociación sindical, el derecho fundamental en juego es el de sindicación. Desde esta perspectiva, el derecho de reunión sindical existe, con independencia del derecho de reunión que, con el carácter de fundamental, reconoce el art. 21 CE, aun cuando la interpretación sistemática de la misma sea especialmente necesaria en un momento en que todavía no se ha dictado la Ley antes aludida, reguladora de las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación por los funcionarios públicos» (las cursivas son nuestras).

<sup>142</sup> En esta citada STC 91/1983, de 7 de noviembre. El supuesto de hecho lo constituyó la resolución denegatoria del Director General de la Policía a una solicitud de autorización para una reunión en las dependencias de la comisaría de Madrid-Barajas convocado por el presidente regional del Sindicato Profesional de Policía y a la que estaban convocados miembros del extinto Cuerpo Superior de Policía. En el FJ 3º razona el Tribunal los motivos de la constitucionalidad de la autorización previa a este tipo de reuniones: «La Sala no puede compartir la tesis de la parte actora. Los derechos fundamentales reconocidos en la CE, y entre ellos el de reunión, no son derechos ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (artículo 10 de la Constitución) y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, según hemos reiterado en diversas ocasiones. Por ello no puede afirmarse, de forma absoluta e incondicionada, que el derecho de reunión comprende el de que, para su ejercicio, un tercero deba poner a disposición de quienes lo ejercitan un local de su titularidad, ni que la Entidad donde prestan su servicio deba soportar, en la misma forma absoluta e incondicionada, el que la reunión se celebre dentro del horario de trabajo».

<sup>143</sup> F. Pascua Mateo: «Los derechos de reunión y manifestación...», cit., p. 49: «No plantea ningún problema la introducción de esta técnica administrativa, a pesar de que *prima facie* pueda chocar con el régimen diseñado con la CE y la LO 9/1983 [...] lo que se está solicitando no es sólo la celebración de una reunión, sino una utilización privativa de un bien de dominio público sin realizar instalaciones permanentes, lo que tradicionalmente, y con buen sentido, se ha sometido al régimen de autorización previa».

<sup>144</sup> «Los Guardias Civiles no podrán organizar manifestaciones o reuniones de carácter político o sindical».

<sup>145</sup> Como hacían los ahora derogados artículos 181 y 182 LROFAS, y que actualmente consagran los artículos 6.8 y 15.2 LOFCS, 9.5, 11, 12 y 18.1 LODDGC.

política y sindicación. Con lo que, *sensu contrario*, debía entenderse permitida la asistencia a cualquier otro tipo de manifestaciones (como preveía expresamente el art. 12.1 PLODDFAS).

Sin embargo el artículo 180 LROFAS –vigente hasta la aprobación de la LODDFAS y aplicable a los guardias civiles según el número 2 de la disposición derogatoria única LODDGC, *sensu contrario*<sup>146</sup>–, permitía la libre reunión de los militares, en lugares públicos o privados, para fines lícitos de acuerdo con la legislación vigente (y condicionaba a la autorización expresa del jefe las que pretendieran celebrarse en unidades, buques y dependencias), prohibiendo de raíz («en ningún caso») tomar parte en manifestaciones de tipo político<sup>147</sup>, sindical y reivindicativo<sup>148</sup>. La interpretación del alcance de la prohibición contenida en el artículo 180 LROFAS dividió a la doctrina entre quienes sostenían que dicha norma impedía las reuniones en defensa de los intereses del militar como tal<sup>149</sup> –con lo que los militares podrían asociarse profesionalmente, y los guardias civiles reunirse para asuntos profesionales en los términos permitidos por la LODDGC, pero no manifestarse públicamente en reivindicación de los intereses socioeconómicos para los que aquel derecho de asociación les es reconocido<sup>150</sup>–, y quienes sostuvieron que lo único que quedaba prohibido era la

---

<sup>146</sup> Que excluía de aplicación a los mismos solamente el apartado 1 del artículo 181 en lo que hacía al ejercicio del derecho de asociación profesional.

<sup>147</sup> A. Morales Villanueva: «Derechos y libertades del militar profesional», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) núm. 37, enero-febrero 1984, pp. 97-98, sostenía, considerando que la letra y espíritu de la ley era contraria a la Constitución, que «[...] la simple asistencia de un militar profesional a un mitin político, sin intervención de ninguna clase, ni dando a conocer su condición castrense, constituye una falta militar». El mismo argumento es repetido exactamente en «Los derechos políticos del militar profesional», en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas* (1ª edición), Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, p. 357.

<sup>148</sup> Que en el artículo 12.2 PLODDFAS quedaban prohibidas, en lo que hace a las reivindicativas, solamente si se acudía a ellas portando uniforme o haciendo uso de la condición militar.

<sup>149</sup> J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, p. 124: «La prohibición de tomar parte en manifestaciones “de tipo reivindicativo” ha de relacionarse con la “defensa de sus intereses económicos y sociales”. Lo que se prohíbe es la reunión en defensa de sus derechos e intereses como tales militares, manifestaciones que traten de que se satisfagan intereses propios de la “profesión militar”, cualquiera que sea el tipo de los intereses».

<sup>150</sup> J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación...*, p. 164, ha clasificado los distintos regímenes jurídicos a los que estarían sometidas las diferentes modalidades de ejercicio del derecho de reunión por los militares: a) Las reuniones para fines lícitos en locales públicos o privados quedarían sujetas al régimen general de la LODR. b) Las reuniones en unidades buques o dependencias militares quedarían sujetas a la autorización expresa del Jefe del mismo, *ex* artículo 180 LROFAS. c) Las manifestaciones políticas, sindicales o reivindicativas quedarían prohibidas *ex* artículo 180 LROFAS, con independencia

asistencia de uniforme o haciendo ostentación de la condición profesional a estas manifestaciones, pero no la asistencia como mero ciudadano<sup>151</sup>.

Lo cierto es que el artículo 13.1 párrafo 2º LODDFAS (cuyo texto se ha incorporado, como ya se ha visto, a la LODDGC), prohíbe actualmente no solo la asistencia a reuniones o manifestaciones políticas o sindicales vistiendo de uniforme o haciendo uso de la condición militar, sino también la asistencia a estos cuando tengan naturaleza reivindicativa, restricción que unida a ese concepto jurídico indeterminado utilizado por la norma que es el «uso de la condición militar» puede hacer inoperativo del derecho de asociación profesional, que es esencialmente reivindicativo. Resulta difícilmente sostenible, en nuestra opinión, que, tras el reconocimiento del ejercicio del derecho de asociación profesional a los militares por la STC 219/2001, de 31 de octubre, que entiende constitucional y legítima la reivindicación de sus intereses socioeconómicos, pueda prohibírseles la asistencia a manifestaciones convocadas por asociaciones profesionales. Y no puede achacarse esta polémica a la imprevisión del legislador, pues ya fue anticipada por el voto particular formulado a la STC 219/2001 por el magistrado González Campos, quien subrayó que la limitación del alcance dado al pronunciamiento contenido en la misma –no planteando la auto-cuestión de inconstitucionalidad al Pleno del Tribunal sobre la prohibición de constituir asociaciones reivindicativas por los militares contenida en el artículo 181 LROFAS–, podría ser causa de futuros problemas. En cualquier caso, la naturaleza ordinaria y postconstitucional de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre<sup>152</sup> impedía que este cuestionado mandato tuviera eficacia alguna para limitar el derecho fundamental de reunión por motivos profesionales de los militares, al carecer la norma prohibitiva de la naturaleza orgánica exigida por el artículo 81.1 CE, conclusión que han admitido (si bien indirectamente) algunos órganos jurisdiccionales, como veremos a

---

del modo de asistencia a la misma (como militar, usando el uniforme o significándose como tal, o como ciudadano). López González, antes de que el Tribunal Constitucional abriera una vía a las reivindicaciones profesionales del militar en su Sentencia 219/2001, criticó la prohibición establecida por la LROFAS para las manifestaciones reivindicativas, y siguiendo a Pellón proponía una interpretación restrictiva del término «[...] si no queremos dar lugar a una verdadera negación injustificada del derecho tal y como sucedería, por ejemplo, si se impidiese la asistencia a actos en los que solicite la construcción de escuelas o la dotación de centros deportivos en determinado municipio». *Ibidem*.

<sup>151</sup> F. Pascua Mateo: «Los derechos de reunión y manifestación...», p. 52, considera que «[...] la interpretación conjunta de las dos últimas leyes [se refiere al art. 4.4 LODR y al art. 8.34 LORDFAS] permite limitar la prohibición contenida en la Ordenanzas sólo a los supuestos de reuniones públicas o manifestaciones de contenido político o sindical en que se haga uso de uniforme u ostentación de la condición de militar».

<sup>152</sup> J. J. Herbón Costas, *Los derechos de asociación política y sindicación...*, pp. 114-129.

continuación. Pero: ¿y el artículo 13.1 LODDFAS, precepto de naturaleza orgánica? En nuestra opinión, resulta discutible la virtualidad limitadora de este precepto en lo que respecta a la asistencia sin uniforme (límite que la neutralidad política o sindical podría justificar) a reuniones o manifestaciones convocadas por asociaciones profesionales de militares, en las que no se invoquen lemas políticos o sindicales, sino meramente reivindicativos de los intereses socioeconómicos por ellas representados, aunque la interpretación jurisprudencial del cuestionado concepto jurídico indeterminado ha ido, como veremos a continuación, en una línea mucho más restrictiva del ejercicio del derecho.

Directamente conectado con este asunto está el de la posibilidad de que la autoridad gubernativa prohíba una manifestación o reunión en la vía pública convocada por una asociación profesional de guardias civiles, por entender que en la misma se va a hacer ejercicio del derecho de sindicación, que tienen legalmente prohibido. La STSJ Madrid nº 444 (Sección 9ª), de 13 de abril de 2010, conoció la presunta vulneración del derecho fundamental de reunión de los guardias civiles convocados a una manifestación el 18 de octubre de 2008, causada por una Instrucción del Director General de la Policía y de la Guardia Civil de 16 de ese mes y año en la que consideraba dicha manifestación como un acto sindical y recordaba a los guardias civiles la prohibición de acudir a dichos actos por constituir una falta disciplinaria muy grave. La sentencia, partiendo de que «[...] podría entenderse vulnerado ese principio [de neutralidad política y sindical] cuando la asistencia a la reunión o manifestación tenga por finalidad apoyar actividades puramente sindicales, como son las relativas a la negociación y los conflictos colectivos laborales» (FJ 3º), y aceptando que la manifestación que daba origen al litigio tenía un objetivo claramente sindical (había sido convocada por cuatro sindicatos policiales en relación con dos conflictos colectivos abiertos contra el Ministerio del Interior), y que los guardias civiles solamente tienen prohibido acudir, en su condición de tales, a manifestaciones que puedan vulnerar la neutralidad exigida a «la Guardia Civil como institución» –puesto que interpretar esta prohibición en sentido amplio y privarles de acudir de paisano constituiría una limitación injustificada de su derecho fundamental de reunión–, consideró que el hecho de que las dos asociaciones profesionales de guardias civiles que inicialmente habían compartido convocatoria con los sindicatos policiales citados, al renunciar a convocar la misma no excluyeran también la de los fines inicialmente reivindicados (que constaban en los anuncios de la manifestación), hacía que no se estuviera ante la «eventual participación de los Guardias Civiles [*sic*] como ciudadanos por intereses inhe-

rentes a su condición de tales, sino en la asistencia a una manifestación que, formalmente convocada por terceros, tiene por finalidad reivindicar derechos de naturaleza sindical cuya titularidad se atribuye, entre otros, a los propios Guardias Civiles [*sic*]. Es inconcebible que la asistencia de un Guardia Civil [*sic*] a ese acto no lo fuera en su condición de tal y sí en la de simple ciudadano, pues eran sus derechos e intereses corporativos el objeto de la manifestación [...]» (FJ 4º). Por tanto, los guardias civiles no pueden acudir a manifestaciones convocadas por sindicatos o que persigan finalidades sindicales para ellos vedadas, pero pueden asistir legítimamente a reuniones reivindicativas de sus intereses profesionales convocadas por sus asociaciones.

Esta línea de interpretación ha sido complementada por la aparentemente contradictoria<sup>153</sup> STSJ Madrid nº 847 (Sección 8ª), de 16 de septiembre de 2010, en la que dos asociaciones profesionales de guardias civiles (la Unión de Oficiales y la Asociación Unificada de la Guardia Civil, en adelante UO y AUGC, respectivamente) recurrieron por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales la resolución del subdelegado del Gobierno en Madrid de 7 de septiembre de 2010, que prohibió la manifestación convocada por estas dos asociaciones para el 18 de septiembre de 2010 considerando que encubría el ejercicio de actividades sindicales, exceptuadas para los miembros del Cuerpo y para las asociaciones por ellos constituidas. El TSJ, tras sentar el principio de que los guardias civiles son titulares del derecho fundamental de reunión, quedándoles excluidas solamente la asistencia u organización de aquellas que tengan naturaleza política o sindical, conecta el ejercicio de este derecho con la libertad de expresión, dada la naturaleza instrumental del primero, y sostiene la titularidad también de esta libertad por los miembros de la Benemérita que, *ex lege*, solamente pueden sufrir tres límites: los que fije su régimen disciplinario, los marcados por el deber de secreto profesional y la necesidad de respetar, en el uso de esta libertad, la dignidad de las personas, las instituciones y los poderes públicos<sup>154</sup> (FJ 2º). Y tras sentar esta doble titularidad, y admitir que los guardias civiles, como militares que son, tienen vedadas las actividades sindicales, entra a conocer del objeto de

---

<sup>153</sup> En el FJ 6º el TSJ Madrid señala la diferencia fundamental que da lugar al aparente cambio de criterio: mientras que en el caso precedente la convocatoria se efectuaba desde sindicatos policiales y con eslóganes claramente sindicales, en el caso enjuiciado por la Sala 8ª se está en presencia de un legítimo ejercicio del derecho de asociación profesional reconocido por la LODDGC.

<sup>154</sup> Sobre el prestigio de las instituciones del Estado (en concreto, de la Administración de Justicia) se pronunció el Tribunal Constitucional en la STC 107/1988, de 8 de junio.

la convocatoria planteada por las dos asociaciones profesionales organizadoras, sosteniendo que «[...] el término sindical no abarca toda la realidad profesional, pues de lo contrario resultaría que la normativa [la LODDGC] entraría en una contradicción interna insalvable en la medida que reconoce la posibilidad de actuar para promocionar unos derechos profesionales pero considera ilegal dicha actuación al tener siempre carácter sindical. Resulta por lo tanto evidente, a juicio de esta Sala, que profesional y sindical son dos realidades distintas, al menos a efectos de la normativa que examinamos», y tomando como punto de partida la crucial STC 219/2001, concluye que «[...] la actividad sindical prohibida a los guardias civiles y que no pueden promocionar sus asociaciones profesionales abarca, de una parte, la formación o integración en sindicatos, o agrupaciones o federaciones de tales organizaciones, y de otra el ejercicio del derecho de huelga, las acciones sustitutivas de las mismas, la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo», sin que esta interpretación de la Sala pueda considerarse, en su opinión, que vulnera la neutralidad e imparcialidad que el artículo 18 LODDGC exige a los miembros del cuerpo «[...] neutralidad que lógicamente sólo puede predicarse de la adhesión a la actuación o a las proclamas de una organización de esta naturaleza [política o sindical], pero no respecto de la defensa de los propios intereses profesionales, que son los únicos que alientan el ejercicio del derecho de reunión en los términos solicitados por los actores» (FJ 4<sup>a</sup>).

Las sentencias comentadas del TSJ Madrid parecen sostener la legitimidad de la prohibición gubernativa de celebración de manifestaciones organizadas por asociaciones profesionales que defiendan objetivos sindicales, y la plena viabilidad de la asistencia del guardia civil a reuniones meramente reivindicativas (no sindicales) convocadas por asociaciones profesionales. Esta conclusión permite plantear, a la luz tanto de la jurisprudencia constitucional como del entramado legal que sostiene el ejercicio del derecho asociativo reivindicativo por los guardias civiles, diversas cuestiones. La primera de ella versa sobre la constitucionalidad de la prohibición gubernativa de la celebración de una manifestación organizada por una asociación profesional con fundamento en la presunta vulneración de la neutralidad política o sindical, si se tiene en cuenta la vigencia en la jurisprudencia constitucional del principio *favor libertatis* sobre las posibles limitaciones a este derecho<sup>155</sup>. Recuérdese que el artículo 21.2 CE estable-

---

<sup>155</sup> STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 7<sup>o</sup> *in fine*: « Pero, como ya hemos advertido, se ha de tener presente que, además del límite establecido expresamente en el art. 21.2 CE en el que insiste el demandante, el ejercicio del derecho de reunión pacífica en lugar de tránsito público puede verse eventualmente sometido a restricciones necesarias para preservar otros

ce como límite al ejercicio del derecho de manifestación «razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes»<sup>156</sup>, aunque la jurisprudencia constitucional ha admitido la posibilidad de imponer límites al ejercicio del derecho de manifestación para proteger el ejercicio de otros bienes o derechos constitucionales<sup>157</sup>. El Tribunal Constitucional no da una solución definitiva, sino que resuelve casuísticamente, otorgando el amparo en unos supuestos y denegándolo en otros, valorando caso por caso la proporcionalidad de la medida gubernativa que prohíbe la manifestación<sup>158</sup>.

---

derechos o bienes constitucionales, debiendo recordarse asimismo que si existieran dudas sobre si tal ejercicio en un caso determinado puede producir los efectos negativos contra el orden público con peligro para personas y bienes u otros derechos y valores dignos de protección constitucional, aquéllas tendrían que resolverse con la aplicación del principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión (*favor libertatis*), sin que baste para justificar su modulación o prohibición la mera sospecha o la simple posibilidad de que se produzcan dichos resultados».

<sup>156</sup> STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 8º: «[...] es evidente que la norma constitucional exige también la creación de una situación de peligro para las personas o sus bienes, situación de peligro que, tal y como ya se ha indicado, hay que estimar cumplida cuando de la conducta de los manifestantes pueda inferirse determinada violencia “física” o, al menos, “moral” con alcance intimidatorio para terceros».

<sup>157</sup> Reiterada jurisprudencia de la que es la muestra más reciente la STC 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 3º: «Sobre el contenido del derecho de reunión (art. 21 CE) y los límites a su ejercicio que forzosamente impone la protección de otros bienes o derechos constitucionales [...]».

<sup>158</sup> Un ejemplo del razonamiento empleado por el Tribunal Constitucional se encuentra en la STC 38/2009, de 9 de febrero (FJ 4º), en la que conoce del recurso de amparo interpuesto (contra una resolución que consideraba que la reunión tenía contenido electoral y vulneraba los dispuesto por la legislación en la materia) por un sindicato de estudiantes que había convocado una manifestación en período electoral al Parlamento de Cataluña, reclamando mejoras en la educación. El Tribunal Constitucional consideró vulnerado el derecho de reunión, al entender insuficiente la justificación argumentada por la autoridad administrativa de que el lema de la convocatoria podía coincidir con los planteamientos electorales de determinadas formaciones políticas que se presentaban a las elecciones y suponer un apoyo a las mismas, vulnerando los dispuesto por la legislación electoral: «En consideración a lo expuesto, resulta contrario al art. 21 CE que la manifestación convocada por el *Sindicat D'Estudients de Catalunya* con el lema “Por una enseñanza pública de calidad” se prohíba la misma puede tener contenido electoral (“per considerar que la mateixa pot tenir contingut electoral”). No sólo por las dudas que hace explícitas la Junta Electoral Provincial de Barcelona y, posteriormente, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Ciudadana de la Generalidad de Cataluña sobre el contenido electoral de la manifestación, sino porque tampoco puede reputarse motivo suficiente para limitar el derecho de reunión del recurrente, el que, como argumenta el órgano judicial, con la manifestación se esté favoreciendo “de forma indirecta o subliminal” a aquellas formaciones políticas que muestran mayor apoyo a dicha política. La mera posibilidad de que una reivindicación, en este caso un derecho relacionado con la enseñanza, pueda incidir de una u otra forma en el electorado, se muestra como una hipótesis insuficiente para limitar el derecho de reunión en período electoral. En efecto, extender el carácter de acto de campaña electoral a todo

La segunda cuestión afecta a la posibilidad gubernativa de modificar las condiciones de celebración de la manifestación, si entiende que alguna de sus condiciones no respeta lo exigido constitucional y legalmente. ¿Hubiera sido posible que en alguno de los supuestos resueltos por el TSJ Madrid la autoridad gubernativa hubiera condicionado la celebración de la manifestación a la retirada de los lemas considerados vulneradores de la neutralidad sindical exigida a los guardias civiles? En la STC 195/2003, de 27 de octubre, que conoció el recurso de amparo interpuesto por un ciudadano que convocó una reunión en lugar de tránsito público (en concreto la plaza de la Candelaria en Santa Cruz de Tenerife, donde se encuentra la basílica del mismo nombre) en apoyo del pueblo saharauí y en la que pretendía, entre otras medidas, disponer de una megafonía para difundir la convocatoria, la autoridad gubernativa autorizó la reunión pero modificando el uso de la misma en atención a que se encontraba en las proximidades de un lugar dedicado al culto y que debía apagar aquella en las horas en las que se celebrase misa, y el Tribunal Constitucional consideró adecuada esta limitación para salvaguardar la libertad religiosa de los fieles que acudieran a dicho lugar de culto, y además proporcionada por no restringir indebidamente el derecho fundamental de reunión<sup>159</sup>. Parece por tanto factible que si la autoridad gubernativa que recibe la comunicación previa de una asociación profesional militar para celebrar una manifestación en la

---

aquél que de forma indirecta o subliminal pudiera incidir en la voluntad de los electores por coincidir con alguna de las ideas defendidas por las opciones políticas que concurren en el proceso electoral, sujetándolo por ello a la regulación de la Ley Orgánica del régimen electoral general (LOREG), supondría, en aras de la protección de la “pureza de la campaña electoral” permitir que se prohiban, con la consiguiente vulneración del derecho a la libertad de expresión, todas aquellas manifestaciones públicas realizadas durante la misma que no hubieran sido efectuadas por candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones. Siendo así que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión queda, incluso, legalmente liberado de las restricciones establecidas para el período de campaña en el art. 50.3 LOREG. Y ello incluso cuando fuera conocida la preferencia de sus convocantes por una determinada opción política o su posición crítica con el resto de las opciones presentes en la contienda electoral. No se aportan, por tanto, razones fundadas ni por parte de la Administración ni por el órgano judicial que conduzcan a entender que la intención de la convocatoria era la captación de votos».

<sup>159</sup> FJ 8º: «[...] la proscripción del uso de la megafonía impuesta por la autoridad gubernativa, circunscrita al tiempo de la celebración de los “oficios religiosos” y no absolutamente impeditiva del uso de aquel vehículo material de expresión para los congregados de la plaza, sino temporalmente limitativa de dicho uso, supuso una limitación adecuada y necesaria para la preservación del ejercicio otro derecho fundamental, en este caso, el derecho a la libertad religiosa, amparado por el art. 16.1 CE como manifestación religiosa de culto. Tal limitación observó igualmente las exigencias de la proporcionalidad en sentido estricto, pues los términos de la prohibición gubernativa no comprometieron el ejercicio del derecho de reunión en mayor intensidad de la que tendía a favorecer el ejercicio concurrente de otro derecho fundamental».



que constara algún eslogan (evidentemente no todos, pues entonces debería prohibirse) que entendiera entra en conflicto con la neutralidad política o sindical exigida a los guardias civiles, podría condicionar la celebración de la misma a la retirada de los cuestionados lemas.

Una tercera cuestión aparece relacionada con esta exigencia de neutralidad política y sindical al guardia civil por el artículo 18 LODDGC<sup>160</sup> (y a sus asociaciones profesionales por el art. 9.5 LODDGC<sup>161</sup>), y no es otra que la posibilidad de sancionar disciplinariamente a los guardias que, durante el transcurso de una manifestación, pudieren transgredir esta prohibición. Existe jurisprudencia constitucional respecto de otro de los colectivos que tradicionalmente se han entendido sujetos a una relación de sujeción especial, como es el de los presos, y en los que el Tribunal Constitucional valida la sanción disciplinaria impuesta a uno de ellos al considerar que el derecho fundamental de reunión no ampara cualquier comportamiento del recluso que se reúne pacíficamente en el patio de la prisión, justificando en este caso que la vulneración de la comunicación previa a la autoridad penitenciaria permite la aplicación del régimen disciplinario por impedir a esta controlar la legalidad de la reunión<sup>162</sup>, lo que invita a concluir que la aplicación del régimen disciplinario militar a los comportamientos reseñados no presentaría problemas aparentes de constitucionalidad.

En este mismo sentido, y sentada por el artículo 50 LODDGC la responsabilidad de las asociaciones profesionales por los actos de sus órga-

---

<sup>160</sup> Y al militar de las FAS por el artículo 7 LODDFAS.

<sup>161</sup> Y a las asociaciones profesionales de las FAS por el artículo 33.3 LODDFAS.

<sup>162</sup> STC 71/2008, de 23 de junio, FJ 5º: «En relación con el ejercicio de este derecho dentro de los centros penitenciarios por parte de los condenados a prisión, debe incidirse en que, estando previsto en el art. 25.2 CE que los derechos fundamentales de los internos queden expresamente limitados por la condena, el sentido de la pena o la ley penitenciaria, ya este Tribunal ha destacado que el ejercicio del derecho de reunión en el interior de las prisiones puede quedar limitado por razones de orden y de seguridad constitucionalmente legítimas (STC 119/1996, de 8 de julio, FJ 2). A partir de ello, no cabe admitir la afirmación del recurrente de que las reuniones y concentraciones realizadas por internos dentro de centros penitenciarios no requieren de autorización previa, toda vez que no puede privarse a la administración penitenciaria de que determine y pondere en cada caso si el pretendido ejercicio de este derecho resulta compatible con la condición de presos en general, con el cumplimiento de su pena privativa de libertad, con la seguridad y buen orden del establecimiento, con la libertad de los demás presos con los que obligadamente conviven los peticionarios y con la correcta prestación por los funcionarios del centro penitenciario de sus restantes servicios y funciones. Por tanto, habida cuenta de que el recurrente, junto con otros presos, se limitó a comunicar por medio de instancia entregada poco antes de su celebración que participaría en una concentración, pero sin posibilitar que la administración determinara y ponderara las razones de orden y de seguridad del centro que pudieran verse afectadas, no cabe afirmar que fuera una conducta amparada por el legítimo ejercicio de este derecho».

nos estatutarios adoptados en el ejercicio de sus respectivas competencias, cabe preguntarse si es posible exigir responsabilidades disciplinarias a los convocantes de una manifestación asociativa por permitir usar el estrado –desde el que tradicionalmente se lanzan los mensajes reivindicativos por los distintos oradores– a personas que, por su condición representativa político-sindical ponen en cuestión el respeto debido a la neutralidad en estas materias que obliga tanto a los guardias (art. 18.1 LODDGC) como a sus asociaciones (art. 9.5 LODDGC). Y no nos referimos a supuestos de laboratorio, puesto que la prensa del 19 de septiembre de 2010 relata cómo, en el transcurso de la manifestación convocada por UO y AUGC y que fue autorizada por la STSJ Madrid de 16 de septiembre de 2010, líderes políticos y sindicales<sup>163</sup> utilizaron la tribuna para dirigir diversos mensajes al público compareciente. Las dudas sobre la politización del acto, y la mancha que a la neutralidad política y sindical causaron esos discursos, queda resumida en el titular de la edición de Sevilla de diario *ABC* de 19 de septiembre de 2010, en su página 56: «Las asociaciones de la guardia civil usan a la izquierda para pedir su desmilitarización». Curiosamente la posible responsabilidad individual de los convocantes de la manifestación y de los órganos representativos de la asociación resultaría inexigible en vía disciplinaria por vulneración de la neutralidad política o sindical (porque aunque no son ellos quienes realizan las manifestaciones partidistas, sí son quienes convocan, permiten y facilitan que el cargo político o sindical se dirija a los congregados), dada la redacción otorgada por el legislador a la falta muy grave prevista por el artículo 7.2 LO 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (en adelante, LORDGC), que condiciona la sanción de las conductas que vulneren la neutralidad política o sindical a que las mismas se produzcan «en el desarrollo de su actuación profesional»<sup>164</sup>, lo que parece circunscribir la aplicación de este tipo disciplinario a las conductas políticas y sindicales desarrolladas estando el guardia civil de servicio, con ocasión del mismo, portando uniforme o haciendo uso de su condición profesional –aunque el TSJ Madrid apuntó

---

<sup>163</sup> En concreto el líder de la formación Izquierda Unida, D. Cayo Lara, el eurodiputado de esta misma formación Willy Meyer y la vicesecretaria general del Sindicato Unificado de Policía D<sup>a</sup> Mónica Gracia, como relata la edición sevillana del *ABC* del 19 de septiembre de 2010 en su página 56.

<sup>164</sup> Como se señala en A. N. Marchal Escalona (coord.): *Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 356: «Comete esta infracción el guardia civil que, en su condición de tal y no como simple ciudadano, lleva a cabo actos dirigidos a colocar en situación de ventaja o de desventaja a alguna organización política o sindical o a sus miembros, simpatizantes, votantes o candidatos, dentro o fuera de procesos electorales».

que cuando un guardia civil asiste a un acto político o sindical no acude como ciudadano, sino en su condición profesional, *ergo* quizá sí fuera conforme al principio de tipicidad incardinar el comportamiento de los convocantes y de los representantes asociativos implicados dentro de dicha falta muy grave—, lo que obligaría al intérprete a buscar otras vías en las cuales pudiera encajarse una conducta que parece, a primera vista, no conforme con las exigencias de la disciplina militar que por mandato legal impera en el Cuerpo. ¿Podría considerarse este comportamiento como la promoción de un partido o sindicato, o como desarrollo de actividades de naturaleza política o sindical (falta muy grave *ex art.* 7.3 LORDGC)? Ambas faltas son consideradas por la doctrina como intencionales, que requieren el dolo específico de, o bien favorecer o perjudicar a una determinada opción política o sindical (art. 7.2 LORDGC) o de desarrollar actividades políticas o sindicales prohibidas para los guardias civiles<sup>165</sup>. Y ahondando un poco más en estas conductas: ¿qué decir de la tradicional repetición de eslóganes<sup>166</sup> (como ejemplos los que relata el diario *ABC* del día citado: «Zapatero, embustero» o «Rubalcaba el que no bote») contra las personas que encarnan algunas de las más altas instituciones de la Nación? ¿Solamente son sancionables a título individual en la persona del guardia que sea sorprendido clamando dichas consignas<sup>167</sup> (lo cual plantea un serio problema de prueba cuando la concentración congrega a varios miles de personas, como ha ocurrido con las últimas manifestaciones de miembros de la Benemérita), o pueden imputarse a los organizadores de la manifestación la promoción de las mismas<sup>168</sup>?

Esta aparente imposibilidad de reprimir el comportamiento presuntamente antidisciplinario de los representantes asociativos, llevaría a plantear, como modo de controlar el respeto al mandato de neutralidad que las asociaciones profesionales reciben de la ley (art. 9.5 LODDGC), la posibilidad de suspensión o disolución de las asociaciones profesionales infractoras, más en el supuesto de que la afección a dichos bienes constitucionalmente

---

<sup>165</sup> *Ibidem*, pp. 356 y 360.

<sup>166</sup> De todo el mundo es conocido que en toda manifestación, dada su naturaleza dinámica que implica el desplazamiento desde un punto de partida hasta el lugar en que los organizadores desgranar sus discursos a la masa congregada, se galvaniza a los comparecientes a través de la megafonía proponiendo cánticos reivindicativos relacionados con el objeto de la manifestación

<sup>167</sup> El artículo 7.1 LORDGC considera falta muy grave «[...] la realización de actos irrespetuosos o la emisión pública de expresiones o manifestaciones contrarias al ordenamiento constitucional o al Rey y a las demás instituciones por ella reconocidas».

<sup>168</sup> El artículo 7.28 LORDGC considera falta muy grave «Inducir a la comisión de alguna de las faltas previstas en los apartados anteriores».

relevantes fuera reiterada o de extraordinaria gravedad –basta imaginar el supuesto de una asociación profesional que decidiera que la estrechez del cauce asociativo obstruye su labor y acudiera a la utilización de los medios de acción sindical que les son prohibidos para desarrollarla, convocando formalmente una huelga, por ejemplo–. El artículo 51 LODDGC remite la suspensión o disolución de las asociaciones profesionales al régimen general de la LODA, que en su artículo 17 considera que una asociación podrá disolverse por las causas previstas en sus Estatutos, y en su defecto, por la voluntad de sus socios expresada en asamblea general convocada al efecto, por las causas previstas en el artículo 39 del Código Civil<sup>169</sup> y por sentencia judicial firme<sup>170</sup>. Se echa en falta en la LODDGC, dada la importancia que para el buen funcionamiento de cualquier estructura militar comporta el respeto a la disciplina que rige su funcionamiento por todos sus miembros –y frente a quien pudiera sostener que las asociaciones profesionales constituidas por guardias civiles son personas jurídicas externas a la organización castrense, creadas para defender los derechos de sus miembros, y por ello están exentas de determinadas obligaciones, recuérdese que a esas asociaciones externas la LODDGC (Tít. VII, arts. 52 a 57) les otorga una participación capital en la determinación de las condiciones de servicio de todos los guardias civiles, mediante la participación, a través de los resultados electorales, en el nuevo Consejo de la Guardia Civil, participación que debiera exigirles, en contrapartida, un mínimo respeto de las reglas del juego–, un régimen específico de suspensión o disolución de las asociaciones profesionales por la infracción de algunos principios considerados esenciales para el correcto desempeño de sus funciones (tendientes a garantizar «la satisfacción de los intereses sociales, económicos y profesionales de sus asociados y la realización de actividades sociales que favorezcan la eficiencia en el ejercicio de la profesión y la deontología profesional de sus miembros», art. 36 LODDGC), al estilo del inaugurado por los artícu-

---

<sup>169</sup> Que son las siguientes: expiración del plazo durante el que funcionaban legalmente, haber realizado el fin para el que se constituyeron, imposibilidad de aplicar a este los medios y la actividad de que disponían.

<sup>170</sup> El artículo 515 CP tipifica los supuestos de asociación ilícita: «Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada. 2. (derogado). 3. Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución. 4. Las organizaciones de carácter paramilitar. 5. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello. 6. (derogado)».

los 10<sup>171</sup> y 11 de la LOPP<sup>172</sup>, contemplando como causa de disolución la vulneración reiterada de los bienes constitucionalmente relevantes que la neutralidad política y sindical de la Guardia Civil y las Fuerzas Armadas encarnan *ex* artículo 103.1 CE. En este sentido, el artículo 39 LODDFAS no ha mejorado en nada esta situación, a pesar de las expectativas creadas durante su tramitación parlamentaria<sup>173</sup>, y prevé que «la suspensión o disolución de las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas quedará sometida al régimen legal establecido para el derecho de asociación».

En cualquier caso, parece evidente que los mecanismos legales articulados para la expulsión del tráfico jurídico de las asociaciones resultan insuficientes para controlar el respeto a determinados valores constitucionales –recuérdese que el mandato de neutralidad política o sindical para las Administraciones públicas, que se traslada a sus funcionarios y empleados a través de la aplicación del correspondiente régimen disciplinario, no es más que un derivado del principio constitucional de objetividad de la actuación

---

<sup>171</sup> Que en su número 2 contempla como causas de disolución judicial, además de las previstas por el CP para el delito de asociación ilícita, la vulneración de forma continuada, reiterada y grave de la exigencia de una estructura interna y funcionamiento democráticos (derivado del art. 6 CE) y que «de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a las que se refiere el artículo 9».

<sup>172</sup> Y declarado constitucional por la STC 48/2003, de 12 de marzo, ante la alegación de los recurrentes, sostenida en la casi unánime opinión doctrinal hasta ese momento, de que «[...] la disolución de los partidos, como la de las asociaciones, sólo podría producirse mediante resolución judicial (art. 22.4 CE) y traer causa de su ilicitud penal (art. 515 CP) o, en vía civil, de la inobservancia del deber de organización y funcionamiento democráticos (art. 6 CE)» (FJ 4º), y de que constituía una vulneración del principio de *non bis in idem*, por constituir una pena alternativa a la prevista por el artículo 515 CP, alegación rechazada por el Tribunal en su FJ 10º: «En el caso de los preceptos recurridos no se aprecia la concurrencia de un verdadero carácter de pena en la medida de disolución. Antes que a un fin propiamente retributivo, las causas de ilegalización y disolución previstas en la Ley responden a una finalidad de garantía de que su actuación respete las condiciones definidoras de los partidos políticos, en tanto que asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones».

<sup>173</sup> El artículo 38 PLODDFAS preveía, en cambio, la suspensión y disolución de las asociaciones profesionales de militares por la autoridad judicial, «cuando incumplan lo dispuesto en esta Ley o incurran en supuestos tipificados como de asociación ilícita de acuerdo con las leyes penales», permitiendo la posibilidad de suspensión o disolución por vulneración, entre otras causas, del mandato de neutralidad política y sindical anteriormente referido. Ahora bien, este artículo parecía pecar de cierta indeterminación e imprecisión, porque no especificaba qué infracciones (¿todas?, ¿solo las más relevantes?, y en este caso, ¿cuáles?) van a permitir la disolución o si va ser precisa una reiteración en la conducta infractora para considerar el motivo como suficiente, lo que va a dar lugar a un excesivo casuismo jurisprudencial, si es que alguna vez hubiera llegado a utilizarse este instrumento de control del correcto ejercicio del derecho por las organizaciones profesionales.

de las Administraciones Públicas consagrado por el artículo 103.1 CE-, especialmente relevantes en el ámbito de las relaciones de sujeción especial castrenses. Debe tenerse en cuenta que la infracción de dichos principios, a pesar de ser imputable a la persona jurídica, es materialmente ejecutada por los miembros que la integran (*societas delinquere non potest*), y especialmente por sus representantes, por lo que debería articularse algún mecanismo represivo para evitar que, amparándose en el constitucional ejercicio del derecho fundamental de asociación en materia profesional, determinados funcionarios públicos eludan el cumplimiento de las obligaciones que el Ordenamiento jurídico les impone, y utilicen la personalidad jurídica para socavar la disciplina militar a la que todo guardia civil y militar está sujeto. En este sentido, la STJ Madrid nº 444 de 13 de abril de 2010 parece abrir, como hemos apuntado anteriormente, una vía para la represión disciplinaria del comportamiento de los guardias civiles que en el ejercicio de su derecho de manifestación vulneren la neutralidad política o sindical, al considerar que cuando se acude a una manifestación convocada por un sindicato o por un partido político, o por una asociación profesional pero bajo eslóganes políticos o sindicales, el hecho de que no se esté de servicio activo o no se porte uniforme no permite considerar que se acude como ciudadano:

«El desistimiento de la convocatoria que hicieron esas asociaciones no se acompañó de la correlativa renuncia a los fines que afectaban a los integrantes del Cuerpo, por lo que la reivindicación de sus derechos continuaba siendo un objetivo del acto. No nos hallamos, entonces, ante la eventual participación de los Guardias Civiles [*sic*] como ciudadanos por intereses inherentes a su condición de tales, sino en la asistencia a una manifestación que, formalmente convocada por terceros, tiene por finalidad reivindicar derechos de naturaleza sindical cuya titularidad se atribuye entre otros, a los propios Guardias Civiles [*sic*]. Es inconcebible que la asistencia de un Guardia Civil [*sic*] a ese acto no lo fuera en condición de tal y sí en la de simple ciudadano, pues eran sus derechos o intereses corporativos el objeto de la manifestación, de manera que, además, difícilmente puede decirse que esa asistencia, aun cuando fuera aparentemente a título individual, dispusiera de naturaleza anónima (FJ 5º)»<sup>174</sup>.

---

<sup>174</sup> Ahora bien, esa asistencia de un guardia civil «en su condición de tal» a una manifestación convocada por un partido político o por un sindicato, ¿puede ser calificable como constitutiva de una vulneración de la «neutralidad o independencia política o sindical en el desarrollo de la actuación profesional» (art. 7.2 LORDGC, las cursivas son nuestras)? En nuestra opinión, resulta muy dudoso el cumplimiento de ese elemento objetivo del tipo. Parecería más ajustado al principio de tipicidad calificar estas conductas como constitutivas

B) LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS REPRESENTANTES ASOCIATIVOS Y EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

El reconocimiento del derecho de asociación profesional en el seno de la Guardia Civil ha otorgado cobertura legal al ejercicio de sus funciones representativas por los cargos directivos de las diversas asociaciones constituidas e inscritas en el Registro habilitado en el Ministerio del Interior, funciones que hasta la aprobación de la LODDFAS los representantes de las asociaciones profesionales de miembros de las FAS han ejercitado *de facto*. Sin embargo, la protección y facultades<sup>175</sup> que la LODDGC otorga a los representantes asociativos, reforzada en el caso de que ostenten la condición de vocales del Consejo de la Guardia Civil<sup>176</sup>, choca con diversos preceptos contenidos en la LORDGC, que restringen, fundamentalmente, el ejercicio de la libertad de expresión por los miembros del Instituto armado. Curiosamente, estos tipos disciplinarios [la falta muy grave del art.

---

de la falta muy grave prevista por el artículo 7.3 LORDGC de «desarrollo de actividades políticas y sindicales».

<sup>175</sup> Artículo 45 LODDGC: «1. Reglamentariamente se regulará el acceso de los miembros de las asociaciones que formen parte del Consejo de la Guardia Civil y un representante designado por las asociaciones profesionales representativas que no formen parte de dicho Consejo, a los acuartelamientos e instalaciones para participar en actividades propias del asociacionismo profesional, que, en cualquier caso, exigirá previa comunicación al jefe de la unidad, centro u órgano, no pudiendo tales actividades interrumpir o menoscabar el normal funcionamiento de los servicios. 2. Igualmente, se regulará reglamentariamente el derecho de los representantes de las asociaciones que cuenten con vocales en el Consejo de la Guardia Civil a disponer de tiempo, horas mensuales y permisos para el desarrollo de actividades relacionadas con su condición».

<sup>176</sup> Artículo 57 LODDGC: «Los vocales del Consejo de la Guardia Civil, en representación de los miembros de la Institución, tendrán los siguientes derechos: 1. Libre circulación por las dependencias de su unidad electoral, sin que entorpezca el normal funcionamiento de las correspondientes unidades. 2. Libre distribución de publicaciones referidas a cuestiones profesionales o asociativas. 3. Acumulación en uno de los miembros de la candidatura de los créditos de tiempo, horas mensuales y permisos, previa comunicación a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil. 4. No discriminación en su promoción profesional en razón del desempeño de su representación». El artículo 51LODDFAS, que lleva por rúbrica *Derechos de los miembros del Consejo de Personal representantes de las asociaciones*, recoge un elenco de facultades muy distintas para estos representantes: «Los representantes de las asociaciones en el Consejo de Personal tendrán los siguientes derechos: a) No ser discriminados en su promoción profesional en razón del desempeño de su representación. b) Disponer de créditos de tiempo para el ejercicio de sus cometidos en la preparación de los temas, elaboración de propuestas y posible pertenencia a grupos de trabajo del Consejo. c) Asistir a las reuniones del Consejo en pleno o en comisiones, ordinarias o extraordinarias. Dicha asistencia a las citadas reuniones tendrá la consideración de acto de servicio preferente. d) Exponer y difundir los anuncios, comunicaciones o publicaciones de su asociación a través de los medios, procedimientos y vías generales de comunicación electrónica facilitados por el Ministerio de Defensa, a los que se refiere el artículo 44.1».

7.1 (y quizá también la del art. 7.2) y las faltas graves de los apartados 21 y 22 del art. 8] no realizan distinción alguna en lo que respecta a la condición del sujeto activo de los mismos, entendiendo que autor de estas faltas puede ser todo miembro del Cuerpo sujeto al régimen disciplinario –con independencia de que se trate de un representante asociativo, de un vocal del Consejo de la Guardia Civil o de un mero guardia civil sin representación alguna, y se esté o no afiliado a una asociación profesional–, que efectúe manifestaciones contrarias a la disciplina o reclamaciones o peticiones a través de medios de comunicación social o con publicidad.

La libertad de expresión, definida por la doctrina como «la posibilidad de dar a conocer las propias ideas a los demás»<sup>177</sup> –y que la propia CE define como el derecho «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción», como recuerda la STC 2/1982, de 29 de enero (FJ 4º)–, presenta una naturaleza jurídica discutida, a pesar de tratarse *prima facie* de un derecho fundamental (autónomo de la libertad de información)<sup>178</sup> de los reconocidos por la Sección 1ª del Capítulo II del Título I CE, y ante todo un derecho de libertad<sup>179</sup>, pues ha llegado a afirmarse que junto a este carácter, que no le es negado, se añade el de tratarse de una garantía institucional<sup>180</sup> que teniendo por objeto asegurar «[...] la existencia de una opinión pública libre y plural, resulta obvio que estos derechos sólo actúan como garantía institucional cuando su ejercicio sirva efectivamente a la formación de una opinión pública libre y plural, base del pluralismo político y, en consecuencia, del sistema democrático»<sup>181</sup>, lo que determina una naturaleza dual

---

<sup>177</sup> M. C. Llamazares Calzadilla: *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999, p. 41.

<sup>178</sup> M. C. Llamazares Calzadilla: *Las libertades de expresión e información...*, p. 41. En el mismo sentido, A. Magdaleno Alegría: *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, pp. 93-99. El Tribunal Constitucional no abogó inicialmente por esta naturaleza independiente de los dos derechos reconocidos por el artículo 20 CE. Así, la tempranísima STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4º: «El derecho a comunicar, que en cierto sentido puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también sin duda todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva sobre todo de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica, el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social».

<sup>179</sup> A. Magdaleno Alegría: *Los límites de las libertades...*, p. 70.

<sup>180</sup> Sobre el concepto de garantía institucional y su aplicabilidad a los derechos fundamentales se pronuncia A. Magdaleno Alegría: *Los límites de las libertades...*, pp. 72-82.

<sup>181</sup> M. C. Llamazares Calzadilla: *Las libertades de expresión e información...*, p. 46.



(como derecho fundamental subjetivo y como garantía institucional) de la libertad de expresión<sup>182</sup>.

Las manifestaciones realizadas por militares a medios de comunicación social han sido objeto de una abundante jurisprudencia de la Sala V del Tribunal Supremo, que ha proclamado como principio fundamental en esta materia la interpretación más restrictiva de los posibles límites exigibles a la libertad de expresión del militar<sup>183</sup>. Uno de los supuestos que más veces ha afrontado la Sala V ha sido el del control de la legalidad de las sanciones disciplinarias impuestas a representantes asociativos que realizaron reivindicaciones a medios de comunicación social, defendiendo vehementemente los sancionados, en sede de recurso de casación, que «se formulan tales manifestaciones “aludiendo a intereses legítimos de la Asociación de la que forma parte”»<sup>184</sup>. El alto Tribunal ha rechazado en diversas ocasiones que determinadas extralimitaciones en el uso de la libertad de expresión por estos representantes asociativos quedaran amparadas por la defensa de intereses asociativos<sup>185</sup>: «Tampoco puede admitir la Sala, la

---

<sup>182</sup> Doble naturaleza sobre la que diserta A. Magdaleno Alegría: *Los límites de las libertades...*, pp. 82-91, apuntando la aceptación de la misma por el Tribunal Constitucional.

<sup>183</sup> Así, STS (V) de 6 de julio de 1998 (rec. 69/97), FJ 6º: «El derecho a la libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a) CE debe ser interpretado para los militares de la forma más amplia posible, y solo puede limitarse por exigencias ineludibles de la propia eficacia de las Fuerzas Armadas en cumplimiento de sus misiones constitucionales, en atención a fines de valor superior, cuyas limitaciones vienen establecidas, no solo en las Reales Ordenanzas (art. 178), sino también en las propias normas que tipifican como infracciones disciplinarias hechos que pueden afectar a dicha libertad de expresión. Por eso la interpretación de los tipos disciplinarios que se refieren a esa materia ha de efectuarse de tal manera que quede a salvo la mayor porción posible del derecho constitucional, lo que nos autoriza, porque así viene impuesto por la propia CE, a interpretar ese concreto tipo de formular manifestaciones a los medios de comunicación social circunscribiéndolas a aquéllas que afecten al servicio y, además, representen una vulneración de la obligación que el art. 45 de dichas Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por L 85/1978 de 28 Dic., impone a todos los militares de guardar discreción sobre todos los asuntos relativos al servicio. De manera que el tipo apreciado, como hemos dicho de carácter complejo, presupone la apreciación del Mando de que las manifestaciones formuladas por el encartado en los medios de comunicación social, de que se ha hecho mérito, se referían a asuntos del servicio y conculcaban la disciplina que debía observar en cualquier caso».

<sup>184</sup> STS (V) de 31 de marzo de 2003, FJ 6º. Este mismo planteamiento se repite en la STS (V) de 29 de octubre de 2004 FJ 4º: «[...] el inculpaado razona que, en cualquier caso, el contenido de sus manifestaciones estaría amparado por el derecho a la libertad de expresión “ligada en todo caso... a la libertad de asociación y al ejercicio de defensa de los derechos e intereses legítimos del colectivo al que representa”».

<sup>185</sup> Habiendo delimitado su alcance el Tribunal Constitucional en el ámbito de las relaciones laborales, como muestra la STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2º: «La emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo por consiguiente entrar en juego el cuadro de responsabilidades contractuales

argumentación de que las manifestaciones emitidas “aluden a intereses legítimos de la Asociación de la que forma parte”, pues independientemente de que se hacen consideraciones relativas a aspectos puramente personales del encartado, es lo cierto que el contenido de los mismos suponen imputaciones y aseveraciones que en nada pueden afectar a los “intereses legítimos” de tal Asociación»<sup>186</sup>.

Pero el reconocimiento por la LODDGC del ejercicio de la libertad asociativa profesional como legítimo obliga a plantear si la condición representativa constituye una especie de causa de justificación en el ámbito disciplinario (de causa de exclusión de la antijuricidad de la conducta) de las posibles extralimitaciones que pudieran cometerse en el ejercicio de su libertad de expresión<sup>187</sup>. La Sala V del Tribunal Supremo ha negado tradicionalmente tal extremo:

«En la sentencia impugnada, no solo no se admite la condición de Secretario General de Coproper del interesado como causa de exclusión de antijuricidad, sino que se pone de manifiesto que la pertenencia a la citada entidad en modo alguno desvincula al miembro de la Guardia Civil de sus obligaciones y de las normas deontológicas y medida que han de presidir su comportamiento. Acierta la sentencia a nuestro juicio al afirmar que la condición de Secretario de cualquier otro órgano representativo de la Asociación Coproper no supone ni representa causa de exclusión de la antijuricidad en las declaraciones que se profieran, si –como en el presente caso– resultan antijurídicas en sí mismas, en tanto han de valorarse como insultantes, vejatorias y

---

derivadas del incumplimiento del deber de buena fe. Y viceversa, la libertad de expresión ejercida sin tacha atrae hacia sí los mecanismos de protección jurídica que garantizan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales».

<sup>186</sup> STS (V) de 31 de marzo de 2003, FJ 6º. El Tribunal consideró en este mismo FJ 6º que las imputaciones proferidas por el representante asociativo en los diversos medios de comunicación en los que trasladó sus pensamientos rebasaban con mucho el lícito ejercicio de la libertad de expresión: «Pues bien, en el supuesto examinado ha de concluirse que tales límites se han rebasado ampliamente en los juicios emitidos por el recurrente que, como certeramente apunta el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, “tienen como denominador común la imputación a los mandos de la Guardia Civil de actuaciones no sólo arbitrarias, sino ilegales”, y en consecuencia, la sanción de los mismos no resulta vulneradora del citado derecho a la libertad de expresión que se ha ejercido por el encartado –como queda dicho– fuera de sus razonables límites».

<sup>187</sup> Ya ha habido dentro de la doctrina quien sostuviera que estos comportamientos eran reprimibles no como uso de la libertad de expresión, «sino porque la intención y el resultado de ello ha sido provocar un conflicto interno», como F. Laguna Sanquirico: «El militar, ciudadano de uniforme (Deberes y derechos del soldado)», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 56, abril-junio 1987, p. 128.

genéricamente difamatorias para un colectivo indeterminado al que se alude como grupo de mandos. “Ha de reconocerse a los representantes de la expresada Asociación legalmente constituida el derecho a cumplir sus funciones precisadas en el art. 8 de sus Estatutos, siempre con el límite del nº 10 de dicho artículo de quedar excluida cualquier tipo de finalidad reivindicativa”, aunque pudiendo “ejercer la representación de los asociados... en aquellas cuestiones justificadas y que fueran por el bien y defensa de sus intereses sociales como funcionarios y como ciudadanos...” u otros objetivos para el interés de sus componentes [orientación, formación, asesoramiento, relación con Instituciones, etc.]»<sup>188</sup>.

Esta línea de interpretación no ha sido unánime en la Sala V, pues un sector de la misma ha discrepado abiertamente de la posición mayoritaria<sup>189</sup>, admitiendo la legalidad de las manifestaciones públicas de los representantes siempre que no fueren injuriosas o calumniosas o vulneraran el deber de secreto o afectan a materias protegidas<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> STS (V) de 29 de octubre de 2004, FJ 5º.

<sup>189</sup> La propia STS (V) de 29 de octubre de 2004 presenta un voto particular, formulado por el magistrado J. L. Calvo Bello, en el que discrepa parcialmente (en su FJ 6º) de esta línea interpretativa de la mayoría de la Sala: «[...] la sentencia dice que: “[...] en ningún caso puede admitirse que, a sabiendas de la relevancia pública que pueden alcanzar las opiniones que en ellas se expresan, se utiliza la misma precisamente como vehículo para llegar a la opinión pública y que por la misma se perciba como cierta una situación descriptiva de la actitud de “un grupo” de mandos del Cuerpo”. No comparto esta afirmación porque entiendo que es acorde con los Estatutos de la mencionada asociación la denuncia pública de un determinado estado de cosas en el seno del Instituto de la Guardia Civil. Una cosa es que una denuncia se haga en términos irrespetuosos (los atribuidos al recurrente claramente lo eran) y, por lo tanto, sancionables, y otra bien distinta que, expresada en términos correctos, sea merecedora de una respuesta disciplinaria. La asociación Coproper, de la que el recurrente era representante, es una asociación legal, que tiene como finalidad, entre otras, “La realización de los actos y acciones necesarios tendentes al pleno alcance y disfrute por parte de sus asociados de los derechos y beneficios reconocidos en la Constitución Española” (artículo 11 de los Estatutos). En consecuencia, denunciar que determinadas acciones de algunos mandos vulneran derechos fundamentales de los guardias civiles es una acción que no merece reproche disciplinario, con independencia de que los términos que se utilicen puedan justificarlo (la falta de respeto no estará en el hecho de atribuir la vulneración, sino en los términos que se utilicen para denunciarla)».

<sup>190</sup> Voto particular formulado por los magistrados J. L. Calvo Bello y A. Juanes Peces a la STS (V) de 9 de mayo de 2005 (FJ 4º): «Así las cosas, es claro que no toda manifestación pública es sancionable, y menos si es hecha en la condición de portavoz de una asociación legalmente reconocida. Las manifestaciones del recurrente no debieron ser sancionadas porque ni afectan a materias objeto de protección, ni atacan a la disciplina. Es cierto que en conjunto suponen una exposición crítica de una determinada actuación: la consistente en realizar un determinado número de identificaciones. Pero mediante ellas el recurrente, contestando a las preguntas de los periodistas, no hizo más que exponer el dilema interno

La libertad de expresión de los militares (y de los policías) y el alcance que pueden tener las restricciones impuestas a la misma<sup>191</sup> ha sido objeto de discusión en la jurisprudencia constitucional desde sus más tempranas sentencias. En muchos casos, el debate de fondo sobre esta libertad ha estado vinculado con el ejercicio de la representación sindical/asociativa ostentada por los uniformados, dándole a los límites impuestos a esta libertad una mayor extensión o, si se quiere, una eficacia limitadora de su contenido mayor que la que reciben los funcionarios civiles, diferencia de trato justificada en el carácter no tan reforzado de la relación de sujeción especial que une a estos con la Administración<sup>192</sup>, de la que es ejemplo la STC 6/2000, de 17 de enero<sup>193</sup>, aunque finalmente considerara el Tribu-

---

de muchos servidores públicos: la obediencia, aunque la norma o la orden sean difíciles de comprender, o la sanción por desobediencia. Pero al hablar en tales términos el recurrente no cuestionó las órdenes, sino que afirmó que, en el caso a que se referían los medios de comunicación, podía presentarse en la conciencia de algunos guardias civiles el referido dilema [...].»

<sup>191</sup> Cuyo fundamento jurídico lo encuentra A. García Noriega: *Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, p. 57, en el deber de neutralidad exigido a la Administración, «que, en el caso de las Fuerzas Armadas, se halla reforzado por la peculiar posición de los militares como custodios de las herramientas que materializan la capacidad coercitiva del Estado –las armas–».

<sup>192</sup> STC 6/2000, de 7 de enero, FJ 6º: «Como ya se ha dicho con cita de la STC 81/1983, ni todos los funcionarios cumplen los mismos servicios ni todos los Cuerpos poseen el mismo grado de jerarquización o de disciplina interna. Y en el presente caso es indudable, de una parte, que se trata de un funcionario del Ministerio del Interior que solo lleva a cabo funciones examinadoras en una Jefatura Provincial de Tráfico y, además, que en el Cuerpo al que pertenece no existe una especial jerarquización o disciplina interna. De suerte que en este concreto ámbito de la Administración Civil del Estado el criterio relevante ha de ser el de que, pese a la existencia de una relación especial de sujeción y el deber de respeto hacia el superior por parte del funcionario, éste se encuentra respecto al ejercicio de la libertad de expresión en una situación mucho más próxima a la del simple ciudadano, según se declaró en la decisión últimamente mencionada y se ha reiterado en la STC 69/1989, de 20 Abr. Sin que de otra parte pueda apreciarse, en atención a la doctrina allí expuesta, que en el presente caso el ejercicio de la libertad de expresión por parte del recurrente haya puesto “públicamente en entredicho” la autoridad de su superior jerárquico dado el cauce a través del cual se le hizo llegar el escrito por el que fue sancionado. Ni tampoco que su actuación haya comprometido “el buen funcionamiento del servicio”, por quedar circunscrita a la comunicación con su superior».

<sup>193</sup> Esta Sentencia suaviza muchísimo los límites que estos funcionarios reciben en su libertad de expresión, considerando que llamar «incapaz» a un jefe directo no excede del legítimo ejercicio del mismo al verse dicha expresión en el ejercicio de la legítima crítica sindical: «[...] si exceptuamos, como se ha dicho, la frase con la que dicho escrito se cierra, cabe apreciar que las expresiones empleadas por el recurrente, pese a que pudieran ser estimadas como molestas o incluso hirientes para su destinatario, no desbordan en modo alguno esa finalidad de crítica al superior. De otro, que tal crítica iba referida exclusivamente a las condiciones en las que se prestó en la tan citada fecha un servicio público a los ciudadanos. Pues bien, atendidas estas dos últimas circunstancias ha de estimarse que también en el ámbito de una relación funcional es relevante la doctrina de este Tribunal

nal Constitucional objetivamente vejatorio que un funcionario acusara a un superior de «falta de vergüenza»<sup>194</sup>.

Frente a esta interpretación laxa de los límites al derecho, la libertad de expresión de los representantes sindicales policiales ha sido objeto de tratamiento desde la STC 81/1983, de 10 de octubre, que resolvió el recurso de amparo presentado por un Inspector del Cuerpo Superior de Policía que ostentaba un cargo representativo ante una sanción disciplinaria impuesta por la emisión de una nota de prensa en radio, en la que denunciaba su traslado a la Comunidad Autónoma vasca, y en la que el alto Tribunal dejaba sentado que la libertad sindical de los cargos representativos venía limitada tanto por la estructura jerarquizada del Cuerpo como por las misiones que la CE atribuía a las Fuerzas de Seguridad<sup>195</sup>, posición que sería posteriormente reiterada por el máximo intérprete de la CE<sup>196</sup>.

---

respecto a aquellos supuestos, referidos al ámbito laboral, en los que se ha tenido en cuenta el criterio de “la relevancia pública de la materia sobre la que versan las manifestaciones del actor” para considerar como legítimo por los trabajadores el ejercicio de la libertad de expresión (SSTC 6/1988, de 21 Ene., y 143/1991, de 1 Jul.). Y es significativo además que se llegase a la misma conclusión en el caso de la STC 1/1998, de 12 Ene., en atención al interés público en la prestación del servicio de transporte municipal, pues allí se declaró en el fundamento jurídico 4 A) que es “la presencia de este interés” lo que «viene a dar su máximo sentido al ejercicio de la libertad de expresión” más allá de su dimensión subjetiva de ese derecho. Por lo que ha de llegarse a la conclusión de que las manifestaciones críticas del recurrente hacia su superior jerárquico aquí consideradas se hallaban amparadas por la libertad de expresión que el art. 20.1 a) CE reconoce y garantiza» (FJ 7º *in fine*).

<sup>194</sup> FJ 8º: «Ahora bien, si se atiende a la frase final del escrito del recurrente en respuesta al requerimiento de su superior jerárquico (“Ya que le falta vergüenza, si, al menos, tuviera capacidad no sucederían estas cosas”), la conclusión a la que ha de llegarse ha de ser distinta de la anterior. En efecto, en el contexto de la frase que aquí consideramos, la valoración personal sobre la capacidad se halla unida a la vertida en primer lugar manifestando que “le falta vergüenza”, expresión que según los usos sociales se estima como injuriosa para cualquier persona. Sin que esta valoración, de otra parte, guarde relación alguna con los hechos o circunstancias que fueron objeto de la crítica del recurrente, por lo que resulta, además, totalmente innecesaria a tal propósito. A lo que cabe agregar, en segundo término, que ni la existencia de una situación de anormalidad en la Jefatura Provincial de Tráfico donde el recurrente prestaba sus servicios ni tampoco la representación que ostentaba o su participación en el desarrollo de dicha situación pueden modificar esta conclusión».

<sup>195</sup> FJ 3º: «La estructura interna del Cuerpo Superior de Policía al que pertenece como inspector el recurrente y la misión que el art. 104.1 de la C. E. atribuye entre otros, a dicho Cuerpo, obligan a afirmar que la crítica a los superiores, aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, deberá hacerse con la mesura necesaria para no incurrir en vulneración a este respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial».

<sup>196</sup> En la STC 141/1985, de 22 de octubre, FJ 3º: «Las libertades de expresión y sindical tienen sus límites, derivados de la condición de funcionario y, concretamente, de funcionario del Cuerpo Superior de Policía de quien ejercita dichas libertades, de suerte que el funcionario que rebasa tales límites puede ser legítimamente sancionado en vía disciplinaria, sin que ello constituya violación de las libertades referidas»

Estos límites son mucho más reforzados, si cabe, en el caso de los funcionarios públicos sujetos a disciplina militar, como muestra la STC 371/1993, de 13 de diciembre, en la que entró a conocer el Tribunal Constitucional del recurso de amparo interpuesto frente a una sanción disciplinaria por un teniente coronel de Infantería que dirigió una carta al diario *Ya* en la que criticaba la política económica del Gobierno de la Nación sobre los soldados de reemplazo<sup>197</sup>, y en la que el Tribunal sostuvo una interpretación mucho más amplia de los límites impositivos a la libertad de expresión del militar, frente a la sostenida respecto de otros colectivos profesionales:

«A la luz de lo expuesto, no cabe negar que la exigencia del debido respeto a los órganos constitucionales y las autoridades civiles y militares resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los militares. Por lo tanto, y aun partiendo siempre del reconocimiento de la libertad de expresión por el art. 20.1 C.E., debe aceptarse la legitimidad y corrección constitucionales del apartado 28 del art. 8 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas<sup>198</sup>, cuando califica como falta leve «emitir o tolerar expresiones contrarias o realizar actos levemente irrespetuosos» contra –entre otros– determinados órganos constitucionales y autoridades civiles y militares. La protección del debido respeto a esos órganos y autoridades resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, justificado por las exigencias de la específica configuración de éstas, y particularmente como garantía de la necesaria disciplina, entendida tanto

---

<sup>197</sup> El texto de la carta viene recogido en el Antecedente de hecho 2º b) de la Sentencia: «Se ha aprobado una mejora en las pensiones de 40.000 funcionarios y 70.000 militares de la II República, y se dan facilidades para que otros 30.000 se acrediten como militares profesionales: Unos 45.000 millones de pesetas extrapresupuestarias a añadir a los 90.000 del presupuesto; total, unos 135.000 millones que se regalan, ya que no perfeccionaron las prestaciones reglamentarias. Además son compatibles con otras pensiones. Entre tanto se mantiene a nuestros soldados forzosos con un haber en mano inferior a 1.000 ptas. En tiempo de guerra todos debemos participar en la defensa de la libertad e independencia de la nación, pero en tiempo de paz no es necesario que los ciudadanos vayan obligados a los cuarteles. Pero ya que se hace, lo menos es compensarles como a otros que prestan sus servicios al Estado como profesionales o con carácter temporal. Es de justicia y hay dinero, pues se regala. Si se pagara a nuestros soldados lo que les corresponde por su dedicación, el costo sería de unos 70 a 80.000 millones de pesetas, bastante menos de lo que se va en pensiones políticas. Resulta poco ético regalar dinero a los amigos y regatear unas retribuciones a quienes las ganan sobradamente. Si la sociedad lo admite, es responsable de esta falta de justicia. Después no puede quejarse y menos tratar de pasar su tanto de culpa a las Fuerzas Armadas. José María P. B., Teniente Coronel de Infantería, DEM. Madrid».

<sup>198</sup> Se refiere la sentencia a la Ley Orgánica 13/1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

en cuanto sujeción a los órganos jerárquicamente superiores, como en cuanto acatamiento y reconocimiento de la superior posición de los órganos encargados de manifestar la voluntad del Estado. No puede entenderse por ello desproporcionada la exigencia de una necesaria medida más estricta que la exigible de las no pertenecientes a las Fuerzas Armadas, y que excluiría manifestaciones “levemente irrespetuosas”, en la expresión de opiniones críticas o discrepantes por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, en relación con la actuación de órganos constitucionales o autoridades civiles y militares (FJ 5º)».

La aprobación de la LODDGC, que desarrolla el derecho de asociación profesional de los guardias civiles, ha modificado la posición mayoritaria de la Sala V en lo que hace a la libertad de expresión de los representantes asociativos en los más recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, pasando a ser la antigua posición minoritaria de la Sala la posición actualmente consagrada, considerando legítimo el ejercicio de la misma por el representante asociativo siempre que respete los límites establecidos por la propia LODDGC al ejercicio del derecho:

«Es cierto que al recurrente, como portavoz o representante de la Asociación Unificada de la Guardia Civil y contemplando su actuación con la nueva perspectiva aportada por la citada Ley Orgánica Reguladora de los Derechos y Deberes de los Miembros de la Guardia Civil, que reconoce el derecho de asociación, se le debe conceder un amplio margen de libertad de expresión en las actuaciones dirigidas a la defensa y promoción de los derechos e intereses profesionales, económicos y sociales de sus compañeros. Pero, en todo caso, dentro de las limitaciones propias del respeto a la disciplina debida en la prestación del servicio, por lo que esta libertad no puede, en ningún caso, alcanzar al anuncio y justificación de actuaciones concertadas que manifiestamente alteran el normal funcionamiento del servicio o pueden generar un incremento relevante del riesgo para el conjunto de los ciudadanos»<sup>199</sup>.

Esta equiparación de la posición de los representantes asociativos militares con la posición reconocida por el Tribunal Constitucional a sus homólogos sindicales policiales, permite ya desbrozar la aplicabilidad del régimen disciplinario a los mismos y aclarar los ámbitos de actuación permitidos y la manera de corregir las posibles extralimitaciones cometidas en

---

<sup>199</sup> STS (V) de 3 de marzo de 2010, FJ 7º. Este razonamiento ha sido repetido en la STS (V) de 13 de septiembre de 2010, FJ 5º.

el uso de tal libertad. Así, los excesos verbales cometidos por portavoces asociativos en los que se ataque a la Jefatura del Estado, a la Constitución o a las instituciones que derivan de ella, entendiéndose incluidas en estas acciones las ofensas personales (injuriosas, calumniosas) a las personas que las encarnan, podrían ser corregidas mediante la aplicación del tipo disciplinario previsto como falta muy grave por el artículo 7.1 LORDGC<sup>200</sup>. En este artículo, que contiene un tipo disciplinario residual (el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución)<sup>201</sup> y uno específico (la irrespetuosidad hacia el ordenamiento constitucional o sus instituciones), y en concreto, en este segundo subtipo disciplinario, cabría ubicar las conductas de aquellos guardias civiles que durante la celebración de una manifestación proceden a proferir proclamas –del estilo de las ya vistas («Zapatero, embustero» y «Rubalcaba el que no bote»<sup>202</sup> y que el ABC del 19 de septiembre de 2010 recogía en sus páginas– contra el Gobierno de la Nación o las instituciones del Estado (o las personas que las encarnan), siempre que las mismas no resulten constitutivas de delitos o faltas de amenazas, injurias o calumnias<sup>203</sup>, en cuyo caso deberá sustanciarse la responsabilidad derivada en la vía penal ordinaria.

Las declaraciones que vulneraren la neutralidad política o sindical impuesta a los guardias civiles y a las asociaciones por ellos constituidas, podrían tener acomodo en el tipo disciplinario muy grave descrito por el artículo 7.2 LORDGC<sup>204</sup>. Esta falta disciplinaria, que configura otro tipo residual<sup>205</sup>, precisaría que las declaraciones fueran efectuadas por el guardia civil en su condición de tal y no como ciudadano además de un «dolo específico de favorecer o perjudicar alguna opción política o sindical»<sup>206</sup>.

---

<sup>200</sup> Que califica como tal la siguiente conducta: «El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de sus funciones y la realización de actos irrespetuosos o la emisión pública de expresiones o manifestaciones contrarias al ordenamiento constitucional o al Rey y a las demás instituciones por ella reconocidas».

<sup>201</sup> A. N. Marchal Escalona (coord.), *Manual de Derecho Disciplinario...*, p. 353, considera que dentro de este tipo deben incluirse todas las conductas no expresamente contempladas en el resto de tipos específicos de la LORDGC.

<sup>202</sup> Aunque la STS (V) de 13 de septiembre de 2010, que conoció de la sanción impuesta a un representante asociativo que en una entrevista con un periódico realizó, entre otras manifestaciones, las de que «De todas formas, llamar embustero a Zapatero no es un insulto, es la verdad», la sanción impuesta fue la del antiguo artículo 8.17 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, (en adelante, LORDGC 1991) como falta grave de realizar manifestaciones contrarias a la disciplina.

<sup>203</sup> A. N. Marchal Escalona (coord.), *Manual de Derecho Disciplinario...*, p. 354.

<sup>204</sup> Que considera falta muy grave: «La violación de la neutralidad o independencia política o sindical en el desarrollo de la actuación profesional».

<sup>205</sup> A. A. N. Marchal Escalona (coord.), *Manual de Derecho Disciplinario...*, p. 356.

<sup>206</sup> *Ibidem*.



Las manifestaciones en las cuales se acusa injustificadamente a mandos de prácticas corruptas o en las que se falta al respeto debido a los mismos, tendrían su encaje en el tipo descrito como falta grave por el artículo 8.21 LORDGC<sup>207</sup>, en concreto en el primero de los tres subtipos que dicho artículo contiene (hacer cualquier reclamación, petición o manifestación contraria a la disciplina debida en la prestación del servicio<sup>208</sup>). Sin embargo, parte de la doctrina cuestiona si el ejercicio de la libertad de expresión no sería una posible causa de justificación de la conducta del expedientado<sup>209</sup>, amén de plantear, en relación con el principio de tipicidad en materia disciplinaria, la vinculación de la infracción en que la manifestación, petición o reclamación consiste con «la disciplina debida en la prestación del servicio», pareciendo que el legislador quisiera excluir la persecución de todo ejercicio de la libertad de expresión del guardia civil que no tenga relación alguna con los servicios que presta<sup>210</sup>. ¿Sería una causa de exclusión de la antijuricidad la condición representativa de la persona que realiza las declaraciones que atentan contra la disciplina? La doctrina concluye negando tal extremo<sup>211</sup>, conclusión que ha sido ratificada por la Sala V en su sentencia de 3 de marzo de 2010 al conocer de la imposición de una sanción por la antigua falta grave del artículo 8.17 LORDGC 1991, precedente del actual artículo 8.21 LORDGC, al conocer el caso de un guardia civil representante asociativo que realizó unas manifestaciones a un medio de comunicación en las que anunciaba una huelga de los agentes de tráfico, por considerar que la libertad de expresión del mismo «[...] no puede, en ningún caso, alcanzar el anuncio y justificación de actuaciones concertadas que manifiestamente alteran el normal funcionamiento del servicio o

---

<sup>207</sup> Que considera falta grave: «Cualquier reclamación, petición o manifestación contrarias a la disciplina debida en la prestación del servicio o basadas en aseveraciones falsas, o formularlas con carácter colectivo».

<sup>208</sup> En el cual la STS (V) de 13 de septiembre de 2010 ha encontrado la presencia de un dolo específico en el autor, concretado en «[...] que la comisión de los mismos se produjo de forma deliberada, con la voluntad inequívoca de quebrantar la disciplina que los integrantes de la Guardia Civil deben observar en la ejecución o desempeño del servicio, puesto que, objetivamente, los términos, frases juicio y valoraciones por el Sr. Eugenio –cuyo significado y alcance es obvio que éste conocía perfectamente– conculcan gravemente dicho bien jurídico».

<sup>209</sup> A. N. Marchal Escalona (coord.), *Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil*, cit., pp. 259-260.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 261.

<sup>211</sup> «La condición de miembro de una Asociación o representante cualificado de la misma, no otorga una patente de corso para desligarse del debido acatamiento a la disciplina inherente a cualquier miembro del mismo, cualquiera que sea su empleo y escala», *ibidem*, p. 262.

pueden generar un incremento relevante del riesgo para el conjunto de los ciudadanos» (FJ 7º)<sup>212</sup>.

Finalmente aparece la falta prototípica bajo la cual se han sancionado tradicionalmente las declaraciones a los medios de comunicación social de los guardias civiles: «Hacer reclamaciones o peticiones con publicidad o a través de los medios de comunicación social» (art. 8.22 LORDGC). La doctrina ha planteado la dificultad de sancionar las meras manifestaciones que no constituyan ni reclamaciones ni peticiones, criticando la exclusión de dicho término por la LORDGC, el cual sí estaba contenido en el tipo precedente de la LORDGC 1991 (art. 8.18)<sup>213</sup>. Se ha sostenido la existencia de tres elementos en este tipo disciplinario: en primer lugar, la existencia de una petición o reclamación; en segundo lugar, la publicidad dada a la misma; finalmente, que «por su contenido [la petición o reclamación] incida en la esfera de lo prohibido para un Guardia Civil [*sic*]»<sup>214</sup>. Este último elemento abre una seria duda sobre la correcta aplicación del principio de tipicidad a determinadas conductas, que puede ser fácilmente explicado con un ejemplo real. En la edición del diario *El Mundo* para la Comunidad Autónoma vasca apareció en portada, el 17 de agosto de 2009, la fotografía de dos guardias civiles destinados en el Acuartelamiento de Inchaurrena, que denunciaban determinados defectos y desperfectos en las instalaciones del mismo, e intercalaban entre ellas dos manifestaciones de gran calado: uno de ellos informaba públicamente a todos los lectores (incluidos los proclives a la causa del terrorismo de ETA) de que no todos los vehículos oficiales disponibles en esa unidad disponían de inhibidores de frecuencia; el otro realizaba un llamamiento a la «huelga general». La tipificación de estas conductas dentro de la falta grave del artículo 8.22 presenta varios problemas. El primero ya fue apuntado por la doctrina: difícilmente puede calificarse a estas acciones como reclamaciones o peticiones, pues se trata de simples manifestaciones, todo lo inadecuadas que se quiera, pero manifestaciones al fin y al cabo, con lo que el respeto al principio de tipicidad quedaría seriamente cuestionado. Pero es de mucha mayor trascendencia el segundo problema, directamente relacionado con ese tercer elemento del tipo ya referido que identifica la doctrina en esta falta grave. Y es que el facilitar información de la que se tiene conocimiento por el ejercicio profesional –recuérdese que el secreto profesional se configura como uno de los límites a la libertad de expresión previstos expresamente por el artículo 7.1, al que añade el apartado 2º de

<sup>212</sup> Conclusión confirmada posteriormente por la STS (V) de 13 de septiembre de 2010.

<sup>213</sup> A. N. Marchal Escalona (coord.): *Manual de Derecho Disciplinario...*, p. 270.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 273.

dicho artículo el deber de reserva en asuntos de servicio<sup>215</sup>– en un medio de comunicación social, y que afecta directamente a la seguridad ciudadana (la de los compañeros que desempeñan sus servicios en esos vehículos oficiales, y la de los ciudadanos que transitan en sus proximidades y que se pueden ver afectados por la explosión de cualquier artefacto que los terroristas colocaran al paso de estos vehículos), o en su caso, el realizar un llamamiento público a un huelga general, cuando el artículo 11 LODDGC priva al guardia civil del derecho de sindicación y el artículo 12 LODDGC del derecho de huelga, quedando obligados a una estricta neutralidad sindical por mandato del artículo 18 LODDGC, pueden ser mucho mejor calificadas conforme a las exigencias del principio de legalidad y de su derivado de tipicidad dentro de las faltas muy graves previstas por los artículos 7.17 LORDGC («Violar el secreto profesional cuando afecte a la defensa nacional o a la seguridad ciudadana, perjudique el desarrollo de la labor policial o cause daños a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas») y 7.2 (ya visto) o 7.3 LORDGC («La promoción o pertenencia a partidos políticos o sindicatos, así como el desarrollo de actividades políticas o sindicales»), pues parece evidente que si la huelga es uno de los medios característicos y fundamentales que configuran el contenido esencial de esa libertad sindical que los guardias civiles tienen vedada, un llamamiento público al ejercicio de este derecho fundamental realizado por quien es representante asociativo puede suponer un indebido ejercicio de esas actividades sindicales.

La ubicación de estas conductas en estos tipos cualificados permitiría, además de soslayar los problemas técnicos encontrados por la doctrina en el texto del artículo 8.22 para reprimir «[...] las cada vez más frecuentes apariciones en la prensa de personajes buscando su minuto de gloria [...]»<sup>216</sup>, circunscribiendo su aplicación a las conductas para las que parece estar previstas y que nada tienen que ver con el legítimo ejercicio de la representación asociativa: las reclamaciones o peticiones sobre asuntos de servicio que se trasladan del ámbito que les es propio –el procedimiento administrativo y su conocimiento por los mandos competentes por razón de la materia, controlables posteriormente por la jurisdicción contencioso-administrativa cuando aquellas no fueren atendidas– al del conocimiento del público en general, por ser dicho comportamiento totalmente contrario a las exigencias de la disciplina militar que impera en el Benemérito Instituto.

---

<sup>215</sup> Deber que les es también exigido por el artículo 5.5 LOFCS.

<sup>216</sup> A. N. Marchal Escalona (coord.), *Manual de Derecho Disciplinario...*, p. 270.

## V. LAS POSIBILIDADES DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 28.1 CE: ¿HACIA UNA LIBERTAD SINDICAL DEL MILITAR?

El artículo 28.1 CE configura la titularidad del derecho fundamental de sindicación de manera abierta<sup>217</sup>, considerando amparados por la misma a todas las personas, incluidos los militares. Pero el constituyente no consideró la posición jurídica del militar como una más, sino que, dentro de los tres regímenes que la doctrina identifica en la regulación constitucional (de plena titularidad, de peculiaridades, y de limitación o exclusión<sup>218</sup>), delegó en el legislador la decisión última sobre la plenitud, limitación o total exclusión del ejercicio de este derecho para los uniformados, decisión legislativa que actualmente explicita el artículo 1.3 LOLS en sentido excluyente o prohibitivo<sup>219</sup>. Y en compensación por esta privación tan importante en su esfera jurídica, el Tribunal Constitucional ha considerado constitucional la articulación de otras organizaciones por parte de los militares que, sin tener carácter sindical, protejan sus derechos socioprofesionales<sup>220</sup>, al estilo de las reconocidas por el constituyente (art. 127.1 CE) para los jueces, magistrados y fiscales: las asociaciones profesionales.

Sin embargo, la cada vez mayor equiparación del estatuto profesional del funcionariado civil y militar (en cierto sentido inexplicable, puesto que

---

<sup>217</sup> En consonancia con lo dispuesto por los diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, artículos 20.1 y 22.4 DUDH, 22.1 PIDCP, 8.1 PIDESC y 11.1 CEDH.

<sup>218</sup> P. Menéndez Sebastián: *La libertad sindical en la jurisprudencia...*, p. 26 identifica estos tres regímenes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 13 de marzo de 1991), considerando que la plena titularidad corresponde al trabajador en general, el de peculiaridad para la función pública en general, y el de limitación o exclusión aplicable a los militares. Por su parte, J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical*, distingue tres regímenes de ejercicio dentro de la función pública, considerando que los funcionarios públicos sufren modalizaciones en el ejercicio del derecho que no pueden «[...] afectar a su contenido esencial. Las modalizaciones deben entenderse como alternativas de ejercicio, pero nunca como restricciones o límites, aunque en la práctica legislativa y sindical en esta opción el riesgo, a veces actualizado, de aparición de un “germen de solapada restricción” (STS 13.5.1986)» (p. 116); los policías tienen un régimen peculiar en el que «[...] se introducen determinadas limitaciones que se justifican por las especiales características de la función policial y por el carácter de instituto armado que legalmente tienen estos Cuerpos» (p. 71); finalmente los militares quedan sujetos al régimen de exclusión por decisión expresa del legislador orgánico (art. 1.3 LOLS).

<sup>219</sup> El Derecho Internacional de los Derechos Humanos prevé la posibilidad de restricciones al ejercicio de estos derechos para los militares. Así, los artículos 22.2 PIDCP, 8.2 PIDESC y 11.2 CEDH.

<sup>220</sup> Que ha sido duramente criticado por F. Almendros Alfambra: «El confuso asociacionismo en la Guardia Civil», Tribuna abierta en el diario *ABC* del 10 de octubre de 2010, p. 3, quien considera que diversas actividades vinculadas con el derecho, y en concreto el ejercicio del derecho de manifestación por los guardias civiles, convierten el mismo en un sindicalismo *de facto*.

si en algo deben diferenciarse ambas clases de empleados públicos es en el respectivo régimen estatutario, más limitado en el ámbito castrense debido a la disponibilidad permanente para el servicio del militar), unido a la existencia de variados ejemplos en el Derecho comparado que permiten el ejercicio en las Fuerzas Armadas de la libertad sindical<sup>221</sup>, y sumado a la redacción abierta dada por el artículo 28.1 CE al régimen sindical del militar, permite plantear las dudas de si en un futuro cabría modificar la decisión del legislador y permitir un cierto ejercicio, pleno o limitado, de este derecho fundamental<sup>222</sup>.

Considera alguna doctrina<sup>223</sup> que no debe confundirse sindicato y asociación profesional, porque que ambos «son instituciones diversas se podría evidenciar a tenor de los arts. 36 y 52 CE, incluso del art. 127.1 CE, de manera que sólo los sindicatos tendrían una finalidad –política e institucional– que va más allá de los intereses profesionales». Pues si bien el sindicato sería una «asociación permanente para la representación y defensa de los intereses socioeconómicos de los trabajadores asalariados, en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores o de cualquier otro sujeto público o privado (STCo. 94/19995)»<sup>224</sup>, la jurisprudencia constitucional ha señalado una diferencia sustancial entre ambas personas jurídicas, que no es otra que la naturaleza compleja del derecho fundamental de sindicación, que integra en su seno los tres medios característicos de la llamada acción sindical que no están al alcance de las asociaciones profesionales<sup>225</sup>: el derecho fundamental de huelga y los derechos constitucionales a la negociación colectiva y del conflicto colectivo:

«Si se parte de la idea válida de que el sindicato, en cuanto sujeto de la libertad sindical, se justifica primordialmente por el ejercicio de la actividad sindical, y que ésta se caracteriza por la existencia de otra parte ligada al titular del derecho por una relación de servicios y frente a la que se ejercita, siendo una su expresión una serie de derechos como los de huelga, de negociación colectiva y de conflicto (recono-

---

<sup>221</sup> Del que se hace un variado y completo resumen en G. Nolte: *European Military Law Systems*, De Gruyter Recht, Berlín, 2003.

<sup>222</sup> Planteada como posibilidad, en su comparecencia ante la Comisión de Defensa el 10 de febrero de 2011, por el presidente de la Asociación de Suboficiales de las Fuerzas Armadas, el Sr. D. Pedro Amador Romero.

<sup>223</sup> J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical*, p. 129.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>225</sup> STC 219/2001, de 31 de octubre, FJ 10º.

cidos por los arts. 28.2, 37.1 y 37.2 de la CE) [...]» (STC 98/1985, de 29 de julio)<sup>226</sup>.

Aunque algún autor haya llegado a negar explícitamente la vinculación entre libertad sindical y derecho de huelga<sup>227</sup>, parece una cuestión no discutida actualmente por la jurisprudencia constitucional (p. ej., la STC 219/2001, de 31 de octubre, FJ 10º) y la doctrina que el contenido esencial de la libertad sindical integra en su seno los medios de acción sindical. Esta integración del derecho fundamental de huelga dentro del contenido esencial del derecho fundamental de sindicación hace que, en nuestra opinión, el aparentemente legítimo debate sobre la posible modificación en el futuro de la redacción prohibitiva dada por el legislador al artículo 1.3 LOLS, planteado como una cuestión de mera legalidad dado el amparo que el artículo 28.1 CE otorga al reconocimiento del ejercicio de este derecho al militar, quede seriamente cuestionado por la flagrante contradicción entre la esencia de la huelga [la cesación de la obligación de trabajar como medio de presión ante el patrono para obtener mejoras socioeconómicas<sup>228</sup>, y el «el arma más importante que detenta el movimiento

---

<sup>226</sup> Esta sentencia culmina una serie que encumbra, antes de la publicación de la LOLS, lo que podría definirse como teoría extensiva del contenido esencial de la libertad sindical. Entre otras, SSTC 70/1982, de 29 de noviembre; 37/1983, de 11 de mayo; 59/1983, de 6 de julio y 74/1983, de 30 de julio. Frente a esta, existe otra línea jurisprudencial que matiza la inclusión dentro de la libertad sindical de algunos de los derechos laborales reconocidos por el constituyente fuera del artículo 28.1 CE, negando la admisibilidad del amparo a la negociación colectiva en determinados casos (cuando es ejercitada por el comité de empresa y no por el sindicato). Así, SSTC 57/1982, de 27 de julio; 4/1983, de 28 de enero; 12/1983, de 22 de febrero; 118/1983, de 13 de diciembre; 45/1984, de 27 de marzo; 51/1984, de 25 de abril y 73/1984, de 27 de junio.

<sup>227</sup> T. Sala Franco: *La libertad sindical y los empleados públicos (Un estudio del Derecho italiano)*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1972, pág. 58: «Aunque reducida posteriormente la acción del primitivo sindicalismo revolucionario hasta límites de participación “dentro del sistema”, quedaba planteado el problema de la huelga como derecho “indisolublemente unido” al derecho sindical que atacaba el intocable principio de la “continuidad en el servicio”. Este punto de vista, no obstante, resulta teóricamente equivocado, siendo el derecho de huelga y la libertad sindical cosas netamente diversas histórica, jurídica y económicamente. Confundir el derecho sindical con la huelga es no querer conocer del sindicalismo otra cosa que su origen de reivindicación violenta».

<sup>228</sup> STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10º: «Una primera aproximación podría hacerse a través de los significados que a la palabra se le atribuyen en el lenguaje espontáneo, tal y como aparecen por ejemplo fijados en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (cfr. 19.ª edición, Madrid, 1970, pág. 722), donde se dice que huelga (de holgar) es “espacio de tiempo en que uno está sin trabajar” y también “cesación o paro del trabajo de personal empleado en el mismo oficio, hecho de común acuerdo con el fin de imponer ciertas condiciones a los patronos”. Al lado de ese concepto es posible detectar otro más amplio, que de algún modo recogen ya los textos legales (v. gr., cuando prohíben las llamadas huelgas de celo) y el propio lenguaje espontáneo (p. ej., cuando se habla de huelga

obrero para la defensa de los intereses y valores que le son propios (...) que tiende a restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual (STCo. de 8 de abril de 1981, fj.22)»<sup>229</sup> y las exigencias de la disciplina castrense, cuya máxima fundamental es el cumplimiento incondicionado de las órdenes legítimas recibidas de los superiores jerárquicos. Porque como sostiene la doctrina laboralista, la libertad sindical, dentro de la que se incluye la huelga, «[...] se inscribe en general en un discurso sobre el poder y la nivelación de la desigualdad económica y social a la que el sindicalismo debe servir [...] “No puede olvidarse –dirá la STC 134/1994– que los sindicatos se hallan objetivamente en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores y que la defensa de sus objetivos *no se basa en fórmulas de composición de intereses o de colaboración, sino de autodefensa*”»<sup>230</sup>, «una acción destinada a causar un “perjuicio” a otros (perjuicio por omisión si se quiere) [...] hasta el punto que hoy tiende a ser concebida como un fenómeno de “no colaboración” en el funcionamiento de casi todas las instituciones sociales»<sup>231</sup>, por lo que ataca frontalmente el cerrado sistema jerárquico sobre el que todos los ejércitos del mundo se organizan desde siempre, al ser uno de sus efectos principales la suspensión del poder disciplinario del empleador, siendo nulas de pleno derecho las sanciones, incluida el despido, adoptados por el mismo durante una huelga legal, además de reducir los poderes de dirección («anestesiados», según la STC 123/1992, de 28 de septiembre) del empresario<sup>232</sup>.

Todo ello explica que dentro de los tres modelos históricos de regulación del ejercicio del derecho de huelga<sup>233</sup>, que en orden cronológico son el de la *huelga-delito* o *huelga-prohibición* (en el que su ejercicio se prohíbe mediante normativa penal), el de *huelga-libertad* (la huelga no se prohíbe penalmente, acaso se hace como un ilícito civil o como un incumplimiento contractual de los trabajadores) y el de la *huelga-derecho* (la huelga es considerada un derecho subjetivo del trabajador), los Ordenamientos

---

de hambre). En este concepto más amplio, huelga es una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso. En este sentido amplio, la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos».

<sup>229</sup> J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical*, p. 293.

<sup>230</sup> A. Baylos Grau: *Sindicalismo y Derecho Sindical* (3ª edición), Bomarzo, Albacete, 2006, p. 5. Las cursivas son nuestras.

<sup>231</sup> J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical*, p. 293

<sup>232</sup> A. Baylos Grau: *Sindicalismo y Derecho Sindical*, pp. 67 y 70.

<sup>233</sup> Seguimos a J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical*, pp. 293-294.

Militares del Derecho comparado, incluso el de los países que reconocen el ejercicio de la libertad sindical del soldado, respondan al esquema de huelga-delito [en el que la huelga es regulada a través de «normas punitivas de naturaleza penal (...) (que) llega a la calificación de la huelga no sólo como un acto prohibido, sino indefectiblemente como delito de carácter político (ello porque va contra las bases ideológicas de esos sistemas)»<sup>234</sup>] dada la radical incompatibilidad entre ella y la disciplina castrense.

Así ocurre en el Reino Unido de la Gran Bretaña, en el que se reconoce la libertad sindical en sus Fuerzas Armadas debido a la tradicional naturaleza exclusivamente profesional del servicio militar en ese país y los recelos políticos hacia el sistema de reclutamiento por leva<sup>235</sup>, tradición que ha originado un curioso sistema de libertad sindical, preñado de sentido común: el militar británico va a poder afiliarse exclusivamente a sindicatos civiles, prohibiéndosele tanto la constitución o afiliación a sindicatos militares como el ejercicio del derecho de huelga. ¿Por qué se permite la afiliación del militar a organizaciones sindicales civiles, qué nada tienen que ver con la problemática laboral en el ámbito de la Defensa nacional? ¿Y por qué se prohíben, si se permiten la vinculación con organizaciones civiles, la constitución (y afiliación) a organizaciones profesionales militares? Lo que pretende el legislador británico, dada la naturaleza profesional de la relación militar, es bien sencillo: equilibrar las necesidades de un asesoramiento y apoyo laboral del soldado con el necesario respeto y mantenimiento de la disciplina militar. Por ello, se permite el vínculo de los profesionales de las Fuerzas Armadas con organizaciones sindicales externas para facilitar la reinserción del soldado en el mercado de trabajo en el supuesto de que decida romper su vínculo contractual con el Ejército y reconducir su vida laboral. Pero se prohíbe, en cambio, la existencia de organizaciones de clase que actúen en el ámbito de la Defensa por considerar este tipo de asociaciones esencialmente contrarias a la disciplina militar<sup>236</sup>,

---

<sup>234</sup> *Ibidem*.

<sup>235</sup> Solamente en dos ocasiones han tenido que acudir los británicos a la leva forzosa: las dos guerras mundiales del siglo XX. Así lo relata M. Howard: *La primera guerra mundial*, Crítica, Biblioteca de bolsillo, Barcelona, 2008, pp. 88 y 89, respecto del primero de estos conflictos: «El reclutamiento era un anatema para el gobierno liberal, así que se pusieron paños calientes hasta que en mayo de 1916 se introdujo a regañadientes el servicio militar obligatorio para todos los hombre de edades comprendidas entre dieciocho y cuarenta y un años».

<sup>236</sup> La razón de la proscripción de la sindicación puramente militar fue expuesta por el *Special Report of the Select Comitee on the Armed Forces Bill 1985-1986*: «Las Fuerzas Armadas son un cuerpo disciplinado. Un militar individual retiene sin dudas su derecho como ciudadano en una sociedad democrática. Debe prevenir activamente participar en una organización que tenga objetivos que no sean factibles a su propia función, o para la que



la cual debe ser mantenida y respetada a toda costa, motivo por el que la convocatoria de una huelga de militares es inimaginable.

Alemania constituye el ejemplo paradigmático de régimen abierto y de pleno reconocimiento de los derechos ciudadanos del militar en materia sindical. Se reconoce legalmente a la *Bundeswehrverband* (Asociación de las Fuerzas Armadas de la República Federal Alemana<sup>237</sup>), sindicato creado en 1956 en el que está afiliado el 75% de la oficialidad y el 60% del total de los militares alemanes (oficiales, suboficiales y tropa<sup>238</sup>): este sindicato es política y financieramente independiente, y vela por las expectativas sociales y de carrera de sus miembros. Se garantiza su neutralidad política, así como las excelentes relaciones con los mandos, asegurándose de este modo lo sustancial: las mejoras en las condiciones profesionales y de vida del militar, quedando prohibido el ejercicio del derecho de huelga.

En Bélgica también se reconoce la libre sindicación de los militares. La Ley de 29 de julio de 1978, de Organización de las relaciones entre las autoridades públicas y los sindicatos del personal militar de las Fuerzas Terrestres, Aéreas y Navales y del Servicio médico, reconoce en su artículo 1 la posibilidad del militar belga de afiliarse tanto a sindicatos militares como a otros civiles que estuvieren representados en el Consejo Nacional del Trabajo. No obstante, esta libertad sindical tiene excluida, por expreso mandato del artículo 16 del Reglamento de Disciplina Militar, la posibilidad de ejercitar el derecho de huelga en cualquiera de las formas que esta pueda presentar. Esta prohibición se compensa con la obligación para la Administración belga de negociar determinados grupos de materias con los sindicatos militares –regulando la condición de representantes de los mismos y los procedimientos de negociación el *Arrêt royal* de 25 de abril de 1996, de ejecución de la ley–. En el Derecho militar belga queda exclu-

---

él está allí. Su deber es defender la Nación. Por ello, se ha mantenido por largo tiempo la política de que las Fuerzas Armadas como un todo no formen asociaciones dentro de ellas o se unan a cuerpos externos como los sindicatos, excepto en las circunstancias en que se les designa para la eventual recolocación de los militares en la vida civil. Los militares pueden afiliarse a sindicatos que aceptarán a los mismos como miembros mientras formen parte de las Fuerzas Armadas... Los miembros de las Fuerzas Armadas que pertenezcan a los sindicatos no pueden asumir más obligación que pagar regularmente la cuota, de modo que no pueden participar en huelgas, por ejemplo, o en otras formas de participación activa en ellos». El texto original en inglés se encuentra en G. Nolte (ed.): *European Military Law Systems*, p. 849.

<sup>237</sup> También actúa en el ámbito del Ejército Federal alemán la *Gewerkschaft Öffentlicher Dienst, Transport und Verkehr* (Unión de Empresas y Transportes Públicos), sindicato de empleados de la Administración Pública, en la que se afilian funcionarios tanto civiles como militares.

<sup>238</sup> Nolte cifra la afiliación en 250.000 miembros. G. Nolte (ed.): *European Military Law Systems*, p. 374.

da, consecuentemente, la representación institucional de los soldados, pues esta ya es realizada por los sindicatos.

Luxemburgo prohíbe en el artículo 13 de la Ley de 16 de abril de 1979, sobre Disciplina de las Fuerzas Públicas, cualquier tipo de ejercicio profesional alternativo y simultáneo en el tiempo con el militar, salvo que hubiere sido autorizado por el Gobierno. No obstante, la actividad sindical no es calificada como incompatible, por lo que es de libre ejercicio, aunque el artículo 1.2 impide el ejercicio del derecho de huelga.

En los Países Bajos se prohíbe, por el artículo 33 de la Ley de Disciplina Militar, la convocatoria de reuniones en locales militares sin autorización del mando competente o si hubiera sido prohibida por razones de orden público o circulación, así como la asistencia de uniforme a reuniones o manifestaciones que no tengan por exclusivo objeto la reivindicación de condiciones de trabajo. En el resto, goza el militar holandés de plena libertad sindical, planteando problemas la admisibilidad del derecho de huelga, al no estar regulado por la legislación holandesa. Esta laguna ha motivado el reconocimiento jurisprudencial (en el caso *Hoge Raad*) de la aplicabilidad directa de la regulación de dicho derecho contenida en el artículo 6.4 CSE, ratificado por los Países Bajos en 1980 introduciendo la reserva de su inaplicabilidad a sus funcionarios civiles (y curiosamente no a los militares). Esta reserva—que tenía por objeto dar tiempo a legislar internamente el derecho de huelga y sus manifestaciones, objetivo no cumplimentado hasta la fecha debido fundamentalmente a la satisfactoria protección que ha otorgado al ejercicio del derecho de huelga la jurisprudencia holandesa— ha sido extendida en su aplicación a los militares. Sin embargo, el reconocimiento del ejercicio de la huelga a diversos grupos de funcionarios civiles, incluidos los policías, no ha supuesto su extensión a los militares, quienes en realidad no están directamente afectados por la reserva holandesa al artículo 6.4 CSE. Los infructuosos proyectos legislativos que sobre regulación del derecho de huelga se han tramitado han incluido todos ellos previsiones específicas para la prohibición del ejercicio de este derecho a los policías, bomberos y militares, con fundamento en los requisitos que para el establecimiento de restricciones al derecho prevé el artículo 31 CSE. Esta situación de ausencia de legislación interna y de aplicación a los militares de una reserva a un tratado internacional que expresamente no les afecta, ha permitido que algún sector doctrinal haya defendido el reconocimiento de este derecho a los militares<sup>239</sup>.

---

<sup>239</sup> La exposición de este debate se encuentra en L.F.M. Besselink en G. Nolte (ed.), *European Military Law Systems*, p. 604, a quien seguimos en la exposición del sistema sindical holandés.

En este debate abierto sobre la posibilidad de articular una libertad sindical de los militares en España, debe destacarse la posición defendida desde 1988 por la Asamblea del Consejo de Europa, que en este año publicó su Resolución 903, en la que trataba del asociacionismo profesional de los militares de carrera y en la que, recordando el mandato del artículo 11 CEDH, instaba a los diferentes gobiernos nacionales a articular cauces para el reconocimiento de dicho derecho en tiempos de paz<sup>240</sup>. En esta misma línea, esta Asamblea ha dictado una nueva Resolución (11 de abril de 2006) en la que acepta como propia la teoría germana del *ciudadano de uniforme*, reconociéndose al militar los mismos derechos y libertades que al resto de ciudadanos, con los únicos límites exigibles que se deriven del cumplimiento de sus obligaciones profesionales<sup>241</sup>.

Pero no solo el Derecho castrense comparado ha visto con extremado recelo el reconocimiento del derecho de huelga<sup>242</sup>. La huelga de funcionarios públicos ha sido rechazada durante muchísimo tiempo, y cuando ha sido finalmente reconocida para el empleo público, ha sido excluida para determinadas categorías funcionariales, en concreto para aquellos cuerpos que encarnan la coacción legítima del Estado. En Italia fue proscrita por el Código Zanardelli, que tipificó penalmente la misma cuando fuere realizada por más de tres empleados públicos. Igual posición adoptaría, durante el fascismo, la Ley Rocco, en la que la huelga era considerada delictiva con independencia de que en su desarrollo se hubieren desplegado actos violentos o vandálicos (a diferencia del tipo general que preveía el art. 166 del Código Zanardelli de 1889, que exigía dichos requisitos para la penalización de la huelga). Tras la II Guerra Mundial la Constitución italiana de 1947 reconoció el derecho de huelga (art. 40), pero con arreglo a lo dispuesto en las leyes que la regularen; es decir, que el ejercicio real y efectivo del derecho dependía de su desarrollo legal. Sin embargo, dicho desarrollo no se ha producido para los funcionarios públicos<sup>243</sup>, salvo para los militares (art. 8 de la Ley nº 382/1978, de Disciplina militar) y los policías (y art. 84 de la Ley nº 121/1981, de 1 de abril, de Ordenación de la Policía), a los que se ha prohibido su ejercicio.

---

<sup>240</sup> M. A. Recio Jaraba: *Estudio sobre el derecho de asociación profesional del personal militar de las Fuerzas Armadas*. Monografía correspondiente a la II Fase del Curso de Derecho Administrativo Militar, Madrid, 1 de octubre de 2007 (inédita), p. 46.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>242</sup> El cual es reconocido por el artículo 8.1 d) PIDESc, aunque se admite su restricción legítima para los militares.

<sup>243</sup> El desarrollo de este derecho ha sido obra de la Corte constitucional italiana. Un análisis del mismo se encuentra en L. Ortega: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, pp. 124-132.

En Francia el Código Penal tipificaba como delito, bajo la rúbrica «*Coalición de funcionarios*», una variedad de conductas entre las que se encontraban las huelguísticas, aunque la indefinición de los tipos penales llevó a reputados autores como Duguit<sup>244</sup> a cuestionar si, sentada su incuestionable naturaleza de falta disciplinaria, realmente la huelga funcional podía ser castigada además como delito<sup>245</sup>. El Preámbulo de la Constitución de la IV República reconoció el derecho de huelga según lo previsto por las leyes sin que esta remisión al legislador fructificase hasta que, tras seis proyectos, se aprobase una Ley de huelga, el 31 de julio de 1963, que regula su ejercicio en los servicios públicos, aplicándose por ello indistintamente a funcionarios o a los trabajadores que presten servicios en los mismos, con independencia del régimen administrativo o laboral de su relación profesional. Esta ley ha exceptuado el ejercicio del derecho para determinados grupos de funcionarios<sup>246</sup>: así, y en lo que respecta a cuerpos de seguridad, a los miembros de las Compañías Republicanas de Seguridad (CRS, por Ley nº 47-2384, de 27 de diciembre de 1947), a los de la Policía Nacional (Ley nº 48-1504, de 28 de diciembre de 1948) y a los militares (por el Estatuto Militar aprobado por Ley de 13 de julio 1972 y confirmada por el Estatuto de 2005 y, actualmente, por el vigente art. L4121-4, párrafo 1º del Código de la Defensa)<sup>247</sup>.

En España la tradicional proscripción de las actividades huelguísticas de los funcionarios públicos arrancó con el Código Penal de 1870, que prohibía con carácter universal cualquier actividad huelguística (art. 556)<sup>248</sup>, y tipificaba expresamente el abandono de sus funciones por el funcionario

---

<sup>244</sup> L. Duguit: *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. III, 3ª edición, Ancienne Librairie Fontenoing & Cie Editeurs, París, 1930, p. 233.

<sup>245</sup> *Arrêt Winkell* de 7 de agosto de 1909 y *arrêt Delle Minaire et autres* de 22 de octubre de 1937.

<sup>246</sup> Por el *arrêt Dehaene* de 7 de julio de 1950 el Consejo de Estado reconoció el derecho de huelga a los funcionarios a la luz de la previsión constitucional, estableciéndose dos límites: la continuidad de los servicios públicos y el mantenimiento del orden público, criterio ratificado por el Consejo Constitucional al analizar la constitucionalidad de la Ley de huelga en radio y televisión de 26 de julio de 1979, por considerar a estos dos límites como principios de valor constitucional.

<sup>247</sup> En otros muchos Ordenamientos jurídicos la huelga de los funcionarios públicos está proscrita, caso de Bélgica, Alemania, Estados Unidos de América o Suiza. Relación tomada de J. J. Díez Sánchez: *El derecho de huelga de los funcionarios públicos* (1ª edición), Civitas, Madrid, 1990, pp. 180 a 182.

<sup>248</sup> El Código de 1848 ubicó en su artículo 450 (pasó a ser el 461 tras la reforma de 1850) la coligación para encarecer el precio del trabajo o para determinar sus condiciones, aunque no se refería expresa y exclusivamente a la huelga.

con daño a la causa pública (art. 387)<sup>249</sup>. La liberalización del sistema con la aprobación de la Ley de Huelgas (Ley de 27 de abril de 1909) derogando el citado artículo 556 CP 1870, no supuso su admisión para los empleados públicos, desarrollándose por RD de 1 de octubre de 1912 la posibilidad de militarizar determinados servicios para evitar los daños que pudiera ocasionar este cese de actividades al orden público. Ya con la dictadura de Primo de Rivera el Código Penal de 1928 castigó la huelga de funcionarios en su artículo 459.

Durante la Guerra Civil la Junta de Defensa Nacional constituida en Burgos por los alzados prohibió, por medio de una Orden Presidencial de 28 de julio de 1936, cualquier tipo de huelga, paro o cese de actividades productivas. Por ello, cuando este bando obtuvo la victoria en el conflicto y constituyó un nuevo régimen político basado, entre otros principios, en el de fidelidad al Movimiento Nacional, procedió, en consecuencia, a tipificar la huelga de funcionarios en el Código Penal (art. 222) como delito de sedición, delito que no desaparecería del sistema penal español hasta que en la fase de transición a la democracia fuera dotado de nueva redacción por la disposición adicional 4<sup>a</sup> del RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, despenalizando la huelga de los empleados públicos.

Frente a estas objeciones tradicionales al reconocimiento de la huelga funcionarial, diversos factores han ido equiparando el empleo público con el privado y, por ello, justificando el reconocimiento en el sector público del ejercicio de este derecho. Entre otros ocupa un lugar preponderante la progresiva inclusión de personal laboral en la prestación de servicios públicos, dada la transformación de la actividad administrativa, que cada vez más se dedica a una *labores de naturaleza prestacional*, suministrando determinados servicios a los ciudadanos con la consiguiente contractualización (o privatización) de los mismos; en directa conexión con lo anterior, la inclusión de un número importante de funcionarios extraídos de las capas más bajas de la sociedad, dada la necesidad de disponer de un número suficiente de efectivos para afrontar esas nuevas actividades asumidas, introduciéndose la lucha de clases en el seno de la actividad administrativa; y, finalmente, la transformación de la propia teoría autoritaria del empleo público, reconociéndose la existencia y oposición de algunos derechos profesionales de los empleados públicos frente a la *potentior persona* que la Administración encarna.

---

<sup>249</sup> En 1892 se produjo la primera huelga de funcionarios públicos en la historia de España: una huelga de empleados de Telégrafos.

Hoy día, dada la admisión legislativa del ejercicio de la huelga para los empleados públicos, son dos las posiciones que gozan de un mayor apoyo en la doctrina: de una parte, considerar la huelga de los funcionarios públicos como un derecho que encuentra su acomodo en el contenido esencial de la libertad sindical; por tanto, su ubicación constitucional se encuentra no en el artículo 28.2 CE, en el cual se reconocería solamente el derecho de huelga de los «trabajadores» –entendiendo por tales, según la acepción técnica del término, a los que lo trabajan insertos en una relación laboral por cuenta ajena– sino en el artículo 28.1 CE como parte integrante de la libertad sindical que sí tienen expresamente reconocida<sup>250</sup>; por otro lado, se defiende que la huelga goza de un reconocimiento conjunto, como derecho fundamental subjetivo y autónomo para todos los «trabajadores» (privados y públicos), en el artículo 28.2 CE. La indiscutible división en que la doctrina se encuentra en esta cuestión es consecuencia directa, en nuestra opinión, tanto del silencio del Tribunal Constitucional al respecto como del embrollado desarrollo legislativo que ha concluido en el reconocimiento legal de un derecho fundamental que, *ab initio*, y desde una interpretación histórica y literal del precepto y del término «trabajador», era de dudosa extensión al empleo público.

La consecuencia principal de la integración del derecho fundamental de huelga de los funcionarios públicos en el artículo 28.2 CE<sup>251</sup> sería el reconocimiento de su autonomía como derecho fundamental de este colectivo respecto a la libertad sindical, lo que produce una serie de efectos de gran relevancia. Téngase en cuenta que cuando un sindicato (o varios de ellos) convocan una huelga no llaman a la misma exclusivamente a sus afiliados, sino que llaman al conjunto de los trabajadores del sector o sectores laborales afectados. Evidentemente, ningún trabajador puede verse privado del ejercicio de su derecho fundamental de huelga por no haber ejercido su libertad sindical positiva afiliándose a una organización concreta, ya que ambos derechos, a pesar de su innegable conexión, son derechos fundamentales independientes en cuanto a su ejercicio. Es decir, que la huelga es un derecho fundamental laboral independiente o autónomo de la afiliación sindical, sin perjuicio de que, además, la libertad sindical contenga en su

---

<sup>250</sup> Posición mantenida por A. Martín Valverde: «Los límites del derecho de huelga en la Administración Pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 18, 1986, pp. 34-80

<sup>251</sup> Que algunos autores parecen deducir, no del propio texto del citado artículo y del sentido vulgar o atécnico que debe darse a la expresión «trabajadores» en él utilizada, sino de una interpretación sistemática de los artículos 7, 28.1 y 28.2 CE. Así J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical*, p. 300.

seno como una de las facultades que lo caracterizan e integran su contenido esencial la huelga, medida principal y típica de la acción sindical. En este contexto, ¿puede excluirse por el legislador orgánico el ejercicio del derecho fundamental de huelga para aquellos colectivos profesionales sobre los que el constituyente ha establecido expresamente una prohibición de ejercicio de la libertad sindical (jueces, magistrados y fiscales)<sup>252</sup> o ha habilitado al legislador para que la establezca (militares y guardias civiles), pero sobre los que nada se ha dicho a efectos de prohibirles el ejercicio del derecho fundamental de huelga que como «trabajadores» ostentan?

Solamente una interpretación sistemática del texto constitucional puede dar sentido, por un lado, a la indudable independencia del derecho de huelga —como derecho fundamental reconocido por el artículo 28.2 CE— respecto de la libertad sindical y, al mismo tiempo, a la integración de la misma como una de las facultades integrantes del contenido esencial de esa misma libertad: los colectivos funcionariales que se ven expresamente privados de la libertad sindical son desprovistos, indirectamente, del ejercicio del derecho fundamental de huelga, pues con independencia de la autonomía de la huelga (ejercitable por cualquier trabajador con independencia de la afiliación o no a un sindicato), la consagración jurisprudencial [y también legal, art. 2.2 d) LOLS] de aquella como uno de los elementos básicos de la acción sindical integrante del contenido esencial del derecho de sindicación lleva a sostener, por razones de coherencia, que estos colectivos sufren también, si se quiere como *pena accesoria*, la cercenación del derecho fundamental de huelga. Es decir, la integración de la huelga como parte del contenido esencial de la libertad sindical supone la excepción indirecta del derecho fundamental de huelga para los colectivos que tienen vedado el ejercicio de la citada libertad.

Por tanto: ¿es realmente posible que el legislador orgánico decidiera en el futuro modificar el régimen jurídico de la libertad sindical de los militares y permitir su pleno ejercicio, que incluiría en su seno el libre ejercicio de la huelga? De una lectura superficial de la Constitución, parece desprenderse claramente que sí sería factible, pues dicha libertad es reconocida a «todos», incluidos por tanto militares y guardias civiles. Sin embargo, un obstáculo insalvable, en nuestra opinión, se alza contra esta posibilidad: el inmediato cumplimiento de las órdenes militares legítimas —y debe recordarse que por tal entiende el artículo 19 CPM «todo mandato relativo

---

<sup>252</sup> Las consecuencias de la actividad huelguística para estos empleados públicos ni siquiera son tipificadas explícitamente, sino que el no acudir a trabajar por estar en huelga se sancionaría como abandono de servicio o de destino, según su duración temporal (arts. 417 a 419 LOPJ).

al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta»— que exigen las Ordenanzas militares y garantizan tanto el Código Penal castrense como los regímenes disciplinarios de Fuerzas Armadas y Guardia Civil, impedirían plantear ante las mismas la huelga, que no sería sino una forma encubierta de desobediencia a la prestación de ese servicio al que los militares están obligados. El conflicto de intereses que la huelga plantea a la disciplina castrense no tiene, en nuestra opinión, solución intermedia, puesto que disciplina militar y huelga son conceptos antitéticos: si hay disciplina militar, no cabe huelga; si se reconoce la huelga, no hay Ejército.

Es cierto que el texto constitucional permite la admisión tanto de la libertad sindical de los militares como del ejercicio de la huelga por los mismos, y que el legislador orgánico, amparándose en las previsiones del artículo 28 CE, podría perfectamente reconocer en un futuro el libre ejercicio de ambos derechos en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil. Existen Estados independientes, como Costa Rica, que no disponen de Fuerzas Armadas: quizá en un futuro España decida prescindir de su defensa militar, por resultar innecesaria, y crear una milicia ciudadana en la que se reconozcan sin límite los derechos colectivos de sus integrantes. Pero en tanto en cuanto el artículo 8.2 CE siga recibiendo desarrollo y se mantengan formalmente unas Fuerzas Armadas *militares*, el reconocimiento del derecho de huelga es incompatible con las mismas, resultando que caso de admitirse en ellas el ejercicio del derecho de huelga podría concluirse sin duda alguna que la organización que recibiera dicha denominación sería una máscara vacía de sentido alguno; se estaría en presencia de un simple *nomen iuris* («Fuerzas Armadas») con el que definir los mecanismos defensivos de la nación, pero absolutamente carentes de la eficacia que la disciplina militar dota a cualquier organización<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup> La incompatibilidad de la huelga con lo que comúnmente se entiende como Ejército o disciplina militar ha quedado reflejada en este episodio de la I Guerra Mundial que padeció el Ejército francés, relatado por M. Howard (*La primera guerra mundial*, pp. 123-124): «El 16 de abril lanzó su tan anunciada ofensiva a través del Aisne contra las boscosas cimas del Chemin des Dames bajo los peores auspicios posibles. Los alemanes habían recibido aviso anticipado de que los planes de los franceses habían fracasado por la retirada de los alemanes a la línea Hindenburg; y además el tiempo era horrible. En lugar de la amplia brecha prometida, se produjo un penoso avance cubriendo unos pocos kilómetros, que tuvo que ser suspendido diez días después, cuando los franceses habían sufrido ya más de 130.000 bajas. Nivelle fue sustituido por Pétain, el héroe de Verdún, pero para entonces el ejército francés ya había tenido bastante. Se desmoronó, desembocando no en un motín, sino en algo semejante a una huelga civil; unidades enteras se negaban a obedecer órdenes y a regresar al



Rechazada la posibilidad de articular una plena libertad sindical en el ámbito castrense, queda todavía la duda de si sería viable optar por la solución intermedia planteada en sede constitucional; es decir, si sería posible permitir el ejercicio de una libertad sindical limitada a los militares, de la que quedara excluido el ejercicio del derecho de huelga. Las dudas frente a la auténtica naturaleza de una libertad sindical que no integre en su contenido el ejercicio del derecho fundamental de huelga, tienen acomodo en la propia jurisprudencia constitucional sobre libertad sindical<sup>254</sup> (como simple ejemplo la STC 39/1986, de 31 de marzo), que distingue entre un «círculo constitutivo» de la libertad sindical, que integraría los derechos que indisolublemente forman parte del contenido esencial de la misma (la huelga, la negociación colectiva y el conflicto colectivo), y un «círculo promocional externo» de dicha libertad, línea doctrinal que se mantiene inalterada en los primeros años del siglo XXI<sup>255</sup>. A la luz de esta

---

frente. Pétain se hizo cargo de la situación hasta restablecer la salud de su ejército con un mínimo de severidad [...]».

<sup>254</sup> No se desconoce la jurisprudencia específica del Tribunal Constitucional sobre la libertad sindical de los policías –incluido el ATC 34/1984, de 18 de enero en el que desechó entrar a conocer la reclamación de dos sindicatos policiales sobre la inconstitucionalidad de la privación de la huelga por el artículo 2 del RD 3624/1977, de 16 de diciembre–, en los que da por buenas todas las especiales limitaciones que estos sufren en dicha libertad, sino que se cuestiona, a efectos simplemente argumentativos, la corrección de sostener sobre un concreto derecho fundamental una posición clara con carácter general, en especial la STC 98/1985 sobre la LOLS, y sostener respecto de un concreto grupo profesional la tesis opuesta y mantener que en ambos casos estamos ante el mismo derecho fundamental.

<sup>255</sup> STC 281/2005, de 7 de noviembre, FJ 3º: «Aun cuando del tenor literal del art. 28.1 CE pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, este Tribunal ha declarado reiteradamente, en virtud de una interpretación sistemática de los arts. 7 y 28 CE, efectuada según el canon hermenéutico del art. 10.2 CE, que llama a los textos internacionales ratificados por España –en este caso, Convenios de la Organización Internacional del Trabajo núms. 87 y 98, señaladamente–, que la enumeración de derechos efectuada en el primeramente referido precepto constitucional no se realiza con el carácter de *numerus clausus*, sino que en el contenido de dicho precepto se integra también la vertiente funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden (por todas, TC SS 94/1995, de 19 de junio, FJ 2; 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 6; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6, y 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 5). Las anteriores expresiones del derecho fundamental (organizativas o asociativas y funcionales o de actividad) constituyen su núcleo mínimo e indisponible, el contenido esencial de la libertad sindical. En particular, en coherencia con la vertiente funcional del derecho, la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) establece que la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical [art. 2.1 d)] y, de otra parte, que las organizaciones sindicales, en el ejercicio de su libertad sindical, tienen derecho a desarrollar actividades sindicales en la empresa o fuera de ella [art. 2.2 d)]».

jurisprudencia, difícilmente se puede considerar que una libertad sindical sin ejercicio de derecho de huelga sea reconocible como tal, como ocurre por ejemplo con la reconocida por la LOFCS a los sindicatos policiales<sup>256</sup>, más allá de que la LOFCS emplee la nomenclatura de sindicato («organizaciones sindicales», art. 18.1) para referirse a las asociaciones profesionales de policías, y de que estas así se denominen quizá en un intento de afirmación de su posición frente a la Administración (como si el uso de esa denominación tuviera efectos taumatúrgicos). El propio Tribunal Constitucional ha asumido el planteamiento que defendemos al resolver sobre la constitucionalidad de un asociacionismo profesional no sindical en el ámbito militar:

«Pero más allá de la común pertenencia [de partidos políticos y sindicatos] a este género amplio [el derecho de asociación del art. 22 CE] nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del art. 28.1 CE. Ello supone [...] también una indebida extensión, a los expresados efectos, del concepto de sindicato, al desconocer, de hecho, otros rasgos que lo caracterizan, tanto histórica como legalmente. Entre tales rasgos figura, muy destacadamente, su esencial vinculación con la acción sindical que, según hemos declarado en numerosas sentencias [por todas SSTC 98/1985, de 29 de julio, FJ 2; 134/1994, de 9 de mayo, FJ 4 b), y 74/1996, de 3 de abril, FJ 4] *se plasma en el ejercicio del derecho de huelga* (art. 28.2 CE), en la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y en la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). Es suficiente reparar en tales medios de acción a disposición de los sindicatos para comprender que el art. 28.1 CE haya permitido que la ley llegue incluso a exceptuar del ejercicio del derecho de libertad sindical a los miembros de instituciones que estén sometidas a disciplina militar»<sup>257</sup>.

Por lo tanto, la posibilidad de que el legislador orgánico desarrollase la previsión contenida en el artículo 28.1 CE permitiendo una libertad sindical limitada de los militares, que cercenara de su contenido esencial el ejercicio de la huelga, no sería en nuestra opinión, un derecho de sindicación, sino un derecho de asociación profesional reforzado con alguna de las facultades de acción sindical (si es que el legislador

---

<sup>256</sup> J. J. Herbón Costas, *Los derechos de asociación política y sindicación...*, pp. 281-307.

<sup>257</sup> STC 219/2001, de 31 de octubre, FJ 10º. Las cursivas son nuestras.

al limitar el derecho de sindicación no procediere, también, a excluir el ejercicio de las mismas), porque solamente un sindicato puede ejercer los medios de acción sindical, entre los que se configura como elemento fundamental el derecho de huelga, lo que lleva inexcusablemente a considerar que la naturaleza jurídica de los *sindicatos policiales* está más próxima a la de las asociaciones profesionales de jueces, magistrados y fiscales, posición ya apuntada en 1991 por García Becedas, De la Villa y García-Perrote<sup>258</sup>.

La desnaturalización de los derechos fundamentales derivada de la agresión del legislador a su contenido esencial es materia indiscutida desde la paradigmática STC 11/1981, de 8 de abril, que precisamente versaba sobre el derecho fundamental de huelga:

«Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y *sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose*, por decirlo así»<sup>259</sup>.

Es decir, que un derecho de sindicación sin huelga (o sin cualquiera de las otras facultades-derechos que caracterizan la acción sindical y que diferencian al sindicato de la asociación profesional) no supone un ejercicio del derecho reconocido por el artículo 28.1 CE, sino del derecho fundamental de asociación del artículo 22 CE. Por tanto, la única posibilidad constitucional de desarrollar la previsión contenida por el artículo 28.1 CE en el sentido de limitar la libertad sindical del militar, reconociéndole su ejercicio, sería la de establecer determinados límites concretos a los tres derechos-facultades que configuran la acción sindical y que integran el contenido esencial del derecho, pero permitiendo su ejercicio, aunque fuera de manera muy restringida. Sin embargo, la contradicción entre cualquier forma de condicionamiento por parte de los uniformados del cumplimiento de las órdenes legítimas impartidas por la cadena de mando militar y las exigencias de una mínima disciplina que así se denomine hace que, en el caso de que el legislador optara por esta vía de reconocimiento del derecho, se esté incumpliendo el mandato contenido en el artículo 8.2 CE, que ordena que España disponga de unas Fuerzas Armadas militares.

---

<sup>258</sup> *Instituciones del Derecho del Trabajo*, p. 348.

<sup>259</sup> FJ 8º. Las cursivas son nuestras.

**LA PROTECCIÓN DE LOS GRUPOS EN EL DERECHO PENAL  
INTERNACIONAL**  
**Especial referencia al delito de genocidio\***

Cristina Fernández-Pacheco Estrada  
*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal  
Universidad de Alicante*

\* Este artículo quedó finalista en el premio Querol 2011.

*SUMARIO*

I. Introducción. II. Definición del grupo en el delito de genocidio. II. 1. Consideraciones generales. II. 2. Criterios de definición del grupo. II. 2.1. El criterio de la estabilidad del grupo. II. 2.2. El criterio subjetivo. II. 2.3. Los criterios para la delimitación del grupo. II. 2.4. La naturaleza nacional, étnica, racial o religiosa del grupo. III. Conclusiones.

**I. INTRODUCCIÓN**

En 1944, Rafael Lemkin, jurista polaco a quien se atribuye la creación del término *genocidio* defendía que:

«Nuestro patrimonio cultural es el producto de todas las naciones. Podemos entenderlo mejor si pensamos en lo pobre que sería nuestra cultura si a los pueblos condenados por Alemania, como los judíos, no se les hubiera permitido crear la Biblia o dar a luz a un Einstein, a

un Spinoza; si los polacos no hubieran tenido la oportunidad de dar al mundo a un Copernicus, un Chopin, una Curie, los checos a un Huss, y un Dvorak; los griegos a un Platón y a un Sócrates; los rusos, a un Tosltoi y a un Shostakovich»<sup>1</sup>.

Efectivamente, el presupuesto básico que sustenta la conveniencia político-criminal de la protección de los grupos humanos reside en su valor para la humanidad, entendiendo que los grupos son espacios únicos de desarrollo de contribuciones culturales beneficiosas para la humanidad<sup>2</sup>. Además, en última instancia, la protección de los grupos también se justifica por el propio mantenimiento de la paz y seguridad internacional<sup>3</sup>.

El compromiso con la protección de los grupos se ha visto respaldado desde el ámbito internacional a través de la adopción de distintos tratados internacionales e instrumentos oficiales en materia de Derechos Humanos. Por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que: «Todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad»<sup>4</sup>.

No obstante, resulta indudable que la protección más específica de los grupos proviene del Derecho Penal Internacional y se concreta en el delito de genocidio, que castiga una serie de actos delictivos cometidos con la intención de destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Así, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio supuso un reconocimiento sin paliativos del valor de los grupos humanos que se evidencia además en sus altas cotas de legitimidad, en la atribución al delito del estatus de *ius cogens* o en la trasposición generalizada en los ordenamientos nacionales.

---

<sup>1</sup> Citado en KING, H. T. Jr., «Genocide and Nuremberg», en HENHAM, R. y BEHRENS, P., *The criminal law of genocide: internacional, comparative and contextual aspects*, Hampshire, 2007, pág. 30. En el mismo sentido afirmó que «the world loses «future contributions» that would be based upon [the destroyed group's] genuine traditions, genuine cultural and (...) well-developed national psychology» (citado en *Stakic Appeal Judgement*, párrafo 21).

<sup>2</sup> KREß, C., «The Crime of Genocide under International Law», *International Criminal Law Review*, vol. 6, n° 4, 2006, pág. 474. ESER, A., «Völkermord und deutsche Strafgewalt», en *Festschrift für Meyer-Gossner*, München, pág. 17.

<sup>3</sup> Carta de Naciones Unidas, artículo 2 párrafo 6; artículos 11, 12, 18 y capítulo VII. Estatuto de la Corte Penal Internacional, Preámbulo: «esos graves crímenes [competencia de la Corte Penal Internacional] constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad».

<sup>4</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (A/61/L.67). A propósito de esta idea, rastreándola en otros textos de derechos humanos, véase SCHABAS, W.A., *Genocide in International Law*, Cambridge, 2009, pág. 122.

Adoptada en el seno de unas recién inauguradas Naciones Unidas en 1948, esto es, todavía con los horrores del Holocausto muy presentes, la Convención definía el delito de genocidio en los siguientes términos:

«En la presente Convención se entenderá por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo».

Por tanto, partimos de un claro reconocimiento del valor de los grupos. No obstante, quedan aún muchas incógnitas pendientes de resolución en cuanto a su concreta definición. Por ejemplo, ¿cómo se define un grupo? ¿Qué manifestaciones de los grupos están incluidas? ¿Es cualquier conjunto de individuos que comparte un rasgo un grupo a efectos del delito de genocidio? Las siguientes páginas se dirigen a abordar estas y algunas otras cuestiones. Para ello, no solo se tendrán en cuenta las numerosas aportaciones de la doctrina, sino sobre todo, la extensa jurisprudencia generada desde los tribunales penales internacionales *ad hoc* para Ruanda y la antigua Yugoslavia, así como la incipiente doctrina de la Corte Penal Internacional.

## II. DEFINICIÓN DEL GRUPO EN EL DELITO DE GENOCIDIO

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Ante la ardua tarea de definir al grupo, se plantean varias dificultades de inicio. La primera, la propia naturaleza de los grupos humanos. Como afirma Verdirame al respecto:

«Los tribunales han empezado a reconocer que las identidades colectivas (...) son por naturaleza construcciones sociales, identidades «imaginarias», enteramente dependientes de percepciones variables y

contingentes, y no de hechos sociales constatables de la misma forma que los fenómenos naturales o los hechos físicos»<sup>5</sup>.

Si ya resulta complejo definir los grupos, no lo es menos determinar aquellos criterios que permiten adscribir a los individuos a sus grupos correspondientes. *A priori* puede afirmarse que existen ciertas normas de atribución al grupo objetivas como, por ejemplo, la determinación de la pertenencia al grupo por vía paterna –en el caso de hutus y tutsis– o materna –para la condición de judío–; sin embargo, lo cierto es que dichos criterios no dejan de ser construcciones subjetivas desarrolladas por el propio grupo. Por tanto, las fronteras entre objetivo y subjetivo no son en absoluto claras; ello obliga, en cierto modo, a dar cabida a algunos parámetros subjetivos en la definición del grupo, lo cual puede resultar distorsionador ya que estamos ante un precepto penal, sometido a una serie de garantías y principios.

Además, los procesos de percepción varían con el transcurso del tiempo, están sujetos a evolución y pueden, por tanto, modificarse. Como explica el Informe sobre Darfur, los procesos de autoidentificación sufrieron un gran cambio tras los ataques de las tribus árabes sobre ciertos grupos tribales africanos; si hasta aquel momento su identificación se reflejaba en su tribu y su condición de darfuríes, con el inicio del conflicto tomó un gran protagonismo el carácter árabe y africano, a pesar de que tradicionalmente no hubiera sido así y tal percepción no tuviera fundamentos muy sólidos<sup>6</sup>.

En consecuencia, ante semejantes cortapisas, resulta muy complejo alcanzar una definición o unos criterios precisos. Son célebres las declaraciones de van der Stoel al respecto: «Reconozco una minoría cuando la veo»<sup>7</sup>. Efectivamente, más allá de ciertas directrices abstractas que operan más como límites que como una definición propiamente dicha, la solución parece ir encaminada en ese sentido, es decir, al estudio individualizado de cada caso, a la búsqueda de aquellos conjuntos de individuos que cumplan con los requisitos de grupo a efectos del genocidio.

En general un grupo suele definirse como un conjunto de personas unidas por unos rasgos comunes que les otorgan identidad frente al resto de la sociedad<sup>8</sup>. Pero no todo conjunto de personas constituye un grupo a efectos

---

<sup>5</sup> VERDIRAME, G., «The genocide definition in the jurisprudence of the ad hoc tribunals», *International and comparative Law quarterly*, 49, 2000, pág. 592.

<sup>6</sup> Informe UNCOI sobre Darfur, párrafo 510.

<sup>7</sup> VAN DER STOEL, M., «Prevention of Minority Conflicts», en *The CSCE and the Turbulent New Europe*, Washington, 1993: «I know a minority when I see one».

<sup>8</sup> JÁHNKE, B., «Völkermord», *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Berlin, §220a, M9; WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., Valencia, 2011, párra-

de genocidio. Es decir, el concepto de grupo manejado en el genocidio constituye un elemento de carácter normativo que diverge en aspectos fundamentales del utilizado en otros ámbitos.

En consecuencia, se hace necesario exponer una definición específica aplicable al delito de genocidio. Según sostengo en este trabajo, esta sería la siguiente: «conjunto de individuos estable, identificable, unido por la existencia de una condición de naturaleza nacional, étnica, racial o religiosa, que conforma una unidad cohesionada e independiente o una parte sustancial de un grupo de estas características».

Por tanto, la noción de grupo relevante a efectos del delito de genocidio se articula en torno a dos ejes: una serie de rasgos (estabilidad, carácter identificable, etc.), a los que denominaré criterios; y su carácter nacional, étnico, racial o religioso, al que me referiré como naturaleza del grupo. Aquellos conjuntos de individuos que no presenten estos elementos, podrán ser considerados grupos, pero no son relevantes a efectos del delito de genocidio.

Ambos factores –criterios y naturaleza– constituyen piezas indispensables del grupo que se complementan y limitan mutuamente y en ocasiones se encuentran tan estrechamente relacionados que son difícilmente discriminables. A pesar de esto, entiendo que sistemáticamente es una distinción de gran utilidad, que arroja interesantes conclusiones sobre la calificación de genocidio de ciertas situaciones problemáticas. A partir de estas consideraciones, se puede establecer un pronóstico de relevancia del grupo que, a través de una serie de requisitos que operan como filtros, permite determinar si un grupo puede *a priori* ser víctima de un delito de genocidio.

## 2. CRITERIOS DE DEFINICIÓN DEL GRUPO

### 2.1. El criterio de la estabilidad del grupo

#### 2.1.1. Definición

El conflicto ruandés enfrentó a hutus y tutsis con un saldo final de entre 800.000 y un millón de tutsis muertos. Desde las primeras sentencias, la existencia de un plan destinado a destruir a los tutsis de Ruanda se consideró probada, facilitando enormemente la tarea de demostrar la intención

---

fo 576; ROBINSON, N., *The Genocide Convention. A Commentary*, New York, 1960, pág. 63. También *Stakic Appeal Judgement*, párrafo 20.



de destruir al grupo<sup>9</sup>. El problema para la calificación de genocidio de los actos perpetrados contra los tutsis fue, más bien, la naturaleza de los grupos involucrados en el conflicto.

En una primera aproximación, se podría considerar que hutus y tutsis son grupos étnicos. Sin embargo, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR, en adelante) definió esta categoría como el conjunto de personas que comparten tanto una lengua, como una cultura común<sup>10</sup>. Dado que ambos grupos comparten lengua y cultura, de acuerdo con la definición adoptada por el propio tribunal, no podían constituir grupos étnicos diferentes en sentido estricto. Con todo, resultaba evidente la plena operatividad de tal distinción en la cultura ruandesa.

A fin de solventar este problema, el tribunal recurrió a la presunta estabilidad de los grupos hutus y tutsis, entendiendo que la Convención pretendió proteger a los grupos de naturaleza estable. En la medida en que hutus y tutsis lo eran, debían considerarse grupos protegidos al efecto<sup>11</sup>.

El empleo de un criterio de esta naturaleza permitía efectivamente solventar los problemas de interpretación surgidos en el caso ruandés, recurriendo a indicadores como la existencia de carnés de identidad étnicos o la determinación de la etnia por línea paterna. Pero el dato determinante fue que «[l]a identificación de los individuos como miembros del grupo hutu, tutsi o twa se ha integrado en la cultura ruandesa y, teniendo en cuenta los trabajos previos de la Convención, puede ser calificada como estable y permanente, a los ojos de la sociedad ruandesa y de la comunidad internacional»<sup>12</sup>. En consecuencia, el tribunal estimó que el grupo tutsi se caracterizaba por su estabilidad y era generalmente aceptado como un grupo distinto en Ruanda y se le atribuyó el estatus de grupo protegido<sup>13</sup>. Lo mismo puede decirse de la sentencia *Musema*, en la que el TPIR volvió a adoptar el mismo planteamiento<sup>14,15</sup>.

---

<sup>9</sup> Entre otras, *Akayesu Trial Judgement*, *Kayishema and Ruzindana Trial Judgement*, *Karempera Decision on Judicial Notice (Appeal Chamber)*.

<sup>10</sup> *Akayesu Trial Judgement*, párrafo 513.

<sup>11</sup> *Akayesu Trial Judgement*, párrafo 702: «en Ruanda en 1994, los tutsis constituían un grupo referido como “étnico” en las clasificaciones oficiales. Así, los carnés de identidad de aquella época incluían una referencia al “obwoko” en kinyaruanda o “ethnie” en francés que, según el caso, se refería a la condición de hutu o tutsi. (...) Además, la Sala encuentra que, en el momento de los hechos, los tutsis constituían un grupo estable y permanente y eran identificados por todos como tales».

<sup>12</sup> *Ibid.*, párrafo 374.

<sup>13</sup> *Ibid.*, párrafo 377.

<sup>14</sup> *Musema Trial Judgement*, párrafo 162.

<sup>15</sup> *Jelusic Trial Judgement*, párrafo 69.

A la vista del desarrollo en la materia, se puede afirmar que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* viene a confirmar que la estabilidad es uno de los atributos propios de un grupo. Sin embargo, tal afirmación plantea una incógnita aún mayor: la de definir lo que debe entenderse por «estabilidad». De acuerdo con la jurisprudencia existente en la materia, al criterio de estabilidad se le atribuyen los siguientes rasgos: permanencia<sup>16</sup>; adscripción de miembros por nacimiento<sup>17</sup>; ausencia de adscripción voluntaria por compromiso individual<sup>18</sup>; condición de miembro no modificable<sup>19</sup>; gran dificultad en el abandono del grupo<sup>20</sup>.

De los aspectos enunciados, resulta especialmente conflictiva la interpretación de la «permanencia». Se plantean dos alternativas dependiendo de que el concepto se refiera al grupo en sí mismo o a los miembros de este. La primera opción significa que el grupo ha de ser permanente, es decir que su existencia debe perdurar en el tiempo independientemente de la identidad de quienes lo integran. La segunda opción implica que la composición del grupo debe ser más o menos permanente, exigiendo con ello que los miembros en concreto sean los mismos.

A la vista del reconocido carácter «despersonalizador» del delito de genocidio<sup>21</sup>, es decir, del limitado papel de la identidad de los individuos, poco debería importar que el grupo sea efectivamente permanente en cuanto a sus miembros —es decir, que sean los mismos individuos quienes de forma estable conformen el grupo— sino que sea el grupo el que exista de forma continuada en el tiempo. En consecuencia, dicho elemento de permanencia deberá ser interpretado *junto con* los restantes caracteres, lo cual supone identificar la permanencia con la adscripción obligatoria de la condición de miembro del grupo y la dificultad de su abandono.

Respecto a la adscripción al grupo, la jurisprudencia ofrece dos rasgos característicos: que se produzca por nacimiento y que no se lleve a cabo de forma voluntaria. Es indudable que la adscripción por nacimiento asegura la continuidad y, en consecuencia, la estabilidad del grupo a largo plazo. Se trata de la forma preferente de acceso en prácticamente todos los grupos incluidos en la Convención. Sin embargo, aunque esta sea la forma mayoritaria de acceso, no implica necesariamente la inhabilitación de toda forma de adscripción

---

<sup>16</sup> *Akayesu* Trial Judgement, párrafo 511; del mismo modo, *Rutaganda*, Trial Judgement, párrafo 57.

<sup>17</sup> *Akayesu* Trial Judgement, párrafo 511.

<sup>18</sup> *Rutaganda* Trial Judgement, párrafo 57; en el mismo sentido, *Jelisić* Trial Judgement, párrafo 69.

<sup>19</sup> *Akayesu* Trial Judgement, párrafo 511.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, 2ª ed., 2008, pág. 137.

voluntaria. Así, aunque la condición de judío se determine mayoritariamente por nacimiento, lo cierto es que no se excluyen los supuestos de conversión al judaísmo, que constituye otra forma válida de adscripción al grupo<sup>22</sup>.

Además, dos aspectos son señalados por las sentencias de los tribunales *ad hoc*: la condición de miembro no es modificable y existe una gran dificultad en el abandono del grupo. Dado que ambas cláusulas interpretadas en términos absolutos se contradicen, me parece más razonable equiparar la estabilidad a la gran dificultad en el abandono del grupo. Retomando el ejemplo de los judíos, la conversión a otra religión traía consigo la pérdida de la condición de miembro de este grupo.

En conclusión, a partir de la jurisprudencia dominante, se puede convenir que el criterio de estabilidad implica una cierta permanencia del grupo como tal, es decir, independientemente de la concreta identidad de sus miembros. La adscripción al grupo se produce preferentemente por nacimiento aunque, de forma subsidiaria, caben ciertos supuestos de adscripción voluntaria. El abandono del grupo es muy difícil siendo la condición de miembro esencialmente no modificable.

### 2.1.2. Análisis crítico

El argumento básico para explicar la selección de los grupos protegidos que se llevó a cabo en la Convención de 1948 es argumentar que solo se pretendía proteger a grupos estables y permanentes; no obstante, lo cierto es que no se trata de un hecho incontestable. Todo el debate relativo a la estabilidad surgió fundamentalmente a raíz de la polémica introducción de los grupos políticos –y en cierta medida también de los grupos sociales y económicos– en la definición del genocidio. Por ello, el estudio del criterio de estabilidad conduce indefectiblemente al análisis de la situación de los grupos políticos, que suscitó, y aún suscita, una gran controversia.

Para determinar si efectivamente fue la estabilidad el factor determinante durante la redacción de la Convención, habrá que acudir a los trabajos previos, compuestos principalmente por las actas del Sexto Comité y las declaraciones de los representantes de los diferentes Estados. En este sentido,

---

<sup>22</sup> Mientras las leyes de Núremberg de 1935 definían *mischlinge* (individuo de sangre mezclada) como «cualquiera que descienda de uno o dos abuelos judíos», para los judíos a esta condición debía añadirse necesariamente el que la persona en sí misma fuera de la religión judía o estuviera casada con una persona de este grupo [KIERNAN, B., «Genocide and “Ethnic Cleansing”», en FÖRSTER, S. y HIRSCHFELD, G., *Genozid in der Modernen Geschichte*, Münster, 1999, pág. 42].

algunos argumentos avalan la hipótesis de que la estabilidad fue el criterio rector en la selección de los grupos protegidos<sup>23</sup>. En primer lugar, el principal indicio es que los grupos políticos no se incluyeron en la lista de grupos protegidos amparándose precisamente en su falta de permanencia<sup>24</sup>. Esta exclusión así justificada confirma la importancia del carácter estable de los grupos protegidos. Además, diversos argumentos se desprenden del propio debate previo a la aprobación de la Convención. Por una parte, ciertos representantes expresaron su preocupación por el hecho de que solo los grupos permanentes fueran protegidos<sup>25</sup>, mientras otras delegaciones solicitaron que los grupos incluidos fueran inmutables y no sujetos a decisiones individuales para su adscripción o para la pérdida de la condición de miembro<sup>26</sup>.

De hecho, también la inclusión de los grupos religiosos fue polémica; sus detractores subrayaban la posibilidad de abandonarlos de forma voluntaria, lo cual probaría su inestabilidad. Algunos Estados llegaron a solicitar que la categoría de grupos religiosos se vinculara a la nacional para garantizar una mínima estabilidad y justificar así su protección frente al delito de genocidio<sup>27</sup>.

A la vista de los cuatro grupos finalmente incluidos –nacionales, étnicos, raciales y religiosos– puede afirmarse que todos ellos gozan de un cierto carácter estable y permanente, en la medida en que la condición de miembro se adquiere preferentemente por nacimiento y no es modificable<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Sostienen esta hipótesis las sentencias Akayesu, Rutaganda, Jelusic, *Karempera Decision on Judicial Notice* (Trial Chamber). Desde la doctrina, KREß, C., “Genocide in International Criminal Law”, *óp. cit.*, págs. 478-479; PLANZER, A., *Le crime du génocide*, *óp. cit.*, pág. 106; ROBINSON, N., *The Genocide Convention. A Commentary*, *óp. cit.*, pág. 59; AKSAR, Y., «The “victimized group” concept in the Genocide Convention and the development of international humanitarian law through the practice of ad hoc tribunals», *Journal of Genocide Research*, 5(2), June 2003, pág. 218; WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *óp. cit.*, párrafo 576.

<sup>24</sup> *Jelusic Trial Judgement*, nota 94; *Musema Trial Judgement*, párrafo 162, citando Summary Records of the Meetings of the Sixth Committee of the General Assembly, 21 September- 10 December 1948, Official Records of the General Assembly.

<sup>25</sup> UN Doc. A/C.6/SR.69, Sixty-ninth meeting, Palais de Chaillot, Paris, Thursday, 7 October 1948 (disponible en ABTAHI, H. y WEBB, P., *The Genocide Convention. The travaux préparatoires*, *óp. cit.*, págs. 1354 y ss).

<sup>26</sup> Véanse las declaraciones de los representantes de Brasil, Venezuela, Reino Unido, Egipto, Noruega, URSS, Irán y Polonia, UN Doc. A/C.6/SR.63, Sixty-third meeting, Palais de Chaillot, Paris, Thursday, 30th September 1948 (disponible en ABTAHI, H. y WEBB, P., *The Genocide Convention. The travaux préparatoires*, *óp. cit.*, págs. 1289 y ss).

<sup>27</sup> Declaraciones de los representantes de Reino Unido y la Unión Soviética, UN Doc. A/C.6/SR.63, Sixty-third meeting, Palais de Chaillot, Paris, Thursday, 30th September 1948 (disponible en ABTAHI, H. y WEBB, P., *The Genocide Convention. The travaux préparatoires*, *óp. cit.*, págs. 1289 y ss).

<sup>28</sup> Desde la doctrina, WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *óp. cit.*, párrafo 576; desde la jurisprudencia, *Akayesu Trial Judgement*, párrafo 511.

Sin embargo, otros indicios sugieren que, aunque la estabilidad fue uno de los criterios manejados, no fue el único, ni mucho menos el preferente<sup>29</sup>. El principal motivo es que, en realidad, en el texto finalmente aprobado no existe referencia alguna a la estabilidad ni al carácter permanente de los grupos protegidos<sup>30</sup>. Además, los redactores de la Convención solo pretendieron proteger a los cuatro grupos indicados, eligiendo los cuatro términos para definir a los grupos víctimas del delito<sup>31</sup>; si hubieran pretendido proteger a todos los grupos estables y permanentes, lo hubieran hecho así<sup>32</sup>.

En este sentido, los grupos políticos –paradigma de grupos no estables– estuvieron incluidos en la enumeración<sup>33</sup>, hasta una de las últimas rondas de decisiones, en que fueron eliminados<sup>34</sup>. Además, se barajaron otros motivos para la exclusión de los grupos políticos como, por ejemplo, no inmiscuirse en asuntos internos, no obstaculizar la lucha contra elementos subversivos<sup>35</sup> o la excesiva vaguedad del concepto «grupo político»<sup>36</sup>. En realidad, más que la presunta inestabilidad de los grupos, fue la oposición de muchos y muy importantes Estados a su introducción en el tipo lo que hizo temer que este aspecto pudiera ralentizar o incluso impedir las ratificaciones<sup>37</sup>. Así, las referencias a los grupos «estables y permanentes» fueron más bien infrecuentes durante el proceso de redacción de la Convención<sup>38</sup>. Tampoco existe ningún apoyo en las legislaciones nacionales que permita sostener que el criterio de la estabilidad y la permanencia fue el imperante<sup>39</sup>.

---

<sup>29</sup> Sostienen esta postura, SCHABAS, W.A., *Genocide in International Law*, Cambridge, 2009, pág. 133; CASSESE, A., *International Criminal Law*, óp. cit., 2008, pág. 139.

<sup>30</sup> CASSESE, A., *International Criminal Law*, óp. cit., 2008, pág. 139.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> SCHABAS, W. A., «Groups protected by the Genocide Convention: conflicting interpretations from the International Tribunal for Rwanda», óp. cit., pág. 380.

<sup>33</sup> Borrador preparado por la Secretaría, UN Doc. A/AC 10/41, article I.1. «The purpose of this Convention is to prevent the destruction of racial, national, linguistic and religious or political groups of human beings»; borrador preparado por el comité *ad hoc*, UN Doc. E/794, article II: «In this Convention genocide means any of the following deliberate acts committed with the intent to destroy a national, racial, religious or political group, on grounds of the national or racial origin, religious belief, or political opinions of its members».

<sup>34</sup> A propósito, SCHABAS, W. A., «Groups protected by the Genocide Convention: conflicting interpretations from the International Tribunal for Rwanda», óp. cit., pág. 382.

<sup>35</sup> DROST, P., *The crime of State*, óp. cit., pág. 29.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> PLANZER, A., *Le crime de génocide*, St. Gallen, 1956, pág. 105; también SCHABAS, W. A., «Groups protected by the Genocide Convention: conflicting interpretations from the International Tribunal for Rwanda», óp. cit., pág. 382.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*

Las actas de las discusiones del proceso de redacción de la Convención prueban que el criterio de estabilidad fue empleado a la hora de determinar los grupos relevantes. Pero también demuestran que otros motivos fueron utilizados para llevar a cabo esta selección; algunos de ellos, como la búsqueda de un texto de consenso exento de controversia, son fundamentales en un proceso internacional de redacción de un documento con vocación universal. De este modo, el obstáculo que hubiera constituido la inclusión de los grupos políticos para la ratificación masiva por parte de los Estados y la consiguiente entrada en vigor de la Convención fue determinante en la redacción del texto final. Era manifiesta la oposición de la URSS, entre otros Estados, a la entrada de los grupos políticos en el delito<sup>40</sup>.

En conclusión, aun recurriendo a las actas de los procesos de redacción y la doctrina de la época es imposible determinar si este fue el criterio genuinamente empleado o no<sup>41</sup>; como también es difícil establecer si los grupos finalmente seleccionados son o no estables. De hecho, de los cuatro previstos, solo los grupos raciales son estables y permanentes en sentido estricto. La Declaración Universal de Derechos del Hombre<sup>42</sup> reconoce como derecho fundamental el de cambiar de nacionalidad y religión<sup>43</sup>. Con todo, fuera o no el criterio elegido para la selección, no hay duda de que fue *uno* de los criterios empleados. Cuestión distinta es si su utilización como medio de interpretación es conforme a Derecho.

## 2.2. El criterio subjetivo

### 2.2.1. Definición

El segundo de los criterios auxiliares empleados por la jurisprudencia para la definición del grupo es el llamado criterio subjetivo. Su esencia fue magistralmente expuesta por SARTRE en su obra *Reflexiones sobre la cuestión judía*:

---

<sup>40</sup> Además, recientemente fueron desclasificados los documentos confidenciales manejados por la comisión estadounidense en el proceso de redacción, revelando que, en realidad, la defensa de la inclusión de los grupos políticos no era más que una estrategia para fingir una cesión frente a la URSS y obtener contraprestaciones a cambio. A propósito, SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 159.

<sup>41</sup> METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, óp. cit., pág. 230.

<sup>42</sup> Aprobada el mismo día en que la Convención contra el Genocidio salía adelante.

<sup>43</sup> SCHABAS, W. A., «Groups protected by the Genocide Convention: conflicting interpretations from the International Tribunal for Rwanda», óp. cit., pág. 382.

«El judío es un hombre a quien otros hombres tienen por judío: esta es la pura y sencilla verdad de la que hay que partir. En este aspecto, el demócrata lleva razón frente al antisemita: es el antisemita el que *crea* al judío»<sup>44</sup>.

En lo que respecta a los tribunales *ad hoc*, el criterio subjetivo surge para solventar los problemas ya expuestos en la calificación de hutus y tutsis como grupos étnicos<sup>45</sup>. Como apunté, la jurisprudencia manifestó al respecto que, si bien hutus, tutsis y twas no podían considerarse científicamente grupos étnicos, en realidad habían venido siendo diferenciados como tales y, en este sentido, habían desarrollado fuertes sentimientos de pertenencia a etnias diferentes, que a su vez produjeron una percepción social de grupos distintos. En el marco de estas adscripciones más o menos artificiales y al odio cultivado durante generaciones tuvieron lugar las matanzas de 1994<sup>46</sup>. En este sentido, Allison Desforges, actuando como experta en el proceso contra Jean Paul Akayesu, afirmó que «los grupos étnicos están en la mente de los partícipes en aquel tiempo»<sup>47</sup>.

En la misma línea, recordaba el TPIR que:

«[L]os testigos que declararon ante el tribunal se identificaron a sí mismos por su grupo étnico, y, generalmente, sabían el grupo étnico de sus amigos y vecinos. Además, los tutsi eran concebidos como grupo étnico por quienes los declararon objetivos de las matanzas»<sup>48</sup>.

Con ello, por primera vez se abría la puerta a consideraciones de tipo subjetivo para definir al grupo. Posteriormente, en la sentencia Kayishema y Ruzindana se detalló algo más el contenido de este criterio, distinguiendo dos facetas: por una parte, la identificación llevada a cabo por los propios miembros del grupo (autoidentificación); por otra, la identificación efectuada por otros, entre los que se incluye a los autores del crimen<sup>49</sup>. La toma en consideración de estas dos posibles vertientes permitía definir al grupo con mayor precisión. En directa aplicación de su propia doctrina, esta sentencia reconocía la categoría de grupo protegido de los tutsis no ya por su

---

<sup>44</sup> SARTRE, J.P., *Reflexiones sobre la cuestión judía*, Barcelona, 1954, págs. 77 y 78.

<sup>45</sup> En realidad, aunque el principio ha trascendido por su aplicación al conflicto ruandés, la primera vez que se le dotó de cierta relevancia fue en la resolución Nikolic, en la que se sugería que, a efectos del delito de persecución, la identificación se llevara a cabo a través del criterio de los autores de las medidas discriminatorias (*Nikolic Review*, para. 27).

<sup>46</sup> *Akayesu Trial Judgement*, párrafo 172.

<sup>47</sup> *Ibid.*, párrafo 172.

<sup>48</sup> *Ibid.*, párrafo 171.

<sup>49</sup> *Kayishema y Ruzindana Trial Judgement*, párrafo 98.

carácter estable, sino en términos exclusivamente subjetivos, sin necesidad de recurrir a otro tipo de criterios.

Posteriormente, la sentencia Rutaganda, aun confirmando lo expuesto por la jurisprudencia previa, abogó por un estudio individualizado de cada caso, basado en las pruebas relevantes que concurrieran y en el contexto<sup>50</sup>. Esta línea fue respaldada en posteriores sentencias de este tribunal<sup>51</sup>, así como del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY, en adelante). En Jelusic, el criterio subjetivo fue identificado con la estigmatización llevada a cabo por los autores del crimen que son «las personas que desean diferenciar al grupo»<sup>52</sup>. En Krstic, esta idea se materializó en una referencia al contexto, unido a la percepción de los autores de los crímenes<sup>53</sup>.

Con la sentencia Semanza, se inicia una suerte de segunda fase en la aplicación del criterio subjetivo en la que se propugna una combinación con parámetros de definición del grupo de carácter objetivo. Lo que la Sala de Primera Instancia vino a proponer fue una concepción híbrida subjetivo-objetiva, aplicada tras un estudio individualizado de cada caso<sup>54</sup>. Esta es la línea imperante en la jurisprudencia hasta el momento. Las sentencias Kajelijeli<sup>55</sup>, Gacumbitsi<sup>56</sup>, Kamuhanda<sup>57</sup>, Brdanin<sup>58</sup> o Muvunyi<sup>59</sup> aceptaron de forma expresa tal combinación de criterios, recurriendo también al estudio del contexto social y político<sup>60</sup>. Asimismo, la CIJ corroboró la plena instauración de esta concepción híbrida en la jurisprudencia internacional, afirmando expresamente que la «jurisprudencia internacional acepta una combinación de enfoque subjetivo-objetiva»<sup>61</sup>. Los efectos de tal aplica-

---

<sup>50</sup> *Rutaganda Trial Judgement*, párrafo 58.

<sup>51</sup> *Musema Trial Judgement*, párrafos 161-162. En Bagilishema se reconoció que ante conflicto entre el criterio subjetivo de los autores de los crímenes y la propia concepción del grupo o de la sociedad en general debe primar el primero. *Bagilishema Trial Judgement*, párrafo 65.

<sup>52</sup> *Jelusic Trial Judgement*, párrafo 70.

<sup>53</sup> *Krstic Trial Judgement*, párrafo 557.

<sup>54</sup> *Semanza Trial Judgement*, párrafo 317.

<sup>55</sup> *Kajelijeli Trial Judgement*, párrafo 811.

<sup>56</sup> *Gacumbitsi Trial Judgement*, párrafo 254.

<sup>57</sup> *Kamuhanda Trial Judgement*, párrafo 630.

<sup>58</sup> *Brdanin Trial Judgement*, párrafo 683.

<sup>59</sup> *Muvunyi Trial Judgement*, párrafo 484.

<sup>60</sup> Véase *Kajelijeli Trial Judgement*, párrafo 811; *Muvunyi Trial Judgement*, párrafo 484. En realidad, este recurso al contexto se encuentra implícito en otras sentencias, identificando el contexto con criterios de naturaleza objetiva.

<sup>61</sup> La sentencia determina que las partes se muestran de acuerdo en este aspecto, pero que al no ser relevante para el caso, no sería tratado con más detalle, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro ICJ Judgement*, párrafo 191.



ción aparecían limitados por el texto de la ley; es decir, que la percepción subjetiva solo sería aplicable cuando afectara a posibles grupos étnicos, raciales, nacionales y religiosos, pero no respecto a otros grupos.

En el Informe sobre la situación en Darfur se adujo la imposibilidad de diferenciar de forma nítida criterios objetivos y subjetivos en el proceso de formación de la percepción y autopercepción de un grupo, especialmente en la medida en que criterios inicialmente subjetivos pueden convertirse en objetivos<sup>62</sup>. El criterio objetivo –identificado aquí con el carácter estable y permanente del grupo– se consideró complementado en la jurisprudencia internacional con un estándar subjetivo de percepción y autopercepción del grupo<sup>63</sup>. De acuerdo con la interpretación efectuada por el Informe sobre Darfur, es solo en caso de duda cuando cabe recurrir a los criterios subjetivos<sup>64</sup>.

A partir de este planteamiento, la Comisión encargada de la redacción del informe entendió que inicialmente, en el caso del conflicto sudanés, las tribus víctima de los ataques –fur, massalit y zaghawa– no podían considerarse grupo étnico distinto de los genocidas, por cuanto compartían idioma y religión y tampoco podía identificarse ningún rasgo físico que los distinguiera, a la vista del alto número de matrimonios mixtos<sup>65</sup>. Sin embargo, tras el recrudecimiento del conflicto se produjo la polarización de los habitantes de la región, afianzándose la distinción entre grupos «árabes» y «africanos»; en este contexto, para los redactores del informe podía sostenerse la existencia de dos grupos distintos susceptibles de ser víctimas de genocidio<sup>66</sup>. Posteriormente, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI corroboró el estatus de grupo étnico de los fur, massalit y zaghawa<sup>67</sup>.

Por tanto, el criterio subjetivo estaría llamado a colmar las lagunas que dejan los parámetros de naturaleza objetiva –excesivamente rígidos como para captar la realidad– y tendría por efecto otorgar la protección a grupos

---

<sup>62</sup> Informe UNCOI sobre Darfur, párrafos 499 y 500.

<sup>63</sup> *Ibid.*, párrafo 498.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*, párrafo 508.

<sup>66</sup> La argumentación de la Comisión redactora del informe, concluyó que se trata de dos grupos distintos sin mencionar expresamente en este apartado su concreta naturaleza nacional, étnica, racial o religiosa (Informe UNCOI sobre Darfur, párrafo 512). Esta omisión bien podría interpretarse como una defensa del criterio subjetivo en su interpretación más extensiva, que prescindiera del límite representado por la condición de naturaleza nacional, étnica, racial o religiosa; sin embargo, el informe se encarga de reiterar el límite representado las cuatro categorías de grupo, aun en el caso de que se interpreten con ayuda de criterios subjetivos (Informe UNCOI sobre Darfur, párrafo 501).

<sup>67</sup> *Al Bashir* Warrant of Arrest Decision, párrafo 137; *Al Bashir* Second Warrant of Arrest Decision, pág. 5.

que en realidad son percibidos como tales. Con todo, a la vista de lo que constituye jurisprudencia dominante, puede afirmarse que los efectos del criterio subjetivo no son ilimitados<sup>68</sup>. No lo son por dos motivos: en primer lugar, porque estos deben estar combinados con ciertos parámetros objetivos; y en segundo lugar, porque están necesariamente limitados por las categorías expresamente reconocidas en la regulación del delito.

Respecto al primero de los límites, la jurisprudencia –desde *Semanza* hasta la actualidad– ha reconocido que el criterio subjetivo debe estar necesariamente combinado con ciertos indicios objetivos<sup>69</sup>. No es posible, por tanto, hacer depender la condición de grupo *exclusivamente* de factores subjetivos<sup>70</sup>. Por ejemplo, más allá de la creencia de pertenecer a grupos étnicos diferentes, hutus y tutsis poseían carnés de identidad que incluían una categoría denominada «etnia». Por lo tanto, independientemente de los sentimientos de pertenencia a grupos étnicos por parte de víctimas y verdugos, existían ciertos datos objetivos que confirmaban esta hipótesis. Es lo que denomina la sentencia *Semanza* la concepción híbrida de grupo, resultado de combinar factores subjetivos y objetivos<sup>71</sup>, que ha sido respaldada de forma prácticamente unánime por la doctrina<sup>72</sup>.

Además, la aplicación del criterio subjetivo está limitada por las cuatro categorías reconocidas. Como resultado, no es necesario que los grupos sean objetiva y científicamente raciales, étnicos, religiosos o nacionales, pero sí que sean *asimilables* a una de estas categorías. A pesar de la conciencia de grupo o la posible percepción externa de, por ejemplo, un grupo social, la aplicación del criterio subjetivo no permitiría dotar de protección a estos grupos humanos.

Conforme a lo manifestado por la jurisprudencia, el criterio subjetivo puede definirse como una pauta de interpretación del grupo que dota de relevancia a la percepción que los propios miembros tienen respecto a los contornos y criterios de atribución del grupo, así como a la que de estos

---

<sup>68</sup> *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* ICJ Judgement, párrafo 191; *Muvunyi* Trial Judgement, párrafo 484; *Brdanin* Trial Judgement, párrafo 683; *Gacumbitsi* Trial Judgement, párrafo 254; *Kajelijeli* Trial Judgement, párrafo 811; *Semanza* Trial Judgement, párrafo 317.

<sup>69</sup> *Semanza* Trial Judgement, párrafo 317; *Kajelijeli* Trial Judgement, párrafo 811; *Gacumbitsi* Trial Judgement, párrafo 254; *Kamuhanda* Trial Judgement, párrafo 630; *Brdanin* Trial Judgement, párrafo 683; *Muvunyi* Trial Judgement, párrafo 484.

<sup>70</sup> *Rutaganda* Trial Judgement, párrafo 56; *Musema* Trial Judgement, párrafo 162; *Stakic* Appeal Judgement, párrafo 25.

<sup>71</sup> *Semanza* Trial Judgement, párrafo 317.

<sup>72</sup> Por todos, WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, óp. cit., párrafo 585; METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, óp. cit., pág. 223-224.

aspectos pudiera tener el resto de la sociedad, entre la que pueden figurar los autores de los ataques.

Partiendo de esta definición, pueden distinguirse dos facetas, en función del sujeto tomado en consideración: la identificación por parte de terceros –entre quienes pueden encontrarse los autores de los ataques– y la autoidentificación, llevada a cabo por los propios miembros del grupo. Estas vertientes, que han sido adoptadas de forma decidida por la jurisprudencia internacional y que, desde luego, constituyen un gran avance en una aplicación del delito de genocidio más acorde con su naturaleza, deben ser tomadas con mesura puesto que plantean algunas incógnitas.

No hay duda de que la identificación por los sujetos activos del delito juega un papel fundamental en la definición del grupo<sup>73</sup>. Este hecho es un efecto ineludible de la singular estructura del delito de genocidio que requiere, más allá del elemento subjetivo propio de cualquier delito, una especial intención de destruir al grupo. Si quien comete los actos delictivos no concibe al grupo como un ente diferenciado del resto de la sociedad, difícilmente podrá intentar destruirlo como tal.

Sin embargo, a pesar de que la identificación por parte de los *génocidaires* es fundamental, también debe producirse cierta autoidentificación, es decir, cierta dosis de percepción por parte de los propios miembros del grupo<sup>74</sup>. En realidad, este requisito no se extrae de la estructura del delito, sino, más bien, de su espíritu. Para que un grupo pueda ser considerado como tal y no se limite a un conjunto de individuos con algún rasgo común, es necesario cierto sentimiento de pertenencia al grupo, que, entonces, se podrá considerar portador de manifestaciones culturales de valor para la humanidad lo cual, en último término, justifica la protección penal de los grupos<sup>75</sup>. Pero además de la primordial percepción por parte de los sujetos activos del delito del grupo y de una cierta autopercepción, es necesario que concorra cierta percepción por parte de la sociedad<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, óp. cit., párrafo 585.

<sup>74</sup> En contra KREß, C., «The crime of genocide under International Law», óp. cit., pág. 475.

<sup>75</sup> KREß, C., «The Crime of Genocide under International Law», óp. cit., pág. 475: «The general concept of protected group does not include a requirement of mutual feeling of belonging together».

<sup>76</sup> METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, Oxford, 2005, pág. 225. En el mismo sentido, afirma WERLE que: «[D]ebe tenerse en cuenta que los conceptos de los distintos grupos son elementos objetivos del tipo y, por tanto, la cuestión sobre su presencia no puede dejarse al libre albedrío. Por ello deben tomarse en consideración sólo aquellas atribuciones sociales que muestran a una pluralidad de personas como grupo

### 2.2.2. Análisis crítico

A partir del Derecho aplicable a la Corte Penal Internacional, cabe cuestionar la validez de este tipo de planteamientos que otorgan relevancia al criterio subjetivo. Una interpretación extensiva del criterio que ignore la naturaleza nacional, étnica, racial o religiosa del grupo se desvincula de forma muy clara del texto de la Ley, incurre en una analogía prohibida por el artículo 22.2 del Estatuto de la CPI y atenta contra el principio de legalidad<sup>77</sup>; en consecuencia, sería inviable en el marco de la actividad de la CPI.

El criterio subjetivo en su versión restrictiva –dominante en la jurisprudencia internacional– afecta a grupos que, a pesar de no contar con la naturaleza de grupos étnicos, raciales, nacionales o religiosos desde un punto de vista objetivo, son, desde uno subjetivo, asimilables a una de estas categorías. Así entendido, es decir, limitado por las categorías admitidas y combinado con ciertos parámetros objetivos, puede considerarse una interpretación válida. Dada la naturaleza de los grupos, no existe otra posible interpretación que no sea subjetiva. Desde esta perspectiva, se ajustaría a lo requerido por el Estatuto de Roma, esto es, que «la definición de crimen [sea] interpretada estrictamente»<sup>78</sup>.

Para Ambos resulta dudoso que el enfoque subjetivo contribuya a dotar de una mayor certidumbre jurídica al tipo<sup>79</sup>. Como señala Akhavan, la aplicación exclusiva del criterio subjetivo lleva al absurdo teórico, ya que el autor podría definir virtualmente cualquier grupo, sin tener en cuenta sus atribuciones objetivas. Tampoco cumpliría los mínimos estándares legales para este autor, la autoidentificación, que terminaría por eclipsar la intención del autor del delito<sup>80</sup>.

Aunque estas observaciones podrían ser matizadas, sí parece cierto que el reconocimiento exclusivo del criterio subjetivo podría distorsionar la

---

nacional, étnico, racial o religioso como una dimensión perceptible» (*Tratado de Derecho Penal Internacional*, óp. cit., párrafo 585).

<sup>77</sup> De esta opinión, BOOT, M., *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes. Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, óp. cit., pág. 431.

<sup>78</sup> Artículo 22.2 ECPI.

<sup>79</sup> AMBOS, K., «Los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional», óp. cit., pág. 275; también GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «El exterminio de grupos políticos», óp. cit. pág. 149.

<sup>80</sup> AKHAVAN, P., «The Crime of genocide in ICTR Jurisprudence», óp. cit., pág. 14. De hecho, este autor rechaza la calificación de genocidio de los hechos acontecidos en Ruanda por los problemas que plantean los grupos hutus y tutsis («The Crime of genocide in ICTR jurisprudence», óp. cit., págs. 15 y 18).

naturaleza del delito. En este sentido, afirma Kreß que una perspectiva subjetiva burlaría la decisión de los redactores de la Convención de circunscribir el delito de genocidio a solo una serie de grupos y lo convertiría en un delito inespecífico de destrucción de un grupo basado en un motivo discriminador<sup>81</sup>. Otro argumento esgrimido por Schabas apunta al hecho de que el término «grupo» aparece dos veces en la definición del genocidio: la primera, en el *chapeau* y, la segunda, en los cinco párrafos que establecen los actos constitutivos de genocidio. Mantiene el autor que si solo hubiera aparecido en la parte correspondiente a la intención de destrucción, entonces podría defenderse un mayor protagonismo del criterio subjetivo<sup>82</sup>.

En consecuencia, también la doctrina apunta a la necesidad de que el grupo debe estar siempre combinado con ciertos aspectos objetivos como, por ejemplo, costumbres culturales colectivas, lengua común, fe común o características físicas como el color de la piel o la constitución física<sup>83</sup>. De hecho, la gran mayoría de la doctrina y jurisprudencia sostiene que no es posible que la delimitación del grupo se produzca *exclusivamente* con criterios subjetivos<sup>84</sup>. Schabas asimila los supuestos determinados únicamente mediante criterios subjetivos al caso de quien cree matar a su padre cuando mata a otro individuo lo que, según su criterio, daría lugar a un asesinato y no a un parricidio<sup>85</sup>. Sin embargo, si lo que se emplea es una combinación de criterios subjetivos y objetivos, el supuesto se altera: la víctima, efectivamente, no es su padre. Pero se comporta como si lo fuera.

### 2.3. Los criterios para la delimitación del grupo

Otro de los aspectos más problemáticos en la definición del grupo es el establecimiento de sus dimensiones. Por ejemplo, podría decirse que el grupo atacado durante el régimen nacionalsocialista alemán fue el judío; pero también se podría afirmar que lo fue sencillamente el grupo judío europeo; otra interpretación permitiría sostener que los judíos europeos de Polonia fueron el grupo protegido en algunos casos, mientras los judíos europeos de Alemania lo fueron en otros. La elección de una u otra opción

---

<sup>81</sup> KREß, C., «The Crime of Genocide under International Law», óp. cit., pág. 474.

<sup>82</sup> SCHABAS, W.A., *Genocide in Internacional Law*, óp. cit., pág. 110.

<sup>83</sup> WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal*, óp. cit., pág. 578.

<sup>84</sup> A pesar de la inicial defensa del criterio subjetivo como único parámetro de definición del grupo en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, lo cierto es que son muy pocos quienes sostienen tal postura (CHAUMONT, J.M., *La concurrence des victims: génocide, identité, reconnaissance*, París, 1997, pág. 212).

<sup>85</sup> SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 128.

es vital, ya que servirá de referencia para la constatación de los restantes elementos del delito.

En la Convención se prevé expresamente la posibilidad de denominar genocidio al ataque de quien trata de destruir a una parte del grupo; la delimitación de la parte del grupo dependerá también de cómo se defina el grupo entero. Es por este motivo que abordaré en primer lugar el estudio de los criterios de delimitación del grupo completo, para posteriormente abordar los de la parte.

Es imprescindible establecer una aclaración previa que marcará los límites de la discusión aquí abordada. Lo que en este momento se analiza son las dimensiones del grupo como bien jurídico protegido, es decir, el grupo cuya destrucción pretende el autor de los actos. Y es necesario diferenciarlo del resultado efectivamente producido<sup>86</sup>. Es decir, lo relevante son las dimensiones que debe tener el grupo —o la parte del grupo— al que el sujeto activo trata de destruir y no el número de víctimas que han de producirse a efectos de la consumación del delito; los resultados del ataque son relevantes solo en la medida en que servirán para probar la intención del sujeto<sup>87</sup>. En consecuencia, la verdadera pregunta que subyace es a cuántos individuos debe tratar de destruir el sujeto activo para que pueda considerarse genocidio.

### 2.3.1. *Los criterios para la delimitación del grupo entero*

Casi todos los esfuerzos interpretativos se han dirigido a establecer lo que implica la intención de destruir a una parte del grupo. Sin embargo, muy poca doctrina<sup>88</sup> y casi ninguna sentencia<sup>89</sup> ha dedicado su atención al que constituye el paso previo: determinar los límites del grupo completo. De ello dependerá la aplicación de la parte y, por tanto, la propia calificación de genocidio. Parece claro que no es necesario que el grupo objeto de los ataques constituya una minoría. Aunque inicialmente Lemkin previó el

---

<sup>86</sup> Parece no diferenciar entre ambos supuestos, AKHAVAN, P., «The crime of genocide in the ICTR Jurisprudence», *óp. cit.*, pág. 10.

<sup>87</sup> *Krstic Trial Judgement*, párrafo 584; *Krstic Appeal Judgement*, párrafo 35; *Stakic Trial Judgement*, párrafo 523; *Akayesu Appeal Judgement*, párrafos 497 y 730; *Ndindabahizi Trial Judgement*, párrafo 454. Desde la doctrina, BOOT, M., *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes. Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, *óp. cit.*, págs. 421 y 422.

<sup>88</sup> METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, *óp. cit.*, págs. 217 a 220.

<sup>89</sup> *Krstic Appeal Judgement*, párrafo 6.

delito de genocidio para minorías nacionales y a pesar de que parecen más plausibles aquellos conflictos donde las víctimas constituyan una minoría, no es un requisito que se extraiga ni de la letra de la ley, ni del espíritu del delito<sup>90</sup>. Tampoco sería indispensable que los miembros del grupo vivan en el territorio de un solo Estado, sino que pueden abarcar varios<sup>91</sup>. Asimismo, no existe requisito alguno en cuanto al número o las dimensiones mínimas del grupo<sup>92</sup>.

La jurisprudencia internacional ha ofrecido algunas pautas para la determinación de los límites del grupo. Por ejemplo, ha sido exigido que se trate de un grupo distinto e independiente<sup>93</sup>. Estos dos rasgos se ponen de manifiesto de diferentes modos. Así, el grupo debe formar una unidad de cierta entidad, suficientemente distinta y cohesionada, aunque no necesariamente autónoma, claramente diferenciable de otros grupos con los que es asociada<sup>94</sup>. El Informe sobre Darfur se refería a este tema, determinando que:

«Es evidente que las normas internacionales en materia de genocidio están dirigidas a proteger de la destrucción a grupos atacados no porque constituyan una unidad territorial unida por lazos de comunidad (como parentesco, idioma y linaje), sino más bien a aquellos grupos que –independientemente de su magnitud– muestren un rasgo distintivo, compartiendo religión, rasgos étnicos o raciales y sean atacados precisamente por esos rasgos distintivos»<sup>95</sup>.

Por lo tanto, lo que parece determinar el estatus de grupo es su carácter independiente y cohesionado, que permite distinguirlo de otros grupos limítrofes. Es decir, tomando como base un rasgo nacional, étnico, racial o religioso, es necesario que además concorra una cierta especificidad que

---

<sup>90</sup> KREß, C., «The Crime of Genocide under International Law», óp. cit., pág. 475; SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, óp. cit., págs. 121 a 122; Informe Whitaker, párrafo 30; RATNER, S. R. y ABRAMS, J. S., *Accountability for human Rights atrocities in international law. Beyond Nuremberg legacy*, óp. cit., pág. 33; FRONZA, E., «Il Crimine di genocidio», óp. cit., pág. 88; HANNUM, H., «International Law and Cambodian Genocide: the sounds of silence», óp. cit., págs. 105 y ss.

<sup>91</sup> De esta opinión, KREß, C., «The Crime of Genocide under International Law», óp. cit., pág. 475.

<sup>92</sup> QUIGLEY, J., «The numbers game», en *The Genocide Convention. An international law analysis*, Hampshire, 2006, pág. 142.

<sup>93</sup> *Krstic Appeal Judgement*, párrafo 6.

<sup>94</sup> METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, óp. cit., pág. 218, basándose en las interpretaciones del caso *Krstic* (en primera instancia) y *Stakic* (en primera instancia).

<sup>95</sup> Informe UNCOI sobre Darfur, párrafo 497.

lo haga único en algún sentido. En determinados supuestos esta operación será sencilla. Es el caso de grupos nacionales con identidad propia y un gran nivel de cohesión que permita diferenciarlos del resto. O el de ciertos grupos étnicos que se circunscriben a regiones claramente delimitadas. Sin embargo, el problema se plantea cuando el grupo víctima del ataque forma parte de un grupo más amplio. Por ejemplo, los judíos europeos pertenecían al grupo de los judíos del mundo; los bosnios musulmanes del este de Bosnia, pertenecían al grupo bosnio musulmán y al, aún mayor, grupo musulmán.

En este contexto, resulta complejo determinar lo que ha de entenderse por «cohesión del grupo». En mi opinión, la cohesión como parámetro de delimitación del grupo está estrechamente vinculada al criterio subjetivo en su vertiente de autoidentificación. El grupo se percibe a sí mismo como tal y actúa en consecuencia. Confirmar la existencia de este tipo de sentimientos es una tarea de gran dificultad puesto que se trata de procesos cambiantes, modificados con frecuencia por factores externos como, por ejemplo, el ataque producido contra el grupo<sup>96</sup>.

Para Mettraux, lo que el tribunal deberá hacer en estos casos es plantearse si el grupo atacado pertenece a una unidad mayor caracterizada por uno de los cuatro atributos admitidos por la Convención (nacional, étnico, racial, religioso) y, de ser así, si la unidad menor es susceptible de ser distinguida del grupo más amplio solo por localización geográfica o si existen también otros motivos. Dicho de otro modo, es necesario determinar que el grupo menor es suficientemente distinto e independiente (ya sea por razón de tradición, cultura, mentalidad o distancia geográfica) para que pueda ser considerado como una unidad independiente frente al grupo mayor y, así, poder constituir un grupo conforme a la Convención<sup>97</sup>.

Por lo tanto, existen dos posibilidades de definición del grupo completo. La primera consiste en que el grupo sea independiente y no pertenezca a una unidad más amplia. Pero, aún en caso de que pueda adscribirse a un ente mayor, todavía sería posible, como segunda posibilidad, corroborar la existencia de suficiente cohesión e independencia respecto a la unidad mayor, pudiendo, en consecuencia, considerarlo grupo independiente y no como una parte de aquel.

Retomando los ejemplos anteriores, los judíos europeos no se caracterizaban exclusivamente por su localización geográfica, sino que estaban culturalmente diferenciados y gozaban de cohesión sustancial respecto a

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, párrafo 510.

<sup>97</sup> METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, óp. cit., pág. 219.



los judíos del resto del mundo. Por lo tanto, es posible sostener que formaban un grupo diferenciado y no eran simplemente una parte de un grupo mayor<sup>98</sup>. Sin embargo, los bosnios musulmanes del este de Bosnia no presentaban un carácter independiente respecto a los bosnios musulmanes, más allá de la precisa localización geográfica, lo cual no es un rasgo suficiente para constituir un grupo autónomo<sup>99</sup>.

En casos como este, cuando el grupo de individuos, cuya destrucción se pretende, pertenece a una unidad mayor de la que no puede distinguirse más que por un factor geográfico, no acompañado de otro tipo de rasgos definitorios culturales o de tradición, no es posible calificar al conjunto de individuos como grupo nacional, étnico, racial o religioso; ahora bien, aún queda la posibilidad de considerarlo como una parte de un grupo protegido que, en virtud de la definición del delito escogida en el Estatuto de la CPI, también puede ser víctima de genocidio.

### 2.3.2. *Los criterios para la delimitación de parte del grupo*

Desde que, en 1982, la ONU calificara como genocidio el ataque israelí sobre Sabra y Shatila<sup>100</sup>, pareció abrirse la veda a la posibilidad de emplear este delito para ataques perpetrados con la intención de destruir tan solo una parte del grupo protegido<sup>101</sup>. No obstante, tras este reconocimiento inicial, sendos documentos oficiales –como el Informe Whitaker–, así como abundante jurisprudencia –como la sentencia de la CIJ que enfrentó a Bosnia-Herzegovina y a Serbia, en general, y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*– han planteado ciertos límites a la interpretación de lo que constituye una parte relevante del grupo, recurriendo a parámetros de carácter cuantitativo o cualitativo<sup>102</sup>. Son primordialmente estas dos las lí-

---

<sup>98</sup> De esta opinión, METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, óp. cit., pág. 219.

<sup>99</sup> Así, *Krstic Trial Judgement*, párrafos 559 y 560. Esta decisión fue ratificada en Apelación (*Krstic Appeal Judgement*, párrafos 6 y 7).

<sup>100</sup> Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 37/123.

<sup>101</sup> La referencia en Sabra y Shatila no solo es citada por la doctrina sino también por cierta jurisprudencia como, por ejemplo, la sentencia Jelisic en primera instancia (*Jelisic Trial Judgement*, párrafo 83). En todo caso, como admite esta misma sentencia, el valor de esta calificación parece más político que jurídico. De la misma opinión, CASSESE, A., «Sabra and Shatila», *Violence and Law in the modern age*, Cambridge, 1986, págs. 82 y 83; y SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 235.

<sup>102</sup> Informe Whitaker, párrafo 29. *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* ICJ Judgement, párrafos 197 a 201.

neas preferentes desarrolladas como límites de la parte del grupo; posteriormente, a estos se ha venido a sumar el criterio de oportunidad.

La principal preocupación a la hora de fijar los límites de la parte del grupo cuya destrucción ha de pretenderse es la de evitar que llegue a denominarse genocidio a los actos contra conjuntos de individuos que no alcanzan a constituir un grupo ni una parte de este. Así, desde la doctrina y la jurisprudencia, se advierte de los riesgos de desnaturalizar el delito de genocidio aplicándolo a casos residuales que afecten a sujetos que simplemente comparten una serie de rasgos<sup>103</sup>.

### A. Criterios cuantitativos

La referencia a factores cuantitativos para la determinación de la parte relevante del grupo es muy frecuente en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*; sin embargo, no resulta sencillo establecer lo que por tales medidas habrá que entender. Inicialmente, las exigencias se centraban en que el ataque se llevara a cabo contra un número significativo<sup>104</sup> o un número considerable de individuos<sup>105</sup>. Con el paso del tiempo y el análisis más detallado de la cuestión, se pasó a requerir que el ataque se produjera con la intención de destruir a una parte *sustancial* del grupo<sup>106</sup>.

En realidad, no parece existir una gran diferencia entre ambas posibilidades<sup>107</sup> y el problema reside, más bien, en determinar qué requisitos están tras la «significancia» o la «sustancialidad» de la parte del grupo que se trata de destruir. La primera posibilidad es establecer un umbral numérico

---

<sup>103</sup> Al respecto, *Stakic* Trial Judgement, párrafo 523. En la doctrina, entre otros, METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, óp. cit., pág. 218; AMBOS, K., «Los crímenes más graves (*core crimes*) en el Derecho Penal Internacional», óp. cit., pág. 218; SCHABAS, W.A., «Was genocide committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgement of the international tribunal for the former Yugoslavia», *Fordham International Law Journal*, 23, 2001-2002, pág. 40.

<sup>104</sup> Informe Whitaker, párrafo 29: «In part would seem to imply a reasonable number relative to the total of the group as a whole»; *Karadzic and Mladic* hearing, párrafo 15, hearing 27 June 1996: «A reasonably significant number, relative to the total of the group as a whole».

<sup>105</sup> *Kayishema and Ruzindana* Trial Judgement, párrafo 97.

<sup>106</sup> ILC Report, comentario al artículo 17, párrafo 89; *Jelusic* Trial Judgement, párrafo 82; *Bagilishema* Trial Judgement, párrafo 64; *Sikirica* judgement on Defence Motion to acquit, párrafo 65; *Semanza* Trial Judgement, párrafo 317; *Krstic* Appeal Judgment, párrafo 8; *Krajisnik* Trial Judgement, párrafo 853; *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* ICJ Judgement, párrafo 198.

<sup>107</sup> En contra, *Sikirica* Judgement on Defence Motions to acquit, párrafo 65.

mínimo; la segunda reside en poner el énfasis en el impacto sobre el grupo completo, sin dar excesiva relevancia a los porcentajes o números de individuos cuya destrucción se persigue.

En cuanto a la opción de apreciar parámetros numéricos, la sentencia Krstic inaugura esta corriente jurisprudencial fijando las proporciones de bosnios musulmanes a los que se trató de destruir, en relación con los que residían en la zona. La muerte de entre 7.000 y 8.000 hombres, junto con la deportación de 25.000 personas, contribuyó a afectar a un grupo que antes del ataque contaba aproximadamente con 40.000 individuos<sup>108</sup>. También la sentencia Sikirica adoptó este mismo enfoque y, tras una serie de cálculos, determinó el porcentaje de víctimas bosnias musulmanas respecto al total de la población bosnia musulmana en la región de Prijedor. Al oscilar este entre el 2% y el 2,8%, el tribunal estimó que no se alcanzaron los parámetros de «sustancialidad razonable» requeridos<sup>109</sup>. En este sentido, el carácter sustancial se traducía en la proporción del grupo cuya destrucción se persiguió, respecto al tamaño total del grupo<sup>110</sup>.

Podría sostenerse que introducir parámetros objetivos contribuye positivamente a la interpretación y aplicación del delito de genocidio, por cuanto introduce ciertas dosis de objetividad. Sin embargo, este tipo de cálculos son en realidad muy difíciles de llevar a cabo, cuando no abiertamente imposibles<sup>111</sup>. Tanto en Krstic como en Sikirica, el monto empleado para averiguar los porcentajes fueron las víctimas de los delitos: el número de muertos o desplazados en Srebrenica, el número de personas recluidas en el campo de Keraterm, etc. Estas cifras corresponden a las víctimas efectivas de los actos genocidas y no representan necesariamente la parte de la población a la que se trataba de destruir. Como señalé, es imprescindible diferenciar ambos conceptos<sup>112</sup>. Es posible que los *génocidaires* trataran de destruir a todos los bosnios musulmanes de Prijedor y que, por diversos motivos, solo consiguieran eliminar a una parte menor. No se puede negar que unas altas tasas de víctimas prueban una intención de destruir a una parte mayor, pero este último dato no constituye un parámetro suficiente *per se* para establecer la sustancialidad de la parte del grupo a la que se trata de eliminar. Así, como apuntó posteriormente el propio TPIY, cualquier

---

<sup>108</sup> *Krstic* Trial Judgement, párrafos 592 (datos ofrecidos por la Fiscalía) y 594 (conclusiones de la Sala).

<sup>109</sup> *Sikirica* Judgement on Defence Motions to Acquit, párrafos 6 a 75.

<sup>110</sup> *Krstic* Appeal Judgement, párrafo 12; *Krajisnik* Trial Judgement, párrafo 853.

<sup>111</sup> QUIGLEY, J., «The numbers game», óp. cit., pág. 142.

<sup>112</sup> *Ibid.*, pág. 142.

cálculo matemático del número de víctimas relativo al total de la población del grupo es, en este contexto, poco útil<sup>113</sup>.

Una segunda corriente asimila la sustancialidad *no solo* a los porcentajes del grupo o al número de individuos a los que se trataba de destruir, sino también a otros parámetros no numéricos. Por ejemplo, en Krstic, se mencionaba la necesidad de que se trate de destruir a una parte diferenciada del grupo, en contraposición a una serie de individuos que comparten ciertos rasgos<sup>114</sup>. En este sentido, un factor tenido en cuenta en el caso de Srebrenica fue el contexto total de los acontecimientos. Mientras entre 7.000 y 8.000 hombres fueron masacrados, 25.000 fueron deportados, lo cual, combinado, indudablemente afectó al grupo como entidad<sup>115</sup>.

También es igualmente relevante el impacto sobre el grupo entero que la destrucción de una parte conllevaría<sup>116</sup>. En este mismo caso, la muerte de dos o tres generaciones de hombres, en una sociedad tradicionalmente patriarcal, es, desde luego, un factor determinante al valorar el carácter sustancial de la porción del grupo<sup>117</sup>. El uso de fosas comunes, impidiendo a los familiares de las víctimas recuperar los cadáveres y oficiar entierros conforme a sus creencias religiosas o étnicas causaron gravísimos daños morales a los supervivientes, que se mostraban incapaces de superar el trauma padecido<sup>118</sup>. Finalmente, la localización estratégica de Srebrenica y el valor de esta región para el grupo completo, fue también tenida en cuenta<sup>119</sup>. Todas estas variables constituían el contexto de la matanza, cuya consideración es imprescindible para constatar la sustancialidad de la parte del grupo a la que se trata de destruir. Esto supone una confirmación de que no solo hay que recurrir al número de víctimas, sino también a otros factores que revelan la sustancialidad de la parte del grupo respecto al todo<sup>120</sup>.

En conclusión, el criterio de sustancialidad surge claramente asociado a valores numéricos y porcentajes, concebido como un parámetro objetivo que otorgaba certeza a la delimitación del grupo. Y aunque, efectivamente, este tipo de porcentajes pueden llegar a ser relevantes, otros factores son también fundamentales a la hora de confirmar el carácter sustancial de la parte del grupo que se pretende destruir: el contexto histórico o social, las

---

<sup>113</sup> *Stakic* Rule 98bis Decision, párrafo 29.

<sup>114</sup> *Krstic* Trial Judgement, párrafo 590.

<sup>115</sup> *Ibid.*, párrafo 594.

<sup>116</sup> *Krstic* Appeal Judgement, párrafo 12; *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* ICJ Judgement, párrafo 198.

<sup>117</sup> *Krstic* Trial Judgement, párrafo 595.

<sup>118</sup> *Ibid.*, párrafo 596.

<sup>119</sup> *Ibid.*, párrafo 597.

<sup>120</sup> *Ibid.*, párrafo 598. En el mismo sentido, *Kravica* First Instance Verdict, pág. 57.

circunstancias que rodean los hechos, el impacto de los actos sobre el resto del grupo, etc. Dichas circunstancias complementan las consideraciones puramente numéricas que, además de no ser necesariamente representativas, son difíciles de averiguar si no es recurriendo al número de víctimas, que no tiene por qué coincidir con el número de individuos a los que se trataba de destruir.

## B. Criterios cualitativos

Otro criterio de delimitación de la parte que ha sido asumido de forma casi unánime por la jurisprudencia es el cualitativo. La primera vez que se planteó fue en el Informe Final de la Comisión de Expertos para Yugoslavia; en él, se exponía el siguiente supuesto:

«Si, esencialmente, todos los líderes de un grupo son atacados, también podría constituir genocidio. Tales líderes podrían ser líderes políticos, administrativos, religiosos, académicos, intelectuales, líderes de los negocios y otros. La totalidad *per se* puede constituir un indicador fiable, independientemente del número de víctimas asesinadas»<sup>121</sup>.

Indudablemente, en ciertos casos, la eliminación de los líderes de un grupo puede tener efectos mucho más devastadores para la eliminación del grupo que la matanza de un gran número de sus miembros. Es por ello que se considera que podrán constituir genocidio los ataques contra una parte del grupo no caracterizada por un factor numérico, ni tampoco geográfico, sino por su especial relevancia en el grupo. En este sentido, ciertas sentencias de los tribunales *ad hoc* se han referido a la destrucción selectiva de miembros como una manera de cumplir con el requisito de sustancialidad<sup>122</sup>.

A pesar de que generalmente el criterio cualitativo se asocia a la eliminación de los líderes del grupo, lo cierto es que puede vincularse a otros sectores de la sociedad. Este es el caso, por ejemplo, de los cuerpos y fuerzas de seguridad de un determinado grupo<sup>123</sup>. La sentencia Sikirica respaldó esta idea al establecer que la significancia del grupo puede venir determinada «por razón de su función oficial o por razón de su personali-

---

<sup>121</sup> Final Report of the Commission of Experts, pág. 18.

<sup>122</sup> *Jelisić* Trial Judgement, párrafo 82; *Krstić* Appeal Judgement, párrafo 12; *Krajišnik* Trial Judgement, párrafo 853.

<sup>123</sup> Final Report of the Commission of Experts, pág. 18.

dad, cuando esta especial cualidad implique la dirección de las acciones u opiniones del grupo en cuestión, es decir, aquellos que tienen una influencia significativa en sus acciones»<sup>124</sup>.

En la sentencia *Krstic* se equiparó el liderazgo a la «preeminencia dentro del grupo» así como a la «parte emblemática de todo el grupo o esencial para su supervivencia»<sup>125</sup>. Por ejemplo, en Srebrenica, entre 7.000 y 8.000 hombres bosnios musulmanes en edad militar fueron masacrados. El tribunal consideró en su momento que las víctimas constituían dos o tres generaciones completas de hombres bosnios musulmanes<sup>126</sup>. Indudablemente, su pervivencia era esencial para la continuidad del grupo. Por tanto, sin necesidad de verificar si entre las víctimas había líderes, al amparo de esta interpretación, podría afirmarse la relevancia de la parte del grupo atacada y, por tanto, la posibilidad de que concurra un delito de genocidio. Dicha posibilidad ha sido acogida favorablemente por las más recientes sentencias en diversos foros<sup>127</sup>.

### C. Criterios de oportunidad

Posteriormente surgió un tercer criterio dirigido a introducir factores de oportunidad en la delimitación de la parte del grupo. La Fiscalía del TPIY declaró en este sentido que:

«A efectos del requisito de la especial intención, que es la esencia del crimen de genocidio, la escala proporcional de la destrucción física del grupo conseguida o intentada, o de una parte significativa de este, debería ser valorada en relación con la oportunidad real del acusado de destruir un grupo en una específica región geográfica en la esfera de su control y no en función de la totalidad de la población del grupo en una región geográfica más extensa»<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> *Sikirica* Judgement on Defence Motion to acquit, «by reason of their official duties or by reason of their personality, had this special quality of directing the actions or opinions of the group in question, that is those who had a significant influence on its actions».

<sup>125</sup> *Krstic* Appeal Judgement, párrafo 12; igualmente *Krajisnik* Trial Judgement, párrafo 853; *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* ICJ Judgement, párrafo 200.

<sup>126</sup> *Krstic* Trial Judgement, párrafo 595.

<sup>127</sup> *Krstic* Appeal Judgement, párrafo 12; *Krajisnik* Trial Judgement, párrafo 853; *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* ICJ Judgement, párrafo 200; *Munyaneza* Superior Court Judgement, párrafo 103.

<sup>128</sup> *Karadzic and Mladic* hearing, 27 June 1996, transcript hearings, pág. 15.

Más tarde, en la sentencia de Apelaciones del caso Krstic se reconoció expresamente su validez, si bien combinada con otros criterios. El tribunal afirmó al respecto que:

«Los ejemplos históricos de genocidio sugieren también que el área de actividad del autor, así como su posible alcance, deberían ser considerados. La Alemania nazi pudo haber intentado eliminar sólo a los judíos de Europa; esta ambición probablemente no alcanzó, ni siquiera en sus momentos de mayor poder, al intento de llevar a cabo su empresa en una escala global. Asimismo, los autores del genocidio en Ruanda no consideraron seriamente la eliminación de la población tutsi más allá de las fronteras del país. La intención de destruir que el autor se forma siempre estará limitada por la oportunidad que se le presenta»<sup>129</sup>.

También la CIJ adoptó este criterio dotándole de un carácter claramente geográfico<sup>130</sup>. Ciertamente, tal y como señala la jurisprudencia, la intención de destruir al grupo del sujeto activo está indudablemente limitada por la parte del grupo a la que efectivamente *puede* destruir, es decir, a la que tiene acceso. Dicho aspecto, que necesariamente tiene cierto carácter geográfico, debe ser tenido en cuenta para la verificación de este elemento.

### 2.3.3. *Análisis crítico*

Es necesario distinguir los efectos que estos criterios traen consigo para el grupo entero y también para la parte. La exigencia de una cierta cohesión en el grupo asegura que solo los grupos que verdaderamente lo sean podrán considerarse grupos protegidos<sup>131</sup>. Por ejemplo, cuando la jurisprudencia expresaba sus recelos hacia la posibilidad de caracterizar a los grupos de carácter nacional, étnico, racial o religioso en casos dudosos, el criterio de la cohesión parece solucionar tal problema. Si existe un grado

---

<sup>129</sup> *Krstic Appeal Judgement*, párrafo 13.

<sup>130</sup> *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro ICJ Judgement*, párrafo 199.

<sup>131</sup> METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, óp. cit., pág. 218; AMBOS, K., «Los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional», óp. cit., pág. 218; SCHABAS, W. A., «Was genocide committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgement of the international tribunal for the former Yugoslavia», *Fordham International Law Journal*, 23, 2001-2002, pág. 40.

suficiente de cohesión en el grupo, parece irrelevante que la determinación de la naturaleza se haga por medio de una condición positiva o negativa<sup>132</sup>.

Además, en cierto modo, el criterio de cohesión se relaciona con el criterio subjetivo en su vertiente de autoidentificación, dotándole de mayor entidad. Al requerir que un grupo esté cohesionado, en realidad, también se está requiriendo que este se perciba a sí mismo como tal. A su vez, requerir una cierta independencia del grupo tiene por efecto delimitar dónde empieza y dónde termina un grupo. Esta cuestión es vital, teniendo en cuenta que de la definición del todo, dependerá de la parte y eso afectará al alcance de la protección de los grupos<sup>133</sup>.

En lo que respecta a la parte del grupo, la sustancialidad –integrada tanto por factores cuantitativos y cualitativos– permite asegurar que solo porciones suficientes de un grupo sean protegidas y que el delito de genocidio no abarque violaciones de derechos humanos contra individuos que comparten ciertos rasgos pero no conforman un grupo, lo que supondría una grave desvirtuación del delito<sup>134</sup>. El criterio de sustancialidad es el reconocimiento de que existen límites, es decir, que no todo ataque sobre una pluralidad de sujetos puede constituir genocidio.

De hecho, este es uno de los aspectos que permite diferenciar un delito llevado a cabo por motivos discriminatorios basados en la nacionalidad, raza, etnia o religión. Podría producirse un supuesto en el que un sujeto (o incluso varios) perpetre actos delictivos contra una serie de individuos de un determinado grupo, con la intención de destruir el grupo al que pertenecen. Sin embargo, si no cumple con el criterio de sustancialidad, la porción atacada del grupo no podrá constituir una parte del grupo protegido por la Convención y, en consecuencia, no será genocidio.

El criterio de oportunidad permite adaptar el tipo al contexto en que se produce el ataque; es decir, constituye una puerta a una interpretación algo más flexible y conforme a la realidad social. Sin embargo, aunque la introducción de tal criterio por parte de la jurisprudencia es claramente positiva, también entiendo necesaria su combinación con aspectos cuan-

---

<sup>132</sup> Sobre la posibilidad de identificar a un grupo a través de una condición negativa, véase *infra*, pág. 26.

<sup>133</sup> *Krstic Trial Judgement*, párrafo 590; *Krstic Appeal Judgement*, párrafo 19; Partial Dissenting Opinion of judge Shahabudeen, párrafos 43 y 44.

<sup>134</sup> METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, óp. cit., pág. 218; AMBOS, K., «Los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional», óp. cit., pág. 218; SCHABAS, W. A., «Was genocide committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgement of the international tribunal for the former Yugoslavia», *Fordham International Law Journal*, 23, 2001-2002, pág. 40.



titativos o cualitativos para respetar el fundamento último del delito<sup>135</sup>. Así, retomando el ejemplo anterior, el sujeto mata solo a unos cuantos individuos del grupo porque esos son los que le resultan accesibles; no obstante, por mucho que conforme al criterio de oportunidad esto pueda llegar a ser un acto de genocidio, en realidad no parece cumplir con un mínimo de sustancialidad que distingue al genocidio de otro tipo de delitos.

El recurso a estos criterios de delimitación del grupo para la interpretación del precepto es una simple aplicación de los términos del Estatuto del CPI y no constituyen, en consecuencia, forma alguna de interpretación prohibida, ni mucho menos de analogía. El mayor obstáculo en los criterios de delimitación podría ser el criterio cualitativo. Aceptar que tratar de destruir a los líderes del grupo es una forma de destruir al grupo y que constituyen, por tanto, una parte relevante de este, implica necesariamente aceptar en cierto grado la destrucción social del grupo, porque conlleva reconocer que un grupo puede ser destruido por otros medios a los físicos, debilitando los vínculos que los unen, como sus líderes.

Lo que resulta evidente es que la referencia a la parte debe partir de la misma naturaleza que el grupo completo (seleccionada con arreglo a la intención del sujeto activo) y no debe usarse para «esconder» otro tipo de condiciones<sup>136</sup>. Así ha sido denunciado, por ejemplo, por el Tribunal Supremo español al negar la calificación de genocidio de actos dirigidos a destruir a opositores políticos a un determinado régimen, por entender que no constituían una parte del grupo nacional, sino un grupo autónomo pero de carácter político<sup>137</sup>. De cualquier modo, la verificación de los criterios expuestos, así como su adecuada ponderación deberá llevarse a cabo tras el estudio individualizado de cada caso, adaptándose a las peculiaridades de la situación objeto de estudio<sup>138</sup>, ya que resulta extremadamente complicado en materias como esta establecer protocolos de actuación excesivamente detallados, a la vista de que cualquier desarrollo teórico de este tipo termina chocando con la cambiante realidad de los grupos.

---

<sup>135</sup> *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* ICJ Judgement, párrafo 199.

<sup>136</sup> Véase *infra*, pág. 29.

<sup>137</sup> Sentencia *Scilingo* Tribunal Supremo, f. de D. décimo, 5.

<sup>138</sup> Al respecto, la Corte Suprema Canadiense señaló que cada situación es *sui generis* (*Munyanza* Superior Court Judgement, párrafo 105). También, *Krstic* Appeal Judgement, párrafo 14; del mismo modo, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* ICJ Judgement, párrafo 201; *Kravica* First Instance Verdict, pág. 57.

## 2.4. La naturaleza nacional, étnica, racial o religiosa del grupo

### 2.4.1. Consideraciones generales

De acuerdo con lo establecido en la Convención contra el Genocidio, no todos los grupos son susceptibles de ser víctimas de un genocidio. Solo cuatro categorías están previstas: los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos. Si los criterios desarrollados en la primera parte de este capítulo parecen extraerse de forma natural del propio concepto de grupo, no ocurre lo mismo con la naturaleza, que constituye un requisito de carácter político cuyo objetivo es restringir el ámbito de aplicación de la Convención. Además, los grupos finalmente incluidos son el resultado de intensas discusiones marcadas por estrategias políticas e intereses espurios.

A la hora de definir cada uno de ellos surgen importantes obstáculos. El primero y principal es la dificultad de definir conceptos como los finalmente recogidos. Esta dificultad se explica por la vaguedad y amplitud de los términos empleados<sup>139</sup> pero también por la naturaleza de los propios procesos de percepción social<sup>140</sup>, de carácter eminentemente subjetivo<sup>141</sup>. Así, las nociones empleadas («raza», «etnia», «religión», «nación») son de por sí difícilmente definibles dada su propia complejidad<sup>142</sup> y la constante evolución a la que están sujetas, al depender, en gran medida, del contexto social en el que se usan<sup>143</sup>.

Por ejemplo, para muchos de los delegados que asistieron a la Asamblea General de Naciones Unidas de 1948, los judíos, los gitanos y los armenios podían ser calificados como grupos raciales; no obstante, tal calificación resulta impensable medio siglo después<sup>144</sup>. En la actualidad, la palabra «racial» ya no se utiliza en ciencias sociales; pero lo cierto es que este término –así como «raza», «racismo» y «grupo racial»– sigue siendo usado con frecuencia en términos acientíficos<sup>145</sup>.

También es evidente que las categorías reconocidas pueden superponerse, pudiendo llegar a la situación de que un grupo perseguido reúna caracte-

---

<sup>139</sup> Informe UNCOI sobre Darfur, párrafo 494.

<sup>140</sup> WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal*, óp. cit., párrafo 577.

<sup>141</sup> FRONZA, E., «Il Crimine di genocidio», óp. cit., págs. 61-91.

<sup>142</sup> SCHABAS, W.A., *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 109; de la misma opinión VERHOEVEN, que exceptúa de a los grupos religiosos de tal indefinición («Le crime de génocide. Originalité et ambiguïté», óp. cit., pág. 21).

<sup>143</sup> SCHABAS, W. A., *Genocide in Internacional Law*, óp. cit., pág. 111.

<sup>144</sup> *Ibid.*, pág. 130.

<sup>145</sup> Informe UNCOI sobre Darfur, párrafo 494.

rísticas de distintos grupos<sup>146</sup>. Probablemente estos problemas de definición puedan achacarse al propio proceso de redacción de la Convención o, incluso, de los tratados en general. No cabe duda de que la formulación finalmente elegida responde a criterios políticos: los *travaux préparatoires* no fueron sino conferencias diplomáticas donde se pactaron soluciones de compromiso a fin de alcanzar un texto aceptable para el mayor número de Estados posible.

En consecuencia, y como era de esperar, no existen definiciones consensuadas de las categorías incluidas<sup>147</sup>. Es manifiesta la disparidad de significados asignados a los mismos términos en los diferentes documentos oficiales del ámbito de la protección de los derechos humanos<sup>148</sup>. Así parece ocurrir en la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, cuyo artículo 1 determina que se entenderá por discriminación *racial* «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico (...)»<sup>149</sup>. A partir de tal definición, el concepto engloba a la vez grupos raciales, étnicos e incluso nacionales.

Un excelente ejemplo de la confusión reinante es la categorización de los grupos implicados en el conflicto de la antigua Yugoslavia. Con frecuencia, las sentencias del TPIY se limitan a calificarlo como grupo protegido sin especificar la categoría<sup>150</sup>. Efectivamente, la determinación de su concreta naturaleza resulta particularmente conflictiva.

En la sentencia de primera instancia *Krstic* la cuestión se expone en los siguientes términos:

«Inicialmente concebidos como grupo religioso, los bosnios musulmanes fueron reconocidos como una «nación» por la Constitución Yugoslava de 1963. Las pruebas presentadas en juicio muestran de forma muy clara que las máximas autoridades políticas serbo-bosnias y las fuerzas serbo-bosnias que operaban en Srebrenica en julio de 1995 concebían a los bosnios musulmanes como un grupo específico nacional»<sup>151</sup>.

---

<sup>146</sup> WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal*, óp. cit., 2005, párrafo 577.

<sup>147</sup> De esta opinión, *Rutaganda* Trial Judgement, párrafo 56; *Kajelijeli* Trial Judgement, párrafo 811; *Bagilishema*, Trial Judgement, párrafo 65; *Musema* Trial Judgement, párrafo 161.

<sup>148</sup> *Krstic* Trial Judgement, párrafo 555.

<sup>149</sup> Artículo 1 de la Convención internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), entrada en vigor: 4 de enero de 1969.

<sup>150</sup> *Jelusic* Trial Judgement, párrafo 72; *Brdanin* Trial Judgement, párrafos 682, 732 y 736; *Krnjelac* Trial Judgement, párrafo 438; *Stakic* Trial Judgement, párrafos 512 y 545.

<sup>151</sup> *Krstic* Trial Judgement, párrafo 559; *Kravica* First Instance Verdict, pág. 60.

Sin embargo, posteriormente, la Sala de Primera Instancia competente en el caso *Krajisnik* manifestó que su concreta adscripción a una de las categorías era problemática, pero que, en todo caso, no cabía duda de que los grupos víctima de los ataques (bosnios musulmanes y bosnios-croatas) eran grupos nacionales o étnicos<sup>152</sup>. Es decir, el tribunal parecía apuntar que, aunque no fuera posible adscribir los grupos a una categoría en concreto, resultaba evidente que correspondían a uno de los grupos protegidos. A pesar de esto, esta misma sentencia pareció decantarse por calificarlos como grupos étnicos<sup>153</sup>.

El Informe Final de la Comisión de Expertos ofrecía una visión muy completa del problema, afirmando que:

«Los diferentes grupos relevantes en el conflicto de la antigua Yugoslavia –los serbios, croatas, musulmanes, gitanos y otros– tienen todos estatus de grupo étnico, y pueden ser caracterizados, al menos en parte, por su religión, etnia o nacionalidad»<sup>154</sup>.

Se evidencia así la dificultad de aplicar las categorías, que sin excesivo éxito definía el TPIR en el caso *Akayesu*, a la realidad de los grupos humanos. De hecho, se ha llegado a afirmar que, en realidad, todas las categorías corresponden a un único fenómeno, tal y como fue expuesto por primera vez por Lemkin, quien en todo momento se refería a las «minorías nacionales» como únicas víctimas del genocidio<sup>155</sup>. Con ello, este autor no quería decir que solo los grupos nacionales pudieran ser objeto de genocidio, ya que resulta evidente que este autor estaba pensando en los judíos, entre otros; lo que tal denominación pone de manifiesto es que con estos términos pretendía abarcar a todos los grupos entendiendo que correspondían a un único prototipo de grupo humano. En este sentido, la Sala de Primera Instancia del TPIY afirma en *Krstic* que «[t]ratar de diferenciar entre cada uno de los grupos enumerados con base en criterios científicos objetivos sería contradictorio con el objeto y fin de la Convención»<sup>156</sup>.

Para Schabas, lo que trataron de hacer los redactores del texto, más que establecer categorías propiamente dichas, fue lanzar un mensaje no

---

<sup>152</sup> *Krajisnik* Trial Judgement, párrafo 855.

<sup>153</sup> *Ibid.*, párrafos 866, 867 y 869. En relación con otros delitos, como torturas y persecución, el TPIY mencionaba la posibilidad de diferenciar a los grupos bosnios musulmanes y serbobosnios en función de criterios religiosos o étnicos. Al respecto, METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, óp. cit., nota 102.

<sup>154</sup> Final Report of the Commission of Experts, pág. 18.

<sup>155</sup> LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe*, óp. cit., págs. 93 y 94.

<sup>156</sup> *Krstic* Trial Judgement, párrafo 556. Véase también *Brdanin* Trial Judgement, párrafo 682.

necesariamente limitado a los grupos expresamente enunciados. Así, para este autor, las categorías elegidas operan como cuatro postes que delimitan un área en la que toda una serie de grupos están protegidos. Los términos resultantes no se definen en solitario sino que se concretan entre sí<sup>157</sup>. De este modo, los cuatro grupos fueron concebidos de una forma dinámica y sinérgica de forma que cada uno contribuyera a la construcción del otro<sup>158</sup>. Una concepción como esta explicaría el solapamiento existente entre las diferentes categorías<sup>159</sup>, que a veces parecen intercambiables entre sí<sup>160</sup>.

A pesar de las dificultades expuestas, algunas cuestiones facilitan en cierto modo la interpretación de la norma. Por un lado, como afirma Verhoeven, no existe certeza sobre los grupos incluidos pero sí la hay sobre los excluidos, entre los que destacan los grupos políticos, sociales o los económicos<sup>161</sup>. Además, como recuerda Werle, no existen diferencias respecto a la protección atribuida a los cuatro grupos, por lo que no es imprescindible una adscripción exhaustiva a un grupo en concreto (étnico, racial, religioso o nacional), bastando con asegurar que se encuentra incluido<sup>162</sup>. Así vino a reconocerlo la jurisprudencia en el caso de los Balcanes donde, a pesar de las dudas sobre la adscripción exacta de los grupos, se declaró su carácter protegido<sup>163</sup>.

Por otra parte, el desarrollo de definiciones excesivamente concretas también presentaría graves riesgos. Schabas advierte en este sentido que la búsqueda de un sentido autónomo de cada término debilita el sentido de la enumeración como un todo<sup>164</sup>. Para Shaw, definiciones demasiado específicas abrirían lagunas de grupos que ya no podrían ajustarse a las definiciones<sup>165</sup>.

---

<sup>157</sup> Por ejemplo, los grupos étnicos fueron introducidos a fin de asegurar que los grupos nacionales no se confundirían con los políticos; los grupos lingüísticos se eliminaron porque se consideró que ya se aseguraba su protección por las restantes categorías.

<sup>158</sup> A propósito, SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 111; SCHABAS, W. A., «Groups protected by the Genocide Convention: conflicting interpretations from the International Tribunal for Rwanda», óp. cit., pág. 385.

<sup>159</sup> Entre otros, METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, óp. cit., pág. 227; SCHABAS, W. A., «Groups protected by the Genocide Convention: conflicting interpretations from the International Tribunal for Rwanda», óp. cit., pág. 386. Específicamente sobre grupos étnicos y nacionales, Informe UNCOI sobre Darfur, párrafo 494.

<sup>160</sup> NSEREKO, D., «Genocide: a crime against mankind», óp. cit., pág. 131.

<sup>161</sup> VERHOEVEN, J., «Le crime de génocide. Originalité et ambiguïté», óp. cit., pág. 21.

<sup>162</sup> WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal*, óp. cit., párrafo 577.

<sup>163</sup> Entre otras, *Krajisnik Trial Judgement*, párrafo 855.

<sup>164</sup> SCHABAS, W. A., «Groups protected by the Genocide Convention: conflicting interpretations from the International Tribunal for Rwanda», óp. cit., pág. 386.

<sup>165</sup> SHAW, M. N., «Genocide and International Law», óp. cit., pág. 807. De hecho, esto fue precisamente lo que ocurrió en Akayesu.

Antes de proceder a definir cada una de las categorías, conviene abordar una serie de problemas que surgen al seleccionar la naturaleza operativa del grupo, y que afectan a aquellos casos de grupos que poseen más de una naturaleza de las previstas o que se definen en función de un rasgo del que carecen, así como aquellos supuestos en que los sujetos activos y las víctimas comparten la misma naturaleza.

#### 2.4.2. La naturaleza operativa del grupo

##### A. Carácter exhaustivo de la enumeración y opciones abiertas: el criterio de estabilidad y la concepción social

Inicialmente la Resolución 96(I) contenía la siguiente alusión:

«Muchos episodios de estos delitos de genocidio han ocurrido cuando los grupos raciales, religiosos, políticos y *otros grupos* han sido destruidos, total o parcialmente»<sup>166</sup>.

La referencia a «otros grupos» permitía entender que se trataba de una enumeración abierta en la que grupos no mencionados expresamente tenían cabida. Sin embargo, tal mandato por parte de la Resolución no fue respetado en ninguno de los borradores ni tampoco en el texto de la Convención tal y como fue aprobado en 1948 que, claramente, estipulaba que «se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal». Redactado de esta forma, no existe duda para la doctrina<sup>167</sup>, ni para la jurisprudencia<sup>168</sup>, de que la enumeración es exhaustiva y que cualquier otro tipo de grupo no tiene cabida en la Convención en estos términos.

---

<sup>166</sup> Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 96 (I): «Many instances of such crimes of genocide have occurred when racial, religious, political and other groups have been destroyed, entirely or in part» (cursiva añadida).

<sup>167</sup> AKHAVAN, P., «The Crime of genocide in ICTR Jurisprudence», óp. cit., pág. 11; KREß, C., «The Crime of Genocide under International Law», óp. cit., pág. 473; METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, óp. cit., pág. 230; RATNER, S. R. y ABRAMS, J. S., *Accountability for human Rights atrocities in international law. Beyond Nuremberg legacy*, óp. cit., pág. 32; SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 150; WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal*, óp. cit., pág. 576.

<sup>168</sup> *Kayishema and Ruzindana Trial Judgement*, párrafo 98; *Krstic Trial Judgement*, párrafo 554; *Jelisić Trial Judgement*, párrafo 69.

Sin embargo, aunque finalmente la formulación del delito dada en la Convención haya prevalecido<sup>169</sup>, lo cierto es que durante la redacción del Estatuto de Roma se pusieron de manifiesto ciertas demandas expansivas en este sentido<sup>170</sup>. En los debates del Comité redactor, el representante de Cuba sugirió la inclusión de los grupos sociales y políticos, a lo que el representante irlandés contestó que tal cosa sería posible si se estuviera redactando una nueva Convención contra el Genocidio pero no en las circunstancias imperantes entonces<sup>171</sup>.

Tal postura finalmente predominó y el texto de la Convención ha sido transpuesto en el Estatuto sin ninguna modificación. En el borrador final existe un pie de página que afirma que «[e]l Comité toma nota de la sugerencia de abarcar grupos sociales y políticos en el contexto de los delitos de lesa humanidad»<sup>172</sup>. Con esto el debate quedó zanjado no solo en aquel momento, sino también de cara al futuro. Si durante la redacción del Estatuto no fue posible ampliar la lista de grupos protegidos, es altamente improbable que esto vaya a llevarse a cabo en alguna de las revisiones previstas. De hecho, tal propuesta ni siquiera figura en la agenda internacional.

A pesar de la rotundidad del carácter cerrado de la enumeración y del fracaso de todo intento por modificarla, ciertas interpretaciones han dado lugar a la extensión de los grupos protegidos a efectos de genocidio. La primera de ellas se basa en el criterio de estabilidad en su versión más amplia. Esta teoría, enunciada en Akayesu, suponía entender que el verdadero interés de la Convención era el de proteger los grupos estables y permanentes y que, en ese sentido, todos aquellos que ostentaran tal rango, fueran o no nacionales, étnicos, raciales o religiosos, quedaban protegidos por la Convención.

No obstante, esta concepción del grupo, que supone eliminar la naturaleza en la definición del grupo, no tiene respaldo jurisprudencial alguno –ni siquiera la sentencia Akayesu llegó a aplicarlo– y su legitimidad es, como

---

<sup>169</sup> La Comisión de Derecho Internacional trató de cambiar el carácter de la enumeración pero en el borrador final se decidió respetar los términos de la Convención. Acerca de este proceso, SCHABAS, W.A., *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 151.

<sup>170</sup> Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN Doc. A/50/22, Vol. I, pp. 17-18, párrafo 60, vol II, p. 57

<sup>171</sup> SCHABAS personal notes on the debates, Committee of the Whole, 17 June 1998. Citado en SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, óp. cit., págs. 109 a 110.

<sup>172</sup> Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, draft Statute and draft final act, p. 11, fn.2, UN Doc. A/CONF.183/2/Add. 1, pp. 13-14; Decisions taken by the preparatory committee at its session held from 11 to 21 February 1997, UN Doc./ A/AC. 249/1997/L.5, Annex I, p. 3, fn.2; Report of the inter-sessional meeting from 19 to 30 January 1998 in Zutphen, the Netherlands, UN Doc. A/AC, 249/1998/L.13, p. 17, fn. 11.

fue señalado, insostenible<sup>173</sup>. Este rechazo corrobora la idea de que se trata de una enumeración limitada y que, en la medida en que lo es, la naturaleza nacional, étnica, racial o religiosa del grupo debe ser confirmada a efectos de determinar la existencia del genocidio.

La segunda interpretación que permite la extensión de la protección a todo tipo de grupo es la social, que fue propuesta por el juez de instrucción de la Audiencia Nacional española Baltasar Garzón. En 1998, en el marco de las diligencias seguidas contra Augusto Pinochet, una interpretación «social» del genocidio trajo como consecuencia la inclusión de los grupos sociales y políticos en el objeto de protección del delito. Esta concepción social del genocidio consiste en la adaptación del concepto técnico más restrictivo acogido en la Convención a la presunta evolución producida en el seno de la comunidad internacional, donde predomina la protección de todo grupo independientemente de su tipología concreta<sup>174</sup>.

Así, el genocidio en los términos recogidos por la Convención resultaba inadecuado por limitar excesivamente las características del grupo que sufre la acción exterminadora<sup>175</sup>. Con la interpretación señalada se pretendía abarcar tanto el exterminio de grupos políticos y sociales, como conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad que, hasta el momento, no habían sido regulados en el Código Penal español<sup>176</sup>. Esta misma fue la postura mantenida inicialmente por la Audiencia Nacional en el caso Scilingo que, en el Auto 84/1998 de 4 de noviembre, calificaba los hechos como genocidio, en virtud de la mencionada concepción social. Sin embargo, finalmente, la sentencia Scilingo operó lo que podría considerarse un cambio de criterio al apostar por la calificación de los actos como delitos de lesa humanidad, a causa de la introducción de dicho ilícito en nuestro Código Penal.

Para Schabas esta interpretación difícilmente puede sostenerse ya que conduce a la ampliación desmesurada del delito de genocidio, llegando al absurdo de considerar que toda matanza masiva constituiría genocidio; además, para este autor no existe motivo alguno que permita sostener que tal postura se identifica con la costumbre internacional<sup>177</sup>. Werle señala, a su vez, que se trata de una interpretación que va más allá del tipo y contradice su tenor literal y su significado histórico<sup>178</sup>.

---

<sup>173</sup> Véase *supra*, pág. 4.

<sup>174</sup> Auto *Pinochet* Audiencia Nacional (5 de noviembre de 1998), f. de D. quinto.

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> Sentencia *Scilingo* Audiencia Nacional, f. de D. primero, 4. 3) 1.

<sup>177</sup> SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, óp. cit., págs. 171.

<sup>178</sup> WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal*, óp. cit., nota 1076. También en sentido crítico, GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, óp. cit., págs. 184 a 186; LÜDERS,



## B. Concurrencia de una pluralidad de condiciones de distinta naturaleza

En ciertos casos, la naturaleza de un grupo resulta a todas luces evidente. Por ejemplo, en el Holocausto, eran sin duda los judíos a los que se trataba de destruir<sup>179</sup>. Sin embargo, en otros casos esta determinación puede ser más problemática porque las víctimas de los ataques comparten más de una naturaleza y, en consecuencia, pueden ser diferenciados del resto de la población en función de distintos criterios. En el caso de la represión en Argentina durante la dictadura militar, los individuos víctimas de los ataques compartían una serie de condiciones: pertenecían al grupo nacional argentino; eran, en muchos casos, ateos o, al menos, disentían de la doctrina religiosa oficial del régimen; militaban en movimientos políticos de oposición. ¿Puede entonces concluirse que se trataba de grupos nacionales? ¿Religiosos? ¿O se trataba más bien de grupos políticos?

Es en este tipo de supuestos donde se pone de manifiesto la importancia de la selección de la naturaleza operativa, que resulta determinante en la constatación de la existencia de genocidio. Existen casos en los que el grupo víctima de los ataques puede ser distinguido a partir de más de un criterio<sup>180</sup>. Un sujeto A puede pertenecer a más de un grupo simultáneamente; podría tratarse, por ejemplo, de un católico de nacionalidad nigeriana y etnia igbo. Como un diagrama de conjuntos, ciertas condiciones unirán al sujeto A con unos sujetos y otras con otro conjunto de individuos.

En estos casos resulta problemático determinar la adscripción al grupo. Ratner afirma que debe darse preferencia al estatus prioritario del grupo sobre el incidental<sup>181</sup>. Ahora bien, ¿cómo determinar cuál es el prioritario? Es posible que entre los millones de judíos victimizados durante la Segunda Guerra Mundial hubiera grupos de abogados, partidos políticos enteros, sectores sindicales o, incluso, equipos completos de fútbol. Como también es posible que para muchos de esos sujetos su condición de abogado o sindicalista fuera más importante para su desarrollo personal que la de judío. Pero la intención del nacionalsocialismo fue destruir a los judíos. Y esa es la naturaleza operativa a considerar, lo que no es obstáculo para que

---

B., *Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof*, óp. cit., págs. 74 a 76.

<sup>179</sup> Cuestión distinta es si la condición de judío tiene naturaleza racial, religiosa o nacional.

<sup>180</sup> Así lo reconoce *Stacic Trial Judgement*, párrafo 512. Desde la doctrina en METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, óp. cit., pág. 229.

<sup>181</sup> RATNER, S. R. y ABRAMS, J. S., *Accountability for human Rights atrocities in international law. Beyond Nuremberg legacy*, óp. cit., pág. 33.

dentro del grupo protegido existan, miembros o incluso subgrupos conforme a otros criterios. Este planteamiento no implica que se esté protegiendo a grupos políticos o sociales de forma inadecuada.

Así las cosas, la selección de la naturaleza operativa, el parámetro fundamental es el del sujeto activo del delito. Para determinarlo, el estudio de los motivos puede ser fundamental. No parece posible plantear la resolución de este debate en términos objetivos, es decir, dilucidar si la condición de católico prima sobre la de nigeriano o igbo; este debate debe necesariamente ser resuelto de acuerdo a parámetros subjetivos del sujeto activo del delito, es decir, con el contenido de la intención de destruir al grupo<sup>182</sup>. Tampoco, la propia percepción de la víctima es relevante en este momento.

Entiendo que varios motivos justifican este hecho: en primer lugar, la singular estructura del delito, marcada por la presencia de la intención de destruir al grupo. En segundo término, la existencia, dentro de esta cláusula y no en el tipo objetivo de delito, de la referencia a la naturaleza del grupo («con la intención de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso»).

### C. Caracterización del grupo a través de la ausencia de un rasgo: el enfoque negativo

Otro supuesto igualmente conflictivo es la caracterización de los individuos en función de un rasgo que no poseen, es decir, a partir de lo que se denomina el ‘enfoque negativo’<sup>183</sup>. Fue planteado por primera vez en el Informe Final de la Comisión de Expertos para la antigua Yugoslavia<sup>184</sup>. En Bosnia, en el marco del conflicto de los Balcanes, los ataques se produjeron contra bosnios-croatas, pero también contra bosnios musulmanes. Dado que la intención subyacente tras estos ataques era la de eliminar a los grupos no serbios con el fin de establecer zonas «étnicamente limpias» —es decir, exclusivamente serbias— el informe estableció que era posible

---

<sup>182</sup> De esta opinión, METTRAUX, G., *International Crimes and the ad hoc tribunals*, óp. cit., pág. 229.

<sup>183</sup> Con frecuencia, este enfoque negativo se contrapone al criterio subjetivo positivo de definición del grupo. En este sentido, KREß se refiere al «enfoque subjetivo por negación» (*subjective approach by negation*) frente al enfoque subjetivo positivo (*positive subjective approach*) [«Genocide under international law», óp. cit., pág. 474]. Sin embargo, a la vista de la estructura de definición del grupo aquí propuesta, considero más conveniente abordar su análisis conjuntamente con otros aspectos problemáticos en la selección de la condición que caracteriza al grupo.

<sup>184</sup> Final Report of the Commission of Experts, pág. 2.

identificar a un único grupo víctima de los ataques: el grupo no serbio<sup>185</sup>. Este cambio de enfoque aparentemente inofensivo surgía como alternativa a la apreciación de bosnios-croatas y bosnios musulmanes como grupos independientes a los que se trataba de destruir.

En este sentido, el Informe comenzaba afirmando que «los diferentes grupos relevantes en el conflicto en la antigua Yugoslavia –los serbios, los croatas, los musulmanes, los gitanos y otros– tienen el estatus de grupos y pueden, al menos parcialmente, ser caracterizados por su religión, etnia y nacionalidad»<sup>186</sup>. Es decir, todos ellos constituían grupo protegido de forma independiente. Sin embargo, el informe llevó el razonamiento algo más lejos, afirmando que:

«Si existen varios grupos víctimas del ataque, y cada grupo está protegido, puede ser conforme al espíritu y el propósito de la Convención considerar a todos los grupos víctima del ataque como una entidad más amplia. En caso, por ejemplo, de que existan pruebas de que el grupo A quiere destruir total o parcialmente a los grupos B, C y D, o más bien, a todo el que no pertenezca al grupo nacional, étnico, racial o religioso del grupo A. En cierto modo, el grupo A ha definido un grupo plural no-A empleando un criterio nacional, étnico, racial o religioso para su definición. Parece relevante analizar el destino del grupo no-A como si el grupo no-A fuera homogéneo<sup>187</sup>».

Lo que se sugería, por tanto, era la posibilidad de apreciar un único grupo a efectos del delito de genocidio, el cual se caracterizaría por la ausencia de naturaleza nacional, étnica, racial o religiosa, englobando de este modo a varios grupos protegidos a la vez. Esta concepción se basaría en la intención de destruir a todo grupo distinto al grupo autor de los ataques. En el caso del conflicto en Bosnia, tal razonamiento implicaba afirmar que el genocidio (si lo hubiera y pudiese probarse) se dirigía contra el grupo no serbio, siendo innecesario considerar de forma independiente un delito de genocidio respecto a los bosnios-croatas, otro contra los bosnios-musulmanes, etc.

Así entendido, el enfoque negativo presenta ciertos requisitos. En primer lugar, los grupos que conforman el macrogrupo deben ser grupos protegidos en los términos de la Convención; es decir, cada uno de estos grupos debe ser de naturaleza nacional, étnica, racial o religiosa. Conse-

---

<sup>185</sup> *Ibid.*, pág. 2.

<sup>186</sup> *Ibid.*, pág. 18.

<sup>187</sup> *Ibid.*, pág. 18.

cuentemente, en ningún momento podrán incluirse bajo el paraguas del enfoque negativo grupos que no pertenecieran a las categorías protegidas<sup>188</sup>. Este requisito responde a la propia letra del tipo delictivo, puesto que, de otra forma, se ignorarían las exigencias que, conforme al precepto, resultan imprescindibles<sup>189</sup>.

En segundo lugar, la especial intención de destruir al grupo debe ir dirigida contra todos los grupos como un todo; es decir, es la propia intención de destruir al grupo la que marca los límites de este. Para ello, debe probarse que todos los actos responden a un mismo ánimo de destrucción, ya que es este hecho el que justifica la existencia del grupo plural. Por ejemplo, la aplicación de distinto tipo de medidas a cada uno de los grupos –por ejemplo, matanzas dirigidas exclusivamente contra musulmanes y confinamiento en campos de trabajo de los bosnio-croatas– denotaría una diferenciación por grupos del autor y debilitaría esta concepción de único macrogrupo<sup>190</sup>.

La validez de esta concepción del enfoque negativo fue abordada por la Sala de Apelaciones del TPIY. En su sentencia en el caso *Stakic*, determinó a propósito de lo sostenido por la Comisión de Expertos que, en la medida en que cada uno de los grupos que lo compone debe estar definido positivamente, «sería inapropiado sugerir que el grupo mayor [aquel formado por varios grupos protegidos] solo está definido por un enfoque negativo»<sup>191</sup>. Es decir, la Sala negó la naturaleza negativa de la operación de selección de grupos propuesta en el Informe de la Comisión de Expertos, alegando que se trataba de algo distinto, ya que cada uno de los grupos integrantes del mayor se encontraba definido de forma positiva.

Además de esta noción del enfoque negativo que toma como punto de partida a los grupos definidos positivamente, existe otra concepción en virtud de la cual se considera como criterio que se limita a agrupar a toda una serie de individuos que no poseen cierta naturaleza, independientemente de que se integren o no en un grupo definido positivamente<sup>192</sup>. Esta versión

---

<sup>188</sup> Así lo establece el propio Informe, al exigir que «cada grupo como tal esté protegido» (Final Report of the Commission of Experts, pág. 18).

<sup>189</sup> *Stakic Appeal Judgement*, párrafo 27.

<sup>190</sup> En este sentido, LEMKIN diferenciaba las medidas aplicadas por los países del Eje según los grupos (LEMKIN, R., *Axis Rule in occupied Europe*, óp. cit., págs. 79 a 95).

<sup>191</sup> *Stakic Appeal Judgement*, párrafo 27.

<sup>192</sup> A la vista de los diversos pronunciamientos de los tribunales, es posible afirmar que impera cierta confusión en lo que a las dos concepciones del enfoque negativo se refiere, mezclándose con frecuencia rasgos de ambas definiciones. También es relativamente frecuente encontrar mencionado el grupo religioso de ateos como ejemplo de enfoque negativo. Personalmente, discrepo de esto último por considerar que no se trata de una aplicación de este en ninguna de sus concepciones. El grupo religioso ateo no comprende

del criterio fue desarrollada en la sentencia Jelisic, donde el tribunal confirmó la existencia de dos posibilidades para la definición del grupo: adoptar un enfoque positivo o uno negativo. Sin embargo, a la hora de definir el negativo, el TPIY lo hizo en términos diversos a los empleados por la Comisión de Expertos, estableciendo que:

«Un grupo puede ser estigmatizado mediante un criterio positivo o negativo. Un ‘enfoque positivo’ se basaría en que los autores distinguieran al grupo por sus características que consideraran específicas en un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Un ‘enfoque negativo’ consistiría en identificar a los individuos por no ser parte del grupo a que los autores creen pertenecer y que para ellos contiene un carácter específico nacional, étnico, racial o religioso. Así, todos los individuos rechazados formarían, por exclusión, un grupo distinto»<sup>193</sup>.

Con ello, parece modificarse la definición y requisitos aportados por la Comisión de Expertos. Aquí ya no se trata de una agrupación a partir de grupos, sino de individuos considerados aisladamente. Es decir, el grupo no-A ya no está compuesto por diversos grupos que no poseen la condición A, sino por una serie de individuos que no cuentan con dicho rasgo y que no necesariamente se encuentran integrados en grupos en los términos aquí expuestos. A pesar de que, para el supuesto de hecho en cuestión, el tribunal optó por un enfoque positivo, reconoció expresamente la conformidad de esta peculiar versión del enfoque negativo con la Convención y, en consecuencia, su validez como parámetro de definición del grupo<sup>194</sup>.

La principal consecuencia de su aplicación es que sujetos que, en principio, no podían ser víctimas de un delito de genocidio, en virtud de este criterio, se integran en un grupo protegido. Un ejemplo sería la consideración de los individuos víctimas de los ataques durante la dictadura en Argentina como grupo religioso, en la medida en que no participaban de la «ideología cristiana occidental»<sup>195</sup>. Se trata, en este sentido, de una extensión de la noción de grupo, ya que supone considerar como grupo

---

residualmente a todo aquel que no profese una religión determinada, sino a un conjunto de individuos que tiene por creencia la inexistencia de Dios. Es, por tanto, una condición positiva la que agrupa a los individuos. A propósito, véase *infra*, pág. 160.

<sup>193</sup> *Jelisic Trial Judgement*, párrafo 71.

<sup>194</sup> *Ibid.*, párrafos 71 y 72.

<sup>195</sup> Propuesta de TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., «A vueltas con la competencia judicial penal internacional de los tribunales de España: el caso “Scilingo”», *óp. cit.*, pág. 226. Analizada con más detalle en FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., «El tratamiento del exterminio de grupos políticos a la luz del caso Scilingo», *óp. cit.*, pág. 55.

protegido a sujetos que no podrían gozar de tal estatus al ser considerados aisladamente.

No obstante, el respaldo a esta interpretación manifestado en Jelisić constituye un caso aislado, puesto que, por lo general, la jurisprudencia lo ha venido rechazando<sup>196</sup>. Diversos motivos han sido esgrimidos. Resulta evidente que el enfoque negativo no goza de respaldo en la jurisprudencia internacional en ninguna de sus acepciones<sup>197</sup>. No existe sentencia alguna que lo haya aplicado hasta el momento e incluso tal posibilidad ha sido expresamente rebatida en repetidas ocasiones y en diferentes foros. La propia CPI ya ha manifestado que las definiciones negativas del grupo no son suficientes a efectos del artículo 6 del Estatuto<sup>198</sup>. Este rechazo no resulta en absoluto sorprendente a la vista de los alarmantes efectos expansivos de la aplicación de cualquiera de sus variantes.

Los grupos humanos son creaciones sociales, sujetas a cambios, íntimamente ligadas por la percepción de los demás o de sus propios miembros. En este sentido, a veces resulta extremadamente complejo determinar los límites y los criterios de diferenciación de los grupos e individuos, siendo necesario recurrir a interpretaciones que permitan flexibilizar las definiciones manejadas. Sin embargo, estos mecanismos tienen límites.

En lo que respecta a la concepción del enfoque negativo basada en los grupos, aunque los grupos individualmente se caractericen por una condición positiva, la constitución del macrogrupo, que será el relevante a efectos de prueba de los restantes elementos del delito, se basa en una condición negativa. A la vista de sus efectos claramente extensivos, difícilmente puede calificarse de una interpretación estricta en los términos requeridos por el Estatuto de la CPI. En consecuencia, es dudoso que tenga cabida en el marco del ejercicio de la Corte.

---

<sup>196</sup> *Stakic* Trial Judgement, párrafo 512; *Brdanin* Trial Judgement, párrafos 685 y 686; *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* ICJ Judgement, párrafos 191 a 195.

<sup>197</sup> El último ejemplo es el constituido por la sentencia *Popovic* en la que se afirmaba que «a negatively defined group –for example all “non-serbs” in a particular region– thus does not meet the definition» (*Popovic* Trial Judgement, párrafo 809).

<sup>198</sup> *Al Bashir* Warrant of Arrest Decision, párrafo 135. No obstante, para CRYER, la postura mantenida por la juez Usacka en su voto particular en virtud de la cual no hay tres grupos víctima de los ataques sino uno caracterizado por su carácter africano, constituiría una aplicación del controvertido criterio negativo («The definitions of international crimes in the Al Bashir Arrest Warrant Decision», *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, pág. 293). Esta interpretación también demuestra los problemas a la hora de determinar el carácter negativo o positivo de un rasgo, ya que la argumentación de la juez Usacka también podría entenderse como la aplicación de un criterio netamente positivo (la presencia de un carácter positivo, el africano).

Respecto a la concepción basada en los individuos, los problemas suscitados son aún mayores. A mi juicio, cuando la jurisprudencia cuestiona el carácter estable o permanente de los grupos determinados por una condición negativa o de su capacidad de aportar culturalmente ciertos valores, lo que en realidad se está poniendo en duda es si de verdad constituyen un grupo. Las condiciones negativas pueden cohesionar tanto como las positivas, especialmente cuando se somete al grupo a un ataque, que suele tener el efecto de unirlos. Lo que se trata de evitar rechazando el enfoque negativo es que individuos aislados sin ningún tipo de vínculo como grupo sean considerados como tales y, como consecuencia, se produzca una extensión injustificada de uno de los elementos del delito. No obstante, en este caso, el problema no parece ser tanto la condición negativa en sí misma, como la concurrencia de los restantes rasgos.

En definitiva, más allá del enfoque positivo o negativo de definición del grupo, lo que resulta verdaderamente relevante es verificar, caso por caso, cuándo nos encontramos ante una serie de individuos que efectivamente comparten la carencia de cierto rasgo y cuándo se trata verdaderamente de grupo con arreglo a los criterios aquí expuestos, lo cual justifica su protección penal internacional como tal.

#### D. Supuestos de autogenocidio

Otro de los problemas suscitados al identificar al grupo es la posibilidad de admitir el denominado autogenocidio, que comprende aquellos supuestos donde víctimas y verdugos pertenecen a un mismo grupo. Ello implica necesariamente aceptar que un grupo pueda intentar su propia destrucción, aun cuando sea parcialmente. De su resolución depende la calificación de genocidio de casos que, de otro modo, quedarían fuera del marco de protección de este precepto y habrían de ser castigados como crímenes de lesa humanidad o delitos comunes.

El término ‘autogenocidio’ fue planteado por primera vez en el Informe Whitaker como «destrucción masiva a nivel interno de una parte significativa de los miembros del propio grupo»<sup>199</sup>. A partir de esta definición, el autogenocidio no puede ser aceptado sino en un sentido no técnico<sup>200</sup>, ya que su aplicación llevaría a la calificación indiscriminada como genocidio

---

<sup>199</sup> Informe Whitaker, párrafo 31.

<sup>200</sup> GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, óp. cit., pág. 183.

de casi cualquier tipo de masacre, sin admitir ningún tipo de distinción de corte jurídico<sup>201</sup>.

Aunque, en efecto, se ha hecho uso del término en ese sentido, existe otra posibilidad que encuentro más acertada, que consiste en entender por ‘autogenocidio’ la comisión de un delito de genocidio en los términos definidos por la Convención, con la singularidad de que el sujeto activo pertenece al grupo victimizado. Una definición de estas características devolvería a la figura del autogenocidio su relevancia jurídica: sus elementos serán los mismos que los del genocidio (tipo objetivo y tipo subjetivo), con el matiz señalado de pertenencia al mismo grupo.

Ahora bien, también esta acepción jurídica se encuentra seriamente cuestionada, al entender que la exigencia de que sujetos activos y pasivos pertenezcan a grupos distintos es una consecuencia lógica de una verdadera intención de destruir al grupo. Desde la doctrina, ciertos autores parecen asumir tal planteamiento, ya sea de forma tácita<sup>202</sup> o expresa<sup>203</sup>; por el contrario, otros señalan que no hay obstáculo alguno para aceptarlo<sup>204</sup>.

Ciertamente, la admisión del autogenocidio dificulta notablemente la prueba de la intención de destruir al grupo<sup>205</sup>, especialmente, si se trata de la intención de destruir al grupo completo. No obstante, como afirma Simon: «El suicidio de un grupo no está fuera de la ‘lógica’ del genocidio»<sup>206</sup>.

Aunque los tribunales aún no han tenido oportunidad de pronunciarse respecto a la validez de esta posibilidad, se han planteado su aplicación en varios contextos como, por ejemplo, los conflictos en Chile y Argentina, suscitados ante instancias españolas. En la sentencia 16/2005 del caso Scilingo, la Audiencia Nacional afirmaba que el plan de eliminación y desaparición sistemática de personas recayó sobre diferentes bloques de

---

<sup>201</sup> SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 138.

<sup>202</sup> METTRAUX se refiere a la «consciousness of otherness» (*International crimes and ad hoc tribunals*, óp. cit., pág. 225); el Informe UNCOI sobre Darfur parece también partir del principio de que deben necesariamente pertenecer a grupos diferentes al referirse a «distinct groups», «two sets of persons», «they perceive each other and themselves as constituting distinct groups» (Informe UNCOI sobre Darfur, párrafo 509).

<sup>203</sup> SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, óp. cit., págs. 138 y 139; GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, óp. cit., pág. 183.

<sup>204</sup> RATNER, S. R. y ABRAMS, J. S., *Accountability for human Rights atrocities in international law. Beyond Nuremberg legacy*, óp. cit., pág. 33; HANNUM, H., «International Law and Cambodian Genocide: the sounds of silence», óp. cit., pág. 105; HAWK, D., «The Cambodian Genocide», en CHARNEY, I. W., *Genocide: A Critical Bibliographic Review*, New York, 1988, pág. 141; SIMON, T., «Defining genocide», *Wisconsin international law journal*, 15, 1996, pág. 255.

<sup>205</sup> SELBMANN, F., *Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht*, óp. cit., pág. 182.

<sup>206</sup> SIMON, T., «Defining genocide», óp. cit., pág. 256.



población «clasificándolas bien por su profesión, adscripción ideológica, religiosa, sindical, gremial o intelectual, e incluso étnica y que afectaría a estudiantes, trabajadores, amas de casa, niños minusválidos o discapacitados, políticos, sindicalistas, abogados, judíos y, en general, cualquier persona o sector que entendían opuesto a la selección realizada»<sup>207</sup>.

Calificar los hechos objeto de la sentencia como genocidio equivalía, en realidad, a plantear la posibilidad de que estos sectores de la población pudieran ser considerados como un grupo protegido por la Convención. Para ello, su consideración como grupo social o político no era válida por no encontrarse estos grupos enumerados en aquella; así, la única posibilidad era entender que se trataba en realidad de un grupo nacional. Esta alternativa fue sugerida en los Autos emitidos por el juzgado de instrucción de los procedimientos contra el exdictador Augusto Pinochet y el militar argentino Adolfo Scilingo<sup>208</sup>.

Conforme a una reinterpretación, el «grupo nacional» se equiparaba a un «grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor»<sup>209</sup>. De esta forma, los grupos sociales y políticos podían entenderse incluidos<sup>210</sup>. Más allá de los

---

<sup>207</sup> Sentencia *Scilingo* Audiencia Nacional, hechos probados primero, 2.

<sup>208</sup> Se trata de la resolución relativa al recurso de apelación que confirmaba la atribución de competencia a la jurisdicción española en el caso *Scilingo*, Auto *Scilingo* Audiencia Nacional (4 de noviembre de 1998). Su contenido coincide plenamente con el Auto *Pinochet* Audiencia Nacional (5 de noviembre de 1998), que admitía la competencia española en el caso.

<sup>209</sup> Auto *Scilingo* Audiencia Nacional (4 de noviembre de 1998), f. de D. quinto.

<sup>210</sup> Múltiples argumentos fueron esgrimidos a favor de esta posibilidad: por ejemplo, el Auto de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998 rechazó la interpretación restrictiva de los «grupos nacionales» reivindicando la necesidad de evitar toda discriminación entre grupos humanos frente a ataques de esta entidad [Auto *Scilingo* Audiencia Nacional (4 de noviembre de 1998), f. de D. quinto]. Además, como recuerda el mismo Auto, en 1971, tras la ratificación española de la Convención, se incorporó el delito de genocidio respecto a todo grupo «nacional étnico social o religioso» respondiendo, según el mismo Auto, a la mencionada concepción o entendimiento social del genocidio [Auto *Scilingo* Audiencia Nacional (4 de noviembre de 1998), f. de D. quinto]. También, señalaban los Autos de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre de 1998 que «el silencio no equivale a exclusión indefectible» [Auto *Scilingo* Audiencia Nacional (4 de noviembre de 1998), f. de D. quinto]. Como fue señalado, entre otros, por la Unión Progresista de Fiscales, la conducta debe consistir en «destruir total o parcialmente» al grupo en cuestión; así pues, «también es genocidio la destrucción de una parte de los individuos de una nación si se comete en atención a una serie determinada de características que los agrupa y distingue del resto» (Escrito de la Unión Progresista de Fiscales, en GARCÍA ARÁN, M., *Crimen internacional y jurisdicción universal*, óp. cit., pág. 286). En el caso que ocupaba en aquella ocasión a la Unión Progresista de Fiscales (las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura en Chile), así como en el caso *Scilingo*, los grupos víctima del ataque podían ser diferenciados y, de hecho, lo fueron por parte de los autores del delito.

graves problemas penales que dicha interpretación suscitara<sup>211</sup>, se planteaba de fondo la admisibilidad del autogenocidio, ya que, en el marco de la hipótesis manejada, autores y víctimas pertenecerían al mismo grupo nacional, esto es, el chileno, lo que implicaba aceptar que un grupo pudiera intentar su propia destrucción.

Como se ha puesto de manifiesto, el principal efecto de la aceptación del autogenocidio es la calificación como genocidio de supuestos que, de otro modo, habrían de ser considerados delitos de lesa humanidad<sup>212</sup>. En los casos de Argentina y Chile, al no apreciar la existencia de un grupo protegido, la calificación como genocidio era inviable y, en este contexto, la figura de los delitos de lesa humanidad surgía para suplir las lagunas dejadas por la estricta definición de genocidio, especialmente llamativa en el caso de grupos políticos, sociales o económicos<sup>213</sup>.

En realidad, ni el Estatuto ni los Elementos de los Crímenes (EC, en adelante) de la CPI establecen requisito alguno respecto a la necesidad de que víctimas y sujetos activos pertenezcan a grupos diferentes<sup>214</sup>. Aunque es muy posible que los redactores del texto no estuvieran pensando en este tipo de supuestos cuando escogieron los términos de la Convención, lo cierto es que el texto, tal y como está, no impide tal aplicación, siempre que se cumplan los restantes requisitos. Por supuesto, como afirman doctrina y jurisprudencia, tales casos problemáticos pueden ser calificados fácilmente como delitos de lesa humanidad, evitando su impunidad y simplificando ciertas cuestiones de prueba. Sin embargo, lo que de verdad es relevante

---

<sup>211</sup> Esencialmente en materia de analogía *in malam partem*, aunque posiblemente también en materia de principio de legalidad, GIL GIL, A., «La sentencia del caso Scilingo», óp. cit., pág. 8, nota al pie nº 5. Así lo ponen de manifiesto también las sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

<sup>212</sup> Entre otros, SCHABAS, W.A., «Problems of International Codification- Were atrocities in Cambodia and Kosovo genocide?», *New England Law Review*, 35, 2001, pág. 297; el mismo autor, *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 120; GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, óp. cit., pág. 188.

<sup>213</sup> En este sentido afirma GÓMEZ-BENÍTEZ que «los delitos de lesa humanidad (...) actúan como complemento imprescindible del concepto de genocidio y llenan las lagunas de punibilidad que este padece» («El exterminio de grupos políticos», óp. cit. pág. 154). También, GARCÍA ARÁN considera que el crimen de lesa humanidad se ha regulado como complemento de los más tradicionales delitos de genocidio y crímenes de guerra. Para esta autora, las dificultades planteadas por la definición del genocidio para la persecución de casos como el analizado (genocidio por razones políticas y el «autogenocidio») han sido salvadas por la regulación del crimen de lesa humanidad («Artículo 607», en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, óp. cit., pág. 2704).

<sup>214</sup> De esta opinión, SELBMANN, F., *Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht*, óp. cit., pág. 181;

no es si existen otras vías para el castigo de las conductas, sino si *son* supuestos de genocidio.

En mi opinión, el verdadero problema que se plantea es si en estos contextos de verdad existe un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal o si, más bien, el autogenocidio se emplea como vía para dar cabida en el delito de genocidio a grupos que no se encuentran expresamente mencionados. Por tanto, el gran riesgo del autogenocidio es querer ocultar tras esta figura la ausencia de un grupo protegido en los términos de la Convención. Es decir que, o bien no existe un grupo como tal, o pese a existir no es de carácter nacional, étnico, racial o religioso y, por tanto, queda fuera del ámbito de protección del precepto<sup>215</sup>. Es revelador en este sentido que el autogenocidio solo se haya planteado hasta el momento en el caso de grupos nacionales, susceptibles de dar cabida a los grupos políticos o sociales en virtud de las interpretaciones manejadas.

Para evitar este tipo de interpretaciones indebidas del concepto de grupo, en primer lugar habría que verificar que concurren los restantes criterios que, según sostengo, debe presentar el grupo (estabilidad, cohesión, unidad...), así como una auténtica intención de destruir al grupo<sup>216</sup>, que, como apuntó la Comisión de Derecho Internacional (CDI, en adelante) es la de destruir al grupo y no solamente a uno o más individuos que por casualidad pertenecen a un grupo en particular<sup>217</sup>.

En segundo término, el límite marcado por las categorías reconocidas debe ser respetado: solo los grupos de naturaleza nacional, étnica, racial o religiosa podrán ser víctima de genocidio. Que esto sea manifiestamente injusto respecto a ciertos grupos que debieron ser incluidos en la Convención y que no lo fueron por motivos de conveniencia política no es razón para obviar el claro límite que se impuso en su momento y que el Estatuto de la CPI ha asumido de lleno.

Así las cosas, el problema no parece ser realmente el autogenocidio en sí mismo que, aunque improbable, es posible. Las dificultades residen, más bien, en que el autogenocidio se emplee para proteger a grupos que realmente no lo son o que pertenecen a categorías no protegidas por la Convención. En este sentido, el hecho de que las víctimas compartan unos

---

<sup>215</sup> Respecto a este problema, GIL GIL afirma al analizar los casos chileno y argentino que «la intención de quien elimina masivamente a personas pertenecientes a su propia nacionalidad por el hecho de no someterse a un determinado régimen político no es destruir su propia nacionalidad ni en todo, ni en parte, sino, por el contrario, destruir a la parte de sus nacionales que no se somete a sus dictados» (GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, óp. cit., pág. 183).

<sup>216</sup> GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, óp. cit., pág. 183.

<sup>217</sup> ILC Report, comentario al artículo 17, párrafo 6.

rasgos no es suficiente. Como señala Schabas «el argumento empleado lleva a la conclusión de que toda matanza a gran escala es equivalente al genocidio, porque obviamente cualquier gran grupo de personas pertenecerán a uno o más grupos nacionales»<sup>218</sup>. Tal razonamiento corre el riesgo de privar al genocidio de su verdadero sentido<sup>219</sup>.

### 2.4.3. Categorías incluídas

#### A. Grupo nacional

Cuando Rafael Lemkin esbozó el delito de genocidio, lo hizo tomando como referente único los grupos nacionales, a pesar de que lo hacía con un significado mucho más amplio que el actual<sup>220</sup>. En el caso Akayesu, su definición fue extraída de la sentencia de la CIJ Nottebohm que afirmaba al respecto que:

«De acuerdo con la práctica de los Estados, con las decisiones arbitrales y judiciales y con la opinión de la doctrina, la nacionalidad es un vínculo legal que tiene como base un hecho social de unión, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto a la existencia de derechos y deberes recíprocos. Puede considerarse que constituye la expresión jurídica del hecho de que el individuo al que se le confiere, bien directamente por ley o bien como resultado de un acto de las autoridades, está más directamente conectado con la población del Estado que confiere la nacionalidad que con la de cualquier otro Estado»<sup>221</sup>.

En consecuencia, la sentencia Akayesu definió el grupo nacional como «grupo de personas que comparten un vínculo jurídico basado en la ciudadanía común, aparejada a una reciprocidad de derechos y deberes»<sup>222</sup>.

---

<sup>218</sup> SCHABAS, W. A., «Problems of International Codification- Were atrocities in Cambodia and Kosovo genocide?», óp. cit., pág. 290.

<sup>219</sup> *Ibid.*, pág. 290

<sup>220</sup> LEMKIN, R., *Axis Rule in occupied Europe*, óp. cit., págs. 79 a 95.

<sup>221</sup> *Nottebohm ICJ Judgement*, pág. 23.

<sup>222</sup> *Akayesu Trial Judgement*, párrafo 512: «collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties». En una línea similar, WERLE también subraya la importancia de la nacionalidad como punto de partida ineludible, aunque considera otros rasgos del grupo nacional: la existencia de una historia, costumbres, cultura y lengua comunes, citando como ejemplo las minorías nacionales (*Tratado de Derecho Penal Internacional*, óp. cit., párrafo 586).

Aunque esta definición parece *a priori* satisfactoria, lo cierto es que, al poner el énfasis en el vínculo jurídico, deja fuera del ámbito de protección a gran número de grupos que, a pesar de tener un origen nacional común e identificarse con una misma nacionalidad, no tienen reconocimiento oficial por parte del gobierno competente<sup>223</sup>. Por ejemplo, en el caso de emigrados que residen en otro Estado, claramente constituyen un grupo nacional pero es relativamente usual que no tengan el reconocimiento de su nacionalidad originaria (caso de exiliados políticos, emigrantes ilegales o, simplemente, de estados que no permiten la doble nacionalidad). La adopción de una definición basada en el vínculo jurídico anula la posibilidad de definir el ataque contra ciertas minorías nacionales como genocidio, o bien obligaría a forzar, de nuevo, los límites de los grupos étnicos.

A fin de salvar este importante obstáculo, se plantean otras definiciones más satisfactorias. En este sentido, el informe de la ONU de 1978 del relator Ruhashyamiko, diferenciaba dos sentidos de esta noción: uno político-legal (vinculado a la ciudadanía) y otro etnográfico o sociológico (vinculado al origen)<sup>224</sup>. En mi opinión, es este último el relevante. Una postura similar parece adoptar la Ley estadounidense de transposición de la Convención contra el Genocidio, que define los grupos nacionales como «conjuntos de ciudadanos cuya identidad como tal es propia en términos de nacionalidad o de origen nacional»<sup>225</sup>.

También apoyándose en otros documentos internacionales, Nsereko presenta una definición que limita el grupo nacional a aquel cuyos miembros provienen de una nación o Estado soberano y viven en otro Estado; generalmente tales grupos cuentan con una historia, lengua, raza y cultura comunes<sup>226</sup>. Sin embargo, a mi juicio, requerir que residan en otro Estado es innecesario. Son frecuentes los casos de grupos nacionales que residen en su propio Estado, como también lo son los casos de Estados plurinacionales. Sin embargo, sí me parece útil identificar «nacional» con «origen nacional»<sup>227</sup>, «lugar de origen» o «país de origen»<sup>228</sup>.

---

<sup>223</sup> LÜDERS, B., *Die Strafbarkeit von Völkermord nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof*, óp. cit., págs. 72 a 74.

<sup>224</sup> Informe Ruhashyamiko, párrafos 59 a 64.

<sup>225</sup> Convention Implementation Act, 1987 (Proxmire Act), 1093, 5.

<sup>226</sup> NSEREKO, D., «Genocide: a crime against mankind», óp. cit., pág. 131.

<sup>227</sup> Denominación especialmente relevante puesto que corresponde a los términos empleados por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2) y la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 14). Adoptada también por BASSIOUNI, M. C., *International Criminal Law*, óp. cit., pág. 291.

<sup>228</sup> NSEREKO, D., «Genocide: a crime against mankind», óp. cit., pág. 131.

Especialmente completa me parece la propuesta de Kreß quien, basándose en el concepto de minoría manejado en el Informe sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a una Minoría Étnica, Religiosa y Lingüística de 1977<sup>229</sup>, propone como requisito para el grupo nacional la presencia de alguno (que no todos) de los siguientes parámetros comunes: cultura, historia, modo de vida, idioma y religión. Así, para este autor el reconocimiento constitucional de una nacionalidad es un factor indicativo pero no determinante<sup>230</sup>.

Aunque estas propuestas efectivamente resuelven el problema suscitado por el requisito de un reconocimiento legal, plantean nuevas cuestiones en lo que a diferenciación de grupos nacionales y étnicos se refiere<sup>231</sup>. Así, en realidad, Kreß adopta una definición amplia que abarca a ambos conceptos<sup>232</sup>. En este sentido, Thiam afirma que los grupos nacionales a menudo comprenden varios grupos étnicos, particularmente en África, donde los territorios fueron divididos sin tomar en consideración las distinciones étnicas<sup>233</sup>.

De hecho, ambos conceptos se interrelacionan y complementan hasta tal punto que, durante la elaboración de la Convención, sus redactores consideraron que la introducción de la noción grupo étnico, perfilaba la de los grupos nacionales en su contenido necesario<sup>234</sup>. El representante de la Unión Soviética declaró en este sentido que «un grupo étnico es un subgrupo del nacional, una colectividad menor que la nación pero cuya existencia pudiera ser considerada beneficiosa para la humanidad»<sup>235</sup>. Desde luego, las dificultades en la distinción de ambos conceptos son obvias; con todo, asumiendo como premisa que la protección de todas las categorías previs-

---

<sup>229</sup> Informe Capotorti.

<sup>230</sup> KREß, C., «The Crime of Genocide under International Law», óp. cit., pág. 476. En términos similares, GLASER, quien afirma que lo que caracteriza a una nación son los rasgos históricos y culturales comunes, mientras los vínculos territoriales o con el Estado no le parecen imprescindibles (*Droit International Pénal Conventionnel*, óp. cit., págs. 11-112).

<sup>231</sup> Aunque también respecto a los grupos religiosos, si, como propone KREß, el grupo puede vincularse a una religión que opera como denominador común («The Crime of Genocide under International Law», óp. cit., pág. 476).

<sup>232</sup> Este tipo de definición compensaría para KREß el carácter exhaustivo de la enumeración de los grupos protegidos («The Crime of Genocide under International Law», óp. cit., pág. 476).

<sup>233</sup> Informe Thiam, párrafo 57.

<sup>234</sup> Declaraciones del delegado Petren, de Suecia [Summary Records of the meetings of the Sixth Committee of the General Assembly, UN Doc. A/C.6/SR.73, Seventy-third meeting, Palais de Chaillot, Paris, Tuesday, 12 October 1948 (disponible en ABTAHI, H. y WEBB, P., *The Genocide Convention. The travaux préparatoires*, págs. 1378 y ss)]. Sobre el proceso de redacción, con detalle, SCHABAS, W.A., *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 144.

<sup>235</sup> Declaraciones del delegado Morozov, de la Unión Soviética (UN Doc. A/C.6/SR.74, Seventy-fourth meeting, Palais de Chaillot, Paris, Thursday, 14 October 1948, disponible en ABTAHI, H./ WEBB, P., *The Genocide Convention. The travaux préparatoires*, óp. cit., págs. 1390 y ss).

tas es la misma, en realidad, podría afirmarse que carece de importancia alcanzar una diferenciación pormenorizada y precisa.

Resulta, sin embargo, algo más problemática la distinción entre grupos políticos y nacionales, puesto que, esta vez sí, la frontera que los separa es determinante para la protección de un grupo a efectos de genocidio. Desde luego, como afirmó Verhoeven, aunque existan dudas acerca del contenido exacto de cada uno de los grupos protegidos, lo que sí parece claro es lo que está excluido, y esto es especialmente cierto en el caso de los grupos políticos<sup>236</sup> y, en cierto modo, también en el de los sociales<sup>237</sup>. Aunque con frecuencia se haya tratado de alcanzar la protección de algunos grupos políticos a través de la noción de grupos nacionales, concibiéndola como una suerte de paraguas protector en el que caben diversos subgrupos, la realidad es que tales posturas han tenido una muy escasa aceptación en sede judicial.

En conclusión, la propuesta de definición de los grupos nacionales del TPIR no parece plenamente satisfactoria. De acuerdo con las directrices expuestas, considero que una definición algo más amplia –pero respetuosa con el principio de taxatividad– es lo más aconsejable de cara a la interpretación del precepto por parte de la CPI. En este sentido, la vinculación del grupo nacional al origen nacional común resulta lo más apropiado<sup>238</sup>. Por una parte, se evitan las lagunas que la definición adoptada en Akayesu suscitaba, sin forzar la categoría de grupo étnico para cubrirlas; por otra, marca una diferencia suficiente con los grupos étnicos o los religiosos. Además, resulta lo bastante amplia como para enfrentarse a los problemas de represión de las minorías.

## B. Grupo étnico

La Resolución 96(I) no mencionaba a los grupos étnicos<sup>239</sup>; tampoco lo hacían los borradores elaborados por el Secretariado<sup>240</sup> o por el Comité

---

<sup>236</sup> VERHOEVEN, J., «Le crime de génocide. Originalité et ambiguïté», *óp. cit.*, pág. 21.

<sup>237</sup> WERLE, G., *Tratado Penal Internacional*, *óp. cit.*, párrafo. 586.

<sup>238</sup> Así parece haberlo entendido el TPIY en Popovic al definir al grupo nacional como «persons of common national origin» (*Popovic Trial Judgement*, párrafo 807).

<sup>239</sup> Aunque sí lo estuvo en el primer borrador de la Resolución (UN Doc. A/BUR/50, 2 November 1946, Draft Resolution relating to the crime of genocide proposed by the delegation of Cuba, India and Panama, disponible en ABTAHI, H./ WEBB, P., *The Genocide Convention. The travaux préparatoires*, págs. 3 y ss.).

<sup>240</sup> La lista aprobada por el Secretariado incluía, sin embargo, a grupos raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos o políticos.

*ad hoc*<sup>241</sup>. Fue posteriormente cuando, a propuesta de Suecia, se introdujo el término a fin de incluir a aquellos grupos de bagaje cultural e histórico común que no pudieran ser considerados grupos nacionales, raciales ni religiosos; aunque también con la intención de evitar que los grupos nacionales fueran interpretados como sinónimo de los grupos políticos<sup>242</sup>. Esta propuesta fue aceptada, si bien por un margen muy limitado<sup>243</sup>.

La inicial ausencia de los grupos étnicos no se debía tanto a su exclusión intencionada, sino más bien a la creencia de que ya se hallaban incluidos en alguna de las restantes categorías. Así, durante el proceso de redacción, los delegados plantearon múltiples objeciones por la dudosa autonomía de esta noción. En este sentido, el representante de la URSS manifestó que, en realidad, los grupos étnicos no dejan de ser subgrupos de los nacionales, como una colectividad menor que la nación<sup>244</sup>. Otros Estados pusieron de relieve la inexistencia de una distinción clara entre los grupos étnicos y los raciales<sup>245</sup>.

De hecho, la etnia no es uno de los motivos de discriminación prohibida en el artículo 2.1 de la DUDH, porque se consideraba incluida en las demás categorías<sup>246</sup>. Sí existe una mención expresa tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, art. 27), como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, art. 13.1) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 1.1). Se puede, en consecuencia, concluir que, con todo, la etnia constituye un concepto suficientemente asentado como base de los derechos de un grupo en Derecho Internacional<sup>247</sup>.

---

<sup>241</sup> La enumeración comprendía a grupos nacionales, raciales, religiosos o políticos.

<sup>242</sup> Declaraciones del delegado Petren, de Suecia [Summary Records of the meetings of the Sixth Committee of the General Assembly, UN Doc. A/C.6/SR.73, Seventy-third meeting, Palais de Chaillot, Paris, Tuesday, 12 October 1948 (disponible en ABTAHI, H. y WEBB, P., *The Genocide Convention. The travaux préparatoires*, págs. 1378 y ss)]. A propósito, ROBINSON, N., *The Genocide Convention. A Commentary*, óp. cit., pág. 59.

<sup>243</sup> UN Doc. A/C.6/230/Corr. 1, 13 October 1948, Sweden: amendment to article II of the draft convention on genocide (E/794), [disponible en ABTAHI, H. y WEBB, P., *The Genocide Convention. The travaux préparatoires*, págs. 1984 y ss).

<sup>244</sup> Declaraciones del delegado Morozov, de la Unión Soviética (UN Doc. A/C.6/SR.74, Seventy-fourth meeting, Palais de Chaillot, Paris, Thursday, 14 October 1948, disponible en ABTAHI, H./ WEBB, P., *The Genocide Convention. The travaux préparatoires*, óp. cit., págs. 1390 y ss).

<sup>245</sup> Acerca del proceso de redacción, con detalle, SCHABAS, W.A., *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 145.

<sup>246</sup> «Raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición», artículo 2.1 DUDH.

<sup>247</sup> De esta opinión, MAIZLISH, D. A., «In whole or in part: groups rights, the intent element of genocide, and the «quantitative criterion»», óp. cit., nota 35.



Ahora bien, se trata, sin duda, de la categoría más difícil de definir, precisamente por su naturaleza mixta<sup>248</sup>, sus contornos extremadamente borrosos no solo respecto a los grupos raciales, sino también respecto a los nacionales<sup>249</sup> y su vocación de cubrir aquellas lagunas de protección dejadas por los conceptos más estrictos de los grupos nacional, racial o religioso<sup>250</sup>.

La sentencia Akayesu estableció al respecto que «[e]l grupo étnico generalmente se define como aquel cuyos miembros comparten una lengua o cultura común»<sup>251</sup>. En general, puede decirse que esta definición ha sido adoptada por la jurisprudencia posterior<sup>252</sup>. Sin embargo, son llamativos los problemas surgidos en la aplicación del concepto al conflicto en Ruanda. Como fue expuesto, hutus y tutsis compartían tanto la lengua como la cultura y, por tanto, aunque tradicionalmente fueran considerados grupos étnicos, en rigor no lo eran. En última instancia estos problemas fueron solucionados a través del criterio de la estabilidad y del criterio subjetivo, sin embargo este tipo de desajustes en un caso tan claro como el de Ruanda, ponen de manifiesto las carencias de la definición adoptada por el tribunal.

Aunque esencialmente parece cierto que idioma y cultura son rasgos definitorios del grupo étnico, pueden ser introducidos algunos matices. Así, para el relator Doudou Thiam, los grupos étnicos «están basados en valores culturales, caracterizados por un modo de vida, un modo de pensar y el mismo modo de ver la vida»<sup>253</sup>. También la Ley estadounidense subraya la importancia de los factores culturales al definir un grupo étnico como «el conjunto de individuos cuya identidad es un distintivo en términos de tradiciones culturales o de herencia común»<sup>254</sup>.

Desde la doctrina, parece frecuente la identificación de la etnia con parámetros culturales —especialmente, en contraposición al carácter físico de

---

<sup>248</sup> Apunta WERLE que en ocasiones es una noción tratada como una subespecie del grupo nacional, mientras otras veces se trata un equivalente a la raza (WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, óp. cit., párrafo 587).

<sup>249</sup> KREB, por ejemplo, estudia conjuntamente los grupos nacionales y étnicos («The Crime of Genocide under International Law», óp. cit., pág. 476).

<sup>250</sup> Así PLANZER, A., *Le crime de génocide*, óp. cit., pág. 97.

<sup>251</sup> *Akayesu Trial Judgement*, párrafo 513.

<sup>252</sup> *Kayishema and Ruzindana Trial Judgement*, párrafo 98; *Karempera Decision on Judicial Notice (Appeal Chamber)*. En el Informe para Darfur de nuevo se hacía mención a individuos «que comparten idioma común, así como tradiciones o herencia cultural común» (Informe UNCOI sobre Darfur, párrafo 494).

<sup>253</sup> ILC Report, párrafo 58.

<sup>254</sup> Convention Implementation Act, 1987 (Proxmire Act), 1093.2.

la raza<sup>255</sup>-. Por ejemplo, Planzer se refiere al idioma o cultura común, pero también a la base geográfica que ha de tener tal grupo<sup>256</sup>. No obstante, para Werle, tal localización geográfica puede darse pero no es imprescindible; lo que sí resulta indispensable es la existencia de una determinada tradición cultural y un desarrollo histórico común, en la medida en que «los miembros del grupo hablan la misma lengua, tienen usos y costumbres comunes y una forma de vida también común»<sup>257</sup>. Otros autores atribuyen a esta categoría ciertos rasgos físicos<sup>258</sup>, lo cual dificulta aún más la diferenciación con los grupos raciales, o requisitos de nacionalidad común<sup>259</sup>, que obstaculiza su distinción con los grupos nacionales.

Para Shaw resulta más aconsejable considerar las nociones de raza y etnia conjuntamente que buscar definiciones demasiado rigurosas que luego traen consigo lagunas de difícil solución<sup>260</sup>. En esta línea, aunque dando un paso más, Schabas afirma que lo adecuado sería tomar el concepto como sinónimo de otros de los elementos de la enumeración, abarcando ciertos rasgos de los grupos nacional, racial y religioso<sup>261</sup>.

Desde otras ramas del conocimiento, como la sociología, se aportan interesantes elementos subjetivos. Al respecto, afirma Weber:

«Un grupo étnico es aquel cuyos miembros poseen una creencia subjetiva de su ascendencia común sustentada en rasgos comunes de tipo físico, consuetudinario o en ambas, o debido a reminiscencias de la colonización»<sup>262</sup>.

Es, posiblemente, esta última línea la más adecuada para la resolución del problema, puesto que si en las restantes categorías ya surgían proble-

---

<sup>255</sup> Por ejemplo, WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, óp. cit., párrafo 87: «No se exigen características «raciales» comunes para afirmar la existencia de una etnia».

<sup>256</sup> PLANZER, A., *Le crime de génocide*, óp. cit., pág. 97.

<sup>257</sup> WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, óp. cit., párrafo 587.

<sup>258</sup> En esta línea, GLASER requiere que los grupos étnicos tengan la misma raza (*Droit International Pénal Conventionnel*, óp. cit., págs. 111-112).

<sup>259</sup> NSEREKO, D., «Genocide: a crime against humanity», óp. cit., pág. 131.

<sup>260</sup> SHAW, M. N., «Genocide and International Law», óp. cit., pág. 807.

<sup>261</sup> De hecho, en términos generales, SCHABAS afirma que el contenido de cada una de las categorías se está estrechando de forma llamativa respecto a su significado original en 1948, como resultado de la búsqueda de significados autónomos (SCHABAS, W.A., *Genocide in International Law*, óp. cit., págs. 124 y ss.).

<sup>262</sup> WEBER, M., «What is an ethnic group?», in GUIBERNAU, M. y REX, J., *The ethnicity reader: Nationalism, Multiculturalism and Migration*, Cambridge, 1997, pág. 575.

mas en la aplicación de criterios objetivos, estos se agravan especialmente en el caso de los grupos étnicos<sup>263</sup>.

En definitiva, a la vista de los obstáculos suscitados a la hora de aplicar esta categoría en sede del TPIR, parece evidente que hubiera sido más aconsejable la adopción de una definición más amplia, que encontraría su fundamento en documentos internacionales de reconocido valor y en aportaciones doctrinales al respecto. Así, considero que resulta más apropiado un concepto que ponga el énfasis en la creencia subjetiva de pertenecer a un grupo étnico común, basado *alternativamente* en costumbre, tradición histórica, cultura o idioma. Es decir, el carácter de esta definición debe ser cultural, en oposición al carácter físico del racial. Dicho carácter cultural es el que precisamente justifica la subjetivización de la definición; aun cuando todos los conceptos manejados hasta el momento son en mayor o menor medida subjetivos, el caso de la etnia es particularmente claro. Por el contrario, parece que poco puede aportar la referencia geográfica que, aunque efectivamente puede constatar en algunos casos, no es un elemento imprescindible en la definición.

### C. Grupo racial

En la sentencia Akayesu, la Sala de Primera Instancia del TPIR estableció que:

«La definición convencional del grupo racial está basada en rasgos físicos hereditarios a menudo identificados con un región geográfica, independientemente de factores lingüísticos, culturales, nacionales o religiosos»<sup>264</sup>.

La primera objeción no se dirige específicamente contra la definición proporcionada por el tribunal, sino contra el concepto de raza tradicionalmente manejado. Según el artículo 1 de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales de 27 de noviembre de 1978, «[t]odos los seres humanos pertenecen a una especie única y descienden de una rama común»<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> Sobre su especial conflictividad, VERDIRAME, G., «The genocide definition in the jurisprudence of the ad hoc tribunals», *óp. cit.*, pág. 592.

<sup>264</sup> *Akayesu* Trial Judgement, párrafo 514: «The conventional definition of racial group is based on the hereditary physical traits often identified with a geographical region, irrespective of linguistic, cultural, national or religious factors».

<sup>265</sup> Declaration on Race and Race prejudices of 27 November 1978, artículo 1.1: «All human beings belong in a single species and are descended from a common stock».

Efectivamente, según afirma la UNESCO, los científicos han determinado de común acuerdo que la humanidad es solo una, que todos los hombres proceden de una especie: el *homo sapiens*. A partir de esta especie única, las razas se definen desde un punto de vista biológico, como uno de los grupos de población que constituyen la especie *homo sapiens* que, debido a una serie de barreras que en el pasado los mantuvo más o menos separados, muestran ciertas diferencias físicas como resultado de historias biológicas distintos<sup>266</sup>.

No obstante, aun tomando como punto de partida esta premisa, es necesario establecer una definición para la noción de raza no solo porque, adecuadamente o no, aparece expresamente mencionada en la Convención<sup>267</sup>, sino porque los términos «racial», «raza», «racismo» y «grupo racial» siguen siendo ampliamente utilizados y deben, por tanto, ser definidos. Habrá que considerarlos construcciones sociales y no expresiones científicas<sup>268</sup> y como tal debe asumirse la definición del TPIR, que goza de gran respaldo en la doctrina, especialmente en lo que se refiere al carácter hereditario de estos rasgos<sup>269</sup>.

El problema ya manifestado respecto a la diferenciación entre raza y etnia debe resolverse poniendo el énfasis en los rasgos físicos, en oposición al carácter eminentemente cultural de la etnia<sup>270</sup>. Para Shaw, tal diferenciación, aunque adecuada, es difícilmente viable en la práctica<sup>271</sup>. En todo caso, cabe recordar que el texto legal otorga protección a ambas categorías por igual, por lo tanto una diferenciación pormenorizada perdería importancia.

Por tanto, respecto a la definición del grupo racial, considero que el eje de la definición debe situarse en el carácter físico (y, en consecuencia, hereditario), en oposición al carácter cultural de las etnias. Partiendo del hecho de que científicamente las razas no existen, debe dejarse atrás la concepción clásica de raza para adoptar un concepto únicamente basado

---

<sup>266</sup> Four Statements on the Race Question, UNESCO, 1969, 1 Statement of race, pág. 30.

<sup>267</sup> Su introducción en la Convención contra el Genocidio no fue polémica, siendo el concepto que menos problemas suscitó (SCHABAS, W.A., *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 139).

<sup>268</sup> SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 143.

<sup>269</sup> KREB, C., «The Crime of Genocide under International Law», óp. cit., pág. 478; GLASER, S., *Droit International Pénal Conventionnel*, óp. cit., págs. 111 y 112; NSEREKO, D., «Genocide: a crime against mankind», óp. cit., pág. 131; WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal*, óp. cit., párrafo 588; también la Convention Implementation Act, 1987 (Proxmire Act), 1093.6.

<sup>270</sup> Informe Thiam, para. 58.

<sup>271</sup> De hecho, este autor propone más bien, su consideración conjunta, para así evitar posibles lagunas (SHAW, M.N., «Genocide and International Law», óp. cit., pág. 807).

en la presencia de una serie de rasgos físicos hereditarios relevantes en un grupo. En este sentido, Schabas plantea la calificación de hutus y tutsis como grupo racial, argumentando que solo el sentimiento social de rechazo hacia la categoría de «raza» puede explicar que no se recurriera a esta categoría que *a priori* podía resultar más adecuada al conflicto ruandés, tomando como punto de partida las definiciones del tribunal<sup>272</sup>.

#### D. Grupo religioso

Aunque, de acuerdo al denominado prototipo europeo, los grupos religiosos constituyen uno de los casos más claros de grupo víctima de genocidio, lo cierto es que durante la redacción de la Convención se produjo cierta controversia. Quienes se oponían a su inclusión defendían que estos grupos carecían de la estabilidad necesaria, puesto que es posible abandonar un grupo religioso<sup>273</sup>; además, generalmente estos se planteaban conjuntamente con otras categorías, como la nacional<sup>274</sup>.

Sin embargo, apunta Werle que se trata de grupos formados a lo largo de la historia, de rasgos constantes y carácter estable, de forma similar a los grupos nacionales y étnicos<sup>275</sup>. Además, resulta indudable que los grupos religiosos han sido objeto de protección del Derecho Internacional desde los tratados de protección de minorías posteriores a la Primera Guerra Mundial, hasta nuestros días<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> SCHABAS, W. A., «Groups protected by the Genocide Convention: conflicting interpretations from the International Tribunal for Rwanda», *óp. cit.*, pág. 380. Son numerosas, sin embargo, las teorías que rechazan la existencia de una serie de rasgos físicos que diferencien a hutus y tutsis y más bien defienden que se trata de categorías socioeconómicas, que posteriormente fueron impuestas artificialmente por los colonos belgas, que las declararon étnicas.

<sup>273</sup> Declaraciones del delegado Shawcross, del Reino Unido, UN Doc. A/C.6/SR.69, Sixty-ninth meeting, Palais de Chaillot, Paris, Thursday, 7 October 1948 (disponible en ABTAHI, H. y WEBB, P., *The Genocide Convention. The travaux préparatoires*, *óp. cit.*, págs. 1354 y ss).

<sup>274</sup> Así, la URSS propuso que los grupos religiosos fueran considerados subgrupos de los nacionales, puesto que en todos los casos suscitados los motivos religiosos estaban conectados a los motivos nacionales o raciales [UN Doc. A/C.6/223 Corr.1, 7 October 1948, Union of Socialist Republics: amendments to article II of draft convention on genocide (disponible en ABTAHI, H. y WEBB, P., *The Genocide Convention. The travaux préparatoires*, *óp. cit.*, págs. 1354 y ss)]. La propuesta fue rechazada por 40 votos contra cinco y una abstención (ROBINSON, N., *The Genocide Convention. A Commentary*, *óp. cit.*, pág. 60).

<sup>275</sup> WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, *óp. cit.*, párrafo 589; también SCHABAS, W.A., *Genocide in International Law*, *óp. cit.*, pág. 147.

<sup>276</sup> Respecto a la personalidad legal de los grupos religiosos, MAIZLISH, D.A., «In whole or in part: groups rights, the intent element of genocide, and the “quantitative crite-

A propósito de su falta de autonomía respecto a las restantes categorías de grupos, como afirma Nsereko, en ciertos casos, como los de los judíos o los sikh, la religión se une a la raza de forma difícilmente separable<sup>277</sup>. Además, con frecuencia, se persigue a grupos religiosos en tanto grupos políticos, bajo la justificación de «razones de Estado»<sup>278</sup>. En tales casos, no debe emplearse la protección garantizada a grupos religiosos<sup>279</sup>.

Así las cosas, resulta llamativa la sentencia Jelisic, en la que la Sala de Primera Instancia del TPIY afirmaba que la determinación objetiva de los grupos religiosos es posible, en oposición a la de los restantes grupos que, según el criterio del tribunal, no lo es<sup>280</sup>. En la sentencia referencia en esta materia, el caso Akayesu, se expuso la siguiente definición:

«El grupo religioso es aquel cuyos miembros comparten la misma religión, confesión o forma de rendir culto»<sup>281</sup>.

Nuevos matices han sido introducidos por la sentencia Popovic del TPIY, que define al grupo religioso como «cualquier comunidad religiosa unida por un mismo ideal religioso»<sup>282</sup>.

En términos generales, la doctrina ha venido aceptando este tipo de definiciones<sup>283</sup>, con ciertas excepciones<sup>284</sup>. Kreß, por su parte, a pesar de seguir una línea similar a la marcada por el TPIR, señala otros caracteres fundamentales, como el hecho de que no sea necesario un cierto grado de organización pero sí que la agrupación sea de carácter estable, articulada en torno a una religión en sentido amplio. Ahora bien, resulta fundamental para este autor que tales grupos sean diferenciados de grupos que comulgan con una filosofía de vida común que, sin embargo, no constituye una religión<sup>285</sup>.

---

tion”», óp. cit., pág. 1378, nota 37.

<sup>277</sup> NSEREKO, D., «Genocide: a crime against mankind», óp. cit., pág. 132.

<sup>278</sup> PLANZER, A., *Le crime de génocide*, óp. cit., pág. 98; de la misma opinión SHAW, M.N., «Genocide and International Law», óp. cit., pág. 807.

<sup>279</sup> Por todos, WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, óp. cit., párrafo 590.

<sup>280</sup> *Jelisic Trial Judgement*, párrafo 70.

<sup>281</sup> *Akayesu Trial Judgement*, párrafo 515.

<sup>282</sup> *Popovic Trial Judgement*, párrafo 809.

<sup>283</sup> Por ejemplo, WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, óp. cit., párrafo 590. NSEREKO, D., «Genocide: a crime against mankind», óp. cit., pág. 132; PLANZER, A., *Le crime de génocide*, óp. cit., pág. 98; Convention Implementation Act, 1987 (Proxmire Act), 1093. 7.

<sup>284</sup> SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 148; también en este sentido, el Informe UNCOI sobre Darfur, párrafo 494.

<sup>285</sup> KREß, C., «The Crime of Genocide under International Law», óp. cit., pág. 479.

Dos cuestiones se revelan como especialmente problemáticas en la definición del grupo religioso. Por una parte, el estatus de las sectas; y, por otra, la posibilidad de entender protegidos a los ateos.

En cuanto a las sectas, resulta complicado determinar si pueden entenderse protegidas a efectos de genocidio. En principio, a la vista de la definición dada por el tribunal, la respuesta parece ser afirmativa<sup>286</sup>. Para Kreß, el énfasis debe estar en la estabilidad, de acuerdo con los criterios manejados por los redactores de la Convención<sup>287</sup>. Shaw, en la línea de lo dispuesto por el Comité de Derechos Humanos<sup>288</sup>, considera que un criterio para otorgar protección deberá ser que el grupo no se encuentre involucrado en actividades criminales<sup>289</sup>. A mi juicio tal requisito no se extrae del texto legal y, lo que es más, tampoco se plantea en las demás categorías de grupos<sup>290</sup>, por lo que no puede de ningún modo ser aceptado. Asunto distinto es que un conjunto de individuos se constituya en apariencia como grupo religioso con el único fin de establecer una organización criminal dedicada a la delincuencia, ya que su verdadera naturaleza no sería de tipo religioso.

Respecto a los ateos, la cuestión es algo más compleja. Todavía no existe jurisprudencia alguna por parte de los tribunales penales internacionales, ni tampoco la definición propuesta en Akayesu permite concluir nada de forma fehaciente. En general, la mayor parte de la doctrina se muestra contraria<sup>291</sup>, con pocas excepciones<sup>292</sup>. Los problemas parecen

---

<sup>286</sup> NSEREKO, D., «Genocide: a crime against mankind», óp. cit., pág. 13; WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, óp. cit., pág. 590.

<sup>287</sup> KREß, C., «The Crime of Genocide under International Law», óp. cit., pág. 479.

<sup>288</sup> Caso en el que, a pesar de afirmar que la religión no debía limitarse a religiones tradicionales o de carácter institucional, negaron la protección del Pacto a un grupo llamado Asamblea de la Iglesia del Universo porque se dedicaba al tráfico de drogas (*MAB, WAT and JAYT v. Canada*, n° 570/1993). También la Corte Europea de Derechos Humanos en *Kokkinakis v. Greece* muestra su preocupación de que las sectas puedan aprovecharse ilegítimamente de la libertad religiosa (Decisión 25 de mayo de 1995).

<sup>289</sup> SHAW, M. N., «Genocide and International Law», óp. cit., pág. 807.

<sup>290</sup> En determinados conflictos étnicos puede ser muy común que los grupos se dediquen a actividades delictivas como, por ejemplo, los crímenes de guerra. Este caso se plantea en Ruanda (donde Paul Kagame podría verse involucrado en supuestos de este tipo) o en los Balcanes (donde los acusados ante el Tribunal pertenecen a todos los grupos). Este hecho no solo no impide su consideración como grupo protegido sino que ni siquiera suscita dudas al respecto.

<sup>291</sup> WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, óp. cit., párrafo 590; SHAW, M.N., «Genocide and International Law», óp. cit., pág. 807; KREß, C., «The Crime of Genocide under International Law», óp. cit., pág. 479; SCHABAS, W.A., *Genocide in International Law*, óp. cit., pág. 149; de forma implícita, Informe UNCOI sobre Darfur, párrafo 494; BYRON, C., «The Crime of Genocide», óp. cit., pág. 159; GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, óp. cit., pág. 186.

<sup>292</sup> SAFFERLING, C., «Wider die Feinde der Humanität- Der Tatbestand des Völkermords nach der Römischen Konferenz», *Juristische Schulung*, 2001, 8, pág. 738; LIPPMAN,

provenir de su falta de estabilidad y de vinculación –lo que Shaw denomina su «naturaleza amorfa»<sup>293</sup>– y su posible carácter político.

Centrándose solo en los problemas de su naturaleza y asumiendo que efectivamente constituyen un grupo cohesionado y estable, no parece existir inconveniente alguno en entender que el grupo ateo es un grupo protegido. Como señalé, no parece que en estos casos se trate de una condición negativa como tal. De nuevo, es posible y relativamente frecuente que, en este caso, la naturaleza religiosa se vincule a una de tipo político, por ello, habrá que atender a la intención del sujeto activo del delito.

Por tanto, me parece válida la definición ofrecida por el tribunal, siempre y cuando se interprete de tal forma que admita creencias politeístas, monoteístas y ateístas, sean tradicionales o no, y abarque a cualquier otro tipo de agrupación de carácter religioso, incluidas las sectas.

### III. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, es posible concluir que los grupos son efectivamente merecedores de protección en el ámbito penal internacional y que dicha protección se articula a través de la prevención y castigo del genocidio. No obstante, partiendo de la formulación del precepto y de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales al respecto, se evidencia que no todos los grupos pertenecen al ámbito de aplicación de este delito.

Según lo analizado, el grupo es un elemento normativo del delito de genocidio, que debe entenderse como conjunto de individuos que comparten la naturaleza nacional, étnica, racial o religiosa y que presentan una serie de rasgos, aquí denominados criterios. Si bien ambos ejes de la definición –criterios y naturaleza– han sido analizados de forma independiente, lo cierto es que en la práctica operan de forma conjunta. Por ejemplo, en ocasiones, la naturaleza habrá de ser valorada de acuerdo a criterios subjetivos, apreciando si los sujetos se percibían como grupo étnico o si lo hacían de forma estable.

En lo que respecta a los criterios, la definición del grupo pasa por ser, necesariamente, una combinación de aquellos de carácter objetivo (criterio de estabilidad y criterios de delimitación) y subjetivo (identificación). Una definición del grupo íntegramente basada en parámetros subjetivos

---

M., «The convention on the prevention and punishment of the crime of genocide fifty years later», óp. cit., pág. 456; NSEREKO, D., «Genocide: a crime against mankind», óp. cit., pág. 132.

<sup>293</sup> SHAW, M. N., «Genocide and International Law», óp. cit., pág. 807.



resultaría inaceptable a efectos del respeto de los principios; no obstante, una definición enteramente determinada a partir de aspectos objetivos sería demasiado rígida y alejada de la realidad, revelándose incapaz de proteger los grupos como entes subjetivos que son. Por lo tanto, para alcanzar el equilibrio, resulta imprescindible valorar ambos tipos de criterios<sup>294</sup>.

Así parece haber procedido la jurisprudencia en el contexto ruandés, donde los tutsis fueron considerados grupos étnicos porque: fueron diferenciados por los colonos belgas cuando establecieron un sistema de carnés de identidad diferentes para cada grupo [criterio objetivo-estabilidad]; la adscripción al grupo se producía con nacimiento, cuando el padre fuera de la etnia tutsi [criterio objetivo-estabilidad]; la distinción fue confirmada por la autoidentificación del grupo, así como por la percepción de los agresores y de toda la sociedad [criterio subjetivo]; se trataba de eliminar al grupo como un todo, constituido por los tutsis de Ruanda [criterio de delimitación]

Aunque el esquema mostrado pueda ser de utilidad para la combinación de los criterios expuestos cabe decir que, en la medida en que la estructura del delito está marcada por la presencia de la especial intención de destruir al grupo, nada en este puede ser calificado como enteramente objetivo. Así, el criterio de estabilidad suele considerarse objetivo; sin embargo, lo cierto es que está en gran medida determinado también por rasgos de carácter claramente subjetivo.

Por ejemplo, la adscripción al grupo es uno de los elementos que compone el criterio de estabilidad. En el caso del judaísmo, es la madre quien condiciona la pertenencia al grupo del hijo, por lo tanto, el hijo de un gentil y una judía, sería judío. Sin embargo, la pertenencia al grupo de los hutus está marcada por la etnia del padre; por tanto, el hijo de una tutsi y un hutu, sería hutu. Desde un punto de vista científico (y, por tanto, objetivo) no parece existir justificación alguna para que estas normas difieran de un contexto a otro. Se evidencia de este modo que estas normas de adscripción al grupo —es decir, la base de su carácter estable— son también parcialmente subjetivas, como también lo son las de abandono del grupo.

Por su parte, la naturaleza del grupo siempre debe ser tenida en cuenta como límite a los criterios en el sentido que no todos los conjuntos de individuos que constituyan un grupo estable, cohesionado, independiente y que se perciba como tal será relevante, sino solo si su naturaleza es nacional, étnica, racial o religiosa. Todas aquellas interpretaciones que la ig-

---

<sup>294</sup> Informe UNCOI sobre Darfur; en el mismo sentido, *Rutaganda Trial Judgement*, párrafo 57. En los mismos terminos, *Musema Trial Judgement*, párrafo 162.

noren –como la interpretación extensiva del criterio de estabilidad– no son conforme a Derecho, puesto que vulnerarán el principio de legalidad. Con todo, hay que lamentar su inclusión que convierte a la definición de los grupos en excesivamente estricta, rígida y limitada, incapaz de adaptarse a la esencia de los grupos humanos.

La adopción de una definición de los grupos en los términos propuestos contribuiría a dotar de uniformidad en la aplicación de este delito en el marco del Derecho Penal Internacional. Los ejes de dicha elaboración del concepto de grupo se encuentran ampliamente reconocidos por cuanto parten, en mayor o menor medida, de las sentencias de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*. En la actualidad, con la inminente puesta marcha de la Corte Penal Internacional en materia de genocidio, urge la búsqueda de criterios sólidos de interpretación del delito, que permitan una resolución homogénea de la casuística suscitada, lo cual, sin duda, redundará en última instancia en un fortalecimiento de los estándares de la propia Corte Penal Internacional y, en definitiva, de la justicia internacional.

# LA RESPONSABILIDAD POR MANDO EN EL ESTATUTO DE ROMA Y SU TRASLACIÓN AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL<sup>1</sup>

Patricia Faraldo Cabana  
*Catedrática de Derecho Penal*  
Universidade da Coruña

## SUMARIO

I. Introducción. II. La responsabilidad de los jefes y otros superiores en el Estatuto de Roma. III. La responsabilidad por mando en el Código PEnal Español. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

En 1994, aprovechando el impulso resultante de la creación de los Tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió retomar los trabajos ya iniciados en 1948 para establecer un Tribunal penal internacional permanente<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido posible gracias a la concesión de los proyectos de investigación «Espacio y Derecho Penal» (DER2008-01523/JUR1), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y «Medidas alternativas a la privación de libertad» (código 10PXIB101082PR), financiado por la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia, otorgados al equipo investigador que dirijo.

<sup>2</sup> Se tomó como referencia el Proyecto de Estatuto para un Tribunal penal internacional elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en 1994, que derivó en un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en 1996, en el cual se recomendaba a la Asamblea General que convocara una conferencia internacional de

La aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, convocada al efecto por las Naciones Unidas, supuso un gran paso en la creación de una jurisdicción penal internacional permanente y de carácter general, paso que ya no admite marcha atrás, una vez que ha entrado en vigor el Estatuto, al conseguirse el número de firmas necesario<sup>3</sup>.

Por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, el Parlamento autorizó la ratificación por España del Estatuto de Roma, que tuvo lugar el 24 de octubre de 2000. Pero con ello no terminaron nuestras obligaciones internacionales, pues era necesario que nuestro país procediera a adaptar el Ordenamiento jurídico interno a los principios del Estatuto de Roma, esto es, que procediera a «implementarlo» con el fin de conseguir la armonización de la legislación nacional con el Estatuto<sup>4</sup>. Y es que la Corte Penal Internacional solo actúa de acuerdo con el principio de complementariedad, lo que supone que los Estados signatarios han de asumir la represión de los atentados contra los derechos humanos que se cometan en su territorio, incluyendo en su legislación penal tanto los delitos sancionados en el Estatuto como los principios generales sobre la exigencia de responsabilidad a los distintos intervinientes<sup>5</sup>.

Ya en 2001 el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española había elaborado una «Propuesta de modificación del Código penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado»<sup>6</sup>, en la que se

---

plenipotenciarios para examinar el proyecto de estatuto y una convención sobre la creación de un Tribunal penal internacional. Sobre los trabajos desarrollados por la Comisión de Derecho Internacional *vid.* LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 44 y ss.; URIOS MOLINER, S., «Antecedentes históricos de la Corte Penal Internacional», en GÓMEZ COLOMER, J. L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y CARDONA LLORÉNS, J. (coords.), *La Corte Penal internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 37 y ss.

<sup>3</sup> Según el art. 126 del Estatuto, este «*entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión*».

<sup>4</sup> Sobre lo que significa la obligación de implementación para los Estados signatarios, *vid.* TRIFFTERER, O., «Domésticos de ratificación e implementación», en AMBOS, K. (coord.), *La nueva Justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 25 y ss.

<sup>5</sup> Sobre las lagunas de punición que supone la ausencia de implementación en la legislación interna, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español», en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.), *El Derecho penal internacional*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001, Madrid, pp. 16 y ss.

<sup>6</sup> Publicada en el núm. 78 de la *Revista Española de Derecho Militar*.

proponía añadir en el Capítulo IV del Título XXIV del Código penal un art. 616 *bis* que habría de acoger la regulación del art. 28 del Estatuto de Roma. Por su parte, en 2002 el Grupo de Estudios de Política Criminal había señalado que «debe promoverse una reforma del ordenamiento español con arreglo a los siguientes principios: (...) 4. Regulación de la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y/ o militares que, sin haber intervenido como ejecutores materiales ni inductores directos, hayan organizado, controlado o no impedido la ejecución de estos delitos»<sup>7</sup>. Pese a estas iniciativas doctrinales, hubo que esperar a la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para que, además de modificar en profundidad los delitos contenidos en el Título XXIV<sup>8</sup>, se procediera a la regulación de la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y/o militares que, sin haber intervenido como ejecutores materiales ni inductores, no han impedido la ejecución de estos delitos o no los han perseguido. Queda por ver si se ha hecho respetando la regulación contenida en el Estatuto, para determinar lo cual es necesario estudiar, en primer lugar, la responsabilidad de los jefes y otros superiores en el Estatuto de Roma<sup>9</sup>, poniendo especial énfasis en la equivalencia de los conceptos empleados allí respecto de los utilizados en la dogmática penal española, con el fin de determinar si los cambios que se han producido en la legislación interna son suficientes; y en segundo lugar, la adaptación de la legislación penal española operada en esta materia por la Ley Orgánica 15/2003, y en particular la introducción de la responsabilidad por mando en el art. 615 *bis* CP. No olvidemos que la redacción definitiva del Estatuto tuvo lugar en el seno de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios en Roma, en la que se llegó a textos transaccionados cuya complejidad, fruto de la existencia de distintas tradiciones jurídicas, y equivalencia en las categorías jurídico-penales con las que operamos en España debe ser objeto de estudio en este momento.

---

<sup>7</sup> GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 13.

<sup>8</sup> Con el confesado propósito de «coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional», según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003.

<sup>9</sup> Ya he tenido ocasión de analizar las formas de autoría y participación en FARALDO CABANA, P., «Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, julio 2005, núm.16, pp. 29-78, trabajo que es el origen de este.

## II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES Y OTROS SUPERIORES EN EL ESTATUTO DE ROMA

El art. 28 del Estatuto de Roma lleva por título «responsabilidad de los Jefes y otros superiores»<sup>10</sup>. De redacción similar son el art. 7.1 del Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia, y el art. 6.1 del Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda, respectivamente.

Como antecedente de esta regulación hay que recordar el art. 86.2 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario aplicable a las Víctimas de los Conflictos Armados. Este precepto dispone que «el hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no

---

<sup>10</sup> Art. 28 del Estatuto: «Además de otras causas de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. El Jefe militar o el que actúe efectivamente como Jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento».

tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción»<sup>11</sup>.

El consenso acerca de la necesidad de sancionar al superior en estos casos es prácticamente unánime, pudiendo decirse que en la actualidad se ha convertido en una norma de Derecho internacional consuetudinario aplicable a conflictos armados tanto de carácter internacional como no internacional<sup>12</sup>. Véase el principio 9 de los Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional adoptados por el Grupo de Bruselas por la justicia internacional, que señala que «el superior jerárquico es responsable del comportamiento de sus subordinados en todos los casos en que ha tenido, o debería haber tenido, conocimiento de su comportamiento, y que tenía el poder de prevenir o hacerlo cesar», subrayando que «la responsabilidad del superior jerárquico no exonera de responsabilidad al subordinado».

La expresa admisión de la autoría mediata con un ejecutor penalmente responsable, cuyo prototipo es el dominio de la organización, en el art. 25.3 del Estatuto no sustituye al concepto de responsabilidad por mando, conocido tanto en el Derecho penal internacional como en el interno, pues la autoría mediata, «a diferencia del concepto de responsabilidad por mando, no genera responsabilidad por omisiones sino por actos, y por ende los dos conceptos son complementarios»<sup>13</sup>.

De acuerdo con el art. 25.3 del Estatuto, «de conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable».

---

<sup>11</sup> Sobre los orígenes, extensión y límites de la responsabilidad por mando en el Derecho internacional, con extensas citas jurisprudenciales, *vid.* MAUGERI, A. M., *La responsabilità da comando nello statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 84 y ss.; PAUST, J. J., «Superior Orders and Command Responsibility», en CHERIF BASSIOUNI, M. (ed.), *International Criminal Law. I. Crimes*, 2<sup>nd</sup> Transnational Publishers, Ardsley, 1999, pp. 223 y ss.; SCHABAS, W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 84-85; WALLACH, E./ MARCUS, I. M., «Command Responsibility», en CHERIF BASSIOUNI, M. (ed.), *International Criminal Law. Volume III. International Enforcement*, 3<sup>rd</sup> ed., Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, pp. 459 y ss.; DOMÍNGUEZ MATÉS, R., «La doctrina de la responsabilidad del mando a la luz de la actual jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia», *Revista Española de Derecho Militar*, 91, enero-junio 2008, p. 17 y ss.

<sup>12</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, 2005, 558.

<sup>13</sup> AMBOS, K., «Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional», *Revista Penal* núm.7, enero 2001, p. 16; del mismo autor, «La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional», en AMBOS, K. (coord.), *La nueva Justicia*, cit., pp. 196 y ss., donde habla de las diferentes caras de la misma moneda; del mismo autor, «Os princípios gerais de direito penal no Estatuto de Roma», en CHOUKR, F. H. y AMBOS, K. (orgs.), *Tribunal Penal Internacional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 35.

Se recogen aquí las tres formas de autoría: autoría única, coautoría y autoría mediata. Por primera vez se reconoce expresamente la posibilidad de que exista un autor mediato con un ejecutor penalmente responsable. Ello supone la consagración legislativa en el Derecho penal internacional de la propuesta de Roxin acerca de la autoría mediata con aparatos organizados de poder<sup>14</sup>.

En la doctrina se suele afirmar que nos encontramos ante un delito de comisión por omisión<sup>15</sup>, pero a mi juicio al sostener esto se incurre en un equívoco. Esta expresión alude únicamente a aquellas omisiones penales referidas a resultado y equivalentes a la comisión que no se contemplan en precepto legal alguno con una descripción típica negativa. Por tanto, la denominación «delito de comisión por omisión» no es aplicable a aquellos supuestos de omisión y resultado específicamente previstos, como es el caso que nos ocupa, que ya configuran expresamente la posición de garante<sup>16</sup> y consideran estructuralmente equivalentes la omisión y la causación activa del resultado<sup>17</sup>.

Para justificar la posición que he adoptado conviene efectuar algunas precisiones en torno a los conceptos de omisión propia o pura, omisión impropia y comisión por omisión, advirtiendo que el punto de vista del que parto para efectuar la distinción no es el único que se utiliza en la doctrina<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Sobre esta cuestión *vid.* ampliamente FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; sobre la aceptación de la teoría del dominio del hecho para interpretar las formas de autoría en Derecho penal internacional, *vid.* AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Duncker&Humblot, Berlin, 2002, pp. 547-548.

<sup>15</sup> *Vid.* por ej., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Los principios generales del Derecho penal en el Estatuto de Roma», *Revista Española de Derecho Militar*, 75, enero-junio 2000, p. 411.

<sup>16</sup> En este sentido, *vid.* MAUGERI, A. M., *La responsabilità*, cit., pp. 165-167. Esa posición de garante se deriva directamente de lo establecido en el art. 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.

<sup>17</sup> De hecho, durante las discusiones los delegados secundaron la opinión francesa que rechazaba la responsabilidad general por omisión impropia o comisión por omisión, basándose en una interpretación estricta del principio de legalidad. Cfr. AMBOS, K., «La responsabilidad del superior», cit., p. 196.

<sup>18</sup> Un sector de la dogmática, cuyo origen se halla en los trabajos del penalista alemán LUDEN, establece la distinción entre los delitos propios e impropios de omisión («echte und unechte Unterlassungsdelikte») conforme a la clase de norma violada, según sea esta preceptiva o prohibitiva. En España siguen este criterio: QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Delito de omisión», *Nueva Enciclopedia Jurídica* Vol. VI, Bosch, Barcelona, 1975, p. 478; del mismo autor, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1966, p. 23; SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho Penal español*. Tomo I, 5ª ed., Madrid, 1950, p. 172. Este criterio no es aceptable, puesto que en los delitos impropios de omisión quien omite la acción esperada solo infringe el mandato de actuar, y no simultáneamente la prohibición de causación del resultado. Utilizando palabras de Armin KAUFMANN, las normas prohibitivas vetan hacer algo; por tanto, la norma que



Adopto inicialmente la bipartición básica que, de acuerdo con la concepción mayoritaria, distingue entre omisiones puras y omisiones referidas a un resultado, teniendo en cuenta en todo momento que la omisión consiste, en cualquier caso, en un comportamiento que contrasta con una obligación jurídica de contenido positivo, esto es, con una obligación jurídica de hacer. Pues bien, en las omisiones puras o propias solo se responde de la no realización de una conducta debida, y al omitente no se le imputa un eventual resultado lesivo o de peligro producido, siendo indiferente que este se dé o no. Esto es, los delitos de omisión pura no requieren para su consumación la presencia de un resultado naturalístico separable de la mera inactividad. El criterio tradicional considera «los delitos propios de omisión como hechos penales que se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley»<sup>19</sup>. Por supuesto, con la acción requerida el Ordenamiento pretende evitar un resultado que valora negativamente, pero el omitente no está obligado a impedir el resultado, que tampoco constituye un elemento del tipo. Dentro de las omisiones puras distingue Silva Sánchez, el principal monografista sobre el tema, las omisiones

---

prohíbe no puede comprender conductas, como las de comisión por omisión, que consisten precisamente en no hacer algo. Más extensamente, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 320 y ss.

Según otro sector doctrinal, anterior al Código penal de 1995, en el que se encuentran a título de ejemplo BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal español. Parte general*, 4ª ed. PPU, Barcelona, 1994, pp. 378-379, y OCTAVIO DE TOLEDO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1985, p. 564 (con matizaciones), los delitos propios e impropios de omisión solo se distinguían atendiendo a un criterio formal o jurídico-positivo, de acuerdo con el cual los primeros se regulaban en la ley, mientras que los impropios habían sido creados al margen de la ley por la jurisprudencia y la doctrina. Esta tesis fue contestada en su momento, entre otros, por JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Comares, Granada, 1993, p. 552, quien señalaba que de esa forma se borraba la diferencia material entre delitos propios e impropios de omisión, prescindiendo del dato de que en la ley hay delitos impropios de omisión que merecen un tratamiento diferenciado del que procede en los delitos propios. En el mismo sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión*, cit., pp. 322 y ss. No obstante, cabe señalar, con MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed. Reppertor, Barcelona, 2006, p. 313, nm.17, que «tan importante como la distinción de omisión pura y comisión por omisión es, en efecto, la de omisión prevista como tal por la ley y omisión no descrita expresamente por la redacción legal» (negrita en el original). En el primer grupo se contienen tanto formas de omisión pura como de comisión por omisión o de omisión y resultado, mientras que en el segundo únicamente cabe la comisión por omisión. En las páginas que siguen parto, pues, de una combinación de dos de los criterios expuestos: el criterio formal o jurídico-positivo, que atiende a la tipificación expresa o no, y el material, que se basa en la necesidad o no de producción de un resultado naturalístico para entender consumado el delito.

<sup>19</sup> JESCHECK, H. H., *Tratado*, cit., p. 550. Vid. también SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión*, cit., p. 343.

generales y las de garante, distinción en la que no insistiré por escapar del objeto de estudio<sup>20</sup>.

Las omisiones referidas a un resultado se caracterizan, a su vez, por la posibilidad de que les sea imputado el resultado de lesión o de peligro que, al no realizarse la conducta indicada, no ha sido evitado. Como indica Silva Sánchez<sup>21</sup>, dentro de este grupo se han de distinguir tres categorías. La primera está constituida por las omisiones que, «apareciendo expresamente tipificadas en preceptos de descripción negativa y siéndoles imputado un resultado, carecen sin embargo de una paralela realización comisiva de la que puedan considerarse equivalentes; son pues, *omisiones referidas a resultado sin equivalencia comisiva*» (en cursiva en el original). La segunda categoría «acoge aquellas realizaciones típicas omisivas referidas a resultado que muestran equivalencia con la correspondiente comisión activa». A su vez, esta categoría se subdivide en otras dos. «La primera subcategoría dentro de ella la constituyen las omisiones penales que aparecen expresamente acogidas, en descripciones negativas, por preceptos legales que contemplan, a la vez, la correspondiente comisión activa. Son las *omisiones referidas a resultado con equivalencia comisiva, acogidas por los tipos legales en expresas descripciones negativas*». La segunda subcategoría acoge en su seno «aquellas omisiones penales, referidas a resultado y equivalentes a la comisión, que no se contemplan en precepto legal alguno con una descripción típica negativa». Únicamente las omisiones comprendidas en esta última subcategoría deben recibir la denominación de «comisión por omisión».

En mi opinión, no nos encontramos tampoco ante un delito de mera omisión pura del deber de impedir la comisión de delitos<sup>22</sup>. El precepto señala expresamente que el superior «será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso», por tanto, se le imputa un resultado: la comisión de esos crímenes

---

<sup>20</sup> Las omisiones puras de garante sancionan el incumplimiento por determinadas personas de un deber especial de actuar distinto del que pueda incumbir al resto de los ciudadanos, no exigiéndose tampoco para su aplicación la presencia de un ulterior resultado de lesión o de peligro, ya que es suficiente para la consumación el simple incumplimiento del deber de actuar. A su vez diferencia, dentro de esta última categoría, entre las que aparecen expresamente tipificadas como tales omisiones de gravedad intermedia y aquellas otras en que no se da dicha tipificación. Para este último supuesto propone el mismo autor, *de lege ferenda*, una regulación específica como cualificaciones de los tipos de omisión de socorro y de impedir determinados delitos. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión*, cit., p. 347.

<sup>21</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión*, cit., pp. 343, 347 y ss.

<sup>22</sup> Como afirma AMBOS, K., «“Joint Criminal Enterprise” y la responsabilidad del superior», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 19, enero 2007, p. 67.

que no han sido evitados o reprimidos, justificándose tal imputación «en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas».

No comparto las opiniones que consideran la responsabilidad del superior como una modalidad de complicidad<sup>23</sup>, pero tampoco las que la entienden como una forma de responsabilidad vicarial (*vicarious liability*), por hecho de otro<sup>24</sup>, que no es más que otra cara de la misma moneda. Y es que el superior no interviene en el hecho de otro ni se le hace responder por lo que han hecho otros, sino por su propia conducta, consistente en no impedir o no reprimir los crímenes cometidos por fuerzas para su mando o autoridad y control efectivo, pudiendo y debiendo haberlo hecho.

En lo que respecta al *actus reus*, ha de existir una posición de preeminencia del superior sobre los subordinados (*command*), que es lo que fundamenta la posición de garante. Este poder de mando, en el caso de los superiores militares, esta autoridad y control, en el caso de los superiores no militares, no debe identificarse sin más con el rango o estatus *de iure* de una persona, pues debe incluir la capacidad real de modelar el comportamiento y de influir de forma determinante en la conducta de los subordinados<sup>25</sup>. Tanto el art. 28 del Estatuto como la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales para Ruanda y la ex-Yugoslavia se refieren no al estatus formal o *de iure* del superior sino al estatus *de facto*, esto es, el que efectivamente la persona en cuestión actúe como superior<sup>26</sup>.

De esta forma, existe poder de mando, o autoridad y control, cuando dando una orden el superior puede impedir la comisión de delitos, al estar los subordinados obligados a obedecerle. Y al respecto ha de puntualizarse que esa capacidad es menor en las estructuras jerárquicas civiles que en las militares, como se puede comprobar al analizar el deber de obediencia. En

---

<sup>23</sup> Vid. entre otros BANTEKAS, I., «The contemporary law of superior responsibility», *American Journal of International Law*, 93, 1999, p. 577; FENRICK, W. J., «Article 28», en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, nm.2.

<sup>24</sup> Como afirma AMBOS, K., «“Joint Criminal Enterprise”...», cit., p. 67.

<sup>25</sup> Cfr. FENRICK, W. J., «Article 28», cit., nm.4, p. 15. De hecho, no es necesario probar que el ejecutor se encontraba en la cadena de mando en posición subordinada al jefe o superior, siendo suficiente que se pruebe que el acusado era «senior» en una jerarquía formal o informal en relación con el ejecutor. Cfr. al respecto WALLACH, E. y MARCUS, I. M., «Command Responsibility», cit., p. 473, con abundante jurisprudencia. Vid. también LIROLA DELGADO, I./ MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional*, cit., p. 147; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela Diplomática/ Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/ BOE, Madrid, 2000, pp. 143 y ss.

<sup>26</sup> Vid. la definición de BANTEKAS, I., «The contemporary law of superior responsibility», cit., p. 582; también FENRICK, W. J., «Article 28», cit., nm.5, p. 18.

cualquier caso, el superior debe poseer tanto la competencia legal como la posibilidad material de impedir los crímenes, pues así se desprende del hecho de que deba adoptar las medidas «necesarias y razonables... a su alcance».

La actitud que ha de adoptar el superior ante la comisión de crímenes por parte de sus subordinados depende del estadio que haya alcanzado la ejecución y de su propia capacidad de mando, autoridad y control: si el crimen todavía no se ha cometido o se ha iniciado la ejecución, el superior tiene la obligación de impedir su consumación; si ya se ha cometido, tiene la obligación de reprimirlo siempre que tenga potestades sancionadoras, y de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes si carece de ellas o no son suficientes en relación con la entidad de los crímenes<sup>27</sup>. Pero conviene tener presente que «la obligación del jefe o superior de impedir o sancionar los comportamientos de los subordinados no lo sitúa ante dos opciones igualmente satisfactorias, puesto que una vez que el superior tiene razones para conocer que sus subordinados van a cometer un crimen y no lo impide, no puede compensar esa omisión, sancionándolos con posterioridad»<sup>28</sup>.

Ya atendiendo al elemento subjetivo o *mens rea*, en caso de tratarse de jefes militares (no de jefes civiles) la conducta puede realizarse tanto de forma dolosa como imprudente<sup>29</sup>. En efecto, el ámbito de responsabilidad es más amplio cuando se trata de los jefes militares que de los civiles, ya que, a diferencia de estos últimos, no es imprescindible que los primeros hayan tenido cabal conocimiento de la conducta ilícita de sus subordinados, siendo suficiente con que hubieran debido conocerla.

El dolo ha de abarcar tanto el incumplimiento del propio deber del superior de ejercer un control apropiado sobre las fuerzas bajo su mando cuanto la comisión de crímenes por los subordinados<sup>30</sup>. Se han de equiparar los casos de ignorancia deliberada al dolo<sup>31</sup>. Este sería el caso de quien

---

<sup>27</sup> Piénsese en la potestad disciplinaria, que sería insuficiente cuando debe intervenir el Estado ejerciendo su *ius puniendi*, ante la importancia del crimen cometido.

<sup>28</sup> LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional*, cit., p. 148.

<sup>29</sup> En este sentido, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La parte general», cit., marginales 1035-1036, quien, sin embargo, no atiende a la diferente descripción del elemento subjetivo de la conducta en los dos párrafos; a semejanza de lo recogido en el texto, LIROLA DELGADO, I./ MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional*, cit., p. 147. Insisten en que se ha rechazado en esta materia una responsabilidad objetiva del superior por los actos de los subordinados WALLACH, E. y MARCUS, I. M., «Command Responsibility», cit., pp. 473-474, con abundantes citas jurisprudenciales.

<sup>30</sup> Cfr. AMBOS, K., «La responsabilidad del superior», cit., p. 198.

<sup>31</sup> En este sentido, cfr. WU, T. y KANG, Y.-S., «Criminal liability for the actions of subordinates – The doctrine of command responsibility and its analogues in United States Law», *Harvard International Law Journal*, 38, 1997, pp. 284-285.

estando en condiciones de conocer algo opta por no hacerlo, prefiriendo ignorar el verdadero alcance y contenido de su decisión. Y, en efecto, no debe olvidarse que un sector doctrinal sostiene que «el concepto de error, la equivocación, pese a la falta de diligencia, presupone un mínimo interés, entendido no como la actitud interna del sujeto, sino como elemento expresado externamente en la comisión del hecho. Quien no sabe por carecer de interés alguno en conocer, por rechazo o indiferencia o, incluso, por falta intencional de adquisición del conocimiento no incurre en error»<sup>32</sup>. Existen casos en que un sujeto no quiere saber más de lo que ya conoce porque es consciente de la posible comisión de delitos en cuyos detalles no desea profundizar. «En tal caso, el conocimiento con el que se cuenta inicialmente basta para afirmar la existencia de dolo eventual, de tal forma que deja de ser necesario acudir a la figura de la ignorancia deliberada para evitar la absolución»<sup>33</sup>. No obstante, no conviene generalizar en exceso, ya que en otros supuestos la ignorancia responde sin más a que el volumen de trabajo es tan elevado que el superior no puede entrar a conocer los detalles de cada actuación, por lo que «no parece nada claro que estas ignorancias deliberadas imputables a un exceso de atribuciones deban hacerse acreedoras de la misma pena que las comisiones dolosas»<sup>34</sup>.

La tipificación de la modalidad imprudente ha sido criticada por quienes entienden que se trata de una «circunstancia no totalmente comprensible en el contexto de un cuerpo legal que pretende circunscribirse a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional” (art. 5.1), afirmando que “resulta difícil explicar la equiparación del que directa y dolosamente comete alguno de estos graves atentados a los derechos humanos con la conducta de quien, sin intervenir en ellos, no los impide por la mera falta de cuidado en el ejercicio de sus deberes de control sobre la tropa”<sup>35</sup>. La crítica se hace más acerba una vez que se comprueba que la imprudencia aquí sancionada es tanto la consciente (equivalente a la *recklessness*) como la inconsciente (o *negligence*), como claramente se desprende de la utilización de la expresión “debió haber tenido conocimiento”<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> FELIP I SABORIT, D., *Error Iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000, p. 263, con apoyo bibliográfico en JAKOBS.

<sup>33</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R., «Atribución de responsabilidades en el Derecho penal de la empresa», en AA.VV., *XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 268.

<sup>34</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R., «Atribución de responsabilidades», cit., p. 268.

<sup>35</sup> LAURENZO COPELLO, P., «Hacia la Corte Penal Internacional», en AA.VV., *XII Seminario Duque de Ahumada. Crímenes contra la humanidad y genocidio*, Ministerio del Interior, Madrid, 2001, p. 44.

<sup>36</sup> Cfr. AMBOS, K., «La responsabilidad del superior», cit., pp. 220 y ss.

Con la regulación actual, el jefe militar, o el que actúe efectivamente como jefe militar competente para la vigilancia del foco de peligro, responde como autor imprudente por omisión al no haber evitado los resultados dañosos causados por sus subordinados como autores inmediatos dolosos (no imprudentes, porque no se prevé la comisión imprudente de los delitos internacionales)<sup>37</sup>.

Por lo que se refiere a «las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a)», esto es, no tratándose de jefes militares ni de quienes actúan efectivamente como tales, además de quedar excluida la sanción en los casos en que hubieran debido saber que los crímenes estaban siendo cometidos o que los subordinados se proponían cometerlos, se introduce otro factor restrictivo de la punibilidad: de acuerdo con el art. 28.2 b), los crímenes deben guardar relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo, pues fuera de ese ámbito no se deriva responsabilidad penal alguna por no prevenirlos o no reprimirlos.

### III. LA RESPONSABILIDAD POR MANDO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

La LO 15/2003 introdujo un nuevo art. 615 *bis* en el Capítulo IV, «Disposiciones comunes»<sup>38</sup>, del Título XXIV del Libro II del Código penal de 1995, en el que se regula la responsabilidad por mando<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Ampliamente GIMBERNAT ORDEIG, E., «La omisión impropia en la dogmática penal alemana», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 9, 1999, pp. 357 y ss.

<sup>38</sup> Se trata de disposiciones comunes a los delitos contenidos en los Capítulos II (genocidio), II *bis* (delitos de lesa humanidad) y III (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado). Aquí hay que tener en cuenta que el Código penal español no incluye en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado los delitos de resultado, que deben castigarse mediante la aplicación de los delitos comunes. Como apunta GIL GIL, A., «Artículo 615 *bis*», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 2023, «dado que el art. 615 *bis* sólo es aplicable a “los delitos comprendidos en los Capítulos II, II *bis* y III de este Título” resulta que no será aplicable por ejemplo, al homicidio de una persona protegida, por encontrarse el delito de homicidio en otro título del CP».

<sup>39</sup> Art. 615 *bis* CP:

«1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II *bis* y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores.

2. Si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados.

3. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II,

El Derecho penal español ya conocía algunos casos de responsabilidad por mando, si bien no en el Código penal común<sup>40</sup>, sino en el militar (aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre). En efecto, en el Código penal militar español existen dos preceptos que regulan el tema de la responsabilidad por mando, pero de forma fragmentaria e incompleta<sup>41</sup>: por una parte, el art. 78 CPM, que al sancionar penalmente la realización de «cualesquiera otros actos contrarios» a las normas del Derecho Internacional Humanitario incrimina la violación del deber impuesto a los superiores por el art. 87 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, a que hemos hecho alusión anteriormente<sup>42</sup>; por otro lado, el art. 137 CPM regula un supuesto de responsabilidad por mando que no supone la atribución al superior de los delitos cometidos por los subordinados y no impedidos a

---

*II bis y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores.*

4. *El superior no comprendido en los apartados anteriores que, en el ámbito de su competencia, no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título será castigado con la misma pena que los autores.*

5. *El superior que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por sus subordinados será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores.*

6. *El funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título de que tenga noticia será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».*

<sup>40</sup> En el que hay un tipo residual aplicable a «*El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*» (art. 614 CP).

<sup>41</sup> Como apunta RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «La reforma del Código penal español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en “la criminalización de la barbarie”», *Revista Española de Derecho Militar* núm.82, 2003, p. 222.

<sup>42</sup> Art. 78 CPM: «*El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o náufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión*».

Sobre este precepto, *vid.* ampliamente FARALDO CABANA, P., «Artículo 78», en FARALDO CABANA, P. (dir.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 637 y ss.; FERNÁNDEZ FLORES, J. L., «Delitos contra las leyes y usos de la guerra (Artículos 69 a 78)», en BLECUA FRAGA, R. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coords.), *Comentarios al Código penal militar*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 807-845.

título de autoría, pues se configura como un delito de omisión pura del deber de impedir delitos y no como un delito de omisión y resultado<sup>43</sup>.

No se ha trasladado a nuestro Derecho interno exactamente la misma regulación de la responsabilidad de los jefes y otros superiores que existe en el Estatuto de Roma<sup>44</sup>. Así, entre otros aspectos que luego se abordarán, cabe señalar que no se sanciona con la misma pena a la autoridad, jefe militar o superior que omite impedir que al que omite reprimir o informar a las autoridades competentes para que repriman los crímenes cometidos por los subordinados, pues en este segundo caso recibe la pena inferior en dos grados a la de los autores. El legislador español ha seguido la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal en este aspecto, que señalaba que «se establecen dos niveles de responsabilidad: uno para aquellos jefes militares que no intervengan para impedir los delitos cometidos por sus fuerzas cuando aún pudieran hacerlo, que se equipara a la autoría del delito mismo; y otro, para aquellos supuestos en los que se infrinja el deber de promover la persecución de dichos delitos, una vez cometidos, con una pena menor»<sup>45</sup>.

En cuanto a los sujetos activos, se distingue entre autoridad o jefe militar, o quien actúe efectivamente como tal, por un lado, y el superior no comprendido en esas categorías, por otro. La persona que ejerce un poder de hecho se ve asimilada a las autoridades y jefes militares, pudiendo llegar a ser castigada como autora de los hechos cometidos por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo. Además, se incluye en un último apartado al funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos indicados. En este caso se trata de un funcionario o autoridad con obligación de promover la persecución de delitos.

---

<sup>43</sup> Art. 137 CPM: «El militar con mando de fuerza o unidad militar, comandante del buque de guerra o aeronave militar que no mantuviere la debida disciplina en las fuerzas a su mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión».

Al respecto *vid.* por todos OLMO PASTOR, J. A. del, «Delitos contra los deberes del mando (Artículos 130 a 143)», en BLECUA FRAGA, R. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coords.), *Comentarios*, cit., pp. 1633-1636.

<sup>44</sup> Pese a la opinión de alguna autora, que afirma que «en el art. 615 bis se establece la responsabilidad de los jefes militares o superiores, en consonancia con el art. 28 del Estatuto de Roma y con las mismas condiciones estipuladas en éste». QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 383.

<sup>45</sup> GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta*, cit., pp. 52-53.



La alusión a las autoridades o jefes militares no permite, en mi opinión, incluir a miembros de la Administración civil, aunque también puedan tener capacidad de mando y control efectivo. Su responsabilidad es exigible, en su caso, a través de los apartados 4 y 5, que castigan a los superiores.

Tratándose de autoridades o jefes militares ha de aplicarse el Código penal militar, y no el común, ya que su presencia atrae la jurisdicción militar, que es preferente, por especialidad<sup>46</sup>.

Aquí llama la atención que una conducta de omisión del deber de impedir delitos militares se castigue en el art. 137 CPM con una pena que puede llegar a ser notablemente inferior a las previstas en el art. 615 *bis* CP, aunque cierto es que también puede ser superior en algún supuesto. En cualquier caso, se castiga la misma conducta con un intervalo fijo de pena, que no depende de cuál sea el delito cometido por los subordinados y que no se hace coincidir con la que se impone a los autores del delito cometido.

Si la conducta no está tipificada o falta algún elemento típico, se aplica subsidiariamente el art. 615 *bis* CP.

No cabe apreciar la agravación que prevé el art. 616 CP cuando el sujeto activo es autoridad o funcionario público, pues dicha condición ya se contempla en la descripción de los sujetos activos del art. 615 *bis* CP.

Este precepto es de aplicación principal cuando el sujeto activo no es un militar en el sentido expuesto en los arts. 7 y 8 CPM. El concepto de militar es objeto de interpretación auténtica en el art. 8 CPM<sup>47</sup>. En él se integran,

---

<sup>46</sup> Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, M. y ABAD CASTELOS, M., «Los delitos contra la comunidad internacional en el Código Penal español», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* núm. 3, 1999, pp. 458-459. *Vid.* no obstante RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «La reforma», cit., p. 227, quien entiende que los crímenes de guerra cometidos por los militares subordinados se castigarán conforme a los arts. 69 a 79 CPM, pero los derivados de la responsabilidad del mando militar se castigan como delitos comunes a través del art. 615 *bis* CP, que sería de aplicación preferente en el concurso de leyes por alternatividad. Sin embargo, las reglas del art. 8 CP deben aplicarse por orden, y es preferente la especialidad a la alternatividad, por lo que no coincido con la posición de este autor.

<sup>47</sup> Art. 8 CPM: «A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que:

1. Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.
2. Con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio en filas.
3. Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares.
4. Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas.

además del personal citado expresamente (esto es, funcionarios militares profesionales y no profesionales, requisados, movilizados y militarizados, incluidos los militares de hecho), «los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares» (art. 7 bis CPM *a sensu contrario*, añadido por Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil).

En relación con el concepto de «autoridad o jefe militar» resulta de interés la definición auténtica de lo que se consideran «autoridades militares» a efectos del Código penal militar, que se contiene en su art. 9<sup>48</sup>.

La alusión a quienes actúen efectivamente como autoridades o jefes militares permite incluir en el ámbito de sujetos activos no solo a quienes de hecho actúen como tales, sin serlo de derecho, por ejemplo, por haberse producido un problema en la cadena de mando, sino, sobre todo, a quienes detentan una posición de mando en una estructura organizada informal, al margen de las fuerzas armadas regulares<sup>49</sup>. Estos jefes solo responden en tanto mantienen el control sobre efectivo sobre la organización.

---

5. *Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno».*

Sobre este concepto *vid.* MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. L., «Definición de “militares” (Artículo 8º)», en BLECUA FRAGA, R. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coords.), *Comentarios*, cit., pp. 215-244.

<sup>48</sup> Art. 9 CPM: «A los efectos de este Código se entenderá que son Autoridades militares:

1. *El Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Defensa y quienes les sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones.*

2. *Los militares que ejerzan Mando Superior o por razón del cargo o función tengan atribuida jurisdicción en el lugar o Unidad de su destino, aunque actúen con dependencia de otras Autoridades militares principales.*

3. *Los militares que en tiempo de guerra ostenten la condición de Jefes de Unidades que operen separadamente, en el espacio a que alcanza su acción militar.*

4. *Los que formen parte como Presidentes, Consejeros o Vocales de Tribunales Militares de Justicia y los Auditores, Fiscales y Jueces militares, en el desempeño de sus respectivas funciones o con ocasión de ellas.*

5. *Mientras permanezcan fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o aeronaves militares y los Oficiales destacados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que deban prestarlo, cuando en ellos no exista autoridad militar y en lo que concierna a la misión militar encomendada».*

<sup>49</sup> Parece dar a entender que con la expresión utilizada en el art. 615 bis CP no se abarca a quienes «al mando de grupos organizados diferentes a los gubernamentales, cometan delitos contra las personas y bienes en el marco de conflictos armados», QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional*, cit., p. 384, quien apunta que se echa en falta la expresión, contemplada en el Estatuto de Roma, «el jefe militar o quien actúe efectiva-

La mención del superior no comprendido en los apartados anteriores puede resultar, en una primera aproximación, de difícil comprensión. En efecto, se superpone en buena medida a los conceptos de autoridad o jefe militar. Podría pensarse que su inclusión se debe a que el legislador haya tenido en mente la definición que asume el Código penal militar<sup>50</sup>, que se extiende a otros sujetos que, en principio, no cabría entender comprendidos en las categorías de autoridad o jefe militar, como los prisioneros de guerra investidos de facultades de mando por la autoridad militar española para el mantenimiento del orden y la disciplina en los campos de prisioneros.

Sin embargo, la razón de la mención específica del superior reside en la necesidad de abarcar a la autoridad civil que no se inserta en una organización militar o paramilitar, y por tanto no actúa efectivamente como autoridad o jefe militar con mando y control efectivo sobre las fuerzas actuantes. Se trata de incluir autoridades como los secretarios de Estado, los delegados del gobierno, los alcaldes, etc. El superior es, pues, una autoridad o jefe que no tiene el mando o control efectivo en el momento de los hechos, aunque sí ocupa una posición superior (por empleo, cargo o función). De esta forma, se consigue hacer responder a toda la cadena de mando, si bien resulta llamativo que unos lo deban hacer con base en el Código penal común (los civiles) y otros con base en el Código penal militar (los militares). En cualquier caso, es necesario que entre las competencias del superior se encuentre la de adoptar medidas para evitar la comisión de delitos por los subordinados y que en concreto estuviera en condiciones de adoptarlas, en particular porque era conocedor de que se iban a cometer o ya se estaban cometiendo, pues con otro entendimiento no se podría justificar que se le impusiera la misma pena que a los autores en la modalidad de no impedir la comisión de delitos.

Llama la atención que el nivel de exigencia sea inferior en el caso del superior, ya que no se sanciona la modalidad imprudente de conducta. Probablemente la razón sea la lejanía respecto de los hechos.

---

mente como tal jefe militar». En mi opinión, la utilizada en el art. 615 bis CP es equivalente a todos los efectos.

<sup>50</sup> El art. 12 CPM define el concepto de «superior» en los siguientes términos: «A los efectos de este Código se entenderá que es superior el militar que, respecto de otro, ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo jerárquicamente más elevado o del cargo o función que desempeñe, como titular o por sustitución reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones.

*Se considerarán superiores, respecto de los prisioneros de guerra enemigos, los militares españoles, cualquiera que fuere su grado, encargados de su vigilancia o custodia y en el ejercicio de las mismas, así como aquellos prisioneros investidos de facultades de mando por la autoridad militar española para el mantenimiento del orden y la disciplina en relación a quienes les están subordinados».*

Por último, se menciona en el apartado 6 al funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, pero faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia. Esta caracterización limita considerablemente el ámbito de posibles autores dentro del amplio conjunto de los funcionarios y autoridades, ya que se alude únicamente a los que tienen asignada la función de promover la persecución de los delitos y de sus responsables, pues solo ellos faltan a la obligación de su cargo cuando no promueven la persecución de un delito o de sus responsables. Por tanto, este apartado está referido a jueces, fiscales y funcionarios integrantes de la Policía Judicial, que son los señalados en el art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>51</sup>. Se pretende, así, el castigo de sujetos que, sin ocupar la posición de superior y sin ejercer un control efectivo, quieran favorecer a los criminales dificultando o impidiendo su persecución<sup>52</sup>, si bien hay que advertir que no se cubren lagunas de punibilidad.

Estamos ante un delito especial en relación con el de omisión del deber de perseguir delitos recogido en el art. 408 CP<sup>53</sup>. La especialidad se fundamenta en que el delito que deja de promover el sujeto es exclusivamente alguno de los comprendidos en los capítulos II, II *bis* y III del Título XXIV, cuya gravedad, fundamentada en el bien jurídico protegido, justifica que la pena prevista en el art. 615.6 *bis* CP sea superior a la contemplada en

---

<sup>51</sup> Art. 283 LECrim: «Constituirán la Policía judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes:

1. Las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales.

2. Los empleados o subalternos de la policía de seguridad, cualquiera que sea su denominación.

3. Los Alcaldes, Tenientes de Alcalde y Alcaldes de Barrio.

4. Los Jefes, Oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhechores.

5. Los Serenos, Celadores y cualesquiera otros agentes municipales de policía urbana o rural.

6. Los Guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Administración.

7. Los funcionarios del Cuerpo especial de prisiones.

8. Los Agentes judiciales y los subalternos de los Tribunales y Juzgados.

9. El personal dependiente de la Jefatura Central de Tráfico, encargado de la investigación técnica de los accidentes».

<sup>52</sup> Como apunta MAUGERI, A. M., *La responsabilità*, cit., pp. 778-779.

<sup>53</sup> Art. 408 CP: «La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

el art. 408 CP, que únicamente protege el correcto funcionamiento de la Administración pública.

Por lo demás, téngase presente que si el funcionario o autoridad se encuentra en alguna de las situaciones descritas en los apartados anteriores del art. 615 *bis* CP son estos los preceptos aplicables, ya que el apartado 6 es expresamente subsidiario de los anteriores.

En lo que respecta a las conductas típicas, se distinguen dos modalidades: no adoptar las medidas a su alcance para evitar la comisión de alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos II, II *bis* y III del mismo título por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, y no adoptar las medidas a su alcance para que sean perseguidos esos delitos cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo. La conducta de dejar de promover la persecución de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos anteriormente citados encaja en la última de las citadas.

Respecto de la primera, conviene destacar que da lugar a la imposición de las mismas penas que corresponden a los autores de los delitos. Se trata, en mi opinión, y de acuerdo con la terminología expuesta *supra*, de un supuesto de omisión y resultado específicamente previsto en la ley, aunque en la doctrina se suele hablar en este caso de comisión por omisión<sup>54</sup>. El art. 615 *bis* CP atribuye en sus apartados 1 y 4 a autoridades y jefes militares, así como a quienes actúan efectivamente como tales, y a superiores en el ámbito de su competencia no comprendidos en las categorías anteriores, una posición de garante<sup>55</sup>, considerando estructuralmente equivalentes la omisión y la causación activa del resultado en el supuesto de que no adopten las medidas a su alcance para evitar la comisión de los delitos mencionados por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo o por sus subordinados, respectivamente<sup>56</sup>. De esta forma, no es necesario acudir al art. 11 CP, que

---

<sup>54</sup> Vid. por todos GARCÍA ARÁN, M., «Artículo 615 *bis*», en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2720.

<sup>55</sup> Que se deriva directamente de lo establecido en el art. 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, como hemos visto, por lo que puede hablarse de una obligación legal de actuar en evitación de tales hechos, puesto que se recoge en un Tratado internacional que además tiene la consideración de derecho consuetudinario. En este sentido, entre otros, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «La reforma», cit., p. 222. Lo ponía en duda GIL GIL, A., «España», en AMBOS, K. y MALARINO, E. (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España*, MPI-Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2003, p. 376, nota núm.181.

<sup>56</sup> Evitándose así el tener que comprobar la equivalencia entre la omisión y la causación activa del resultado, que suele ser problemática.

regula la comisión por omisión, pues el legislador ya ha equiparado la omisión a la acción en este supuesto<sup>57</sup>.

Puede llamar la atención que no se prevea aquí una cláusula de inexigibilidad de la conducta alusiva a la inexistencia de riesgo propio o de terceros similar a la prevista en el art. 450 CP<sup>58</sup>. Al respecto se ha de tener presente, por un lado, la relación de superioridad jerárquica de que disfruta el sujeto activo del art. 615 *bis* CP en comparación con el del art. 450 CP, que lleva a pensar que corre menos riesgos, y, por otro, la importancia de los bienes jurídicos afectados, que obliga a operar en esta materia con un criterio restrictivo. Serán de aplicación, en cualquier caso, las circunstancias eximentes y atenuantes comunes.

En relación con la segunda modalidad de conducta, no adoptar las medidas a su alcance para que sean perseguidos esos delitos, nos encontramos ante una omisión del deber de perseguir determinados delitos que puede adoptar dos formas, según el sujeto activo tenga competencias para perseguir o no: no perseguir los delitos y no denunciar los delitos a quien tiene competencias para perseguirlos. A diferencia de la anterior modalidad de conducta, aquí nos encontramos ante un delito de omisión pura o propia, en el que se sanciona tanto la mera inactividad como una actividad insuficiente, siempre que en ambos casos se pueda decir que no se han adoptado las medidas que el sujeto tenía a su alcance. En cualquier caso, no se imputa un resultado. Dado este menor desvalor de injusto, la conducta se castiga, coherentemente, con una pena inferior a la de los autores.

Ahora bien, para que surja el deber de perseguir los delitos o, subsidiariamente, de denunciarlos es necesario, en primer lugar, que el sujeto activo haya conocido, por cualquier vía, su perpetración actual o futura, sea por denuncia, sea por haberlos presenciado él mismo.

Téngase en cuenta que si el sujeto ha presenciado los hechos se le podría imputar la no adopción de las medidas a su alcance para evitar la comisión de los delitos por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, por supuesto siempre que se diesen los elementos de esta modalidad de conducta,

---

<sup>57</sup> Vid. sin embargo GIL GIL, A., «Artículo 615 *bis*», cit., p. 2023.

<sup>58</sup> Art. 450 CP: «1. *El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.*

2. *En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia».*

que se aplicaría preferentemente y de manera exclusiva, no siendo punible en tal caso el incumplimiento del deber de perseguir los delitos en aplicación del privilegio de impunidad del autoencubrimiento.

Aquí no se prevé una modalidad imprudente, lo que obliga a exigir que ese conocimiento sea efectivo, sin que baste que el sujeto activo pudiera haberlos conocido de haberse comportado diligentemente.

Ello no supone, en mi opinión, que no se haya hecho una correcta adaptación del art. 28 del Estatuto de Roma al Derecho interno. En la letra a) de su apartado 2 se señala, en cuanto al elemento subjetivo que debe concurrir en el superior, que responderá siempre que «hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos». Se trata, a mi juicio, de dolo en ambos casos, ya que es presupuesto del delito omisivo que el dolo abarque la comisión actual o futura de los delitos por parte de los subordinados. Ello es coherente con la tesis habitualmente mantenida en la doctrina internacionalista referente a que el jefe o superior militar puede ser perseguido por imprudencia («hubiere debido saber»), pero que la responsabilidad subjetiva de un superior civil debe alcanzar un nivel más elevado, siendo necesario probar que tenía conocimiento actual o de la comisión de los crímenes o dejó de lado conscientemente ese conocimiento<sup>59</sup>.

En segundo lugar, se debe producir un efectivo abandono o dejación de funciones, de modo que no se lleve a cabo conducta alguna tendente a la persecución del delito. No se castiga aquí el escaso celo desplegado, ni tampoco un mero retardo, que podrán dar lugar, en su caso, a una infracción disciplinaria, sino la total omisión de medidas tendentes a esa persecución que, eso sí, puede enmascarse con la adopción de medidas ineficaces.

En tercer lugar, se requiere capacidad de actuación por parte del sujeto que omite, esto es, la posibilidad material de impedir la comisión del delito o, subsidiariamente, de denunciarlo.

En el aspecto subjetivo, todas las conductas del art. 615 *bis* CP son dolosas, y por tanto hay que entender que se exige el conocimiento de los hechos realizados o que se proponen realizar los subordinados. La única modalidad imprudente se refiere a la conducta tipificada en el apartado 1, respecto de la cual se castiga también la imprudencia grave con la pena inferior en uno o dos grados. Esta regulación permite perseguir casos de error

---

<sup>59</sup> En este sentido, CID MUÑOZ, M. I., *La Corte Penal Internacional. Un largo camino*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 48; SCHABAS, W. A., *An Introduction*, cit., p. 85.

vencible sobre la actuación y propósitos de los subordinados, que reciben el tratamiento del error de tipo<sup>60</sup>.

Este castigo de la modalidad imprudente de la infracción del deber de impedir la comisión de determinados delitos no se extiende al supuesto en que el sujeto activo es el superior, lo que confirma la posición adoptada en relación con la definición de esta categoría: en efecto, aquí se ha optado por no castigar la imprudencia grave porque, por su lejanía respecto de los hechos, no se estima que exista merecimiento de pena.

#### IV. CONCLUSIONES

El art. 615 *bis* CP no ha trasladado al Derecho penal común español exactamente la misma regulación de la responsabilidad de los jefes y otros superiores que existe en el Estatuto de Roma<sup>61</sup>. Como rasgo diferenciador, cabe señalar que no se sanciona con la misma pena al superior que omite impedir que al que omite reprimir o informar a las autoridades competentes para que repriman los crímenes cometidos por los subordinados, pues, en este segundo caso, que se configura como un delito de omisión pura, recibe la pena inferior en dos grados a la de los autores. Se ha seguido la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal en este aspecto, que señalaba la conveniencia de establecer «dos niveles de responsabilidad: uno para aquellos jefes militares que no intervengan para impedir los delitos cometidos por sus fuerzas cuando aún pudieran hacerlo, que se equipara a la autoría del delito mismo; y otro, para aquellos supuestos en los que se infrinja el deber de promover la persecución de dichos delitos, una vez cometidos, con una pena menor»<sup>62</sup>.

Ahora bien, al margen de esta cuestión la superposición es prácticamente total, lo que en principio merece un juicio positivo. Cuestión distinta es que debido a la aplicación preferente del Código penal militar, por especialidad, los jefes y autoridades militares hayan de ser juzgados conforme a una normativa que no responde en absoluto a los principios generales del Estatuto de Roma, como es la constituida por los arts. 78 y 137 CPM. La existencia de una doble incriminación de conductas similares o idénticas

---

<sup>60</sup> Como señala GARCÍA ARÁN, M., «Artículo 615 *bis*», cit., p. 2721.

<sup>61</sup> Pese a la opinión de alguna autora, que afirma que «en el art. 615 *bis* se establece la responsabilidad de los jefes militares o superiores, en consonancia con el art. 28 del Estatuto de Roma y con las mismas condiciones estipuladas en éste». QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional*, cit., p. 383.

<sup>62</sup> GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta*, cit., pp. 52-53.



en el Código penal común y en el militar, cometidas en el primer caso por cualquier persona y en el segundo solo por militares, con algunas faltas de coordinación debidas a los distintos momentos en que se elaboraron ambos códigos, estando afectada España por distintas obligaciones internacionales (al respecto es decisiva la fecha del 21 de abril de 1989, cuando España ratifica los Protocolos I y II, momento en el que está en vigor el Código penal militar, pero el común no se modificaría hasta 1995, y en el aspecto que nos interesa hasta 2003), ha llevado a un importante sector doctrinal a proponer un cambio de técnica legislativa, consistente en la reelaboración del Código penal militar para hacerlo complementario del Código penal, eliminando el Título II y haciendo remisión al texto común para el castigo de las conductas que incluye, que podría aplicarse por la jurisdicción militar al ser militares sus autores<sup>63</sup>. Hasta el momento no se ha abordado una modificación en este sentido, aunque su urgencia es evidente.

---

<sup>63</sup> Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, M. y ABAD CASTELOS, M., «Los delitos», cit., pp. 458-459; PIGNATELLI Y MECA, F., «El Código Penal Militar. Perspectivas de “*lege ferenda*”», en PÉREZ ESTEBAN, F. (dir.), *El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 146-150. Sobre las difíciles relaciones entre ambos textos legales, *vid.* RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L., «El Código penal militar en el sistema penal español. Principio de especialidad y concurso de leyes», en PÉREZ ESTEBAN, F. (dir.), cit., pp. 21 y ss.

**NOTAS: COMENTARIOS**

# APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN MATERIA DE CRÍMENES DE GUERRA. DERECHO ESPAÑOL INTERNO

Juan Manuel García Labajo  
*General auditor*

## SUMARIO

1. La enunciación originaria del principio de jurisdicción universal en nuestro Derecho. 2. La actual restricción de la configuración positiva del principio. 3. Especialidades de la aplicación del principio de jurisdicción universal con respecto a los crímenes de guerra.

### 1. LA ENUNCIACIÓN ORIGINARIA DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN NUESTRO DERECHO

El principio de jurisdicción universal en relación con ciertos crímenes internacionales y, en particular, con los crímenes de guerra se hallaba reconocido desde hace tiempo en el seno del Ordenamiento Jurídico español interno. El artículo 23, apartado 4, de la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial declaró la competencia de la Jurisdicción española para conocer extraterritorialmente de «los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos», insertándose a continuación un elenco, que en sucesivas reformas experimentadas en años siguientes iría paulatinamente incrementando, pero que en su prístina redacción estaba constituido por los delitos de «a) genocidio, b) terrorismo, c) piratería, d) falsificación de

moneda extranjera, e) los relativos a la prostitución, f) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, g) y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España».

Este último era entonces y es actualmente también el caso de los crímenes de guerra constituidos por las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (GI, 50/II, 51/III, 130/IV, 147), ratificados por España mediante Instrumento de fecha 4 de julio de 1952, y por las infracciones graves al Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, de 8 de junio de 1977, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (GPI, 85 y 11), ratificado por España mediante Instrumento de fecha 11 de abril de 1989. En efecto, el imperativo de que este tipo de crimen internacional, aun cometido «fuera del territorio nacional (...), deba ser perseguido en España» deriva directamente de la obligación internacional que pesa sobre los Estados Partes en los Convenios y, por tanto, también sobre el nuestro, de «buscar (...) y hacer comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad» a «las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves» (GI, 49/II, 50/III, 129/IV, 146 y GPI, 85.1). Es de significar que, dentro de la ley penal española, la criminalidad de guerra aparece tipificada, por partida doble: en el vigente Código Penal Militar, promulgado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar (Libro Segundo, Título II, «Delitos contra las leyes y usos de la guerra», artículos 69 a 78); y en el vigente Código Penal común, promulgado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, modificada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre y, más recientemente, por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (Libro II, Título XXIV, Capítulo III, «De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», artículos 608 a 614 bis).

## 2. LA ACTUAL RESTRICCIÓN DE LA CONFIGURACIÓN POSITIVA DEL PRINCIPIO.

Como ha señalado algún autor, la amplia configuración y aplicación de este principio de la jurisdicción universal en la legislación y práctica españolas –no en relación específicamente con los crímenes de guerra, sino más bien con otras figuras delictivas comprendidas también en el referido elenco del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial– ha acabado por abocar al mismo a su «muerte por éxito»<sup>1</sup>. Desde que a finales de

---

<sup>1</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. «Análisis formal y material del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la “abrogación de *facto*” a la “derogación

la década de los 90 se produjera la admisión a trámite por la Audiencia Nacional de las primeras denuncias presentadas ante la Jurisdicción española al amparo de este principio, en relación con los pretendidos crímenes internacionales cometidos durante la época de los Gobiernos militares en Argentina y Chile, ha resultado después incesante la apertura de procedimientos judiciales en aquel mismo órgano jurisdiccional, en relación con hechos sucedidos más allá de nuestras fronteras: en Guatemala, Cuba, Perú, Marruecos, Sahara Occidental, Tíbet, Guinea Ecuatorial, Ruanda, El Salvador, Irak, Guantánamo o Gaza<sup>2</sup>. Ello ha determinado finalmente al legislador español, sobre la base de diversas consideraciones de carácter más bien utilitarista, ligadas a argumentos de índole en último término económica o de gestión pública de recursos limitados y, sobre todo, a las consecuencias políticas para nuestras relaciones internacionales<sup>3</sup>, a operar una profunda reforma del Ordenamiento español interno en este punto, con una inequívoca significación restrictiva en cuanto a la aplicación del principio de jurisdicción universal en nuestro Derecho.

De esta manera, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha dado nueva redacción al precitado artículo 23, apartado 4 de esta última. El caso es que permanece del todo inalterada la enunciación del tan mentado principio de jurisdicción universal, que se contiene en el párrafo inicial del precepto –«será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos»–; e incluso se enriquece el contenido material del mismo, con la mención e inclusión expresa de nuevas figuras criminosas a las que haya de aplicarse, como los delitos de *lesa humanidad*<sup>4</sup>; y hasta se mejora también notablemente, desde un punto de vista técnico, la redacción de aquella cláusula final contenida en la última letra, la *h*), donde se subsume la aplicación del

---

de *iure*”». Diario La Ley, Número 7211, 6 de julio de 2009.

<sup>2</sup> Véase BOLLO AROCENA, María Dolores. «La reforma del artículo 23.4º de la LOPJ: ¿el ocaso del principio de justicia universal?». Anuario Español de Derecho Internacional Privado. Tomo IX. 2009. Págs. 641-650.

<sup>3</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo. «En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española». Diario La Ley, Número 7298, 4 de diciembre de 2009.

<sup>4</sup> Los delitos relativos a la *corrupción de menores e incapaces*, al *tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores* y a la *mutilación genital femenina* ya habían sido introducidos con anterioridad, por medios de reformas sucesivas, según advertimos más arriba.

principio de jurisdicción universal a los crímenes de guerra –«cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España»–. Empero, se introducen a continuación dos nuevos párrafos que vienen a desdibujar notoriamente el imperio de aquel principio en nuestro Derecho, otrora incondicional y «decididamente proclive a la Jurisdicción Universal Absoluta»<sup>5</sup>, que ahora ya pasa a relativizarse.

En efecto, en el contenido adicional del precepto que ahora se introduce en el tenor de este artículo 23.4 comienza por establecerse un triple presupuesto procesal para el ejercicio de la jurisdicción penal extraterritorial –configurado, eso sí, de manera alternativa y no cumulativa–, de manera que «para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos»:

- ✓ «deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España», erigiendo así decididamente de este modo la efectiva puesta a disposición judicial de la persona del imputado no ya como un requisito insoslayable para su enjuiciamiento y eventual condena, que de otro modo resultaría de todo punto legalmente imposible en nuestro Derecho, dada la proscripción positiva de las condenas *in absentia*, sino como una condición indefectible que ha de concurrir desde el primer momento de las actuaciones, para la propia iniciación de las mismas, bien porque el presunto criminal internacional se haya entregado voluntariamente a las autoridades españolas o bien porque, más verosíblemente, haya caído, por acción de los servicios policiales, militares o de inteligencia, siempre dirigidos por el Ejecutivo, en poder del Estado cuya función jurisdiccional se ejercita con posterioridad a la captura;
- ✓ «o que existen víctimas de nacionalidad española», requisito éste que igualmente ha de quedar acreditado *ex ante* y que implica la aplicación aunada del principio de justicia universal, que defiende los intereses y valores de la Comunidad Internacional en su conjunto, con el *principio de personalidad pasiva*, tendente a la protección por el Estado de sus nacionales en el extranjero;
- ✓ «o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España», lo que queda, en cambio, enteramente deferido a la apreciación subjetiva del propio órgano judicial, que podrá decidir en estos casos

---

<sup>5</sup> ÁLVAREZ ROLDAN, Luis B. «Acerca de la Jurisdicción Universal». Número 93, Enero-Junio 2009, «In memoriam Agustín Corrales Elizondo». Págs. 431-440.

la apertura de las actuaciones judiciales en ejercicio extraterritorial de la jurisdicción española, sin más que «constatar», por sí y ante sí, a través de una deducción lógica, la existencia de algún hecho o circunstancia que represente algún otro «vínculo de conexión con España» –distinto al *forum apprehensionis* y al de nacionalidad pasiva, expresados en los dos supuestos anteriores–, como pudiera ser, a título de ejemplo, el de la nacionalidad o residencia habitual en España del presunto o presuntos autores del hecho punible, lo que constituye propiamente el *principio de personalidad activa*, basado en la obediencia exigible a los súbditos de un Estado respecto de su propia legislación; o bien el de la afección a los intereses españoles, por el perjuicio causado a los mismos con la perpetración del crimen internacional en el extranjero, lo que constituye también propiamente el llamado *principio real, de protección o de defensa*, que tiende a la autotutela de los intereses esenciales del Estado, sin que baste, por cierto, en este último caso, para que puedan conocer los Tribunales españoles, con la invocación al ultraje que cause dicho crimen a los principios o valores generalmente aceptados, que forman parte de las comunes convicciones jurídicas de la Humanidad y que son compartidas por las legislaciones de los Estados de la comunidad internacional, entre ellos España, porque en esto radica justamente el fundamento de la actuación del principio de justicia universal, que aquí ha de ir acompañado de consuno y concurrir conjuntamente con algún otro hecho o circunstancia que sirva de base adicional para fundamentar la competencia de los Tribunales patrios: los intereses nacionales han de quedar particularmente afectados por el delito, de manera real, importante y significativa, esto es, *relevante*, como exige la literalidad del precepto<sup>6</sup>.

De otro lado, junto a la necesidad de la concurrencia inicial de aquel triple presupuesto procesal alternativo, tan repetido –que los presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española o que se constate algún vínculo de conexión relevante con España–, se establece también en la nueva redacción del precepto una doble

---

<sup>6</sup> Sobre la posibilidad de fundamentar la atribución de competencia a los Tribunales españoles en base a este tercer supuesto del «*vínculo de conexión relevante con España*», cuando los intereses afectados por el delito no sean estrictamente los nacionales españoles, sino los de otras «naciones de su comunidad histórica», véase BOLLO AROCENA, María Dolores, «La reforma...», óp.cit. y BUJOSA VADELL, Lorenzo. «En torno a la reforma...», óp. cit., pág. 647.

exigencia posterior más «para que puedan conocer los Tribunales españoles» de aquellos delitos cometidos en el extranjero, a saber:

- ✓ «que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento», lo que constituye propiamente una excepción dilatoria de litispendencia, de manera que «el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los mismos hechos» en aquel país o Tribunal internacional, siendo de significar, con todo, que la excepción no opera con el automatismo que pudiera parecer a primera vista, pues se exige también en el tenor literal del precepto que este otro procedimiento que siga fuera de España «suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles», lo que entraña una valoración por parte del juzgador español con vistas a evitar eventuales actuaciones judiciales foráneas emprendidas en fraude de ley, con el fin de sustraer a los presuntos autores del delito de su responsabilidad penal internacional;
- ✓ «que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena», lo que constituye también propiamente la excepción perentoria de cosa juzgada, establecida en el apartado 2, letra c) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aquí aplicable por la remisión que al mismo se hace en el apartado 5 del propio artículo, «si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados» en el apartado 4.

### 3. ESPECIALIDADES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL CON RESPECTO A LOS CRÍMENES DE GUERRA.

De manera especial, en relación con los crímenes de guerra, debe resaltarse, primeramente, que no resulta en realidad de aplicación, para la persecución extraterritorial de los mismos por nuestros Tribunales, la exigencia de que concurra ninguno de aquellos presupuestos antes examinados. En efecto, la nueva redacción dada al art. 23.4 de la ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, comienza por establecer que estos repetidos presupuestos alternativos que deben concurrir para que pueda operar el principio de jurisdicción universal han de



entenderse siempre «sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España». A este último respecto, ya dejamos dicho más arriba que el imperativo de que este tipo de crimen internacional, aun cometido «fuera del territorio nacional (...), deba ser perseguido en España» deriva directamente de la obligación internacional que pesa sobre los Estados Partes en los Convenios y, por tanto, también sobre el nuestro, de «buscar (...) y hacer comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad» a «las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves» (GI,49/II,50/III,129/IV,146 y GPI,85.1). De ello se deduce claramente que las disposiciones pertinentes de los Convenios de Ginebra que imponen a los Estados de la comunidad internacional el ejercicio de la jurisdicción universal con respecto a los crímenes de guerra no exigen la concurrencia de ningún tipo de relación particular o vínculo de conexión entre el delito y el Estado que enjuicia<sup>7</sup>, de manera que tampoco ello puede resultar exigible en nuestro Derecho interno, el cual se remite, como hemos dicho, a «lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España».

En cambio, sí que resultan aquí de aplicación, en los procesos penales por crímenes de guerra cometidos en el extranjero, aquellas excepciones procesales que antes se examinaron. Dejando aparte la aplicación, más pacífica, de la cosa juzgada —«que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero»—, hay que decir en relación con la litispendencia —«que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento»— que la introducción de esta excepción en nuestro Derecho interno no contradice en ningún modo las mencionadas disposiciones de los Convenios de Ginebra, sino que, antes bien, aparece del todo conforme a las mismas, las cuales no imponen *a fortiori* a los Estados el seguimiento hasta la resolución definitiva de un proceso penal ante sus Tribunales internos, sino que facultan expresamente a cada Estado, con respecto a aquellas personas acusadas de haber cometido o dado orden de cometer una cualquiera de las infracciones graves, a declinar el ejercicio de su jurisdicción en favor de otra instancia judicial extraña, conforme a la conocida máxima *aut iudicare aut dedere*: «Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante

---

<sup>7</sup> «El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario». Volumen I: Normas. HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise. Comité Internacional de la Cruz Roja. Pág. 685.

interesada, si éste ha formulado contra ellas cargos suficientes» (GI,49/II,50/III,129/IV,146 y GPI,85.1).

Por último, conviene advertir, siempre en relación con los crímenes de guerra, aunque la especialidad alcanza también en este punto a otros delitos sometidos en nuestro Derecho al principio de jurisdicción universal, como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, que al margen de las disposiciones contenidas en este tan repetido art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, una ley especial, cual es la Ley 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, que pese a su nombre aborda también otras cuestiones diferentes a las que se contrae su intitulación estricta, se decidió en su día a regular la espinosa cuestión relativa a la articulación entre el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional con respecto a las jurisdicciones penales internas de los Estados, incluida la nuestra y el del ejercicio de la justicia universal por parte de España. De esta regulación deriva un límite más a dicho ejercicio extraterritorial de la ley penal española, que se suma a los ya existentes en aquella Ley Orgánica del Poder Judicial, según la nueva redacción que venimos de examinar.

Dicho límite, técnicamente configurado como una carga procesal legalmente establecida para el inicio de las actuaciones, afecta, en lo que ahora nos interesa, al ejercicio de la jurisdicción universal con respecto a los crímenes de guerra –y de genocidio y lesa humanidad– cometidos en el extranjero y cuyos presuntos responsables no sean nacionales españoles. En estos casos, dice así el artículo 7.2 de dicha Ley Orgánica de Cooperación que «cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento (como también deben abstenerse de proceder de oficio en tales casos), limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación». «No obstante –continúa el artículo 7.3–, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes».

Por lo demás, según se establece en la Disposición Adicional Tercera de la propia Ley Orgánica 18/2003, esta regla no resulta de aplicación a los órganos judiciales militares españoles que acompañen a las fuerzas o unidades militares españolas desplazadas fuera del territorio nacional.

Un atentado contra las mismas cometido por extranjeros, susceptible de calificarse como constitutivo de alguno de los crímenes atribuidos a la competencia de la Corte –un ataque contra sus formaciones sanitarias, por ejemplo– sí podría ser perseguido de inmediato por aquellos órganos judiciales militares españoles, con la consiguiente aplicación extraterritorial de la ley penal militar al *extraneus*.

## **ACTUACIONES PREVIAS AL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO: EL PARTE Y LA INFORMACIÓN RESERVADA.**

José Miguel González Reyes  
*Capitán auditor*

### *SUMARIO:*

I. El parte. 1.1. Concepto 1.2. Las otras formas del parte: la denuncia y el testimonio judicial firme. 1.3. Requisitos formales. 1.4. Valor probatorio del parte. II. La información reservada. 2.1. Concepto y finalidad 2.2. Naturaleza 2.3. Forma 2.4. Garantías. 2.5. Incorporación al expediente. III. Conclusiones

La actividad investigadora de la Administración, previa a la instrucción de un procedimiento disciplinario, puede tener lugar bien como consecuencia de un parte o denuncia, bien porque el órgano competente acuerde, por propia iniciativa, la realización de una primera indagación con el objeto de determinar si concurren los requisitos legales para dicha instrucción<sup>1</sup>.

Desde esta perspectiva, la actividad de la Administración se presenta como un conjunto de actuaciones preliminares a la iniciación propiamente dicha de un procedimiento sancionador, ya sea con el carácter de

---

<sup>1</sup> *Vid.*, ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2007) *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales* (Prólogo de Rebollo Puig), Thomson-Civitas, Pamplona, pág. 202 y 203.

actuaciones previas o información reservada, o bien en el ejercicio habitual de las funciones de investigación y comprobación de los órganos administrativos competentes.

## I. EL PARTE

### 1.1. CONCEPTO DE PARTE DISCIPLINARIO

El parte disciplinario es descrito en el art. 46 de la LORDFAS 1998 de forma poco artificiosa pues solo señala que este contendrá un relato claro y escueto de los hechos, sus circunstancias, posible calificación y la identidad del presunto infractor, y que deberá estar firmado por quien lo emita haciéndose constar los datos necesarios para su identificación.

La redacción del artículo 41 del PLORDFAS<sup>2</sup>, declaraba que todo militar que observe o tenga conocimiento de un hecho o conducta que constituya infracción disciplinaria y no tenga competencia sancionadora, *formulará directa e inmediatamente parte disciplinario a quien la tenga para sancionar la falta u ordenar la instrucción del oportuno expediente disciplinario*, informando de tal circunstancia a su inmediato superior<sup>3</sup>.

Respecto a la regulación del régimen disciplinario de la Guardia Civil la redacción es muy similar con la única salvedad de lo que se dirá a continuación respecto del conducto reglamentario<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Proyecto nueva LORDFAS 121/000129, el cual, si bien ha perdido gran parte de su fuerza argumentativa, al hallarse archivado en la actualidad, puede ser citado con carácter orientativo teniendo en cuenta, por otra parte, su propósito de coordinación con la LORDGC 12/1007 a la que me referiré a continuación.

<sup>3</sup> Enfatiza también que el parte contendrá un relato claro y escueto de los hechos, sus circunstancias, la posible calificación de los mismos y la identidad del presunto infractor y estará firmado por quien lo emita, que deberá hacer constar los datos necesarios para su identificación.

<sup>4</sup> Según el artículo 40 LORDGC 12/2007 «1. Todo componente de la Guardia Civil que observe hechos que pudieran constituir faltas imputables a miembros de mismo, superior o inferior empleo, deberá formular parte a la Autoridad o mando que tenga competencia para conocer de la presunta falta observada, informando seguidamente de ello a su superior inmediato, salvo que éste sea el presunto infractor. 2. El parte contendrá un relato claro de los hechos, sus circunstancias, la identidad del presunto infractor, así como de los testigos, y deberá expresar claramente la identidad de quien da el parte y los datos necesarios para ser localizado. 3. La Autoridad o mando competente que reciba un parte acusará recibo de inmediato, informando a su promotor de la incoación o no de procedimiento disciplinario». Sobre otros antecedentes puede verse el antiguo artículo 47 RROOFAS, en relación con lo establecido en

Tradicionalmente, la Doctrina ha sostenido que el parte no puede ser considerado como la expresión de un derecho de petición genéricamente considerado ni como la propuesta contenida en el antiguo art. 203 de las RROOFAS<sup>5</sup>. La STS de 4 mayo, Sala Quinta de lo Militar, señala «que el parte militar no es otra cosa que la dación de cuenta, verbal o escrita según la urgencia, mediante la cual se pone en conocimiento de un superior la existencia y características de un hecho que, en principio, puede tener trascendencia en el ámbito castrense. Trasladado el concepto al campo disciplinario militar supone una puesta en conocimiento de la Autoridad disciplinaria competente de un hecho susceptible de ser calificado como infracción disciplinaria»<sup>6</sup>.

Concebido en los términos referenciados, el parte se presenta entonces como el instrumento adecuado mediante el cual se pone en conocimiento del mando investido de potestad y competencia sancionadora la comisión de una determinada infracción disciplinaria para que este, una vez examinado el relato contenido en ella, resuelva sobre la conveniencia o no de dar principio al procedimiento sancionador castrense.

## 1.2. LAS OTRAS FORMAS DEL PARTE: LA DENUNCIA Y EL TESTIMONIO JUDICIAL FIRME

Ahora bien, el parte no será el único instrumento mediante el cual la *noticia criminis* llega a conocimiento de la Administración militar, teniendo cabida la denuncia por la que cualquier particular puede dar cuenta de un hecho que a su juicio tenga relevancia disciplinaria<sup>7</sup>.

La denuncia, al ser de procedencia extramilitar, presenta como ventaja la no sujeción a requisito procedimental, subjetivo o cauce reglamentario, pudiendo tener carácter verbal o ser formulado por una pluralidad de per-

---

los artículos 35 de la LORDFAS 12/1985 de 27 de noviembre y 32.3 de la LORDGC 11/1991 de 17 de junio, e incluso al precedente artículo 452 del derogado Código de Justicia Militar de 1945. Para el ámbito de la función pública véase la redacción del art. 28 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado

<sup>5</sup> Sobre esta cuestión vid. AA.VV. (2000), *Comentarios a las ley disciplinaria de las Fuerzas Armadas*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, pág. 890 y STS de 27 de octubre de 1992 allí citada.

<sup>6</sup> Ver también SSTS de 27 de octubre de 1992, 20 de octubre 1993, 22 de noviembre de 2005, 18 de diciembre de 2008, 8 de mayo de 2009 y 6 de julio 2010.

<sup>7</sup> En relación al deber de comunicación de las consecuencias derivadas de la denuncia a su autor, ya sea la incoación del un procedimiento disciplinario ya sea la de su archivo deberá de serle notificado a su autor ex art. 47 LORDFAS y 47.2 LORDGC.

sonas<sup>8</sup>. No obstante, una denuncia que careciese de los requisitos de identificación oportuna pudiera tener la consideración de anónima<sup>9</sup> y, en consecuencia, no ser tomada en consideración por la Autoridad competente para dar inicio al procedimiento sancionatorio, sin perjuicio de que aquella Autoridad de oficio proceda a verificar la noticia en ella contenida que de ser cierta será la base del oportuno expediente o información reservada.

Por último el testimonio firme de una resolución judicial puede servir de base para la apertura del oportuno expediente disciplinario, toda vez que la Autoridad competente tome razón de ella a partir de la obligada remisión impuesta a Jueces y Tribunales por la normativa disciplinaria castrense<sup>10</sup>.

### 1.3. REQUISITOS FORMALES

El parte como documento de denuncia, debiera contener un relato claro y escueto de los hechos esencialmente constitutivos de la conducta merecedora de reproche, prescindiendo de referencias superfluas o adimentos innecesarios. Es importante señalar que aunque el parte en gran medida fija los hechos a investigar por el instructor estos no tienen un carácter absoluto e inamovibles para la actividad instructora.

Deberá recogerse con claridad, precisión y objetividad las circunstancias concurrentes a los hechos relativas al autor, el servicio o la disciplina y su posible calificación. Al aludir el texto legal a la calificación *posible* parece querer ponerse de manifiesto la no vinculación por parte de la Administración militar para otorgar otra calificación distinta a la conducta inicialmente descrita y evaluada por el dador del parte, ya sea cualitativa o cuantitativamente.

De importancia extrema es la consignación de la identidad del presunto infractor, o de los datos que puedan facilitar su identificación, y la del da-

---

<sup>8</sup> ROJAS CARO J. (1990), *Derecho disciplinario militar*; Técnos, pág. 205.

<sup>9</sup> Al menos debiera contener la identificación del denunciante o representante, su domicilio, hechos denunciados, lugar, fecha y firma, e indicación del centro o dependencia a la que se dirige por aplicación extensiva del art. 70.1 LRJ-PAC. Todo ello sin perjuicio de que sea subsanada las deficiencias que presentare en los términos que determina el art. 71 LRJ-PAC.

<sup>10</sup> En efecto, la DA 1ª LORDFAS determina que los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria pondrán en conocimiento del Ministerio de Defensa toda resolución que ponga fin a los procesos que afecten a personal sometido a la presente Ley. Por su parte, la DA 2ª de la LORDGC establece que los Jueces y Tribunales pondrán en conocimiento de la Dirección General de la Guardia Civil toda resolución que ponga fin a procesos por delito o falta que afecten al personal sujeto a la presente Ley.

dor del parte, pues aunque no tiene este último la cualidad de interesado en el procedimiento si deberá de serle notificado el contenido de la resolución finalmente adoptada por la Administración castrense<sup>11</sup>.

De la inteligencia de la LORDFAS 1998 y el actual PLORDFAS se advierte como requisito inexcusable que el parte habrá de tramitarse por conducto reglamentario (inmediato superior). Sobre esta delicada cuestión, la Sala Quinta de lo Militar en STS de 6 mayo de 2002, sostiene que «el fundamento de las prescripciones de las RROOFAS (arts. 37, 203 y 204) sobre el uso del conducto regular o reglamentario no es otro que el conocimiento que los sucesivos mandos deben tener de la queja o reclamación dirigida al superior común, como exigencia ineludible derivada de la disciplina y jerarquización entre los militares(...) la obligación de usar el conducto reglamentario es la obligación legalmente impuesta a las personas sujetas a disciplina militar de cursar los escritos que, conteniendo peticiones o quejas dirijan a sus superiores a través precisamente de su inmediato jefe en la cadena orgánica de la Unidad a que pertenezcan (...) el conducto reglamentario, tradicional en los Ejércitos, implica la obligación de acudir al inmediato superior jerárquico para tramitar las peticiones o reclamaciones que afecten al servicio»<sup>12</sup>.

La conclusión, al menos en el ámbito militar de la LORDFAS, es entonces clara: el parte donde se narran los hechos presuntamente constitutivos de infracción disciplinaria deberán tramitarse a través de la cadena orgánica establecida por el conducto reglamentario. Ahora bien, en el ámbito del Benemérito Instituto, ya no se exige como lo venía haciendo la Ley 11/1991 LORDGC el curso reglamentario para llegar hasta quien tiene la competencia para acordar el inicio del oportuno procedimiento, pues lo único que exige la vigente normativa es que se ponga en conocimiento de

---

<sup>11</sup> Por interesado a efectos del procedimiento disciplinario en el ámbito de la LORDFAS y la LORDGC habrá que entender al sancionado, infractor, responsable, expedientado, autor, inculpado o al más genéricamente designado encartado que son los términos que de ordinario utilizan ambas normativas para referirse a la persona contra el que el procedimiento se dirige. Esto supone una variación respecto de la definición contenida en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues en nuestro ámbito el único legitimado para intervenir en el procedimiento (o en vía de revisión) es la persona contra la que el mismo se dirige, no existiendo como se dijo al principio la actuación mediante representación. No es de aplicación entonces, al menos en su totalidad, la previsión del art. 31 de la citada norma.

<sup>12</sup> El artículo 28. del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las RROOFAS al regular el «conducto reglamentario» establece que *«para asuntos del servicio se relacionará con superiores y subordinados por conducto regular según la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas, que será el conducto reglamentario, salvo en los casos que esté establecido uno específico para dirigirse al órgano competente para resolver»*.



la *Autoridad o mando que tenga competencia para conocer de la presunta falta observada*, salvo que este sea el presunto infractor, por lo que no cabe sino inferir que no es preceptivo el cauce reglamentario. Con mayor luz que la normativa militar, la norma ritual de la Guardia Civil determina también la inexigibilidad de la calificación jurídica, lo que resulta coherente al tratarse de una cuestión jurídica impropia de un escrito en el que lo realmente relevante son los hechos<sup>13</sup>.

#### 1.4. VALOR PROBATORIO DEL PARTE

Sobre el valor probatorio del parte militar la jurisprudencia de la Sala Quinta ha sido objeto de variación en el tiempo que va desde aquellos postulados que atribuye plenamente al parte valor de denuncia<sup>14</sup> hasta aquellos otros que le confieren pleno valor probatorio según el dador sea directo observador o no de los hechos como pondremos inmediateamente de relieve.

La reciente jurisprudencia de Sala Quinta de lo Militar en su Sentencia de 16 septiembre de 2010<sup>15</sup> recoge la doctrina más elaborada sobre este asunto y matiza que «el valor administrativo militar del parte es importante, pues representa el cumplimiento de un deber de información al mando, pero procesalmente no tiene otro valor que el de mera denuncia, constituyendo un principio de prueba de unos hechos, que en caso de ser discutida o negada su existencia, precisará de una comprobación o corroboración de su contenido para que tenga el parte total eficacia probatoria»<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Vid., AAVV (Coord. Nicolás Marchal Escalona) (2008), *Manual de derecho disciplinario de la Guardia Civil*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, pág. 548.

<sup>14</sup> V.gr., SSTS Sala Quinta de 4 de mayo de 1995, 27 de junio de 1996, 14 de noviembre de 1995, 2 de junio de 1995, 27 de octubre de 1992, o 18 de febrero de 1992, entre otras. El valor administrativo o militar del parte es indudable pero en su vertiente procesal no se le puede reconocer al parte otro valor que el de mera denuncia, constituyendo un principio de prueba de unos hechos que, caso de ser discutidos o negada su existencia, precisará de una comprobación o corroboración de su contenido para que tenga el parte total eficacia probatoria.

<sup>15</sup> Recogiendo posiciones ya sostenidas en Sentencia de 4 de mayo de 1995, seguida por las de 22 de enero y 6 de julio de 2010.

<sup>16</sup> Vid. STS Sala Quinta de 21 de noviembre de 2005. De esta suerte los partes militares «*caso de ser discutidos o negada su existencia, precisarán de comprobación o corroboración de su contenido para que tengan total eficacia probatoria y que el parte o el testimonio del mando que indaga u observa y describe la infracción disciplinaria, para que tenga sentido inequívocamente incriminador, es susceptible de ser valorado como prueba desvirtuadora de la presunción de inocencia de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia, es decir, siempre que su contenido no entre en contradicción con otras pruebas que deban considerarse de descargo*».

De acuerdo con lo anterior, el parte militar puede alcanzar valor probatorio pleno de cara a enervar la presunción de inocencia en determinados casos<sup>17</sup>. Sin embargo, en otros, dependiendo de las circunstancias concurrentes, el parte militar puede ser insuficiente para ser considerado como prueba plena a efectos de enervar la presunción de inocencia<sup>18</sup>.

En cualquier caso, al parte emitido por el observador que presencié los hechos la Jurisprudencia de la Sala Quinta ha dado un carácter privilegiado anudando toda una doctrina a partir de las Sentencia de 21 de diciembre de 2007 y de 22 de enero de 2010 seguida por la de 16 de septiembre de 2010, que sostiene que «el parte que suscribe el Superior que presencia los hechos puede tener por sí solo valor probatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia, cuando el testimonio que en él se contiene presenta suficientes garantías de credibilidad y verosimilitud, pero se ha exigido también que, cuando no existe más prueba que dicho testimonio y, además, la conducta indisciplinada se ha dirigido contra el Superior que recibe la ofensa del subordinado, la valoración de tal prueba ha de efectuarse con especial rigor, analizando cuidadosamente su contenido, pues se constituye en la única prueba de cargo que ha de servir para enervar la

---

<sup>17</sup> La citada STS de 16 septiembre de 2010 recoge como válidos los postulados de las SSTS de 2 de junio y 14 de noviembre de 1995, 5 de enero y 8 de junio de 2001, de 15 de noviembre de 2004, 19 de febrero de 2007 y 22 de enero de 2010 (SSTS Sala V de 2 de junio y 14 de noviembre de 1.995, 5 de enero y 8 de junio de 2.001

<sup>18</sup> Así la STS Sala Quinta de 16 de septiembre de 2010 dispone que «*El parte o el testimonio del mando que indaga u observa y describe la infracción disciplinaria, que tenga sentido inequívocamente incriminador, es susceptible de ser valorado como prueba desvirtuadora de la presunción de inocencia de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia, es decir, siempre que su contenido no entre en contradicción con otras pruebas que deban considerarse de descargo, en cuyo caso su apreciación deberá producirse en el contexto del material probatorio disponible. En consecuencia, la prueba consistente en la observación directa del mando debe ser contrastada, en su caso, con los posibles testimonios y documentos exculpatorios que consten en las actuaciones, apreciando la versión contradictoria y efectuando la oportuna valoración –STC de 25.09.2006–, de donde hemos deducido, en paralelo a la doctrina del Juez de la Constitución, que el parte militar no constituye una presunción “iuris et de iure” y admite prueba en contrario –nuestra Sentencia de 19 de octubre de 2007 (...). Así, esta Sala en sus sentencias 32/96 de 27 de junio, 20 de diciembre de 1993 y 11/94 de 7 de marzo, entre otras, ha reconocido pleno valor probatorio al parte dado al superior «en atención a su corroboración por otras pruebas e incluso en atención a las circunstancias concurrentes». Con mayor detalle manifestamos en nuestra sentencia de 16 de julio de 2001 (RJ 2002/8698) que «el parte dado por un superior que presencié los hechos, que no esté afectado por vicio alguno que pudiera invalidarlo y cuyo contenido sea de inequívoco sentido incriminador, es susceptible de ser valorado como prueba desvirtuadora de la presunción de inocencia de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia. No puede, en consecuencia, descartarse la eficacia probatoria del parte militar sin el examen de todas las circunstancias concurrentes porque en principio integra el material probatorio del que se dispuso...».* Vid. también SSTs de 7 de noviembre de 1992 y de 15 de mayo de 2003, entre otras

presunción de inocencia, por lo que, al examinar las diversas circunstancias que rodean los hechos, resulta, si no imprescindible, muy necesario, buscar la existencia de corroboraciones periféricas que puedan confirmar su realidad».

Ahora bien, que pueda atribuirse en virtud de determinadas reglas visos de realidad a los hechos en principio narrados en el parte no implica que el mismo goce de presunción de veracidad absoluta o que tenga prevalencia sobre cualquier otro medio de prueba sin un análisis crítico de su fiabilidad<sup>19</sup>. Así, cualquiera que sea el empleo del militar que lo haya emitido, el análisis es imprescindible para concluir si merece ser atendido, pues la versión que contiene puede no reflejar fielmente lo sucedido, bien por una defectuosa percepción de ello o mala conservación de lo percibido en la memoria, bien por una desajustada exposición, intencionada o no, de lo percibido y recordado.

Desde esta perspectiva, y a nuestro modo de ver, el parte militar no sería sino un medio de prueba más a valorar que debe ser contrastado con otros que vengan a reforzar su contenido ya que en otro caso, carente de corroboración, podría ser considerado insuficiente para sustentar el hecho imputado<sup>20</sup>.

## II. LA INFORMACIÓN RESERVADA

### 2.1. CONCEPTO Y FINALIDAD

Puede ocurrir que en ocasiones la Autoridad o Mando con competencia sancionadora ante la duda de la veracidad del relato de hechos contenidos en el parte o con objeto de precisar los mismos o aquellos otros que pudieran ser relevantes en términos disciplinarios, y antes de la imprescindible orden de inicio, acuerde la elaboración de la oportuna información administrativa previa de carácter reservado para el esclarecimiento de los mismos o la determinación de los presuntos responsables<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Vid. Sentencias de 23 de enero de 2008, 27 de marzo de 2009 y 22 de enero, 11 de febrero y 6 de julio de 2010.

<sup>20</sup> Según la STS de 14 de octubre de 2.005 *«para que procesalmente pueda desplegar su eficacia probatoria cuando su contenido (en referencia al contenido del parte) sea negado por el presunto infractor, se precisará de una comprobación o corroboración de su contenido por quien produce dicho parte y por las demás pruebas»*.

<sup>21</sup> Vid. MONTROYA MARTÍN, E. «Consideraciones sobre las actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento administrativo sancionador y en las garantías del adminis-

Así, el art. 44.2 de la LORDFAS 8/1998 preceptúa que «antes de iniciar un procedimiento, la autoridad competente podrá acordar la práctica de una información previa para el esclarecimiento de los hechos»<sup>22</sup>. Se trata de un conveniente mecanismo para evitar las incoaciones frustradas de expedientes sancionadores conformando un antecedente facultativo al alcance de la Administración que permite evitar las siempre perniciosas consecuencias para los eventuales imputados o la alarma social ocasionada por un procedimiento que carente de base nunca debió iniciarse<sup>23</sup>.

La transposición al ámbito disciplinario militar es consecuencia, sin ningún género de dudas, de la previsión contenida en el art. 69.2 de la Ley 30/1992 RJA-PAC<sup>24</sup> que ya se recogía en el art. 134.2 LPA de 17 de julio de 1958<sup>25</sup>.

Por tratarse del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, la información debería ser no solo previa sino siempre, y en todo caso, reservada<sup>26</sup>.

---

trado», Documentación Administrativa núm.280-281 (enero-agosto), 2008, pp. 195 a 220, en concreto p. 199.

<sup>22</sup> En idénticos términos se manifiesta el art. 40. 3 del PLORDGC «*Antes de iniciar un procedimiento, la autoridad competente podrá ordenar la práctica de una información previa para el esclarecimiento de los hechos*». Por su parte la LORDGC 12/2007 contempla también esta previsión en el art. 39.5 que señala «*con anterioridad al acuerdo de inicio, la Autoridad disciplinaria podrá ordenar la práctica de una información reservada para el esclarecimiento de los hechos, la determinación de sus presuntos responsables y la procedencia de iniciar o no el procedimiento sancionador*». Dicha previsión ya se contenía en art. 32.2 de la LORDGC 11/1991 y para el Cuerpo Nacional de Policía en el art. 19.6 del RDCNP que aprueba la novísima LO 4/2010, de 20 de mayo.

<sup>23</sup> DOMÍNGUEZ VILA A. (1997), *Constitución y Derecho Administrativo Sancionador*, Marcial Pons, Madrid, p. 306.

<sup>24</sup> El art. 69.2 LRJ-PAC explicita «*con anterioridad al acuerdo de iniciación podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento*».

<sup>25</sup> De acuerdo con ello, el derogado art. 134.2. LPA 1958 sostenía «*al recibir comunicación o denuncia sobre una supuesta infracción administrativa, podrá acordar la instrucción de una información reservada antes de dictar la providencia en que se decida la incoación del expediente o, en su caso, el archivo de las actuaciones*».

<sup>26</sup> En el ámbito sancionador ordinario no se hace figurar la exigencia de reserva de las actuaciones previas entre los principios del procedimiento sancionador no contemplándose tampoco en el reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora que regula el RD 1398/1993. Vid. GONZÁLEZ PÉREZ J., y GONZÁLEZ NAVARRO F. (2004), *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, t. II, Thomson-Civitas, Madrid, pág. 1781. Así, según ATC 204/1993 con independencia de que la peculiar característica que domina y da nombre a esta diligencia (su carácter inicialmente «reservado» deba ser tenida en cuenta por el órgano decisor a la hora de valorar su contenido, debe señalarse que de las condiciones en las que se practicó no se infiere la necesidad de proscribir su valoración para salvaguardar el equilibrio esencial del procedimiento y para impedir un posible efecto material de indefensión.

## 2.2. NATURALEZA

La dicción literal de la normativa castrense es en esta ocasión también escueta e imprecisa. Por ello, es necesario analizar la naturaleza de dicha información (previa o reservada) al objeto de determinar su alcance y efectos, lo que impone necesariamente obligada remisión a los postulados de las resoluciones del TS sobre esta materia.

De acuerdo con la STS, Sala Quinta, de 15 julio 2003, la información reservada sería «un procedimiento de carácter administrativo que no tiene naturaleza sancionadora, ni se dirige contra una persona determinada (...) para el esclarecimiento de los hechos antes de acordar la incoación de un procedimiento sancionador, con el fin de determinar si esos hechos pueden tener la trascendencia disciplinaria que justifique la iniciación del correspondiente Expediente».

Con mayor precisión, la STS de 16 enero 2004 matiza que la información reservada es «una investigación inquisitiva en la que se incorporan testimonios y que tiende precisamente a ofrecer argumentos indiciarios para las resoluciones de la Autoridad Disciplinaria, o para establecer presupuestos de la posterior instrucción, mediante una aproximación al presunto conjunto de hechos. No supone una fase inculpatória en ningún sentido y sobre sus contenidos y conclusiones habrán de recaer las actuaciones probatorias que el Instructor practique con otorgamiento de plenas garantías de contradicción en las decisiones indagatorias, hasta el agotamiento de la vía administrativa mediante las resoluciones oportunas y su revisión posterior jurisdiccional si se interponen recursos de tal índole».

Por su parte, la STS de 6 noviembre de 2000 puntualiza para el ámbito de la Guardia Civil, pero plenamente aplicable al resto del estamento militar, «que la información reservada del artículo 32 de la LORDGC no es preceptiva. A tenor de dicho artículo, antes de acordar la incoación de un procedimiento sancionador, la Autoridad competente podrá acordar la práctica de una información reservada con la finalidad de esclarecer los hechos. Por lo tanto, si se dispone de datos suficientes para incoar el expediente, la información reservada no deberá ser practicada, por ser innecesaria y porque los derechos fundamentales de defensa del art. 24.2 de la CE exigen que no se retrase el otorgamiento de la condición de imputado o expedientado, evitándose así el riesgo de utilizar el retraso para realizar interrogatorios en los que el interrogado se encontraría en situación desventajosa».

De lo anterior, se desvela, entonces, el carácter no sancionador de la información reservada como procedimiento administrativo ni preceptiva

en su realización, que obedecerá para su impulso a los solos criterios de oportunidad del mando con competencia sancionadora.

### 3.3. FORMA

No existen formalidades en ninguna de las disposiciones castrenses antes referenciadas sobre el modo en que ha de elaborarse dicha información reservada lo que, de ordinario, suele plantear problemas para las personas inicialmente designadas como investigadores o instructores de los hechos a indagar.

La información reservada es un procedimiento que no se dirige contra nadie en concreto, puesto que su objetivo es precisamente la averiguación de los hechos constitutivos de infracción disciplinaria. En este contexto, el único requisito exigido por la norma es que la autoridad competente acuerde efectivamente la práctica de la información previa para el esclarecimiento de los hechos cuya resolución servirá de base para la apertura o archivo del parte o denuncia recibido, pero que en ningún caso tendrán carácter vinculante para la autoridad sancionadora.

Será facultad de aquel mando, el nombramiento de instructor o secretario, o prescindir del segundo, para la realización de aquellas diligencias que se consideren imprescindibles, incorporándose cualesquiera medios de prueba válidos en Derecho adicionando los documentos que se estimen por convenientes o las manifestaciones de quienes presten declaración. Sobre este aspecto podrá quedar constancia recogiendo íntegramente las declaraciones suscritas por el declarante o mediante un resumen practicado por el instructor que haya recepcionado el testimonio oralmente transmitido por los testigos o personas conocedoras del hecho.

En cualquier caso, desde nuestra experiencia personal, entendemos conveniente que las conclusiones de la Información se recojan por escrito por el instructor de forma ordenada y numerada, haciendo constar la finalidad de la información, las pruebas practicadas, el resultado de las mismas, su parecer y entidad disciplinaria de los hechos así como los autores identificados, remitiendo todo ello a la misma autoridad disciplinaria que ordenó su elaboración.

Respecto al plazo, en ausencia de disposición al respecto, esta deberá ser en cualquier caso inferior al plazo de prescripción de la infracción. Ahora bien, del espíritu de la norma se desprende la conveniencia de que esta sea practicada en el plazo más breve posible atendiendo a la complejidad y volumen de los hechos (días o pocas semanas), pues de tenerse

noticias de que los hechos son constitutivos de infracción disciplinaria o desechada esta posibilidad, debiera remitirse por el instructor inmediatamente a la autoridad competente dichas conclusiones absteniéndose de practicar pruebas pormenorizadas que serán más propias de un auténtico procedimiento sancionador. La información reservada nunca puede servir de base para la realización de una instrucción encubierta ni para dilatar indebidamente el inicio de un procedimiento disciplinario o el archivo de una denuncia con grave menoscabo de la eficacia de la Administración y los derechos del interesado<sup>27</sup>.

## 2.4. GARANTÍAS

Como se ha dicho la información reservada en cuanto que procedimiento de carácter no sancionador no se dirige contra persona determinada, de ahí que no sea posible la adopción de medidas cautelares, practica de trámites de audiencia, pliegos de cargos o propuestas de resolución, y que, por supuesto, no quepa ninguna clase de recurso<sup>28</sup>. Solo juega a favor del investigado la no interrupción de los plazos de prescripción de la infracción.

Ahora bien, la dificultad se presenta respecto a aquellos supuestos en los que, y precisamente a consecuencia de las conclusiones de la información reservada, la Autoridad competente advierta que los hechos pueden ser efectivamente constitutivos de infracción disciplinaria ordenando la incoación del oportuno expediente sancionador<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> De nuestra experiencia profesional advertimos que el plazo para llevarse a cabo esta debe ser de días o pocas semanas.

<sup>28</sup> De hecho el investigado no tiene conocimiento de la actuación indagatoria hasta que es llamado a prestar declaración, sin que se le reconozca el derecho a tener conocimiento de la finalización o resultado de la información reservada, del que solo tendrá noticia si finalmente se le imputa en un procedimiento sancionador o aventure que transcurridos los plazos para el inicio de este, sin recibir notificación de apertura de expediente disciplinario, el objeto de la información se desvaneciera.

<sup>29</sup> De acuerdo con la STS de la Sala Quinta de 15 julio 2003 «*mal puede hablarse de infracción en esa información del principio acusatorio. No obstante, es claro que si la información reservada se constituye en fundamento de una imputación por las manifestaciones en ella vertidas por quien luego resulta imputado, cabe que se susciten cuestiones relativas a la indefensión en que puede verse sumida la parte a la que no se le advirtió de sus derechos al recibirsele esa declaración, pero ello exige que, como decimos, esas manifestaciones hayan fundamentado la imputación, debiendo en este punto ponerse de relieve, como hacíamos en nuestra sentencia de 8 May. 2003, que lo manifestado en una información de esa clase carece de valor verificador de los hechos si no es ratificado ante el Instructor del Expediente disciplinario.*».

Para salvaguardar entonces la validez del futuro expediente disciplinario y evitar la nulidad del mismo debieran garantizarse a todos los que presten manifestación que pudieran resultar imputados en un ulterior procedimiento las mismas garantías y derechos que a todo imputado. En este sentido debieran de advertirse de los concretos derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo, y a no confesarse culpable<sup>30</sup> pues como señala la STS, Sala de lo Militar, de 6 noviembre de 2000, «es jurisprudencia constitucional asentada que el respeto a los derechos de defensa reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución constituye un límite que la potestad sancionadora de la Administración no puede eludir».

Exponente de esa jurisprudencia es la STC 197/1995, de 21 diciembre, en la que, después de establecer que «el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa, rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudieran experimentar en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el Derecho administrativo sancionador». Partiendo de este criterio, para la Sala Quinta del TS según reza la S. de 6 noviembre de 2000 «Cuando un militar es imputado o razonablemente va a serlo, como era el caso del recurrente, una condición se añade a la de militar: la de imputado actual o futuro. Condición añadida que cambia sustancialmente las cosas, pues lo que se pide al interrogado ya no es información sobre un asunto del servicio –al menos no puede ser valorado únicamente como información–, sino datos por los que puede ser inculcado». De ahí que la Sala declare que el recurrente tenía derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable; derecho cuya causa directa se encuentra en la Constitución<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> La jurisprudencia ha constatado reiteradamente que estos derechos rigen en el procedimiento administrativo sancionador, v.gr., SSTC 197/1995, de 21 de septiembre, 45/1997, de 11 de marzo, o la STS, Sala de lo Militar, de 6 de noviembre, de 2000, esta última en esencia establece que el militar que sea expedientado en un procedimiento disciplinario sí está facultado para mentir porque tanto el silencio como la mentira integran el contenido esencial de su derecho fundamental a no declarar contra sí mismo anulando la Sentencia la sanción impuesta al interesado que mintió en la información reservada previa al procedimiento disciplinario. Algunos autores incluyen dentro de estas garantías el derecho a la asistencia letrada que nosotros entendemos no trasladable dado que la presencia de letrado solo es admisible inexcusablemente desde la formulación del Pliego de Cargos, sin perjuicio evidentemente de la repetición de aquellos actos en los que no estuviera presente y pudiera ser constitutivo del derecho de defensa.

<sup>31</sup> En consecuencia (admitiendo que esa información reservada fuera necesaria por ser los datos de que ya se disponía insuficientes para incoar un expediente sancionador), solo podía ser interrogado previa información de sus derechos, pues la Administración sancionadora debe evitar que quien razonablemente puede terminar sancionado o sometido a



El efecto de que un militar sea sometido a interrogatorio durante la elaboración de una información reservada, sin haber sido informado previamente de su derecho a no declarar contra sí mismo, será la nulidad de la declaración prestada<sup>32</sup>.

## 2.5. INCORPORACIÓN AL EXPEDIENTE

Finalmente, la información reservada que de origen al inicio de un expediente sancionador castrense deberá adicionarse a este y su contenido para que tenga relevancia a efectos de prueba debiera ser ratificado con todas las garantías legales<sup>33</sup>.

Sobre *la incorporación de la información reservada* la STS de 16 enero 2004, recogiendo opinión ya conformada por esa Sala Quinta de lo Militar<sup>34</sup> ha sostenido que «en modo alguno su realización, así como la incorporación a las actuaciones, afecta a derecho fundamental, toda vez que

---

expediente sancionador haga contribuciones de contenido incriminatorio directo que no habría hecho de estar advertido.

<sup>32</sup> Si el instructor no informa de sus derechos al deponente el derecho fundamental de este a no declarar contra sí mismo resultará lesionado. Según la STS de 6 de noviembre de 2000, «... el mencionado deber habría actuado como elemento excluyente de los medios de autodefensa (el interrogado habría contestado creyendo que estaba obligado a hacerlo y sin faltar a la verdad) y de ahí el inmediato efecto de la vulneración del derecho sobre la declaración. Efecto por el que ésta no es valorable a la hora de fundamentar la resolución de que se trate (art. 11.1 de la LOPJ) y por el que la infracción de “hacer manifestaciones basadas en aseveraciones falsas” quedaría excluida de raíz (esta consecuencia segunda sólo interesaría en casos como el presente y únicamente si el recurrente no hubiera declarado consciente de su situación real)».

<sup>33</sup> La STC, Sala Segunda, 56/1998 de 16 marzo señala que la información reservada «fue encargado conforme a Derecho por el Ministerio de Justicia a un funcionario concreto en el ejercicio regular de su función y en que dicho funcionario describió pormenorizadamente su actividad para realizarlo y los fundamentos fácticos de sus conclusiones. Obsérvese también que su escrito se incorporó al expediente una vez incoado éste y que, de nuevo con independencia de las oportunidades de defensa que el hoy recurrente tuviera en la fase judicial, ello le dio oportunidad de rebatir su contenido en las dos ocasiones en las que se le concedió audiencia y de solicitar un nuevo testimonio de su autor o, en general, las diligencias que estimara convenientes para sustentar su contradicción. Corrobora las afirmaciones anteriores nuestra jurisprudencia relativa a que las diligencias y actas de la Inspección de los Tributos constituyen un primer medio de prueba sobre los hechos que reflejan y que su «valor o eficacia ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba. A ello debe añadirse que ese valor probatorio solo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias».

<sup>34</sup> SS, entre las más recientes, de 15 de julio y 31 de octubre de 2003.

sus contenidos pueden ser sujetos a contradicción con posterioridad en el trámite de audiencia y en la sucesiva actividad probatoria».

Ahora bien, lo manifestado en una información de esa clase carece de valor verificador de los hechos si no es ratificado ante el instructor del expediente con posterioridad<sup>35</sup>. En cualquier caso, entonces, la persona del instructor y secretario que hubiese sido inicialmente designado para la elaboración de la información reservada no podrán intervenir en aquella calidad en el procedimiento que resulte del mismo caso de evidenciarse en la información reservada la ilicitud de los hechos indagados, operando plenamente las reglas generales sobre abstención y recusación<sup>36</sup>.

### III. CONCLUSIONES

- I. Dentro de la actuación inspectora de la Administración como actuaciones instrumentales previas al desarrollo del procedimiento administrativo sancionador castrense se encuentra el parte e información reservada.
- II. El parte militar se configura como la dación de cuenta mediante el cual se pone en conocimiento de la Autoridad disciplinaria competente un hecho susceptible de ser calificado como infracción disciplinaria, correspondiente a esta Autoridad la decisión de incoar el oportuno procedimiento, archivar la denuncia, o promover la realización de una información reservada para el esclarecimiento de los hechos, sin que en ningún caso los hechos fijados en el parte tengan carácter absoluto e inamovibles para la actividad instructora.
- III. El parte, que tiene inicialmente el carácter genérico de denuncia, puede llegar a tener por sí solo valor probatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia, cuando el testimonio que en él se contiene presente suficientes garantías de credibilidad y verosimilitud y sea contrastado con otros medios de prueba que vengan a reforzar su contenido, ya que en otro caso, carente de corroboración, podría ser considerado insuficiente para sustentar el hecho imputado.
- IV. La información reservada sería un procedimiento de carácter administrativo que no tiene naturaleza sancionadora, ni se dirige

---

<sup>35</sup> STS de 8 de mayo de 2003.

<sup>36</sup> Vid. arts. 52.3 LORDFAS, 41 LORDGC 12/2007, 28 y 29 LRJ-PAC 30/1992, 53.10 LPM 2/1989, también STS de 18 de febrero de 2005.

contra una persona determinada para el esclarecimiento de los hechos antes de acordar la incoación de un procedimiento sancionador, con el fin de determinar si esos hechos pueden tener la trascendencia disciplinaria que justifique la iniciación del correspondiente Expediente.

- V. No existen formalidades de ninguna clase sobre el modo de llevar a cabo la información reservada, salvo la conveniencia de informar al investigado del derecho fundamental de este a no declarar, a no hacerlo contra sí mismo o no declararse culpable, pues la Administración sancionadora debe evitar que quien razonablemente puede terminar sancionado o sometido a expediente sancionador haga contribuciones de contenido incriminatorio directo que no habría hecho de haber sido convenientemente advertido.
- VI. Finalmente, la información reservada que de origen al inicio de un expediente sancionador castrense deberá adicionarse a este y su contenido para que tenga relevancia a efectos de prueba debiera ser ratificado con todas las garantías legales.

**TEXTOS**

# **LEGISLACIÓN**

## MINISTERIO DE DEFENSA

- Resolución 600/38270/2010, de 14 de diciembre, de la Jefatura del Estado Mayor de la Armada, por la que se delegan determinadas competencias relativas al acceso y régimen de reservistas voluntarios. (BOE 3 de 04/01/2011)
- Orden DEF/3450/2010, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Orden DEF/2424/2004, de 20 de julio, por la que se delegan competencias en autoridades del Ministerio de Defensa. (BOE 4 de 05/01/2011).
- Orden DEF/3468/2010, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Orden DEF/1876/2009, de 8 de julio, por la que se aprueba el Reglamento del Patronato de Huérfanos del Ejército del Aire «Nuestra Señora de Loreto». (BOE 6 de 07/01/2011).
- Orden DEF/3474/2010, de 28 de diciembre, por la que se crean ficheros de datos de carácter personal en los Centros Universitarios de la Defensa. (BOE 7 de 08/01/2011)
- Resolución 500/38000/2011, de 4 de enero, de la Jefatura de Estado Mayor del Ejército de Tierra, por la que se delega la concesión y el cese en la percepción del complemento de dedicación especial, en su concepto de especial rendimiento. (BOE 12 de 14/01/2011)
- Orden DEF/55/2011, de 13 de enero, por la que se delegan en el Secretario de Estado de Defensa determinadas competencias. (BOE 19 de 22/01/2011)
- Resolución 320/38007/2011, de 10 de enero, de la Secretaría de Estado de Defensa, por la que se hace efectiva la supresión del Centro de Investigación y Desarrollo de la Armada y se integran sus actividades, funciones y competencias en el Instituto Tecnológico «La Marañosa». (BOE 20 de 24/01/2011)
- Corrección de errores de la Orden DEF/55/2011, de 13 de enero, por la que se delegan en el Se-

- cretario de Estado de Defensa determinadas competencias. (BOE 22 de 26/01/2011)
- Resolución 300/38011/2011, de 12 de enero, de la Secretaría de Estado de Defensa, por la que se delega el reconocimiento, clasificación y posterior destino del material inútil o no apto para el servicio de la Unidad Militar de Emergencias. (BOE 22 de 26/01/2011)
- Resolución 330/01686/2011, de 25 de enero, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se desarrolla el presupuesto de la Sección 14, Ministerio de Defensa, para el año 2011. (BOD 24 de 4/02/2011).
- Orden DEF/156/2011, de 24 de enero, por la que se señalan las zonas de seguridad para la instalación militar Estación Radionaval de Canarias «Almatriche», ubicado en el municipio de las Palmas de Gran Canaria. (BOD 25 de 7/02/2011)
- Instrucción 2/2011, de 27 de enero, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se regula el proceso de Planeamiento de los Recursos Financieros y Materiales (BOD 26 de 8/02/2011).
- Orden Ministerial 3/2011, de 15 de febrero, que modifica 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. (BOD 37 de 23/02/2011)
- Orden DEF/338/2011, de 9 de febrero, por la que se crean y suprimen ficheros de de datos de carácter personal del Hospital Central de la Defensa, «Gómez Ulla». (BOE 44 de 21/02/2011)
- Orden DEF/337/2011, de 9 de febrero, por la que se crean y suprimen ficheros de datos de carácter personal de la Inspección General de Sanidad de la Defensa. (BOE 44 de 21/02/2011)
- Orden Ministerial 6/2011, de 24 de febrero, por la que se fijan las especialidades complementarias y aptitudes en la Armada (BOD 46 de 08/03/2011)
- Orden Ministerial 5/2011, de 24 de febrero, que modifica la Orden Ministerial 130/2005, de 22 de julio, por la que se regulan las felicitaciones al Militar Profesional de las Fuerzas Armadas (BOD 46 de 08/03/2011)
- Orden DEF/467/2011, de 2 de marzo, por la que se aprueban las Normas para la colaboración del Ministerio de Defensa en la formación de los vigilantes de seguridad privada encargados de la prestación del servicio de seguridad en buques que naveguen bajo bandera española y para el apoyo logístico en el transporte del material imprescindible empleado en su servicio. (BOE 57 de 08/03/2011).

- Instrucción 452/03839/2011, de 4 de marzo, del Subsecretario de Defensa, por la que se aprueba el plan anual de activación de reservistas voluntarios para la formación continuada durante el año 2011(BOD 50 de 14/03/2011).
- Orden DEF/577/2011, de 8 de marzo, por la que se crean ficheros de datos de carácter personal, en el ámbito del Ejército de Tierra. (BOE 65 de 17/03/2011)
- Instrucción 9/2011, de 24 de febrero, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueban las normas para la Seguridad de la Información en las Personas (BOD 53 de 17/03/2011).
- Instrucción 10/2011, de 24 de febrero, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba la Política de uso de la mensajería interpersonal en la red de área extensa corporativa de propósito general del Ministerio de Defensa (BOD 54 de 18/03/2011).
- Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas. (BOE 70 de 23/03/2011)
- Real Decreto 418/2011, de 25 de marzo, por el que se modifican determinados artículos del Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas. (BOE 73 de 26/03/2011).
- Instrucción 17/2011, de 24 de marzo, de la Subsecretaría, por la que se modifica la Instrucción 11/2010, de 23 de marzo, 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 Grado (BOD 63 de 31/03/2011).
- Real Decreto 456/2011, de 1 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal militar profesional. (BOE 81 de 05/04/2011).
- Orden DEF/780/2011, de 31 de marzo, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación para acceder a las escalas de suboficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina (BOD 68 de 07/04/2011).
- Instrucción 19/2011, de 4 de abril, del Subsecretario de Defensa, por la que se desarrolla la Orden 43/1993, de 21 de abril, sobre régimen del alumnado de los centros docentes de formación (BOD 69 de 07/04/2011).
- Orden Ministerial 23/2011, de 27 de abril, por la que se aprueban las normas para la valoración de la aptitud médica del personal de las Fuerzas Armadas con res-



- ponsabilidad de vuelo (BOD 88 de 06/05/2011).
- Real Decreto 640/2011, de 9 de mayo, por el que se modifica el 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 (BOE 129 de 31/05/2011).
- Orden Ministerial 28/2011, de 2 de junio, por la que se crea el Instituto de Toxicología de la Defensa. (BOD 112 de 09/06/2011).
- Orden Ministerial 29/2010, de 7 de junio, por la que se aprueba el modelo de las Cédulas de la Cruz a la Constancia en el Servicio. (BOD 116 de 15/06/2011).
- Orden Ministerial 33/2011, de 14 de junio, por la que se aprueban las directrices generales para la elaboración de los planes de estudios de la formación militar general, específica y técnica para el acceso a las diferentes escalas de suboficiales (BOD 119 de 20/06/2011).
- Resolución 400/09341/2011, de 31 de mayo, del Subsecretario de Defensa, por la que se aprueba el calendario de actividades para el curso académico 2011-2012, correspondiente a la enseñanza de formación para el acceso a las escalas de oficiales de los cuerpos generales e infantería de marina sin requisito previo de titulación universitaria (BOD 119 de 20/06/2011).
- Instrucción 32/2011, de 31 de mayo, del Subsecretario de Defensa, de anotación de felicitaciones en la hoja de servicios del personal perteneciente a los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas (BOD 120 de 21/06/2011).
- Orden Ministerial 34/2011, de 14 de junio, que modifica la 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 121 de 22/06/2011).
- Orden DEF/1777/2011, de 22 de junio, por la que se determinan las bases reguladoras para la concesión de ayudas económicas para el acceso a la propiedad de vivienda de los miembros de las Fuerzas Armadas. (BOE 153 de 28/06/2011)
- Orden Ministerial 438/09952/2011, de 22 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 2011-2012 (BOD 127 de 30/06/2011)

## JEFATURA DEL ESTADO

- Ley 29/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011(BOD 1, de 3/01/2011).
- Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino. (BOD 2, de 3/01/2011).
- Real Decreto 1737/2010, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles. (BOD 2, de 3/01/2011).
- Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. (BOE 25 de 29/01/2011)
- Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. (BOE 25 de 29/01/2011)
- Instrumento de Ratificación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006. (BOE 42 de 18/02/2011)
- Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III), hecho en Ginebra el 8 de diciembre de 2005. (BOE 42 de 18/02/2011)
- Orden INT/318/2011, de 1 de febrero, sobre personal de seguridad privada. (BOE 42 de 18/02/2011)
- Orden INT/314/2011, de 1 de febrero, sobre empresas de seguridad privada. (BOE 42 de 18/02/2011)
- Instrumento de Ratificación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006. (BOE 42 de 18/02/2011)
- Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III), hecho en Ginebra el 8 de diciembre de 2005. (BOE 42 de 18/02/2011)
- Orden Ministerial 4/2011, de 22 de febrero, por la que se concede al Regimiento de Guerra Electrónica n.º 32 del Ejército de Tierra, el uso de la Enseña Nacional en su modalidad de Bandera.(BOD 40 de 28/02/2011)
- Ley 1/2011, de 4 de marzo, por la que se establece el Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil y se modifica la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. (BOE 55 de 05/03/2011)
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. (BOE 55 de 05/03/2011).

Corrección de errores del Instrumento de Ratificación del Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima hecho en Londres el 14 de octubre de 2005(BOE 112 de 11/05/2011)

Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. (BOE 139 de 11/06/2011)

### **MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Real Decreto 1790/2010, de 30 de diciembre, sobre actualización de importes y determinación de pensiones de Clases Pasivas para el año 2011. (BOD 4, de 7/01/2011).

### **MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN**

Acuerdo Marco entre el Reino de España y el Reino Hachemita de Jordania sobre cooperación en los usos pacíficos de la energía nuclear, hecho en Amman el 20 de enero de 2010. (BOE 30 de 04/02/2011)

Acuerdo de cooperación entre el Reino de España y el Programa de la Organización de las Naciones Unidas para los asentamien-

tos humanos (ONU-HABITAT), hecho en Río de Janeiro el 23 de marzo de 2010. (BOE 33 de 08/02/2011)

Denuncia por España del Tratado de colaboración en materia económica, social y cultural y de legítima defensa colectiva, hecho en Bruselas el 17 de marzo de 1948, modificado y completado por el Protocolo de París de 23 de octubre de 1954. (BOE 39 de 15/02/2011)

Enmiendas de 2009 al Anexo del Protocolo de 1978 relativo al Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Adición de un nuevo capítulo 8 del Anexo I del Convenio MARPOL e introducción de las enmiendas consiguientes en el modelo B del Suplemento del Certificado IOPP), (publicado en los «Boletines Oficiales del Estado» n.ºs. 249 y 250 de 17 y 18 de octubre de 1984, respectivamente) aprobadas el 17 de julio de 2009 mediante Resolución MEPC.186 (BOE 35 de 10/02/2011)

Entrada en vigor del Acuerdo entre el Ministro de Defensa de la República Francesa, el Ministro de Defensa de la República Italiana, el Ministro de Defensa del Reino de España y el Secretario General del Consejo de la Unión Europea / Alto Representante de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) rela-

- tivo a la puesta a disposición de la Unión Europea de imágenes HELIOS I, hecho en Bruselas el 10 de diciembre de 2007, cuya aplicación provisional fue publicada en el Boletín Oficial del Estado n.º 69, de 20 de marzo de 2010. (BOE 36 de 11/02/2011)
- Canje de Notas de fechas 7 de diciembre de 2009 y 8 de septiembre de 2010, constitutivo de Acuerdo por el que se enmienda el Acuerdo de Seguridad para la protección de la información clasificada entre el Reino de España y la República de Estonia, hecho en Madrid el 11 de noviembre de 2005. (BOE 40 de 16/02/2011).
- Corrección de errores a las Enmiendas de 2009 al Anexo del Protocolo de 1978 relativo al Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Enmiendas a las Reglas 1, 12, 13, 17 y 38 del Anexo I del Convenio MARPOL, al Suplemento del Certificado IOPP y a las partes I y II del Libro registro de hidrocarburos) aprobadas el 17 de julio de 2009 mediante Resolución MEPC 187 (BOE 63 de 17/03/2011).
- Acuerdo General de Seguridad entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativo a la protección de la información clasificada intercambiada entre los dos países, hecho en Madrid el 26 de febrero de 2009 (BOE 64 de 18/03/2011).
- Resolución de 1 de marzo de 2011, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el procedimiento operativo de desarrollo del artículo 25.8 del Convenio de cooperación para la Defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, de 1 de diciembre de 1988, revisado por el Protocolo de Enmienda hecho en Madrid el 10 de abril de 2002. (BOE 74, de 28/3/2011).
- Resolución de 10 de junio de 2011, de la Secretaría General Técnica, sobre aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales (BOE 147, de 21/6/2011).

## **MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA**

- Real Decreto 1739/2010, de 23 de diciembre, por el que se modifica 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 (BOD 2, de 3/01/2011).
- Real Decreto 28/2011, de 14 de enero, por el que se deroga el

- Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA. (BOE 13 de 15/01/2011)
- Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire. (BOE 25 de 29/01/2011)
- Real Decreto 147/2011, de 4 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 595/2007, de 4 de mayo, por el que se crea la Comisión Nacional para la Conmemoración de los Bicentenarios de la Independencia de las Repúblicas Iberoamericanas. (BOE 31 de 05/02/2011)
- Real Decreto 188/2011, de 18 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la licencia comunitaria de controlador de tránsito aéreo. (BOE 43 de 19/02/2011)
- Real Decreto 261/2011, de 28 de febrero, por el que se aprueba la provisión de plazas de las Fuerzas Armadas y de la Escala Superior de Oficiales de la Guardia Civil para el año 2011. (BOD 42 de 02/03/2011)
- Orden PRE/437/2011, de 21 de febrero, que modifica la Orden PRE/2373/2003, de 4 de agosto, por la que se reestructuran los órganos médico periciales de la Sanidad Militar y se aprueban los modelos de informe médico y cuestionario de salud para los expedientes de aptitud psicofísica. (BOD 43 de 03/03/2011)
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. (BOE 103 de 30/04/2011)

## **MINISTERIO DEL INTERIOR**

- Orden INT/3532/2010, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Orden de 20 de mayo de 1993, por la que se aprueba el modelo de Tarjeta Europea de Armas de Fuego y el de declaración de transferencias de armas de fuego por armeros autorizados. (BOE 15 de 18/01/2011).
- Orden INT/318/2011, de 1 de febrero, sobre personal de seguridad privada. (BOE 42 de 18/02/2011)
- Orden INT/314/2011, de 1 de febrero, sobre empresas de seguridad privada. (BOE 42 de 18/02/2011)
- Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero. (BOE 73 de 26/03/2011).

Orden INT/1715/2011, de 13 de junio, por la que se modifica la Orden INT/56/2011, de 13 de enero, por la que se determinan las armas que, amparadas con licencia de armas «F», son consideradas de concurso (BOE 147 de 21/06/2011).

Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas. (BOE 145 de 18/06/2011)

### **MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA**

Real Decreto 300/2011, de 4 de marzo, por el que se modifica el 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 y se habilita al titular del Ministerio de Economía y Hacienda para modificar sus anexos (BOE 69 de 22/03/2011).

Resolución de 14 de junio de 2011, de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, por la que se dictan

instrucciones en relación con la recepción y gestión del fichero F-DAR ETRI establecido en la Orden PRE/390/2002, de 22 de febrero, por la que se implanta un sistema para la obtención de datos de retribuciones de los efectivos al servicio del sector público estatal. (BOE 148 de 22/06/2011).

### **MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD**

Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación (BOD 15 de 24/01/2011).

### **MINISTERIO DE FOMENTO**

Real Decreto 328/2011, de 4 de marzo, por el que se establecen las servidumbres aeronáuticas de la Base Aérea de los Llanos, Albacete. (BOE 76, de 30/3/2011).

Real Decreto 329/2011, de 4 de marzo, por el que se establecen las servidumbres aeronáuticas del Helipuerto Militar de Bétera, Valencia (BOE 76, de 30/3/2011).

Real Decreto 330/2011, de 4 de marzo, por el que se establecen las servidumbres aeronáuticas de la Base Aérea de Getafe, Madrid (BOE número 76, de 30/3/2011).

Real Decreto 416/2011, de 18 de marzo, por el que se actualizan las servidumbres aeronáuticas del aeropuerto de Palma de Mallorca-Base Aérea de Son San Juan (BOE 77, de 31/3/2011).

Real Decreto 417/2011, de 18 de marzo, por el que se actualizan las servidumbres aeronáuticas del aeropuerto de Gran Canaria-Base Aérea de Gando (BOE 77, de 31/3/2011).

Real Decreto 800/2011, de 10 de junio, por el que se regula la investigación de los accidentes e incidentes marítimos y la Comisión permanente de investigación de accidentes e incidentes marítimos. (BOE 139 de 11/06/2011)

### **MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Real Decreto 1748/2010, de 23 de diciembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. (BOE 12 de 14/01/2011)

Real Decreto 30/2011, de 14 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento. (BOE 16 de 19/01/2011)

Real Decreto 189/2011, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación y se modifica el Real Decreto

1366/2010, de 29 de octubre, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (BOE 43 de 19/02/2011)

Real Decreto 263/2011, de 28 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad (BOE 51 de 01/03/2011)

Real Decreto 393/2011, de 18 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública (BOE 69 de 22/03/2011)

Real Decreto 464/2011, de 1 de abril, por el que se aprueba el Estatuto del Instituto Nacional de Administración Pública (BOE 91 de 16/04/2011).

Orden TAP/953/2011, de 12 de abril, por la que se aprueba la nueva imagen promocional de las actividades de administración electrónica y se establecen criterios para su utilización (BOE 93, de 16/04/2011).

Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado (BOE 130, de 1 de junio de 2011).

Resolución de 20 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de enero de 2011, por el que se aprueba el I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus Organismos Públicos (BOE 130, de 1 de junio de 2011).

Real Decreto 776/2011, de 3 de junio, por el que se suprimen determinados órganos colegiados y se establecen criterios para la normalización en la creación de

órganos colegiados en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos. (BOE 133 de 04/06/2011)

Real Decreto 777/2011, de 3 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo e Inmigración. (BOE 133 de 04/06/2011).

## **MINISTERIO DE EDUCACIÓN**

Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado. (BOE 35 de 10/02/2011)



# **JURISPRUDENCIA**

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Luis B. Álvarez Roldán  
*General auditor (R)*

En el primer semestre del año 2011, la jurisprudencia constitucional continúa en una decadencia numérica. El Tribunal Constitucional solo en una sentencia se ha ocupado de la materia constitucional castrense.

### **Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 106/2011 de 20 junio**

DERECHO: FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES:

Derecho de acceso a la jurisdicción: acoso moral en el ámbito castrense: acción penal denunciando delito de abuso de autoridad por parte de dos mandos con el único propósito de humillar y hostigar a la víctima psicológicamente: situación que condujo a la baja en el servicio por trastorno psicológico adaptativo relacionado con su situación laboral: sobreesimiento del procedimiento, clausura de la investigación y archivo, mediante resoluciones judiciales carentes de argumentación axiológica respetuosa con la naturaleza de los derechos fundamentales implicados: insuficiente investigación judicial, habida cuenta de que tras la misma pervivían sospechas razonables sobre la existencia de la situación denunciada y dado que existían aún medios de investigación disponibles para despejarlas: vulneración existente.

**Ponente:** Don Eugeni Gay Montalvo

## HECHOS (RESUMEN)

Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 27 de noviembre de 2008, el Procurador de los Tribunales don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de doña J. A. P., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones indicadas en el encabezamiento.

...

Don M. A. Z., padre de la soldado de la escala de tropa de artillería de campaña ahora recurrente, presentó con fecha 4 de marzo de 2008 denuncia por el acoso que padecía su hija en la unidad donde estaba destinada, Raca 63, con guarnición en San Andrés de Rabanedo (León). Esta denuncia, en la que se califican los hechos como constitutivos de un presunto delito de abuso de autoridad del art. 103 del Código Penal Militar, iba dirigida contra el coronel jefe del regimiento don C. A. A. y el capitán don J. E. F. G. En la misma se refieren una serie de supuestas decisiones arbitrarias adoptadas por sus mandos, como sendos arrestos por faltas disciplinarias, traslado del destino que desempeñaba y disposición de un análisis clínico para detectar consumo de estupefacientes, que habrían motivado su baja en el servicio al detectársele en un reconocimiento médico «un trastorno adaptativo mixto como reacción a una problemática laboral».

...

El Juzgado Togado Militar Central núm. 1, a quien fue turnada la presente denuncia, incoó las diligencias previas 1-04-2008 mediante Auto de 26 de marzo de 2008, ofreciendo el procedimiento a doña J. A. P., quien se personó en el mismo como acusación particular en su calidad de perjudicada por el delito.

...

El Juzgado Togado Militar Central núm. 1 luego de practicar las referidas diligencias, acordó, por Auto de 3 de septiembre de 2008, el archivo de las actuaciones al entender que «en los hechos denunciados no se aprecia la existencia de ilícito penal alguno». Así, respecto de los arrestos impuestos a la recurrente (uno por el coronel y otro por el capitán), razona el órgano judicial que tales decisiones de sus mandos «están adoptadas dentro de sus competencias y enmarcadas en el funcionamiento normal de una unidad militar», pudiendo haber utilizado la soldado sancionada los recursos previstos legalmente en tales supuestos. En el caso del traslado de destino y análisis de orina de la recurrente, se pone de relieve que es incuestionable que estas iniciativas formaban parte de la competencia y atribuciones específicas de los mandos militares que las dispusieron. En definitiva, no habría existido «ningún exceso en el mando que pueda ser calificado de

arbitrario», ni «ningún indicio objetivo» que sustente la denuncia del acoso supuestamente sufrido por la soldado afectada.

En esta misma resolución el Juzgado Togado Militar deniega la práctica de unas diligencias de investigación que habían sido solicitadas por la parte denunciante, consistentes en la testifical de la soldado doña P. M. B., destinada en la misma unidad que la recurrente; la pericial consistente en someter a esta última a un nuevo análisis de detección de drogas tóxicas o estupefacientes y la aportación de un acta notarial donde la denunciante muestra un teléfono móvil de su propiedad en el que aparecen grabados unos mensajes que atribuye como enviados por el capitán denunciado. El Juzgado entiende que no se consideran esenciales las dos primeras diligencias, careciendo de interés los mensajes recibidos y que constan en el acta notarial, «respecto de los cuales no queda claro qué pretende demostrar dicha parte procesal», por lo que se inadmiten todas las diligencias de investigación propuestas.

...

El Tribunal Militar Central, de conformidad con el informe del Fiscal, desestima el recurso presentado por Auto de 24 de octubre de 2008, entendiendo que la decisión de archivo era conforme a Derecho. A tal fin, razona que la resolución del Juzgado está debidamente fundamentada y razonada, llegando a la conclusión, tras ponderar todas las circunstancias concurrentes, de que los hechos denunciados no revisten naturaleza penal. Y ello a pesar de la discrepancia de la recurrente, quien actúa movida por «la apreciación subjetiva de juicios de intención de los denunciados acerca de una pretendida persecución, acoso o presión moral». Para llegar a esta conclusión la Sala, por otra parte, pondera que en el presente caso el Juez Togado instructor ha llevado a cabo una profusa y detallada investigación, «en cuya sede se ha tenido por personada a la parte recurrente y permitida la plena participación a través de su letrado en cuantas diligencias de prueba ha considerado oportuno intervenir, de las admitidas como pertinentes».

...

La demandante invoca como vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), al haberse procedido por los órganos judiciales al sobreseimiento y archivo de las diligencias penales incoadas, sin haberse practicado todas las diligencias necesarias para un mejor esclarecimiento de los hechos. En este caso resulta de aplicación la doctrina de este Tribunal Constitucional sobre la motivación reforzada que han adoptar este tipo de resoluciones, al estar implicado

el derecho reconocido en el art. 15 CE, por lo que los órganos judiciales intervinientes, antes de adoptar dicha decisión, deberían haber agotado cuantas posibilidades razonables de indagación resultaban útiles para la investigación. En efecto, las diligencias penales fueron incoadas por una denuncia de trato degradante y hostigamiento psicológico hacia la recurrente, dentro del ámbito del art. 15 CE, realizado por unos mandos del Ejército a través de un maltrato de palabra y la imposición de una serie de sanciones de carácter disciplinario sin que éstas vinieran avaladas por dato objetivo alguno, por lo que la decisión de archivar dichas diligencias «no fue conforme con las exigencias del art. 24.1 CE, toda vez que, perviviendo en el momento del cierre de la instrucción sospechas acerca de la posible comisión de los hechos denunciados, existían todavía medios de investigación disponibles para tratar de despejar, en el sentido que fuera, tales sospechas». Además, hay que tener en cuenta que se disponía en este caso del testimonio de la víctima, «medio de indagación particularmente idóneo» para el esclarecimiento de estas denuncias, no arrojando luz sobre lo acontecido las testificales practicadas, puesto que «los testigos que han depuesto en la causa de referencia son, en primer lugar, compañeros o amigos de los denunciados y, en segundo lugar, no son testigos directos de los hechos acontecidos, sino que, únicamente, lo son de referencia». Por el contrario, el órgano judicial archivó la causa, considerando que no eran esenciales las pruebas propuestas por la parte denunciante. Por ello, la recurrente solicita la nulidad de la decisión de archivo, acordada tanto por el Juzgado Togado Militar Central como por el Tribunal Militar Central, ordenándose la retroacción de actuaciones al momento procesal oportuno, para que continúen las diligencias de investigación conforme a Derecho.

...

El Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el día 21 de febrero de 2011, interesando la denegación del amparo solicitado.

...

No obstante lo anterior, entiende el Ministerio público que en el caso sometido a análisis no se aprecian las tachas constitucionales invocadas, pues, además de resultar suficientemente motivada y fundada en Derecho la decisión de archivo por los órganos judiciales, no cabe tildar de insuficiente la instrucción practicada «al haberse practicado todas las diligencias que, en principio, eran hábiles para aclarar lo acaecido de modo suficiente, y descartar que se hubiera cometido por los denunciados la infracción delictiva de que eran acusados».

## FUNDAMENTOS DE DERECHO (RESUMEN)

...

Nos encontramos ante una demanda sustentada en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, por lo que convendrá recordar lo que este Tribunal viene afirmando reiteradamente en nuestra jurisprudencia, en el sentido de que el contenido primario de este derecho garantiza la satisfacción de la pretensión, que se producirá siempre que se reciba una respuesta judicial motivada y fundada en Derecho, lo que no sucederá si es arbitraria o manifiestamente irrazonable o está incurso en un error patente. Ahora bien, también hemos afirmado que «el ejercicio de la acción penal no comporta en el marco del art. 24.1 CE un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a obtener un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando las razones por las que inadmite su tramitación, o acuerda el sobreseimiento o archivo de las actuaciones. De modo que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión ab initio del carácter delictivo de los hechos imputados y, si se admite la querrela, por la resolución que acuerda la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, en el caso de que se sustente razonablemente en la concurrencia de los motivos legalmente previstos de sobreseimiento libre o provisional» (entre las últimas, STC 34/2008, de 25 de febrero, F. 2).

Tampoco hay que olvidar que la persona que interpone la demanda de amparo es la presunta víctima de un delito, siendo doctrina de este Tribunal Constitucional que ésta, como afirmamos en la STC 145/2009, de 15 de junio (F. 4), no tiene un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, a la condena penal de otra persona (por todas, SSTC 157/1990, de 18 de octubre, F. 4; 199/1996, de 3 de diciembre, F. 4; 215/1999, de 29 de noviembre, F. 1; 168/2001, de 16 de julio, F. 7), sino que meramente es titular del ius ut procedatur, es decir, del «derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en derecho» (así, STC 120/2000, de 10 de mayo, F. 4). Por ende, la función esencial de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo se ha de circunscribir a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el ius ut procedatur del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las Leyes en vigor reconocen.

...

Además de los derechos fundamentales que la recurrente pretende defender a través de la investigación judicial que ha promovido, no hay que olvidar que ésta se halla sometida al rigor de una relación de sujeción especial que se deriva de su estatuto militar, dentro del cual las relaciones de jerarquía y subordinación proyectan sus efectos de forma permanente (art. 9 de las vigentes Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero), habiendo denunciado a unos mandos respecto de los que se encuentra subordinada y sobre los que recae la importante misión de realizar los informes correspondientes en que se ha de basar la renovación o no de su compromiso con el Ejército. Esta cualificación profesional de los denunciados debe compensarse con la firmeza judicial en la investigación frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, debiendo practicarse cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos.

Concretada la dimensión constitucional de la cuestión planteada, nos corresponde ahora analizar si las resoluciones judiciales impugnadas expresaron de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas del archivo del procedimiento penal, de acuerdo con los parámetros antes establecidos. Para ello hemos de recordar que la demandante de amparo, soldado de la escala de tropa de artillería de campaña, formuló denuncia contra sus mandos, el capitán don J. E. F. G. y el coronel don C. A. A., por la comisión de los presuntos delitos de abuso de autoridad o exceso arbitrario en el ejercicio del mando (arts. 103 y 138 CPM, respectivamente), refiriendo en la denuncia el trato degradante y hostigamiento psicológico a que supuestamente había sido sometida por los mismos durante un período de tiempo, por una serie de decisiones adoptadas sin justificación, como diversos arrestos disciplinarios, cambio de destino y ordenación de un análisis clínico para detectar un también supuesto consumo de estupefacientes por su parte.

...

Según consta en los antecedentes de hecho del Auto, de 3 de septiembre de 2008, dictado por el Juzgado Togado Militar, el acoso denunciado por la soldado se concreta en los siguientes hechos: Primero, «arresto de 5 días impuesto por el Capitán F. G. el 20 de agosto de 2007 por la falta leve prevista en el artículo 7, apartado 9, de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas» (falta de puntualidad y ausencia injustificada en los actos de servicio), «cambiando dicho oficial la calificación de la falta el 22 de agosto por la prevista en el apartado 8 del mismo artículo» (manifestaciones de tibieza o disgusto en el servicio). Según la soldado, «los hechos sancionados no ocurrieron

como consta en la sanción impuesta y el Capitán denunciado, al mencionarle que podía recurrir, le dijo textualmente: «No remuevas la mierda, y no me toques los cojones, porque te aseguro que no te firmo más contratos y te vas a la puta calle»; segundo arresto de 20 días impuesto por el Coronel A., en resolución de 20 de septiembre de 2007, por la falta leve tipificada en el artículo 7, apartado 1, y artículo 7, apartado 2, de la citada Ley» (negligencia en el cumplimiento de las obligaciones e inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas, respectivamente). Cuando el coronel le notificó la sanción, según la versión de la denunciante, éste le dijo «que lo mejor era no remover nada pues sería peor, no le fuera a perjudicar al renovar el compromiso, entendiendo que, si recurría, no se le renovarían el mismo»; tercero, «cambio de destino el 23 de agosto» (se encontraba en el botiquín de la unidad) por orden del teniente coronel, siendo así que, según la denunciante, «ni es jefe del botiquín ni tiene competencia directa sobre el mismo»; cuarto, «análisis de orina ordenado por el Coronel denunciado el día 19 de septiembre de 2007, en cuyo resultado se afirmaba que se había detectado consumo de cocaína». No obstante, la denunciante «se sometió ese mismo día a un análisis en la clínica “San Francisco” que dio negativo, repitiendo este análisis los días 7 de noviembre, 12 y 28 de diciembre de 2007 y 11 y 25 de enero de 2008, siempre con resultado negativo».

...

En el fundamento jurídico segundo del expresado Auto se justifica el archivo decretado en que «se trata de decisiones de distintos mandos, adoptadas dentro de sus competencias y enmarcadas en el funcionamiento normal de una unidad militar». Por lo que se refiere a los arrestos impuestos, la única irregularidad detectada (corrección de la calificación de la falta disciplinaria efectuada por el capitán) carece de relevancia penal, habiéndose informado a la demandante en los dos casos de la posibilidad de recurrir contra los mismos. Además, tanto el capitán como el coronel han negado que hicieran advertencia alguna a la soldado para que no denunciara. Respecto del cambio de destino, refiere el instructor, en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, que el teniente coronel que lo acordó actuó «dentro de sus atribuciones», siguiendo una orden del coronel denunciado, dictada ésta también dentro de sus competencias. En el caso del análisis de orina, en el mismo fundamento jurídico, se consigna que «se puede cuestionar, como hace la denunciante, la fiabilidad de dicho control», pero «lo que es incuestionable es que el Coronel tenía la competencia para solicitar dicho control y actuó dentro de sus atribuciones». En definitiva, según el fundamento jurídico cuarto, «no existió ningún exceso en el ejercicio del mando que pueda ser calificado de arbitrario, es decir,



sujeto exclusivamente al capricho de su autor con el desconocimiento de la justicia y legalidad que debe presidir el ejercicio de facultades que le atribuyen las normas jurídicas».

...

En el citado Auto procede también el Juzgado a explicar por qué se archiva la causa sin practicarse una serie de diligencias de prueba propuestas por la denunciante. Éstas se referían a la testifical de otra soldado destinada en su misma unidad y la pericial consistente en «someter a la soldado J. A. P. a pruebas de detección de drogas tóxicas o estupefacientes». Además, se aportaba «un acta notarial de fecha 27 de junio de 2008, en la que la soldado A. P. muestra un teléfono móvil, que identifica como de su propiedad, en el que aparecen grabados dos mensajes recibidos, uno el 17 de agosto de 2007 y otro el 20 de agosto siguiente, remitidos desde un número de abonado que la citada soldado identifica como del Capitán denunciado, y cuyo texto es: “hay momentos en la vida que son especiales por sí solos, compartirlos con la persona que quieres los convierte en inolvidables” y, el segundo mensaje: “En la vida los tesoros no están a simple vista, hay que buscarlos, aprende de mí ya que un día buscando tesoros te encontré a ti”». Ante la petición de estas diligencias el Juzgado, en el fundamento jurídico primero de su resolución, pone de relieve que «la testifical y pericial mencionadas» no se consideran «actuaciones esenciales», por lo que «no procede su práctica». Añade el órgano judicial que, además, «aun admitiendo que el resultado de esa prueba fuera la de confirmar las afirmaciones de la soldado Álvarez los fundamentos del archivo serían los mismos». Igualmente, «carecen de interés los mensajes recogidos en el acta notarial y respecto de los cuales no queda claro qué pretende demostrar dicha parte procesal. Son mensajes remitidos hace un año y su contenido aparece como intrascendente. El hecho de que la citada soldado los conserve durante un año significa, por un lado, que les da una importancia que objetivamente este Juez no aprecia y, por otro, que serían los mensajes más importantes que le habrían remitido en ese período de tiempo, por cuanto son los que han merecido ser conservados y presentados en acta notarial en este procedimiento».

...

Por otra parte, la respuesta ofrecida por el Juzgado Togado Militar a la hora de proceder a inadmitir las diligencias de investigación que quedaban pendientes no resulta razonable. Así se deniega la testifical y pericial propuestas (consistentes en la declaración de otra soldado destinada en el mismo regimiento y una prueba de detección de drogas tóxicas) con el

argumento de que «aun admitiendo que el resultado de esa prueba fuera el de confirmar las afirmaciones de la soldado Álvarez, los fundamentos del archivo serían los mismos». Resulta evidente, por el contrario, que si el resultado de dicha prueba, fundamentalmente la testifical, hubiera sido conforme con la tesis sostenida en la denuncia sobre el acoso sufrido por la soldado por parte de sus mandos, la decisión a adoptar por el Juzgado podría haber consistido en continuar con la tramitación de la causa. Pudiendo haber sido útil en la investigación la declaración de esta soldado de la misma unidad, por su conocimiento directo de las circunstancias que concurren en la denuncia presentada, compartiendo este Tribunal la alegación que se vierte en la demanda sobre la insuficiencia como diligencias de investigación del mero testimonio de otros mandos, por otra parte compañeros de los denunciados.

También se deniega por el Juzgado la prueba referente al acta notarial con el argumento, como hemos visto, de que «carecen de interés los mensajes recogidos en el acta notarial y respecto de los cuales no queda claro qué pretende demostrar dicha parte procesal. Son mensajes remitidos hace un año y su contenido aparece como intrascendente». No obstante, resulta evidente que la recurrente pretendía demostrar que dichos mensajes habían sido remitidos por el capitán denunciado, circunstancia ésta que no se acredita en la instrucción (como reconoce el Fiscal Jurídico Militar en sus alegaciones al recurso de apelación presentado, al folio 233 de las actuaciones), lo cual podría haber sido trascendente, no sólo porque la recurrente imputa a ese oficial un supuesto acoso sexual, sino también porque son mensajes de los días 17 y 20 de agosto del 2007, en efecto «remitidos hace un año», pero resulta que el primer arresto que se le impuso a la soldado, como hemos expuesto anteriormente, fue precisamente el 20 de agosto del mismo año.

...

Con independencia, pues, de la ausencia de la práctica de las diligencias de investigación antes referidas, tampoco se aprecia en las actuaciones que el Juzgado Togado Militar haya acordado las periciales oportunas para esclarecer la situación psicológica de la soldado recurrente, calificada en la documental médica que aportó a la causa como «un trastorno adaptativo mixto como reacción a una problemática laboral», que le ha traído como consecuencia su baja en el servicio activo que venía prestando en el Ejército. Tal diligencia también podría haber resultado idónea en el presente procedimiento en atención a la naturaleza específica de los hechos denunciados.

...

En consecuencia, una vez comprobado que las resoluciones judiciales que acuerdan el archivo de la causa penal, tanto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 como del Tribunal Militar Central, no obstante especificar los motivos en que basan su decisión no contienen una motivación congruente con el contenido de la denuncia presentada, por no emplear una argumentación axiológica respetuosa con la naturaleza de los derechos fundamentales implicados, y habida cuenta de que por dichos órganos judiciales se procede a adoptar esta medida de cierre de la instrucción cuando todavía existían medios razonables y eficaces de investigación a su alcance para confirmar o desmentir la denuncia presentada, susceptibles, por ello, de despejar las dudas persistentes, procede otorgar el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). El restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho exige la anulación de los Autos recurridos y la retroacción de las actuaciones para que se dispense a la misma la tutela judicial demandada.

## 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 doña J. A.P. y, en consecuencia:

1º Reconocer que ha sido vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con su derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).

2º Restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de 3 de septiembre de 2008, dictado en las diligencias previas núm. 1-04-2008 y del Auto del Tribunal Militar Central de 24 de octubre de 2008, retro trayendo las actuaciones al momento anterior al dictado del primero de los Autos anulados para que el Juzgado Togado Militar proceda en términos respetuosos con los derechos fundamentales vulnerados.

## COMENTARIOS

A pesar de que la sentencia esté constantemente salpicada de una relación de hechos «según la declarante», se concluye exigiendo al juez togado militar central la aceptación de las pruebas propuestas:

- 1) Presentación de la denunciante de la prueba testifical de una compañera de la Unidad;
- 2) El texto de un genérico, abstracto y ambiguo contenido de un mensaje tomado de una grabación del capitán acusado, al parecer tomada de un teléfono digital;
- 3) Así como una prueba toxicológica negativa del hecho motivador de un arresto.

La sentencia, no con argumentación suficiente, en mi opinión, concluye asegurando que se debieron practicar las pruebas denegadas por el Juzgado Militar Territorial.

## CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA

Dra. Eva María Bru Peral. Comandante auditor. Magistrado.

### DOMINIO PÚBLICO Y DERECHO PATRIMONIAL

**STS, sección 5ª, de 10 de mayo de 2011, Recurso: 2102/2007, Ponente D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, (ROJ: STS 2786/2011).**

El Tribunal Supremo determina en esta Sentencia la necesidad de solicitar y obtener la emisión previa de declaración positiva de impacto ambiental para la instalación de un arrecife artificial. Así se establece que dicha exigencia no puede ser aplicable a la instalación de arrecifes en aguas exteriores, ya que en esos casos es aplicable el artículo 15.3 de la Ley 3/2001 de Pesca Marítima del Estado, que exige la declaración previa como zona de acondicionamiento marítimo de la zona donde se desea instalar. Conforme al artículo 13 de la citada Ley 13/2001 dicha declaración se realizará previo informe del Instituto Español de Oceanografía, del Ministerio de Medio Ambiente y del Ministerio de Defensa.

Tal como se fija en esta Sentencia: «La doctrina de la citada STC 38/2002, FJ 8, encuadra en el título competencial de pesca marítima (Art. 149.1.19ª CE) las medidas de conservación y mejora de los recursos pesqueros, entre las que se encuentran, junto a las zonas y épocas de veda, la fijación de fondos y la reglamentación de artes y aparejos y la regulación de los arrecifes artificiales cuando su regulación se proyecta sobre el mar territorial, la zona económica y las aguas internacionales. En tales circunstancias es competencia del Estado, además, la declaración de impacto

ambiental, como resulta, por todas, de la doctrina de la STC 101/2006, de 30 de marzo, FJ 4, con cita de otra anterior».

## TRIBUTARIO

**STS, sección 2ª, de 27 de mayo de 2011, Recurso: 17/2010.**

**Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó, (ROJ: STS 3819/2011).**

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación en interés de ley promovido por el Ayuntamiento de San Fernando, declarando la exención del IBI de bienes estatales cedidos a empresa pública para actividad de industria militar, por afección a la Defensa Nacional. En esta Sentencia se fija, en relación con la exención del Impuesto de Bienes Inmuebles prevista en el artículo 62.1.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, que la exigencia de afección a la Defensa Nacional ha de interpretarse con un criterio amplio, tal como marca la evolución legislativa, pues la afección a los intereses de la Defensa Nacional ya no tiene que producirse «directamente» como imponía el artículo 64.a) LHL.

Tal como se dispone en el FJ 5ª de la Sentencia: «Es cierto que los mencionados preceptos de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social que se citan en la propuesta de fijación de doctrina legal, de una parte, autorizaron al Ministerio de Defensa para la enajenación de las factorías, fábricas, terrenos e instalaciones que, a 1 de enero de 1999, pertenecían al Estado y que se hallaban cedidos temporalmente a la entonces empresa pública “Empresa Nacional Bazán de Construcciones Navales Militares”, que, a partir de 2005 se ha denominado NAVANTIA como sucesora de ésta; y, de otra, que la Disposición Transitoria de referencia estableció un plazo de dieciocho meses para la liquidación de los contratos suscritos entre el Ministerio de Defensa y el anterior Instituto Nacional de Industria (INI) para la enajenación de las instalaciones cedidas temporalmente. Pero no es menos cierto que, a fecha de hoy, las instalaciones de NAVANTIA en San Fernando aún son de propiedad estatal, pues en las actuaciones no consta que hayan sido enajenadas, sino que continúan cedidas de modo temporal a dicha empresa pública y que, como destaca la sentencia impugnada, permanecen de modo principal afectas a la Defensa Nacional, porque dichas instalaciones tienen como objeto primigenio la actividad de construcción de buques de guerra para la Armada así como sus reparaciones;

de ahí que, la Sala entienda, de conformidad con el criterio del Abogado del Estado y del Fiscal, que no pueda reputarse como errónea la tesis que sostiene la sentencia impugnada.

Piénsese, además, que las instalaciones de NAVANTIA se asientan sobre inmuebles que son propiedad del Estado, afectos al Ministerio de Defensa y cedidos temporalmente a la empresa pública citada como sucesora, a partir de 2005, de la Empresa Nacional Bazán de Construcciones Navales Militares, advirtiéndose que el sujeto pasivo es el Estado y no la empresa de referencia. El hecho imponible del IBI está constituido por la propiedad de los bienes inmuebles. Dichos inmuebles tienen reconocida la exención en el Impuesto sobre Bienes inmuebles dado su carácter de bienes propiedad del Estado de interés militar por estar afectos, bien directa o indirectamente, a la Defensa Nacional.

La exigencia de que el inmueble propiedad del Estado esté afecto a la Defensa Nacional ha de ser interpretada con criterio amplio. La evolución legislativa nos lleva a entenderlo así pues la afección a los intereses de la Defensa Nacional ya no tiene que producirse “directamente” como imponía el artículo 64.a) de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. La justificación última que abrigó la reforma ya en la Ley 51/2002, de 27 de diciembre –como se señaló en explicación de la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado– fue “reforzar la seguridad jurídica en el supuesto de exención del Impuesto de Bienes Inmuebles correspondiente a los bienes afectados a un interés público tan relevante y exclusivo del Estado como es la Defensa Nacional; parece evidente que la intención del legislador no era otra que, de esta manera, evitar que opere la exención del tributo sólo cuando la afectación a la Defensa Nacional del bien inmueble sea directa, y así extenderla –a partir de la entrada en vigor de la reforma– a todos los bienes en que tal afectación exista, independientemente de que esta pueda considerarse de mayor o menor intensidad”.

Es lo cierto que, hasta ahora y sobre la base de la anterior redacción del precepto reformado, los tribunales de esta Jurisdicción han ofrecido una interpretación harto restrictiva y limitada de la exención y ha sido, en muchas ocasiones, precisamente el adverbio “directamente” el que ha venido justificando la no aplicación de la exención de los bienes.

En el caso que nos ocupa el inmueble que ocupa NAVANTIA ha de considerarse como un bien originariamente afecto a la Defensa Nacional como así resulta de los términos del artículo 15 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de la Defensa Nacional, que prevé la infraestructura industrial (la industria militar) como una de las que se integran en la coordinación de los recursos de la Nación, necesarios para lograr los objetivos fijados en la política de defensa.

No hay incompatibilidad entre la naturaleza de estos terrenos, propiedad del Estado y de interés para la Defensa Nacional, y la circunstancia de que NAVANTIA realice actividades que por su propia naturaleza persigan un fin lucrativo. Ni la naturaleza jurídica de aquella empresa ni el fin lucrativo que la misma pueda perseguir desvirtúan la naturaleza de aquellos terrenos ni el fin público que los mismos cumplen como afectos, directa o indirectamente, a la Defensa Nacional, sin perjuicio de que su gestión se encomiende a una empresa, sin que esta gestión conlleve ninguna transmisión o cesión de terrenos, que siguen siendo de titularidad estatal, así como tampoco altera el fin, que sigue siendo el alcance o logro de uno de los objetivos del servicio público de la Defensa Nacional. La actuación del Estado por medio de personas interpuestas no deja de ser en cierto modo una ficción jurídica para una mayor agilidad en la gestión de determinados intereses, pero ello no empaña la idea de que tal actividad industrial se encuentra íntimamente conectada con las funciones públicas encomendadas al Ministerio de Defensa por el Ordenamiento Jurídico.

Ese estatus jurídico debe prevalecer hasta tanto no se cumplan las previsiones del artículo 54 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que autoriza al Ministerio de Defensa a enajenar, con la extensión objetiva y el precio que acuerde el Gobierno, las factorías, fábricas, terrenos e instalaciones que, a 1 de enero de 1999, se encuentren cedidos temporalmente a la Empresa Nacional Bazán de Construcciones Navales Militares S.A. (hoy NAVANTIA), disponiéndose en dicha Ley que su régimen jurídico subsistirá hasta tanto no se produzca tal eventualidad».

**STS, sección 2ª, de 20 de junio de 2011, Recurso: 3663/2007.**

**Ponente D. Juan Gonzalo Martínez Mico, (ROJ: STS 4370/2011).**

El Tribunal Supremo analiza la exención del impuesto sobre hidrocarburos para determinar en la presente Sentencia quién es «miembro» a los efectos del art. 14.2.g) del Acuerdo Complementario de 28 de febrero de 2000 firmado entre España y la OTAN, artículo en el que, sin hacerse distinción alguna por razón de nacionalidad, dispone que «los miembros y las personas dependientes gozarán de exención de derechos e impuestos respecto de cantidades razonables de tabaco, bebidas alcohólicas y carburantes, de conformidad con las cifras convenidas en el CC (Canje de Cartas)». De ahí que se reconozca la exención a los españoles que prestan servicio en el Cuartel General Subregional Conjunto Sudoeste de Retamares (Madrid).



Tal como se dispone en esta Sentencia:

«La exención del impuesto sobre hidrocarburos cuyo reconocimiento por la sentencia recurrida ha determinado el recurso del Letrado de la Administración es un derecho que se concede en el Acuerdo Complementario, concretamente en su artículo 14.2.g), en el que, sin hacerse distinción alguna por razón de nacionalidad, se dispone que “los miembros y las personas dependientes gozarán de exención de derechos e impuestos respecto de cantidades razonables de tabaco, bebidas alcohólicas y carburantes, de conformidad con las cifras convenidas en el CC (Canje de Cartas)”. Lo que ha de dilucidarse, por tanto, es únicamente quién es “miembro” a los efectos de la norma, lo que nos permitirá saber si los españoles que prestan servicio en el Cuartel General Subregional Conjunto Sudoeste de Retamares (Madrid) ostentan o no dicha condición. A tal fin no hay más que acudir al propio Acuerdo complementario, el cual nos proporciona una interpretación precisa de lo que ha de entenderse por “miembros” a los efectos de lo en el mismo dispuesto.

Es el artículo 1. 12 el que define a los miembros, y no hay exclusión alguna de los de nacionalidad española entre los miembros de la fuerza, elemento civil y personas dependientes.

El Acuerdo Complementario es bien explícito cuando de la relación de miembros se quiere excluir a los expertos técnicos o contratistas españoles que prestan servicio en el Cuartel General. Su exclusión de la condición de “miembros” se recoge de forma expresa en el artículo 1.12.d).2. Esa expresa exclusión que de la condición de miembros se hace respecto de los expertos técnicos y contratistas de nacionalidad española no hace sino reforzar “a sensu contrario” esa consideración de la condición de miembros a los españoles que forman parte de la “Fuerza” y del “elemento civil” (acompañando a la Fuerza o como Funcionarios internacionales) del Cuartel General.

No se puede negar, pues, la condición de miembros del Cuartel General Subregional Sudoeste de la OTAN (CC-Land HQ Madrid, actualmente NFC Madrid) a aquellos que pese a encontrarse destinados en su plantilla internacional, como militares (Fuerza) o como funcionarios que acompañan a la Fuerza o Funcionarios internacionales (elemento civil), ostentan la nacionalidad española.

El Acuerdo Complementario de 2000 permite el disfrute de los privilegios de exención de derechos (artículo 14.2) a los miembros de la “Fuerza” y a los miembros del elemento civil que sean nacionales de una de las partes en el Tratado del Atlántico Norte y que estén destinados o adscritos a un Cuartel General, incluyendo en la categoría de Cuarteles Generales a los “cuarteles generales o unidades temporales, subordinados a SHAPE o HQ ACLANT,

situados en España” [artículo 1.4.c)]. Se otorga, pues, como no podía ser de otra forma, un trato igual a los miembros de un Cuartel General que realizan las mismas funciones de Defensa Común, lo que incluye a los nacionales del Estado receptor en cuanto que desarrollan una misión internacional y no una nacional, es decir, hacen una prestación pública de servicio internacional».

Como determina el Tribunal Supremo: «La cuestión relativa a si la exención del impuesto especial sobre hidrocarburos que, en cuanto al carburante que adquieran, se concede a los miembros de los Cuarteles Generales Militares Internacionales de la OTAN en España debe entenderse incluida en el apartado b) o en el c) del artículo 9.1 de la Ley de Impuestos Especiales es inane a los efectos del presente recurso.

En realidad, el reconocimiento de la exención del Impuesto especial sobre Hidrocarburos para el consumo de carburantes por vehículos propiedad del personal de las Fuerzas Armadas Españolas o de elementos civiles adscritos a los Cuarteles Generales de la OTAN en España no está reconocida ni en el párrafo b) ni en el c) del artículo 9, apartado 1, de la Ley 38/1992. Donde está reconocido es en una norma posterior, el Acuerdo Complementario, de tal forma que el debate a este respecto carece de otro valor que el puramente dialéctico que pudiera ir dirigido, en su caso, a determinar si es preciso modificar el texto del mencionado artículo de la Ley de Impuestos Especiales, para dar cabida a la nueva situación creada por el Acuerdo Complementario, o si, por el contrario, dicha situación tiene encaje en el actual texto. En opinión de esta Sala, atendiendo a la naturaleza internacional de los Cuarteles Generales y, especialmente, al hecho de que sea en un acuerdo de sede donde se contempla la exención de que se trata, es el apartado b) el que mejor se ajusta a la referida situación. El apartado c) contempla una situación distinta pues, siendo trasunto de las obligaciones contraídas por España al adherirse al Convenio de Londres de 1951, se refiere a la exención concedida a las Fuerzas Armadas de otros Estados parte que visiten España, lo que explica que se excluya de la exención a las Fuerzas Armadas españolas que, por definición, no pueden ser visitantes en su propio territorio. Por otra parte, cabe preguntarse cómo es posible incluir en este apartado la exención de que, conforme al artículo 14.1.b).2 del Acuerdo, gozan los Cuarteles Generales en sí mismos considerados con respecto al carburante que adquieran para sus vehículos oficiales, cuando es evidente que dichos Cuarteles Generales no pertenecen a las Fuerzas Armadas de ningún Estado concreto, dada su internacionalidad. Ello no obstante, si la Administración Tributaria desea englobar bajo el paraguas del apartado c) a todas las exenciones que en materia de impuestos especiales se conceden en el marco genérico de la OTAN, con independencia de que las mismas estén recogidas

en el Convenio de Londres, en el Protocolo de París o en el Acuerdo Complementario, no hay problema alguno para ello, siempre, claro está, que esa vía no se utilice para limitar el alcance de las exenciones concedidas en el Acuerdo Complementario, con claro olvido del básico principio de que “la ley posterior deroga a la ley anterior” (artículo 2.2 del Código Civil) y de la facultad de los jueces y Tribunales Españoles, en caso de colisión de un Tratado con una Ley (anterior o posterior), a seleccionar el Tratado como la norma aplicable al litigio (STC 28/1991, de 15 de febrero, FJ 5<sup>a</sup>).

No habría inconveniente alguno en admitir que la exención de que se trata es la prevista en al artículo 9.1.c) de la Ley de Impuestos Especiales, siempre y cuando la lógica exclusión que en el mismo se hace de las Fuerzas Armadas españolas se matice debidamente a la luz de lo dispuesto en el Acuerdo Complementario, de forma que, a modo de excepción a la excepción, se entienda que dicha exclusión no alcanza a aquellos que, aun teniendo nacionalidad española, ostentan legalmente la condición de miembros de un Cuartel General Militar Internacional de la OTAN con sede en España, y son, por tanto, titulares del derecho que a todo miembro, sin limitación por razón de nacionalidad, se concede en el artículo 14.2.g) del Acuerdo Complementario».

Por último el Alto Tribunal concluye:

«Resta por examinar el alcance de lo expresado en el apartado 1.a del Canje de Cartas producido el 13 y 28 de abril de 2000 entre el Jefe del Estado Mayor de la Defensa y el Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en Europa. En dicho apartado se indica que “la exención de derechos, impuestos, recargos y tasas prevista en el Acuerdo Complementario será aplicable únicamente a las personas de nacionalidad distinta de la española, a menos que se declare expresamente otra cosa”.

Antes de entrar a analizar el texto del apartado 1.a del citado Canje de Cartas, se hace preciso aclarar cuál es el valor de dicho instrumento. Para ello hay que acudir al artículo 14.2 del Acuerdo Complementario, en el que se determinan los privilegios concretos que se conceden a los miembros de los Cuarteles Generales Militares Internacionales de la OTAN en España y, en su caso, personas dependientes de los mismos. De su lectura se desprende que la llamada que en dicho artículo se hace a un futuro Canje de Cartas, que desarrolle los principios generales en el mismo establecidos, limita el campo de acción de dicho instrumento a lo relativo a la aplicación de aquellos privilegios, esto es, a aspectos puramente procedimentales, así como al establecimiento de límites cuantitativos en lo que respecta a ciertos privilegios, como es, en concreto, el caso de la exención en la adquisición de

tabaco, bebidas alcohólicas y carburante. Lo que no puede de ninguna manera hacerse en el Canje de Cartas es alterar, en sentido restrictivo, el ámbito subjetivo de aplicación de los privilegios, pues el mismo se halla perfectamente delimitado en el propio Acuerdo, al que el Canje de Cartas está subordinado. Por ello, frente a las disposiciones de este último de carácter procedimental o delimitación cuantitativa, que poseen el valor normativo que el propio Acuerdo les atribuye, disposiciones como la contenida en el apartado 1.a, relativas al ámbito subjetivo de aplicación de los privilegios, no pueden tener sino, todo lo más, una significación meramente interpretativa, a la que ni siquiera cabe calificar como “auténtica”, y que, en cualquier caso, nunca puede llevar a entender las disposiciones del Acuerdo en un sentido contrario al que de sus claros términos literales se desprende. No en balde, el propio Canje de Cartas se cuida mucho de advertir en sus párrafos introductorios que las disposiciones administrativas en el mismo establecidas deberán leerse en conjunción con las del Acuerdo.

Si el Canje de Cartas entre el Ministerio de Defensa y el Cuartel General Supremo de las Potencias Aliadas en Europa (SHAPE) tenía por finalidad llevar a efecto las políticas esbozadas en el Acuerdo Complementario de 2000 entre el Reino de España y la Organización del Tratado del Atlántico Norte y, consecuentemente, las medidas administrativas expresadas en la Carta deben entenderse en el contexto del Acuerdo Complementario, el Canje de Cartas no puede suponer obligaciones suplementarias para España y, por lo tanto, nada impide celebrar un acuerdo de naturaleza no normativa, como lo reconoce el propio Canje de Cartas al decir que debe entenderse que nada en dicho Canje de Cartas supondrá la asunción de una obligación no adquirida previamente por el Acuerdo Complementario de 28 de febrero de 2000.

Sentando lo que antecede estamos en condiciones de analizar esa disposición de limitado alcance interpretativo que se contiene en el apartado 1.a del Canje de Cartas. Y lo primero que salta a la vista es que de la misma no se puede en modo alguno concluir que los miembros de nacionalidad española de los Cuarteles Generales Militares Internacionalidades de la OTAN con sede en España quedan radicalmente excluidos del disfrute de los privilegios fiscales que se conceden en el Acuerdo. Lo que allí se viene a decir es que, en principio, se entiende que las personas de nacionalidad española que prestan servicio en uno de dichos Cuarteles Generales no disfrutaban de tales privilegios “a menos que se declare expresamente otra cosa”.

De lo que, entonces, se trata es de determinar dónde debe encontrarse dicha declaración. Pues bien, si el Canje de Cartas, acuerdo no normativo, es un instrumento para la aplicación del Acuerdo Complementario, al cual se subordina, y las disposiciones de aquél deben ser leídas en conjunción

con las de este último, resulta claro que la respuesta se encuentra en el propio Acuerdo, pues en el Acuerdo no sólo se establecen los concretos privilegios, sino que también se determina el ámbito subjetivo de aplicación de los mismos.

El Acuerdo Complementario recoge las condiciones especiales y excepcionales por las que puede establecerse un Cuartel General Militar Internacional en territorio español con miembros y personas dependientes de los Estados parte en el Tratado del Atlántico Norte, entre los que se encuentran los de España, en condición de igualdad tanto en obligaciones como en derechos en las tareas de funcionamiento de un Cuartel General de este tipo.

El artículo 1.12 del Acuerdo Complementario define explícitamente quienes se consideraran “miembros”, sin distinguirlos por su nacionalidad, excepto que sean, a tenor del 1.12.d), “expertos técnicos o contratistas” “1. Nacionales de cualquier Estado que no sea Parte en el Tratado del Atlántico Norte”, “2. Nacionales españoles, o”, “3. Personas residentes habitualmente en el territorio español”. Como se ve, el artículo 1. 12 define a los miembros, y no hay exclusión alguna de los que ostentan la nacionalidad española entre los miembros de la fuerza, elemento civil y personas dependientes”.

En realidad, el papel que se deja al Canje de Cartas es el de fijar las cantidades razonables de tabaco, bebidas alcohólicas y carburantes a las que se les puede aplicar la exención».

## CONTRATACIÓN

**STSJ de Madrid, sección 3ª, de 30 de junio de 2011, Recurso: 1223/2009.  
Ponente: M.ª del Pilar Maldonado Muñoz, (ROJ: STSJ MAD 9491/2011).**

El TSJ estima el recurso interpuesto por la mercantil Derco Aerospace INC contra la resolución del General Jefe del Mando de Apoyo Logístico del Ejército del Aire (MALOG) de 18 de Noviembre del 2008, por la que se acuerda adjudicar a la mercantil Blue Aerospace el contrato relativo a la adquisición de repuestos de los sistemas de armas LOCKHEED C130 HERCULES (T10) y P3 ORION.

Tal como se establece el FJ 3º de esta Sentencia:

«La licitación cuya adjudicación constituye el objeto del proceso, se siguió por el procedimiento negociado previsto en los artículos 73.4, 92,

210 h) y concordantes Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000.

El artículo 182 de la mencionada normativa permite utilizar el procedimiento negociado sin publicidad previa en aquellos contratos que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que deba celebrar el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, cuando no existan empresas nacionales capacitadas para ejecutarlo.

Por su parte, el artículo 73. 4 dispone que en el procedimiento negociado el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios, de conformidad con lo establecido en el art. 92.3. Por su parte, el artículo 92, que lleva por título “solicitud de ofertas en el procedimiento negociado” establece que cuando se utilice este procedimiento será necesario solicitar la oferta de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, sin que su número sea inferior a 3, siempre que ello sea posible, fijando con la seleccionada el precio del mismo y dejando constancia de todo ello en el expediente. En el Pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas. En todo caso, deberá dejarse constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo aplicadas por el órgano de contratación. Finalmente, cuando se hubiera constituido Mesa de contratación, esta última elevará al órgano de contratación propuesta de adjudicación, siendo de aplicación lo dispuesto con carácter general en el art. 81.

De lo expuesto se deduce que dicho procedimiento permite la limitación de ofertas, exigiendo la norma únicamente que se produzca la consulta con, al menos, un mínimo de tres empresas capacitadas para realizar el objeto del contrato, y sobre dicha base, la Administración puede seleccionar con libertad al empresario que estime oportuno, con la sola condición de que el empresario así seleccionado debe serlo “justificadamente”, justificación que rectamente entendida no significa que la Administración haya de atenerse a los principios propios del concurso (la adjudicación es para el empresario que realice la oferta más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios establecidos en los pliegos y sin atender exclusivamente al precio de aquélla) y de la subasta (que determina la adjudicación al empresario que oferte el precio más bajo), y por tanto que no está vinculada, a la hora de elegir al contratista, ni por la oferta que contenga el precio más bajo, ni siquiera por la proposición más ventajosa, entendiendo el término como

se hace cuando de un concurso se trata, porque si así fuera se estaría desvirtuando lo que es de esencia al procedimiento negociado, que es la discrecionalidad de que dispone la Administración para elegir al contratista, y convirtiendo ese procedimiento negociado en una suerte de subrepticia subasta o concurso, sin perjuicio de que la Administración deba motivar porque opta por uno u otro; deber de motivar que es necesario para evitar adjudicaciones contrarias a la Ley, que permite seleccionar a un contratista determinado pero siempre que dicho contratista se halle objetivamente capacitado para cumplir con la prestación, y para que el resto de los contratistas conozca las razones de la adjudicación y las sometan, en su caso, al control de los Tribunales. Finalmente, y en todo caso, deberá dejarse constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo aplicadas por el órgano de contratación».

A partir de lo anterior el TSJ determina:

«En la invitación cursada a las distintas empresas, al que se acompañaba el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, expresamente se dice que la forma, condiciones y dirección para la presentación de las ofertas, así como los datos que ha de contener y la documentación que obligatoriamente se ha de presentar junto con la oferta se definen en las cláusulas 5, 9 y 11 del PCAP. Pues bien, en lo que aquí interesa, la cláusula quinta que se refiere a la forma de ofertar y contenido de las ofertas, señalaba que en caso de ofrecerse intercambiables o sustitutos se certificará documentalmente por el fabricante del S/A dicha condición haciéndose mención a los boletines de servicio u OOTT que los contengan. La oferta indicará, asimismo, las posibles obsolescencias de elementos aplicando, en su caso, lo expresado en el párrafo anterior. La firma Blue Aerospace no hace mención alguna a las obsolescencias ni aporta documentación relativa a los elementos intercambiables y sus sustitutos, según la matriz de calificación de ofertas de 22 de Septiembre del 2008, que, no obstante, afirma que la oferta se ajusta a lo exigido en el PCAP, y propone a dicha empresa como candidata para la negociación del contrato.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas constituyen la Ley del contrato y vinculan por igual al órgano convocante como a los que toman parte en la licitación. Como ya hemos expuesto la empresa adjudicataria no hace mención alguna a las obsolescencias ni aporta documentación relativa a los elementos intercambiables y sus sustitutos, infringiendo con ello la cláusula quinta del

PCAP, que establece con carácter imperativo, como ya hemos dicho, que en el caso de ofrecerse intercambiables o sustitutos se certificará por el fabricante del S/A y que la oferta indicará las posibles obsolescencias de elementos; datos que según la carta de invitación, han de contener obligatoriamente las ofertas. En consecuencia, la Administración debió excluir la referida oferta, sin que sean válidos los argumentos utilizados por la demandada en el fundamento de derecho quinto de la resolución impugnada para justificar la falta de información sobre las obsolescencias y la falta de documentación relativa a los elementos intercambiables y sus sustitutos, señalando “que la comprobación de tales condiciones (intercambiabilidad u obsolescencias) en los elementos ofertados no representa en absoluto un problema para el MALOG en su gestión ordinaria de tales repuestos, puesto que tiene conexión y acceso directo al sistema logístico (bajo el programa FMS) del Ministerio de Defensa de los Estados Unidos que contiene toda la información relativa a los mismos. Es el llamado FLIS (Federal Logistics Information System) o Haystack”, añadiendo que “la propia empresa recurrente se limitó a imprimir de Internet la página <http> de dicho sistema los datos correspondientes y presentarlos como información relevante e imprescindible. Por todo ello, dado que la Administración tenía constancia del cumplimiento de los requisitos por parte de la empresa adjudicataria, la aportación o no de la referida documentación resulta absolutamente irrelevante”. Esta Sala no puede compartir dicha argumentación, puesto que establecidos unos determinados requisitos en los Pliegos previamente aprobados por la Administración, esta queda vinculada por lo acordado debiendo exigir su cumplimiento a todas las empresas que participen en la licitación, máxime cuando la invitación cursada se remite expresamente a la cláusula quinta del PCAP en cuanto a la forma de ofertar y al contenido de las ofertas, y si dicha información no era necesaria o relevante no debía exigirla en los Pliegos como obligatoria, sino con carácter potestativo, o incluso no solicitarla si era irrelevante. En consecuencia, la Administración debió excluir la oferta presentada por Blue Space, sin que el antiformalismo del procedimiento negociado alcance a los requisitos exigidos en los Pliegos para presentarse al correspondiente procedimiento de contratación.

Dicho lo anterior, sostiene la Administración que si se mantiene dicha postura también debió excluirse del procedimiento de selección a la empresa recurrente, ya que los licitadores diferentes a LM tenían que presentar los acuerdos de distribución autorizándoles a comercializar sus productos, y la recurrente no figura como distribuidor autorizado, alegando la actora al respecto que la presentación de autorizaciones de distribución de los suministros requeridos no se exigía en el PCAP.



La cláusula undécima del PCAP a la que también se remite la carta de invitación en cuanto a la documentación obligatoriamente a presentar por los licitadores, en su apartado D.1 referente al control de calidad dispone que los oferentes que no sean los fabricantes de los S/A objeto del expediente deberán acreditar, expedido por quienes tengan los derechos y, en su caso, del fabricante, su autenticidad, para lo cual presentaran la documentación pertinente de distribuidor oficial, de exclusividad de venta, concesionario, de mandato del fabricante etc., y en el apartado F) Otros Documentos establece que para aquellos licitadores que no sean el fabricante y autoridad de diseño (DA) de los Sistemas de Armas (S/A) a los que pertenecen los repuestos objeto del expediente con número de fabricante de dicho DA o aquellos que correspondan a repuestos estructurales, deberán presentar documento expedido por dicho fabricante del S/A en el que se certifique que los elementos a suministrar se encuentran incluidos en el programa correspondiente a dicho fabricante y que son proveedores debidamente autorizados por el mismo.

Por tanto, en este procedimiento los repuestos que tengan número de fabricante L/M (Lockheed Martín), los licitadores diferentes a LM tenían que presentar los acuerdos de distribución autorizándoles a comercializar sus productos, y mientras consta en el expediente carta de LM confirmando tal autorización a Blue Space y a Kellstrom, sin embargo, la hoy recurrente no figura como autorizada, por lo que tampoco debió ser admitida su oferta por incumplimiento de dicho requisito impuestos por los Pliegos del expediente de contratación, que exigía ser compañía autorizada por el fabricante de repuestos de P3 Orión. No altera lo anterior el hecho de que la Administración conociera que disponía de dicha autorización o que la Matriz de Calificación de Ofertas afirmase que su oferta se admitía a la licitación por presentar en regla la documentación exigida en el PCAP, por cuanto que dicha aseveración también se hizo respecto de la empresa adjudicataria, Blue Space, y también la Administración entendió que la aportación de la documentación que exige en la demanda el recurrente era irrelevante.

A la vista de lo razonado procede estimar en parte el recurso anulando la resoluciones impugnadas por no ser conforme a derecho, por cuanto que no debieron ser admitidas las ofertas presentadas por Blue Space y Dercos Space, por no contener los documentos y requisitos exigidos en el PCAP o si los defectos y omisiones en la documentación exigida eran subsanables, comunicárselo vía fax a la dirección que proporcionasen los contratistas, otorgando plazo de subsanación, tal y como prevé la cláusula duodécima del PCAP.

En consecuencia con lo expuesto no procede entrar en el examen del resto de las cuestiones planteadas, atañientes al examen de si la oferta del actor era económicamente mas ventajosa y a si procedía o no indemnizarle por los daños y perjuicios causados».

## RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

**STS, sección 4ª, de 22 de junio de 2011, Recurso: 4046/2007.**

**Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García, (ROJ: STS 4779/2011).**

El Tribunal Supremo no considera que los daños sufridos durante un ejercicio de instrucción, estando destinado el recurrente en el Tercio Gran Capitán 1º de la Legión de Melilla, den lugar a responsabilidad patrimonial, en primer lugar, porque la prueba denegada al recurrente no le ha causado indefensión, pues sobre la cuestión sobre la que versaba la prueba denegada sí existía prueba en el expediente administrativo; en segundo lugar, porque en la jurisdicción contencioso-administrativa no es necesario que la sentencia contenga un fundamento de hechos probados; y en tercer lugar, porque la valoración de la prueba corresponde a la Sala de instancia, salvo que se considere que la valoración de la prueba ha sido ilógica o arbitraria, lo que no concurría en ese supuesto.

Tal como se expone en la Sentencia:

«conviene precisar que en el proceso contencioso administrativo por regla general la prueba en su mayor parte se condensa en el expediente administrativo por la razón obvia que al recurrirse bien actos administrativos bien disposiciones generales, en ambos casos, la Administración demandada para dictar ya el acto o ya la disposición general ha tenido que elaborar un expediente administrativo en el que lógicamente han de quedar reflejadas las razones por las que uno u otra se han adoptado. Y esto es precisamente lo que aquí ocurre.

Dicho esto y enfrentando ya el primero de los motivos, en el se denuncia la infracción de los artículos 60 y 61 de la Ley de la Jurisdicción sin más precisión, si bien es cierto que esa vulneración se pone en relación con el artículo 24.2 de la Constitución y el 281 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En primer término no está demás poner de relieve la notable imprecisión con que se desenvuelve el motivo. Las citas de esos preceptos resultan por su nula precisión claramente insuficientes para concretar las infracciones en que incurrió la sentencia; así resulta de la mención a los artículos 60 y 61 de

la Ley 29/1998 y a los artículos 281 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Más preciso resulta el Abogado del Estado cuando concreta su posición en ese sentido al artículo 61.1 de la Ley de 13 julio de 1998 que permite al Juez o Tribunal “acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto”.

Es obvio que en el proceso contencioso administrativo la facilidad para obtener la prueba en términos generales recaerá sobre la Administración demandada como consecuencia de la elaboración por ella del expediente administrativo o de la disposición general, pero no lo es menos que la parte deberá concretar qué prueba no puede obtener y solicitarla.

Y en el motivo concreta la prueba que se le denegó, y que, según expresa, era aquella a través de la cual pretendía acreditar que desde que ocurrió el incidente de la tirolina y pese a que se consideró que debía no realizar esfuerzos se le impusieron destinos y actividades que agravaban el daño que en su momento se produjo.

No hay razón para sostener que se produjo para el recurrente la indefensión que es condición sine qua non para la estimación del recurso porque esa prueba no se aceptase por el tribunal, y ello porque sobre esa cuestión si existía prueba en el expediente como resultaba de las declaraciones tanto de los mandos como de la tropa del Tercio en el sentido de que tras el suceso de la tirolina el demandante dejó transcurrir más de seis meses sin mostrar problema alguno, siendo asistido por vez primera en el botiquín de la unidad el 31 de agosto de 2000.

El segundo de los motivos vincula la vulneración del derecho a la prueba que denuncia con la posibilidad de acreditar la fecha en que ocurrió el incidente inicial y la no adaptación a los puestos que se le asignaron, e indica que se le negó la práctica de determinadas pruebas testificales y de un neurocirujano que le trató en Melilla en julio de 2000.

Tampoco es posible estimar ese motivo. Si se examina el expediente y la prueba practicada en los dos procesos que por la Jurisdicción militar se tramitaron toda esa prueba aparece en los mismos. Pero es que, además, el Auto que sobreescribió la denuncia que el recurrente interpuso frente al teniente al mando de la Compañía en aquel momento declaró que la fecha era el mes de febrero y no mayo como pretendía el demandante, y ello valorando la prueba allí existente, y en cuanto a la testifical que también consta en el expediente y, por tanto, en los autos, de los doctores a los que se refiere ninguno de ellos tiene la posibilidad de concretar la fecha ni el origen de las lesiones salvo que den por buena la versión del recurrente.

En relación con el tercer motivo en el que insiste en la vulneración del derecho a la prueba con cita de los preceptos enunciados en el primero de

ellos, añade los artículos 288 y 289. En relación con estos últimos bueno será recordar que los mismos quedaron sin contenido al publicarse la Ley Orgánica 19/2003, de modo que su cita resulta innecesaria. Pero con independencia de lo anterior, en este motivo se insiste en la testifical de los mismos doctores que en el precedente cuya dirección ya se poseía, pero olvida el recurrente que sobre lo que pretendía que los mismos fuesen interrogados ya constaban sus declaraciones en el expediente, por lo que la prueba resultaba carente de trascendencia salvo que los mismos fueran a cambiar su declaración algo inimaginable.

Y el cuarto y último de estos motivos se refiere también a la prueba testifical de un soldado y manifiesta que su ausencia causa indefensión al recurrente. Sin embargo esa prueba era innecesaria porque estaba en el expediente y porque la Sala conoció por tanto de ella, sin que la diera otro valor que el que le otorgó en el sentido de rechazar la versión que ofrecía el mismo frente a las mayoritarias».

Concluye el Tribunal Supremo que:

«... sabido es que lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil exige en el artículo 218.2 es que “las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas”, circunstancia que concurre en la sentencia que constituye el objeto del recurso. Pero, en modo alguno, y en particular en la Jurisdicción contencioso administrativa es preceptivo que la sentencia contenga un resultando o fundamento en el que se deje constancia de los hechos que el Tribunal considera probados.

E igualmente carece de importancia el que la sentencia afirmase que no se había recibido el pleito a prueba cuando por el contrario consta que si se hizo así, porque se trata de un error material que en cualquier momento de oficio o a instancia de parte se pudo rectificar.

El motivo tampoco puede prosperar puesto que la Sala atendiendo a la prueba que valoró negó que pudiera establecerse relación de causalidad entre el servicio y la patología del recurrente. Y lo hizo refiriéndose a los dos hechos claves según el relato de la demanda, como eran el incidente de la tirolina y los destinos posteriores inmediatos, para finalmente rechazar que entre ellos y la baja en el servicio en 2001 pudiera establecerse una relación de causa a efecto.

Finalmente el sexto motivo debe seguir la misma suerte que los anteriores. En esta ocasión se basa el motivo en la indebida valoración de la prueba que achaca a la Sala de instancia y funda en la vulneración del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Sala expresamente se refirió al artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para afirmar que había valorado la prueba conforme las reglas de la sana crítica, y en particular a la prueba pericial, y concluyó que no se había acreditado la existencia de un nexo causal directo o inmediato entre los daños y perjuicios sufridos y un hecho, acción u omisión que resultase imputable a la Administración.

Y la valoración de la prueba corresponde a la Sala de instancia salvo que se considere que la valoración de la prueba ha sido ilógica o arbitraria, cuestión que en este supuesto no se ha introducido y que de haberse hecho habría de rechazarse».

## PERSONAL

**STS, sección 1ª, de 4 de febrero de 2011, Recurso: 588/2009.  
Ponente: D. Ramón Trillo Torres, (ROJ: STS 1100/2011).**

La Sentencia resuelve recurso interpuesto contra el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial sobre la cobertura de una plaza de Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar. Tal como se determina en la Sentencia citada estos nombramientos son el resultado del ejercicio de una potestad discrecional en la que asiste un amplio margen al CGPJ para decidir el aspirante más adecuado al cargo, de forma que la composición mixta de esa Sala no excluye al Magistrado recurrente, quien reúne además la condición de antiguo Letrado del Cuerpo Jurídico Militar. La Sala destaca que sin convertir tales procesos en una exclusiva carrera de méritos, resulta de capital importancia la motivación de la decisión adoptada, por lo que, en este caso, la naturaleza de la plaza a cubrir, haría tan legítima la opción del Consejo de pronunciarse prescindiendo de las ventajas inherentes al desempeño militar del demandante como de inclinarse por atender en exclusiva a la Carrera Judicial seguida por ambos, con la consecuencia de que en este punto se da entre ellos una sustancial igualdad y por tanto libertad de elección por el Consejo.

Tal como se establece por el Tribunal Supremo: «Situados en la perspectiva del control de la decisión aquí impugnada, hemos de recordar las notas que pueden guiarnos en dicha labor, tal y como resultan de la jurisprudencia reseñada:

– primera, que el acceso a los cargos que se proveen de ese modo forma parte del *cursus honorum* inherente a la noción misma de Carrera Judicial

que asume la Constitución, lo que implica la necesaria observancia de un escrupuloso respeto a los principios de mérito y capacidad, de tal manera que se excluya todo atisbo o apariencia de que los nombramientos no se han fundado en la mayor idoneidad para el mejor desempeño del cargo sino en consideraciones espurias como la empatía personal, la afinidad ideológica o la adscripción asociativa.

– segunda, que dentro de ese “cursus honorum”, destaca por su especialísima relevancia el cargo de Magistrado del Tribunal Supremo, nivel este en el que rigen con el mayor grado de exigencia los principios de mérito y capacidad y cuyos méritos de referencia en el acto discrecional del Consejo habrán de ser esencialmente los de “solvencia y excelencia en el ejercicio de la estricta función jurisdiccional” (STS de 29 de mayo de 2006), o en funciones materialmente asimilables (STS 27 de noviembre de 2007).

– tercera, que el control de la discrecionalidad de que goza el CGPJ a la hora de resolver sobre la adjudicación de vacantes como la aquí concernida no puede apurarse hasta el extremo de configurar, de hecho, el procedimiento de provisión de estas vacantes como un concurso de méritos y convertir al CGPJ en una mera Comisión calificadora de automática y objetivada computación de méritos, excluyéndole de hacer valoraciones de conveniencia institucional, a él confiadas precisamente por razón de su origen, rango y compleja composición. Por el contrario, esta Sala ha subrayado en las sentencias precitadas el amplio margen de decisión del que dispone y que se manifiesta, en primer lugar, en su facultad de determinar los criterios de mérito y capacidad conforme a los que ha efectuado un nombramiento. Tal margen de decisión comprende, incluso, el de elegir libremente a aquél candidato que prefiera de entre los que concluya razonadamente que acreditan en igual medida esas solvencia y excelencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

– y cuarta, que la legitimidad del ejercicio de esa potestad discrecional se acredita a través de la motivación de la decisión del CGPJ, siendo especialmente relevante a tal efecto el informe de la Comisión de Calificación, en la medida que es a través del mismo como los miembros del Pleno adquieren los principales datos precisos para formar su propio criterio y orientar de forma libre y responsable el sentido de su voto. Por lo demás, el Pleno puede, evidentemente, apartarse en todo o en parte de los planteamientos de la Comisión de Calificación y a optar por un candidato o candidata determinado, pero en tal caso del acta plenaria o del acuerdo correspondiente habrá de desprenderse con claridad suficiente –“razonable y suficientemente” dice la sentencia de 29 de mayo de 2006– el hilo

argumental que lleva a la decisión tomada, el cual habrá de ser coherente con los presupuestos sobre los que debe descansar: los constituidos por los méritos que los aspirantes hayan acreditado, en especial los relacionados con su trabajo jurisdiccional cuando se trate de plazas de esa naturaleza y la idea o criterio de preferencia con arreglo al cual se toma la decisión.

Pudiendo añadir ahora a estas notas, como lógica consecuencia de cuanto hemos expuesto acerca de la extensión del control de las potestades discrecionales, que no podemos renunciar a que nuestro pronunciamiento a la hora de resolver el litigio sea verdaderamente funcional, esto es, operativo y eficaz, de manera que si apreciamos que las razones dadas en la resolución impugnada para justificar la asignación de la vacante resultan vanas, superfluas o incluso arbitrarias, debemos procurar dar la máxima respuesta posible para que la controversia quede zanjada, sin conformarnos (insistimos, en la medida de lo posible y procedente, en función de las características del litigio y la propia conducta procesal de las partes), con un mero pronunciamiento formal, que revierta en una simple reposición de actuaciones que dé lugar a la misma decisión aunque con otro ropaje y que al fin y a la postre desemboque en una repetición del mismo litigio entre los mismos contendientes y con arribada a la misma resolución de fondo.

Es por esto que la exigencia de motivación en los términos que hemos descrito, si se somete a una caracterización excesivamente rígida y autónoma con respecto a la valoración de la argumentación de fondo que subyazga en el nombramiento, puede llegar incluso a secar, a hacer estéril la propia jurisprudencia en que se funda si el Tribunal, con los datos constantes en el procedimiento administrativo y posteriormente en el litigio, no agota, apoyado en la congruencia procesal, todas las posibilidades para que se produzca un pronunciamiento definitivo que, sin menoscabar las potestades inalienables del Consejo ni dejar de cubrir todas las obligadas deferencias y oportunidades con las que la dialéctica de las partes tiene derecho a expresarse sobre las cuestiones debatidas, resuelva definitivamente la contienda, sin acudir salvo cuanto, obviamente, solamente esta solución sea viable a una mera retroacción de actuaciones que en pago a la inestabilidad y dilatación en el tiempo del nombramiento, solo tenga como consecuencia final el retorno previsible e inatacable al mismo contenido decisorio por parte del Consejo.

Se trata, en definitiva, de que el claro paso dado a favor de la exigencia de un rigor pleno en el procedimiento a seguir para el nombramiento de los cargos judiciales discrecionales por el Consejo, que con anterioridad a la jurisprudencia que comentamos era absolutamente ignorado, alcance

su plenitud funcional, en el sentido de que cumplidas unas formas que, si no óptimas, si permitan detectar con suficiencia los datos y razones que movieron la decisión del Consejo, nos pronunciemos concluyentemente sobre la legalidad o ilegalidad de fondo de la misma, sin requerir nuevos cumplimientos formales que en el caso entendamos que no alcanzarían el nivel de eficacia suficiente como para que el Consejo llegase a replantearse el sentido del acto impugnado, por no venir obligado a ello por razones jurídicas de fondo».

Partiendo de esta doctrina, analizando el caso concreto de la Sentencia, el Tribunal Supremo mantiene:

«La Ley Orgánica 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, creó en el seno del DIRECCION000 esta Sala NUM007, con la finalidad, a tenor de su exposición de motivos, de procurar “la unidad en el vértice de las dos jurisdicciones que integran el Poder Judicial”.

Precisamente con el objetivo de reforzar esa unidad, se estableció una peculiar forma de composición de sus miembros, plasmada en su artículo 24, que dispone que “la Sala de lo Militar estará integrada por su Presidente y siete Magistrados. Cuatro de los ocho miembros de la Sala procederán de la Carrera Judicial y los otros cuatro del Cuerpo Jurídico Militar”. La exposición de motivos se refirió nuevamente a tan singular (por contraste con el resto de Salas de este Tribunal) estructuración de la Sala en los siguientes términos: “la composición de dicha Sala por Magistrados procedentes de la jurisdicción ordinaria y de la militar, es una garantía de ponderación en una actuación jurisdiccional del más elevado rango, normalmente llamada a actuar en valoraciones de casación y revisión, aun cuando se respete, como es lógico, una reserva de fuero personal para quienes ostenten determinados altos empleos a cargos militares, cuyas conductas serían enjuiciadas por esta Sala”.

Quedó así evidenciado que esta composición mixta de la Sala era algo no irrelevante o intrascendente, sino buscado y querido por el legislador con la deliberada intención de reunir en el mismo órgano jurisdiccional de forma equilibrada a personal jurisdicente de las dos carreras profesionales que sirven las dos Jurisdicciones englobadas en el Poder Judicial del Estado. La Carrera Judicial, que sirve la Jurisdicción Ordinaria y el Cuerpo Jurídico Militar, que desempeña funciones jurisdiccionales en la Jurisdicción Militar, a fin de enriquecer los debates y las resoluciones judiciales mediante la suma de las diferentes experiencias y perspectivas profesionales que proporciona la trayectoria consolidada de servicio en ambas carreras. Tan es así, que la misma L. O. 4/1987 exige el mantenimiento de esa composición paritaria en la deliberación de los asuntos, al establecer



en su artículo 29 que “cuando la Sala de lo Militar no se constituya con la totalidad de sus miembros, habrá paridad de Magistrados de una y otra procedencia, excluido el Presidente”.

Tiene relevancia este dato que acabamos de anotar porque los demandados han acudido a él o bien para negar legitimidad a la candidatura del recurrente para la plaza en litigio o bien para rechazar que a tal efecto puedan tomarse en consideración los méritos por él adquiridos en su condición de Oficial Auditor del Cuerpo Jurídico Militar y no como Magistrado.

La codemandada se basa en el doble origen o procedencia profesional de los Magistrados de la Sala X para calificar de ilegítima la aspiración del actor a ocupar una plaza correspondiente a la Carrera Judicial. Ahora bien, si con tal alegación trata de construir (aunque no se diga así de forma explícita) una suerte de imposibilidad legal o causa de inelegibilidad para dicha plaza, en cuya virtud quienes han ingresado en la Carrera Judicial procedentes del Cuerpo Jurídico Militar (a través del llamado 4º turno) no pueden solicitarla, se trata de un intento estéril, por tres razones: primero, porque la Ley Orgánica del Poder Judicial nada establece en tal sentido (y tratándose de una regla limitativa de derechos con semejante entidad, es obvio que para tomarla en consideración debería haberse establecido de forma bien expresa); segundo, porque la misma convocatoria de la vacante tampoco estableció una limitación de esa índole; y tercero, porque el propio CGPJ no lo entendió así, hasta el punto de que la Comisión de Calificación incluyó al recurrente entre los propuestos para el Pleno e incluso destacó su especial idoneidad para el cargo.

Consciente tal vez de la debilidad de esa tesis, los demandados acuden a la figura del fraude de Ley para alegar que, aunque formalmente el actor tuviera derecho a aspirar a la plaza y presentar su candidatura, si se le adjudicara dicha plaza daría lugar a un resultado contrario al Ordenamiento Jurídico, cuál sería la ocupación de una vacante reservada a la Carrera Judicial por quien realmente invoca para acceder a tal puesto su condición de Auditor del Cuerpo Jurídico militar, de manera que el equilibrio armónico en la composición de la Sala perseguido por el legislador se vencería del lado de los provenientes de este Cuerpo en detrimento de los procedentes de la Carrera Judicial, pues –afirman los codemandados– los Magistrados que han sido anteriormente Auditores castrenses siempre estarían en mejor posición que los de la Carrera Judicial a la hora de invocar méritos para acceder a la Sala Quinta. Ahora bien, este argumento tampoco es aceptable porque no es cierta la premisa en que se asienta, esto es, porque no es verdad que el recurrente haya invocado únicamente sus méritos como Jurídico Militar para sostener su candidatura. Podría aceptarse tal vez la existencia

de ese fraude de Ley (dicho sea lo que viene a continuación en términos puramente hipotéticos y dialécticos) si el Magistrado que aspirase –en condición de tal– a una plaza reservada a la Carrera Judicial invocara única y exclusivamente los adquiridos en el Cuerpo Jurídico Militar (desde el que hubiera accedido por el 4ª Turno a la Judicatura), pero basta leer la relación presentada por el recurrente e incluso el informe de la Comisión de calificación, para constatar que invoca numerosos y sólidos méritos adquiridos en su larga singladura (de más de veinte años) por la Jurisdicción ordinaria como Magistrado. Así las cosas, decir que el actor sostiene su aspiración a esta vacante en su condición de antiguo Letrado del cuerpo Jurídico Militar resulta inaceptable, pues esa no es sino una circunstancia más de su amplio y brillante curriculum vitae.

SEXTO.- Dentro del legítimo margen de libertad de apreciación del CGPJ, que antes hemos reconocido y constatado, se encuentra la posibilidad de dar un especial realce, valor o trascendencia, cuando de cubrir una vacante reservada a la Carrera Judicial se trata, a los servicios concretamente prestados en la propia Carrera Judicial, pues son esos servicios los que en verdad resultan más idóneos para proporcionar a las deliberaciones de la Sala la peculiar perspectiva que proporciona el trabajo desempeñado en la Jurisdicción Ordinaria (por contraposición con la Militar). Del mismo modo, resulta plenamente legítimo priorizar, a la hora de valorar los méritos invocados por los Magistrados, su trabajo efectivamente realizado como tales, pues a la hora de detectar la excelencia profesional de un Magistrado aspirante a una vacante en el Tribunal Supremo, el mejor indicador de esa excelencia viene dado por la extensión, calidad y solvencia de su trabajo en lo que es intrínsecamente propio y exclusivo de la labor jurisdiccional: dictar resoluciones judiciales.

No queremos decir con esto en modo alguno que otros méritos como la investigación científica o la docencia sean irrelevantes. Partiendo de la base de que la trayectoria vital de una persona se compone de experiencias de índole muy variada, es verdad que todas ellas confluyen y determinan que seamos lo que somos, de manera que si un Magistrado, además de realizar con dedicación, responsabilidad y acierto su trabajo, es capaz de desarrollar por añadidura actividades extrajudiciales relacionadas con el mundo del Derecho, como la publicación de obras científicas, la investigación o la docencia, ello no hará más que reforzar su capacitación y en tal sentido esas experiencias formativas añadidas merecen en ocasiones una valoración positiva que ni mucho menos debe desdeñarse.

Pero en definitiva, lo que queremos decir es que para valorar la vida profesional de un Juez no hay criterio más válido, directo y seguro que la

verificación de su recorrido y buen hacer profesional en el desempeño de su profesión de juzgador, por lo que mal puede calificarse de arbitrario, irracional o jurídicamente desviado que, atendidas de forma casuística las circunstancias concurrentes en los distintos aspirantes, se acuda de forma preferente a este dato a la hora de elegir al adjudicatario de la plaza convocada.

Es más, ya la sentencia de 29 de Mayo de 2006 dejó escrito que en el ascenso en el *cursum honorum* a la categoría de especialísima relevancia que implica alcanzar la de Magistrado del Tribunal Supremo, los méritos de referencia en el acto discrecional del Consejo habrán de ser en términos casi absolutos los de solvencia y excelencia en el ejercicio de la estricta función jurisdiccional, concepto meridiano al que nuestra sentencia de 27 de noviembre de 2007 agregó el supuesto de las funciones materialmente asimilables, reservado sin duda para circunstancias en que el asesoramiento o asistencia durante un tiempo a órganos jurisdiccionales de primer nivel aconsejen una razonable equiparación a la hora de ponderar los méritos en juego.

SEPTIMO.- Si repasamos la fundamentación incorporada al Acuerdo Plenario que decidió la adjudicación de la vacante en favor de la code mandada, en ella se dice, recordemos, lo siguiente: “Cuenta con más de veintiséis años de antigüedad en la carrera judicial, a lo largo de los cuales ha demostrado una sólida formación jurídica y profesional, contrastada por este Consejo General tras el examen de las Sentencias obran –tres en el expediente–, remitidas junto con la restante documentación por la concursante, y cuya elevada calidad técnico jurídica acreditan esta cualificación. Ha ocupado destinos cuya competencia se extiende a las jurisdicciones civil, penal y contencioso-administrativa, combinación que resulta particularmente indicada a la vista de la naturaleza de los asuntos de que conoce la Sala a cuya vacante concursó; ha sido redactora del Plan de actualización de la Sala en la que ocupa destino y asimismo tiene acreditada su participación en los cursos de formación de distintas promociones de especialistas en esta jurisdicción”.

Es verdad que en esta exposición de los méritos de la adjudicataria se echa de menos una comparación con los alegados por el resto de los aspirantes seleccionados, pues partiendo de la base de que todos los destacados por la Comisión de calificación mostraban una elevada cualificación que los hacía idóneos para desempeñar la plaza convocada (como el propio Pleno reconoce), el mismo Pleno del CGPJ pudo y debió no haberse limitado a enfatizar los méritos de la Sra. María Purificación, sino que debió explicitar por qué esos méritos eran determinantes de la adjudicación de la plaza en su favor con el consiguiente desplazamiento del resto de los candidatos.

No obstante, en la búsqueda del control judicial funcional al que antes nos hemos referido, no podemos detenernos en el simple reproche hacia esta ciertamente magra motivación del Acuerdo impugnado, sino que atendiendo a las concretas circunstancias del caso, tenemos que profundizar en las razones que surgen de ese Acuerdo y verificar su adecuación a Derecho conforme a los parámetros de control que hemos fijado.

Pues bien, partiendo del hecho –antes resaltado– de que de todos los aspirantes sólo el ahora actor ha mostrado su disconformidad con tal Acuerdo y la motivación en que se basa y ceñidos por eso a la situación de demandante y codemandada, de la lectura del Acuerdo plenario resulta –de forma implícita pero, entendemos, evidente– que el CGPJ valoró especialmente su antigüedad en la Carrera Judicial, mayor que la del recurrente, así como el buen hacer desarrollado a lo largo de esos años.

Señalemos, en este sentido, que el actor relativiza la importancia de ese dato, alegando que la distancia escalafonal entre ambos es escasa, lo que es cierto aún cuando también lo es que hay una diferencia de nueve años en la prestación de servicios en la jurisdicción contencioso-administrativa a favor de la señora María Purificación.

El hecho de que la resolución del CGPJ haya atendido a este dato para inclinar su juicio en favor de la codemandada, contemplado dentro de ese margen de discrecionalidad al que tantas veces nos hemos referido, remite a un elemento de juicio cuya utilización resulta correcta. Más aún, la circunstancia, resaltada asimismo por el CGPJ, de que en ese prolongado quehacer profesional la codemandada haya desempeñado su labor en distintas Jurisdicciones es una circunstancia que valora positivamente el Consejo en función de la composición actual de la Sala Quinta y el ámbito competencial que tiene encomendado y una vez más tal valoración no resulta irracional o ilógica sino correcta, siempre partiendo de la discrecionalidad que como órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial tiene conferida.

Aquí conviene traer otra vez a colación la limitación impuesta por el concreto proceso que resolvemos: los otros aspirantes, de una notoria mayor antigüedad escalafonal alguno de ellos con respecto a los que son parte en este recurso, sin duda podrían, de estar en él personados, alegar con mucho mayor rigor y eficacia aquella situación para obligar a una mejor motivación o incluso obtener quizás una satisfacción plena de su eventual pretensión anulatoria del nombramiento, pero no siendo éste el caso, la opción del Consejo en función de una antigüedad similar, aunque desde luego algo superior a favor de la codemandada, impide cualquier afirmación de arbitrariedad en razón de aquella circunstancia.

En realidad, el ámbito de diferenciación a su favor argumentando por el demandante tiene el núcleo central de incidencia en su experiencia en la jurisdicción militar y en los estudios y publicaciones sobre la rama militar del Derecho que con justificada satisfacción exhibe. Es sin duda esta razón y así se hace explícito lo que condujo a la Comisión de Calificación a afirmar que su experiencia y conocimientos lo hacían especialmente idóneo para cubrir la plaza de la Sala Quinta a la que aspira.

Sobre esta concreta intervención valorativamente laudatoria de la Comisión podría pensarse en la exigencia de que por el Pleno se diese algún contraargumento que la neutralizase desde el punto de vista de motivar con precisión el nombramiento realizado. No cabe negar que esta actuación sin duda debería ponderarse en términos muy positivos, pero como hemos indicado al mostrar nuestra doctrina jurisprudencial, los informes de la Comisión de Calificación tienen por fin asegurar que el Pleno tenga un completo conocimiento de las circunstancias en orden al mérito y la capacidad de los peticionarios y de la valoración que de los mismos hace aquella, pero en ningún caso está el Pleno obligado a entrar en relación dialéctica con los resultados que alcance la Comisión, aunque naturalmente estos sean un elemento que en circunstancias determinadas puede convertirse en pieza crucial para detectar indicios de existencia de una arbitrariedad o de una desviación de poder.

En este caso, sin embargo, la valoración que hemos destacado no puede tener ese alcance, a la vista de la finalidad funcional que hemos predicado de la motivación y de las peculiares notas, legalmente establecidas, de la Sala X cuya plaza se cubría con el nombramiento impugnado.

Puesto que desde el punto de vista de la antigüedad y del desempeño judicial, la alternativa a favor de uno o de otro ofrecía suficientes datos de sustancial identidad como para que el Consejo ejercitase legítimamente esa alternativa, debemos examinar las consecuencias que se derivan de los hechos destacados por la Comisión para afirmar aquella idoneidad especial, que harían sólidamente destacable la posición del señor Cecilio y por eso impedirían la opción del Consejo a favor de la Sra. María Purificación.

Sin desconocer el valor del historial como magistrado y publicista del recurrente, sin embargo aparece en el horizonte de la decisión combatida lo que antes hemos descrito sobre la naturaleza de la plaza a cubrir y que, cuando menos, harían tan legítima la opción del Consejo de pronunciarse prescindiendo de las ventajas inherentes al desempeño militar del demandante como de inclinarse por atender en exclusiva a la Carrera Judicial seguida por ambos, con la consecuencia de que en este punto se da entre ellos una sustancial igualdad y por tanto libertad de elección por el Consejo.

Puede decirse que el Consejo, su Pleno, ni aludió a este tema ni quizás siquiera consideró su posible concurrencia o que, ciertamente, en todo caso no quedó reflejado en el acta.

Aún poniéndonos en la peor de las situaciones es decir, que no hubiere tenido conciencia de la circunstancia el sentido funcional que hemos patrocinado para los eventuales defectos de motivación y el dato procesal de que la objeción a la demanda derivada de las consecuencias de la especial estructura legal de la Sala X haya sido debidamente dialogada en el proceso y apoyada en este punto por el Abogado del Estado, en su calidad de defensor y representante procesal del Consejo, así como que la voluntad expresada por el Pleno es clara, nos induce a dar por consumada la idea de que en todo caso éste tendría apoyatura legal para ratificar el nombramiento, puesto que a favor del mismo encontraría además un argumento por él no utilizado, pero que vendría a avalar desde el punto de vista de la legalidad y de la ausencia de arbitrariedad una decisión fundada en una antigüedad y buena calificación en el desempeño jurisdiccional perfectamente comparable con las del recurrente.

Finalmente señalaremos que el actor enfatiza el dato del número de asuntos pendientes de sentencia que pesaban sobre la codemandada. Esta circunstancia pierde vigor a la vista de la documentación aportada por ella y unida a los autos en virtud de providencia de 21 de octubre de 2010, de la que resulta un elevado ritmo de resolución de asuntos, mantenido a lo largo de los años, de manera que puede aceptarse que esa pendencia no pasó de ser meramente coyuntural en el contexto de una carrera irreprochable desde esta perspectiva».

**STS, sección 4ª, de 11 de mayo de 2011, Recurso: 70/2010.**

**Ponente: Santiago Martínez-Vares García, (ROJ: STS 2710/2011).**

La presente Sentencia analiza el recurso interpuesto por la Asociación Unión de Oficiales Profesional de la Guardia Civil contra el Real Decreto 1959/2009, de 18 de diciembre, que crea el Centro Universitario de la Guardia Civil.

Tal como se establece en la misma:

«Para centrar adecuadamente la cuestión sometida a debate es preciso examinar la Disposición Final Séptima de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, que se refiere a la adaptación del régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil y que dispone que: “1. El

Gobierno deberá remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley que actualice el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, con una nueva estructura de escalas, en la que la escala superior de oficiales y la de oficiales se integren en una sola y en la que se regulen los sistemas de enseñanza y promoción profesional de sus miembros. 2. La formación para el acceso a la nueva escala de oficiales del Cuerpo de la Guardia Civil comprenderá, por una parte, la formación militar y la de cuerpo de seguridad del Estado y, por otra, la correspondiente a un título de grado universitario del sistema educativo general. La formación militar y la de cuerpo de seguridad del Estado se impartirán en la Academia de Oficiales de la Guardia Civil con los periodos que se determinen en centros docentes militares de formación de las Fuerzas Armadas. Por los Ministerios de Defensa e Interior se promoverá la creación de un centro universitario adscrito a una o varias universidades públicas en el que se impartirán las enseñanzas conducentes a la obtención de los títulos de grado universitario que se determinen conjuntamente para satisfacer las exigencias del ejercicio profesional en la Guardia Civil. La titularidad de dicho centro, que se ubicará en la Academia de Oficiales de la Guardia Civil, corresponderá al Ministerio del Interior”.

La exposición de motivos de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil resume en su párrafo final la especial y singular condición de la Guardia Civil cuando manifiesta que: “En definitiva, la presente Ley reúne en un solo texto el régimen de personal del Cuerpo de la Guardia Civil, fiel reflejo de los principios constitucionales que afectan al personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el que se recoge de forma suficiente su especificidad propia y se mantiene, en lo fundamental, un régimen similar al del personal de las Fuerzas Armadas”.

Y ello porque como expresa esa misma exposición de motivos, por medio de esa Ley se vino a completar un proceso que arrancando del texto constitucional concluyó en esa Ley de 1999 que comentamos. Allí el legislador expuso que: “La Constitución diferencia claramente las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Su art. 8 encomienda a las primeras garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, mientras que el art. 104 establece que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tienen la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, y que una ley orgánica regulará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de dichas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

El desarrollo de este marco constitucional vino a modificar el encuadramiento de la Guardia Civil, que tradicionalmente había sido parte integrante del Ejército de Tierra; así, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, y la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, materializaron la separación de la Guardia Civil del Ejército de Tierra.

La Guardia Civil, como Cuerpo de Seguridad, centra su actuación en el ejercicio de funciones propiamente de seguridad pública, ya sea en el ámbito judicial o en el administrativo, estando regulados los principios generales de su régimen estatutario en la citada Ley Orgánica 2/1986.

No obstante, la Guardia Civil tiene naturaleza militar, de acuerdo con lo dispuesto en la repetida Ley Orgánica 2/1986, y estatuto personal de carácter militar, atribuido a los miembros de este Cuerpo de Seguridad, por razones de fuero, disciplina, formación y mando.

Depende del Ministerio del Interior, en el desempeño de las funciones que la propia Ley le atribuye, y del Ministerio de Defensa, en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que éste o el Gobierno le encomiende. En tiempo de guerra o durante el estado de sitio, la Guardia Civil dependerá exclusivamente del Ministerio de Defensa, tal y como establecen la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, y la Ley Orgánica 2/1986, en su art. 9.

La singularidad institucional de la Guardia Civil, por su pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y por su naturaleza militar, hace imprescindible la promulgación de un estatuto de personal propio que se adapte a la tradición, naturaleza y funciones específicas del Cuerpo.

Dicha necesidad había sido atendida, aunque parcialmente, en la Ley 28/1994, de 18 de octubre, por la que se completa el Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil. Otro hito importante en esta construcción de un régimen de personal diferenciado fue la citada Ley Orgánica 11/1991, por la que se establecía un régimen disciplinario específico”.

En este contexto la Disposición Final Séptima de la Ley 39/2007 de la carrera militar ordena al Gobierno que “remita al Congreso de los Diputados un proyecto de ley que actualice el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, con una nueva estructura de escalas, en la que la escala superior de oficiales y la de oficiales se integren en una sola y en la que se regulen los sistemas de enseñanza y promoción profesional de sus miembros” y para hacer efectiva la asimilación de ese personal en particular de los oficiales de la Guardia Civil a los oficiales de las Fuerzas Armadas dispone que su formación comprenderá, por una parte, la formación militar



y la de cuerpo de seguridad del Estado y, por otra, la correspondiente a un título de grado universitario del sistema educativo general”.

A ese fin, y manteniendo el sistema vigente en cuanto a su formación militar y de cuerpo de seguridad en el establecimiento correspondiente de formación militar y de cuerpo de seguridad ordena que “por los Ministerios de Defensa e Interior se promueva la creación de un centro universitario adscrito a una o varias universidades públicas en el que se impartirán las enseñanzas conducentes a la obtención de los títulos de grado universitario que se determinen conjuntamente para satisfacer las exigencias del ejercicio profesional en la Guardia Civil. La titularidad de dicho centro, que se ubicará en la Academia de Oficiales de la Guardia Civil, corresponderá al Ministerio del Interior».

Partiendo de lo anterior el Tribunal Supremo concluye que: «el Real Decreto recurrido 1959/2009, no vulnera el principio de jerarquía normativa que invoca la demanda citando para ello el artículo 9.3 de la Constitución.

Y no lo hace porque con independencia de que aún no exista esa nueva Ley prevista por el legislador que actualice el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, con una nueva estructura de escalas, en la que la escala superior de oficiales y la de oficiales se integren en una sola y en la que se regulen los sistemas de enseñanza y promoción profesional de sus miembros, y hasta tanto ello se produzca, nada impide que el Real Decreto 1959/2009 disponga la creación de ese centro de formación puesto que está habilitado para ello por la Ley 39/2007 de la carrera militar. Si ese centro que se crea reúne las condiciones precisas para que comience a impartir la formación civil prevista, nada obsta que los actuales miembros del cuerpo de oficiales de la Guardia Civil de las dos escalas existentes puedan seguir en el mismo la formación universitaria que se determine para satisfacer las exigencias del ejercicio profesional en la Guardia Civil.

Las consecuencias que en ese aspecto de la formación civil complementaria de grado pueda suponer la existencia de la anunciada única escala de oficiales de la Guardia Civil deberá determinarse en la Ley anunciada de la actualización del régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil. Pero ello nada tiene que ver con la creación del centro que cuenta aún en las circunstancias actuales, con habilitación legal suficiente para ello».

**STS, Contencioso sección 7 del 16 de Junio del 2011, Recurso: 7034/2009. Ponente: D. Juan José González Rivas, (ROJ: STS 3892/2011).**

Se reconoce por el Tribunal Supremo la extensión de efectos de sentencia al existir identidad de situaciones jurídicas en relación con el importe a percibir por el pase a la situación de reserva.

Tal como se determina en la Sentencia: «el artículo 110.1.a) de la Ley Jurisdiccional, terminante a este respecto, exige que sean, no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas las situaciones respecto de las que se pretende la extensión de efectos de la sentencia. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad y tal requisito debe entenderse en sentido sustancial. Es decir, la Ley de la Jurisdicción está pidiendo que sean las mismas las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro, pues lo único que estamos haciendo es cumplir lo que en dicho precepto, concretamente, en su apartado 1.a) se establece: que sólo cabe esa extensión cuando las situaciones jurídicas sean idénticas, resultando así que la identidad de situaciones debe revelarse como evidente eludiendo la necesidad de realizar un análisis de la prueba que así lo confirme, por tratarse de la actividad propia de un procedimiento ordinario o abreviado, extremo que resulta improcedente en el recurso de casación».

Aplicando esta doctrina al presente supuesto:

«hay que concluir 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. Juan Antonio, 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. Juan Antonio 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 160/03041/06, del Ministerio de Defensa, de fecha 2 de marzo de 2006.

En cambio, el Auto de 27 de abril 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 de su lectura no puede afirmarse que el allí recurrente, Sr. Braulio, estuviera ocupando destino alguno en dicha situación de reserva.

Este criterio reitera el precedente contenido en las SSTS de 17 de junio de 2010 (casaciones núms. 5534/09 y 5535/09)».

**SAN, sección 5ª, de 13 de abril de 2011, Recurso: 18/2011.  
Ponente: Dª Ana Isabel Resa Gómez, (ROJ: SAN 1935/2011).**

La Sala de la Audiencia Nacional confirma la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo que confirmaba las Resoluciones del Ministro de Defensa acordando declarar la insuficiencia de facultades profesionales a efectos del pase a retiro del recurrente.

Tal como se dispone en esta Sentencia: «Efectivamente la sentencia apelada hace referencia a la capacidad profesional del apelante en la última etapa de su carrera, que es la debatida, considerando irrelevante la anterior a dicha etapa por no ponerse ésta en duda, se valoran numerosos informes obrantes en el expediente administrativo, cuyas declaraciones muy similares y de forma mayoritaria, ponen de manifiesto la falta de aptitud del apelante, se responde a la alegación de tergiversación y animadversión hacia su persona rechazándola al señalar que la inmensa mayoría, por no decir todas las personas que han trabajado con el recurrente destacan su falta de aptitud, se señala que la aplicación de la Ley 39/07 no debe tener efectos retroactivos y se mantiene que no se ha vulnerado el principio de proporcionalidad ni ningún otro principio constitucional».

**ATSJ, sección 9ª, de 7 de julio de 2011, Recurso: 129/2005.  
Ponente: Juan Miguel Massigoge Benegiu, (ROJ: ATSJ MAD 1361/2011).**

El TSJ deniega la extensión de efectos de una sentencia que reconocía la anotación en la hoja de servicios del valor reconocido en el ejercicio de la función militar.

Tal como se determina por el Tribunal: «Uno de los elementos esenciales para acordar la extensión de efectos de sentencia consiste en la identidad jurídica de la situación del solicitante de la extensión de efectos con la del favorecido con el fallo (apartado a del art. 110.1).

Tratándose, como en el presente caso, del reconocimiento de una calificación netamente individual como es la del valor reconocido en el ejercicio de la función militar, su apreciación es necesariamente casuística, pues requiere la valoración de las muy concretas circunstancias en que se desarrollaron los hechos en que intervino el interesado y la actitud adoptada por éste».

## CUESTIONES PROCESALES

**ATS, sección 1ª, de 14 de abril de 2011, Recurso: 17/2011, Ponente D. José Manuel Sicra Miguez, (ROJ: ATS 4849/2011).**

El Tribunal Supremo declara que la competencia para el conocimiento del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la nómina del mes de enero de 2007 por la que se le asignaba un nuevo nivel e importe del Componente Singular del Complemento Específico al recurrente corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Tal como se determina por el Tribunal Supremo: «el interesado, con fecha 28 de febrero de 2007, interpuso recurso de alzada contra la nómina del mes de enero de 2007 por la que se le asignaba un nuevo nivel e importe del Componente Singular del Complemento Específico, y solicitaba que se le reconociera y abone el complemento singular del complemento específico nivel T-14, por importe de 287,18 euros mensuales, así como las diferencias con los efectivamente percibidos y sus intereses. Dicho recurso de alzada no fue considerado como tal recurso por la Administración –folio 5 del expediente–, sino como una solicitud, la cual fue desestimada por Resolución de la Subsecretaria de Defensa del Ministerio de Defensa de 20 de septiembre de 2007.

Si, pues, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, se recurre “una resolución de la Sra. Subsecretaria de Defensa” –con independencia de que en el fondo lo que esté en juego sea la legalidad de la asignación inicial de los componentes singulares del complemento específico de los puestos militares establecidos en las plantillas de destinos– su conocimiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.i y 14.1. segunda de la Ley Jurisdiccional-acto de la Administración General del Estado de nivel orgánico inferior a Ministro o Secretario de Estado en materia de personal, cuya competencia no se extiende a todo el territorio nacional, corresponderá a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Aragón».

**TRIBUNAL SUPREMO**

*Sala de lo Militar*

***AUTO***

***Auto:*** RECURSO REVISION PENAL

***Fecha Auto:*** 21/02/2011

***Recurso Num.:*** 54/2010

***Fallo/Acuerdo:*** Auto Desestimando

***Procedencia:*** TRIB. TERR PRIMERO MADRID SEC.1

***Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>:*** Clara Martínez de Careaga y García

***Secretario de Sala:*** Ilmo. Sr. D. Antonio Auseré Pérez

***Escrito por:*** PLC

**Auto denegando la interposición del Recurso de Revisión contra la Sentencia del Consejo de Guerra Permanente nº 5 de Madrid, de 18 de Febrero de 1.940, que condenó a muerte al poeta Miguel Hernández Gilabert**

Procedencia y Asunto:

Recurso Num.: 102-54/2010

Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>.: Clara Martínez de Careaga y García

Secretario de Sala: Ilmo. Sr. D. Antonio Auseré Pérez

## AUTO

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO MILITAR

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Angel Calderón Cerezo

Magistrados:

D. José Luis Calvo Cabello

D. Javier Juliani Hernán

D. Francisco Menchén Herrerros

D. Fernando Pignatelli Meca

D. Benito Gálvez Acosta

D<sup>a</sup>. Clara Martínez de Careaga y García

D. Francisco Javier de Mendoza Fernández

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Febrero de dos mil once.

## HECHOS

PRIMERO: Con fecha 13 de Julio de 2.010, la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Ana Llorens Pardo, actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Hernández Izquierdo, promovió recurso de revisión, al amparo de lo dispuesto en el artículo 328.6º de la Ley Procesal Militar, en relación con el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra la Sentencia dictada el 18 de Enero de 1.940 por el Consejo de Guerra Permanente nº 5 de Madrid, en el procedimiento sumarísimo de urgencia nº 21.001, por la que se condenó a muerte a su abuelo D. Miguel Hernández Gilabert, al considerarle autor de un delito de adhesión a la rebelión.

Como acabamos de anticipar, la promovente fundamenta expresamente su pretensión en el apartado 6º del artículo 328 de la ley Procesal Militar,

es decir, en la existencia de pruebas nuevas que evidencian el error del impugnado fallo condenatorio. Con tal valor alega lo siguiente:

- En primer lugar, aporta copia de las diligencias y pruebas obrantes en el Sumario nº 4.487 incoado por el Juzgado Militar de Orihuela el 26 de Septiembre de 1.939 también contra D. Miguel Hernández Gilabert, y tramitado simultáneamente al que se seguía en Madrid, al entender que dichas pruebas, que no fueron conocidas por el Consejo de Guerra que finalmente le condenó, evidenciaban su inocencia.

- En segundo lugar, considera que a los efectos de su solicitud de revisión debe considerarse también un hecho nuevo la promulgación el día 26 de Diciembre de 2.007 de la Ley 52/07, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.

Y en el suplico del escrito con el que promueve dicho recurso solicita que se conceda la autorización para la continuación de su tramitación.

SEGUNDO: Con fecha 19 de Julio de 2.010 se tuvo por promovido dicho recurso de revisión y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 957 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se acordó por la Sala oír al Ministerio Fiscal para que alegara lo que estimara conveniente sobre el otorgamiento de la autorización solicitada.

TERCERO: Con fecha 6 de Septiembre de 2.010 el Ministerio Fiscal presentó escrito en el que solicita que se acuerde declarar la nulidad de pleno derecho y la inexistencia jurídica de la resolución recurrida, con la consiguiente improcedencia de otorgar la autorización para interponer recurso de revisión de conformidad con los fundamentos que en su escrito se consignan.

CUARTO: Por Providencia de 1 de Febrero del año en curso se convocó el Pleno de esta Sala para el día 9 siguiente, a las 11 horas, para deliberar sobre la autorización instada por la parte recurrente, acto que comenzó dicho día y continuó el siguiente día 16, con el resultado que se recoge en los Fundamentos y la Parte Dispositiva de este Auto.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. CLARA MARTÍNEZ DE CAREAGA Y GARCÍA, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Hernández Izquierdo solicita autorización para la interposición de recurso de revisión contra la Sentencia dictada el 18

de Enero de 1.940 por el Consejo de Guerra Permanente nº 5 de Madrid, en el procedimiento sumarísimo de urgencia nº 21.001, por la que se condenó a la pena de muerte a su abuelo D. Miguel Hernández Gilabert, al considerarle autor de un delito de adhesión a la rebelión previsto en el artículo 238.2º del entonces vigente Código de Justicia Militar, de 27 de Septiembre de 1.890.

Formula dicha pretensión al amparo de lo dispuesto en el artículo 328.6º de la Ley Procesal Militar, en relación con el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando que existen dos hechos nuevos que evidencian la inocencia de D. Miguel Hernández:

1º. La aparición del Sumario nº 4.487 incoado por el Juzgado Militar de Orihuela el 26 de Septiembre de 1.939 también contra D. Miguel Hernández Gilabert, que fue tramitado simultáneamente al que contra éste se seguía en Madrid por el Consejo de Guerra Permanente nº 5 y en el que se aportaron pruebas y practicaron diligencias que no fueron conocidas por el referido Consejo de Guerra, que finalmente le condenó a la pena de muerte, y que evidenciaban su inocencia.

En concreto, la promovente considera que a los efectos de su pretensión deben ser examinados diversos avales personales o testimonios de personas relevantes del Régimen –que se aportaron por el procesado al Sumario nº 4.487– que lo calificaban de persona de garantía y orden, certificaban sus intachables antecedentes y buena conducta cívica, y, que de haber sido remitidos al Sumario nº 21.001 que se seguía en Madrid, hubieran podido, a juicio de la parte, beneficiarle en el momento del enjuiciamiento.

2º. En segundo lugar, considera que, a los efectos de su solicitud de revisión, debe considerarse también un hecho nuevo la promulgación, el día 26 de Diciembre de 2.007, de la Ley 52/2.007, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura (más conocida como Ley de Memoria Histórica), pues, de acuerdo con sus artículos 2º y 3º, en los que se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto e ilegítimo por vicios de forma y de fondo de todas las condenas y sanciones dictadas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa durante la Guerra Civil y la Dictadura, resultaría procedente, en su momento, estimar su pretensión de nulidad del Sumario nº 21.001 dada su ilegitimidad e ilegalidad radical.

Por su parte, el Ministerio Fiscal alega en relación con los referidos avales personales que éstos no constituyen verdaderos elementos probatorios y menos aún pruebas indubitadas pues no pasan de ser meras opiniones personales prestadas por amigos del imputado cuya autoridad o solvencia



no consta en absoluto, por lo que entiende debe denegarse la autorización para la interposición del recurso de revisión.

En cuanto a la alegación de la recurrente de que la Ley 52/2.007 debe ser considerada como un “hecho nuevo” a los efectos de que sea autorizada la interposición del recurso de revisión, el Ministerio Fiscal niega esta posibilidad pero sostiene que a la vista de las declaraciones contenidas en dicho Texto Legal la sentencia que se pretende revisar carece hoy de toda vigencia jurídica debido a la declaración legal de su ilegitimidad por lo que acaba suplicando que se “acuerde declarar la nulidad de pleno derecho e inexistencia jurídica de la resolución recurrida con la consiguiente improcedencia de otorgar la autorización para interponer recurso de revisión”.

SEGUNDO: De acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial, el recurso de revisión constituye un procedimiento extraordinario para rescindir sentencias firmes, que en la misma medida en que ataca la cosa juzgada representa una medida excepcional admisible únicamente en aquellos supuestos legalmente tasados en que se ponga en evidencia la injusticia de una sentencia firme de condena, pues en un Estado Social y Democrático de Derecho el valor Seguridad Jurídica no puede prevalecer sobre el valor Justicia determinando la inmodificabilidad de una sentencia penal de condena que se evidencia “a posteriori” como injusta (en este sentido, SSTC 124/1.984 y 150/1.993, Sentencias de esta Sala de 11 de Enero de 2.006 y 19 de Febrero de 2.007 y nuestros Autos de 21 de Junio de 2.004, 15 de Junio de 2.004 y 29 de Junio de 2.004, entre otros muchos).

La revisión de Sentencias firmes al amparo del artículo 328 de la Ley Procesal Militar queda sometida, en virtud de lo dispuesto en el artículo 336 del mismo texto legal, a los trámites establecidos en los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que determina que, por imperativo del artículo 957 de esta última Ley, la Sala deba realizar un control de admisión del recurso siendo preceptivo su pronunciamiento sobre la procedencia de autorizar o no su interposición con la finalidad de mantener el equilibrio entre la tutela judicial a la que tiene derecho el penado y la seguridad jurídica, impidiendo que se interpongan recursos infundados sobre la base de alegaciones carentes de contenido o apoyadas en elementos de prueba que ya fueron considerados y valorados por el Tribunal Sentenciador.

El correcto ejercicio de dicho control, en esta primera fase de la tramitación del recurso de revisión, implica que la Sala deba examinar, por este orden, las siguientes cuestiones:

- En primer lugar, la existencia de los presupuestos previos para su válida interposición. O, como dijimos en nuestra Sentencia de 9 de Julio

de 2.007, la concurrencia de los presupuestos indispensables, objetivos y subjetivos, materiales y procesales, necesarios para promover la acción rescisoria.

- En segundo lugar, la apariencia de verosimilitud y razonabilidad del propio fundamento revisorio en relación con el motivo o causa que se alegue, sin prejuzgar el resultado final del proceso de revisión, debiendo necesariamente excluirse aquellas pretensiones que no tengan encaje en los motivos legalmente establecidos para la revisión, que tienen carácter taxativo (en este sentido, Sentencia de esta Sala de 19 de Febrero de 2.007).

Basándose el presente recurso en el supuesto contemplado en el apartado 6º del artículo 328 de la Ley Procesal Militar, consistente en el conocimiento posterior a la sentencia de pruebas indubitadas suficientes para evidenciar el error del fallo, este segundo examen se concretaría en la verificación del carácter indubitado de los nuevos elementos probatorios que se esgrimen y si de éstos pudiera evidenciarse el error del fallo condenatorio impugnado.

TERCERO: Pues bien, en el examen de la concurrencia de los referidos presupuestos –primera parte del control de admisión– resulta obligado abordar la incidencia de la Ley de Memoria Histórica en la condena de muerte que se pretende revisar. (Aunque no de manera previa, esta cuestión ha sido también analizada por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones con la conclusión que, en el primer fundamento, ya hemos referido).

No suscita duda alguna que la Sentencia del Consejo de Guerra Permanente nº 5 de Madrid, de 18 de Enero de 1.940, que condenó a muerte a D. Miguel Hernández Gilabert, resulta afectada por la Ley 52/2.007, pues, como se anticipa en su Exposición de Motivos, en la misma se hace una proclamación general del carácter injusto de todas las condenas, sanciones y expresiones de violencia personal producidas por motivos inequívocamente políticos o ideológicos, durante la Guerra Civil, así como de las que, por las mismas razones, tuvieron lugar en la Dictadura posterior.

Para constatar que la razón de dicha condena se sustentó en motivos de dicha índole basta reproducir el Resultando de Hechos Probados que se contiene en la referida Sentencia cuyo tenor literal es el siguiente:

“RESULTANDO probado y así lo declara el Consejo que el procesado MIGUEL HERNÁNDEZ GILABERT, de antecedentes izquierdistas se incorporó voluntariamente en los primeros días del Alzamiento Nacional al 5º Regimiento de Milicias pasando más tarde al Comisariado Político de la 1ª Brigada de Choque e interviniendo entre otros hechos en la acción contra el Santuario de Santa María de la Cabeza. Dedicado a actividades literarias era miembro activo de la Alianza de intelectuales

antifascistas, habiendo publicado numerosas poesías y crónicas, y folletos, de propaganda revolucionaria y de excitación contra las personas de orden y contra el Movimiento Nacional, haciéndose pasar por el poeta de la revolución”.

A renglón seguido, en dos telegráficos CONSIDERANDOS, carentes de toda fundamentación, se considera que estos hechos constituyen “un delito de ADHESION a la rebelión, sancionado en el párrafo 2º del art. 238 del C.J.M de cuyo delito es responsable en concepto de autor el procesado por participación directa y voluntaria”, indicándose, en relación con la graduación de la pena, que “el Consejo haciendo uso de las facultades que le conceden los artículos 172 y 173 del C.J.M. estima justo imponer la pena en su máxima extensión”, por lo que se concluye condenando a D. MIGUEL HERNÁNDEZ GILABERT, a la pena de muerte.

Resulta evidente la naturaleza inequívocamente política de la condena pues en el escueto relato de hechos que determinan ésta se incluyen hasta cinco expresiones que dotan a la Sentencia de un manifiesto sesgo político e ideológico: 1º) Que el procesado tenía antecedentes izquierdistas; 2º) Que se dedicaba a actividades literarias; 3º) Que era miembro activo de la Alianza de intelectuales antifascistas; 4º) Que publicaba poesías, crónicas y folletos de propaganda revolucionaria; y 5º) Que se hacía pasar por el poeta de la revolución.

Todos estos elementos evidencian que la referida Sentencia es un caso paradigmático de aquellos a los que deben serle aplicadas las prescripciones contenidas en los artículos 2º y 3º de Ley 52/2.007. Concorre el presupuesto procesal (fue dictada por un Consejo de Guerra), el presupuesto temporal (se dictó en la Dictadura, en un momento inmediatamente posterior a la Guerra Civil) y el presupuesto material (son patentes las razones políticas e ideológicas de la condena).

CUARTO: La previa verificación de que la Sentencia que condenó a muerte a D. Miguel Hernández Gilabert queda afectada por la tan citada Ley 52/2.007, de Memoria Histórica, resulta absolutamente necesaria pues, como a continuación expondremos, las declaraciones que en la citada Ley se contienen determinan que el recurso resulte inadmisibles por inexistencia del presupuesto objetivo previo para su válida interposición.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para que una resolución judicial sea susceptible de revisión es necesario que cumpla tres requisitos: a) que sea una sentencia; b) que sea firme; y, c) que sea condenatoria. Ello presupone, obviamente, la existencia de una sentencia condenatoria válida y vigente, es decir una resolución

condenatoria que se halle vigente en el mundo jurídico y que, en consecuencia, solo pueda ser dejada sin efecto mediante el proceso de revisión, presupuesto que, como veremos, no concurre en el caso actual.

Analicemos cuál es el concreto alcance de las declaraciones contenidas en la Ley 52/2.007 en relación con las condenas, sanciones y expresiones de violencia personal producidas por motivos inequívocamente políticos o ideológicos, durante la Guerra Civil, así como con las que, por las mismas razones, tuvieron lugar en la Dictadura posterior.

En el artículo 2º.1º de dicha Ley, en el que se realiza un “reconocimiento general”, se establece expresamente que:

“Como expresión del derecho de todos los ciudadanos a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal y familiar, se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura”.

Y el artículo 3º en el que se contiene una “Declaración de ilegitimidad”, declara que:

“1. Se declara la ilegitimidad de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones.

2. Por ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, se declara en todo caso la ilegitimidad del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los Tribunales de Responsabilidades Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la presente Ley.

3. Igualmente, se declaran ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución”.

En la Exposición de Motivos de la Ley, se señala expresamente que con estos dos preceptos se pretende subrayar, de forma inequívoca, la carencia actual de vigencia jurídica de aquellas resoluciones contrarias a los

derechos humanos, contribuyéndose a la rehabilitación de quienes sufrieron tan injustas sanciones y condenas.

En consecuencia, y de acuerdo con estas prescripciones legales, de ineludible observancia, la Sentencia del Consejo de Guerra Permanente nº 5 de Madrid, de 18 de Enero de 1.940, por la que se condenó a muerte a D. Miguel Hernández Gilabert, en cuanto dictada por un Consejo de Guerra ilegítimo por ser contrario a derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, es radicalmente injusta, ilegítima por vicios de forma y de fondo y carente de toda vigencia jurídica, siendo éste el pronunciamiento que debe realizar la Sala.

QUINTO: En el preceptivo trámite de audiencia, el Ministerio Fiscal muestra su disconformidad con que se autorice la interposición del Recurso extraordinario de que se trata, y ello como consecuencia de la nulidad que sostiene de la Sentencia a revisar, cuya expresa declaración nos solicita con fundamento en las referidas declaraciones que se contienen en la denominada Ley de Memoria Histórica.

Anticipamos que no es posible efectuar la declaración que se nos pide porque, sin perjuicio de que la Sentencia podría ser nula sobre la base del contenido de la Ley 52/2.007, un pronunciamiento de esta clase no sería congruente con el procedimiento hasta ahora seguido, cuyo objeto, a tenor del artículo 957 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se contrae a decidir si se autoriza o deniega la interposición del recurso extraordinario de revisión.

De otra parte, la Ley de Memoria Histórica (Ley 52/2.007, de 26 de Diciembre) no prevé una declaración individualizada de nulidad de las resoluciones a las que se refiere, sin que corresponda a esta Sala enjuiciar esta decisión del Legislador, sino que efectúa un pronunciamiento general del carácter injusto de todas las condenas producidas por motivos políticos e ideológicos durante la Guerra Civil y la posterior Dictadura, y de ilegitimidad de los Tribunales que las dictaron, “por ser contrarios a derecho y por vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo”, subrayando así, como señala la Exposición de Motivos, la carencia actual de vigencia jurídica de dichas resoluciones.

Esta declaración o pronunciamiento general se complementa con la previsión de un procedimiento especial para obtener una Declaración personal de contenido rehabilitador y reparador, que se abre como un derecho a todos los perjudicados y que podrán obtener ellos mismos o sus familiares. Declaración individualizada de reparación, que se ha encauzado, conforme a la voluntad del Legislador, a través de una vía administrativa (art. 4º de la Ley), como es frecuente en Derecho comparado, encomendándose su emisión al Ministerio de Justicia.

SEXTO: No procede, en consecuencia, autorizar la apertura de un procedimiento judicial de revisión ante esta Sala del Tribunal Supremo respecto de una resolución que ya ha sido declarada ilegítima y radicalmente injusta por expreso mandato legal, pues, con independencia de que concurren o no las causas de revisión alegadas por la promovente, la norma legal ya ha proclamado expresamente que dicha resolución carece actualmente de cualquier vigencia jurídica. No concurre, por tanto, el presupuesto objetivo del recurso de revisión.

En virtud de todo lo expuesto,

LA SALA ACUERDA: Denegar la interposición del recurso de revisión promovido por D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Hernández Izquierdo contra la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra Permanente n<sup>o</sup> 5 de Madrid, con fecha 18 de Enero de 1.940, por la que se condenó a muerte a D. Miguel Hernández Gilabert como responsable de un delito de Adhesión a la Rebelión, por inexistencia de presupuesto objetivo previo por ser dicha Sentencia RADICALMENTE INJUSTA y haber sido declarada ILEGÍTIMA por vicios de fondo y forma de acuerdo con lo prevenido en los artículos 2<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup> de la Ley 52/2.007, de 26 de Diciembre, CARECIENDO ACTUALMENTE DE CUALQUIER VIGENCIA JURÍDICA.

Así por este nuestro Auto, que se notificará a la parte promovente y al Excmo. Sr. Fiscal Togado, haciéndoles saber que en su contra no cabe Recurso alguno, y que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## VOTO PARTICULAR

FECHA: 22/02/2011

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. JAVIER JULIANI HERNAN AL AUTO DICTADO CON FECHA 21 DE FEBRERO DE 2.011 EN EL RECURSO DE REVISIÓN N<sup>o</sup> 102-54/2010.

Formulo el presente voto particular porque entiendo, dentro del máximo respeto a la decisión de la mayoría de la Sala, que ésta no debió rechazar a “a limine” el recurso de revisión promovido por D<sup>a</sup> María José Hernández Izquierdo, nieta de D. Miguel Hernández Gilabert, contra la condena dictada por el Consejo de Guerra Permanente n<sup>o</sup> 5 de Madrid, en el Procedimiento sumarísimo de urgencia, en la que se condenó a su abuelo a la pena de muerte, sin entrar tan siquiera a examinar si procedía autorizar su interposición por concurrir o no el supuesto legal invocado.

El Auto que dicta la Sala ante el expresado recurso de revisión que se promueve concluye denegando la interposición, “por inexistencia de presupuesto objetivo del recurso de revisión”. Se argumenta por la mayoría de la Sala que, en virtud de la Ley 52/2007 de 26 de diciembre, que reconoce y amplía derechos y establece medidas a favor de que quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (comúnmente denominada “Ley de Memoria Histórica”), la Sentencia cuya revisión se promueve es radicalmente injusta y ha sido declarada ilegítima por vicios de fondo y forma, de acuerdo con lo prevenido en la referida Ley, careciendo actualmente de cualquier vigencia jurídica.

Sin embargo como en el propio Auto de esta Sala se pone de relieve la denominada Ley de Memoria Histórica no prevé una declaración individualizada de nulidad, cuando lo que se nos pide en definitiva a través de la tramitación de éste específico recurso de revisión promovido por la nieta del condenado, y fundamentado expresamente en el apartado 6º del artículo 328 de la Ley Procesal Militar, es la anulación por vía de revisión de la sentencia firme por la que se condenó a su abuelo de D. Miguel Hernández Gilabert.

Efectivamente la Ley de Memoria Histórica, como se señala en su exposición de motivos, incluye una disposición derogatoria, que de forma expresa “priva de vigencia jurídica a aquellas normas dictadas bajo la Dictadura manifiestamente represoras y contrarias a los derechos fundamentales con el doble objetivo de proclamar su formal expulsión del ordenamiento jurídico e impedir su invocación por cualquier autoridad administrativa y judicial”, pero tal expresa declaración resulta plenamente congruente con la derogación ya establecida en el punto 3 de la disposición derogatoria de la Constitución, ratificando ahora la pérdida de vigencia de todas aquellas normas que ya en 1978 habían sido tácitamente derogadas, al ser básicamente incompatibles con la vigente Constitución y el Estado social y democrático de derecho que ésta reconoce, por lo que su falta de eficacia jurídica se encontraba cumplida. Como ha manifestado reiteradamente el Tribunal Constitucional, toda norma anterior a la Constitución que resulte lesiva de los derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Carta Magna proclama en su Título I, es, por expreso mandato del legislador constitucional, una norma carente jurídicamente de vigencia alguna. Así decía el Tribunal Constitucional en su temprana Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, reiterándolo en Sentencia 10/1981, de 6 de abril, que “la Constitución es una Ley superior –criterio jerárquico– y posterior –criterio temporal–. Y la coincidencia de este

doble criterio da lugar –de una parte– a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y –de otra– a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación”.

Por otra parte, el artículo 3 de la Ley de Memoria Histórica, en su apartado 1 “declara la ilegitimidad de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer por motivos políticos, ideológicos, o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones”. También, en el apartado 2 del referido artículo, “por ser contrarios a derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, se declara en todo caso la ilegitimidad ...de los Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológico o de creencia religiosa ...”. Finalmente y de igual manera en el apartado 3 del indicado precepto de la Ley 52/2007, “se declaran ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las condenas ..... dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencias religiosas por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura”. Como nos dice la exposición de motivos de la ley, con tales declaraciones legales de ilegitimidad “se subraya de forma inequívoca, la carencia actual de vigencia jurídica de aquellas disposiciones y resoluciones contrarias a los derechos humanos y se contribuye a la rehabilitación moral de quienes sufrieron tan injustas sanciones y condenas”.

Ahora bien, aunque la Ley de Memoria Histórica en su artículo 4 y a tales fines “reconoce el derecho a obtener una Declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes durante la Guerra Civil y la Dictadura padecieron los efectos de las resoluciones a que se refieren los artículos anteriores”, significa a continuación que “este derecho es plenamente compatible con los demás derechos y medidas reparadoras reconocidas en normas anteriores, así como con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los Tribunales de Justicia”.

Es la interpretación armónica de tales preceptos en su conjunto lo que, en definitiva, nos lleva a concluir que en modo alguno la Ley 52/2007 excluye el derecho de quienes estén legítimamente interesados en promover la revisión de dichas sentencias, a que puedan hacerlo y obtener, en su caso –y además de tal declaración administrativa de reparación y reconocimiento personal– la anulación judicial de aquellas sentencias en las que, cumplido alguno de los supuestos legales previstos en el procedimiento revisorio, se constate judicialmente la inocencia de los condenados, pues en nada ha querido la expresada Ley obviar la posibilidad



de anulación judicial de las sentencias a que se refiere. Inadmitir en este momento “a limine” el recurso promovido, sin llegar a plantearnos ahora siquiera la posibilidad de su autorización, supone en este recurso –y supondría en todos aquéllos que pudieran llegar a plantearse en cualquiera de los casos previstos en el artículo 328 de la Ley Procesal Militar– cerrar el camino a la legítima pretensión de obtener la anulación judicial de las sentencias a las que se refiere la expresada Ley 52/2007, sin causa legal razonable que así lo determine.

Aunque la Ley de Memoria Histórica, respecto de las sentencias y condenas cuya injusticia e ilegitimidad proclama, habilite al Ministerio de Justicia para expedir la expresada “Declaración de reparación y reconocimiento” –que efectivamente cumple la finalidad de reparar y reconocer individualizadamente la injusticia e ilegitimidad de aquellas condenas a los efectos de la Ley–, tal no alcanza a declarar la nulidad judicial de las resoluciones que las contemplaron y que ha de poderse obtener a través de los procedimientos que las leyes prevean, como resalta la propia ley al señalar –como antes dijimos– su plena compatibilidad con el ejercicio de cualesquiera acciones ante los tribunales de justicia. La declaración general de injusticia e ilegitimidad de las condenas a las que se refiere la Ley de Memoria Histórica en su artículo 3, no conlleva su nulidad radical y menos aun, como bien reconoce el Auto de la Sala del que discrepamos, contempla “una declaración individualizada de nulidad de las resoluciones a las que se refiere”, sin que la “pérdida de vigencia”, que la exposición de motivos de la Ley menciona, tenga tal trascendencia, debiendo precisarse que aquellas sentencias condenatorias firmes, dado el tiempo transcurrido o por aplicación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, han agotado ya sus efectos estrictamente jurídicos. Con la revisión judicial en el presente recurso, y en los recursos que pudieran promoverse en los casos legalmente previstos, se trataría de conseguir, a través de la declaración de nulidad que se pudiera obtener en los recursos de revisión, la inexistencia de tales sentencias y de las condenas que en ellas se impusieron.

En ésta situación legal, denegar la interposición del recurso de revisión instado por la promovente e inadmitirlo “a limine” impide el acceso a la jurisdicción y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, no ofreciendo realmente al interesado una respuesta congruente con su petición de autorización de la interposición del recurso y anulación de la sentencia, sin que exista causa legal válida y suficiente que así lo impida.

Roj: STS 5582/2011

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Militar

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 131/2010

Nº de Resolución:

Fecha de Resolución: 04/07/2011

Procedimiento: CASACIÓN CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR

Ponente: FERNANDO PIGNATELLI MECA

Tipo de Resolución: Sentencia

Cuestión:

Falta de imparcialidad objetiva; General de Brigada miembro del Consejo Superior de la Guardia Civil y Vocal militar del Tribunal de instancia.

Resumen:

Falta grave de la observancia de conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil del art. 8.1 de la L.O. 12/2007. Recusación; vulneración de los derechos esenciales a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al juez ordinario predeterminado por la Ley –art. 24.1 y 2 de la Constitución en relación con el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales–; falta de imparcialidad objetiva; General de Brigada miembro del Consejo Superior de la Guardia Civil y Vocal militar del Tribunal de instancia; dada la multiplicidad de procedimientos disciplinarios incoados con ocasión de los mismos hechos –cuya acumulación se desestimó en sede administrativa y judicial–, la peculiar conformación del Consejo Superior de la Guardia Civil –del que forman parte todos los Oficiales Generales del Cuerpo– y las funciones que a este órgano colegiado asesor y consultivo vienen asignadas, la inadmisión en sede del incidente de recusación de la práctica de la prueba documental interesada no contribuye a despejar los legítimos recelos o aprensiones acerca de la falta de imparcialidad objetiva del Vocal militar del Tribunal y lesiona el derecho de defensa, ocasionando indefensión, y el derecho a un proceso con todas las garantías.

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Julio de dos mil once.

Visto el Recurso de Casación núm. 201/131/2010 de los que ante esta Sala penden, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Domingo José Collado Molinero en nombre y representación de la Cabo Primero de la Guardia Civil DOÑA Petra, con la asistencia del Letrado Don Mariano Casado Sierra, contra la Sentencia dictada por el Tribunal Militar Central con fecha 13 de julio de 2010 en el Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 26/08. Habiendo sido partes la recurrente y el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, en la representación que por su cargo ostenta, y han concurrido a dictar Sentencia los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados anteriormente referenciados, bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Fernando Pignatelli Meca quien, previas deliberación y votación, expresa el parecer de la mayoría del Pleno de la Sala en base a los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho.

#### Antecedentes

PRIMERO.- En el Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 26/08, deducido en su día por la Cabo Primero de la Guardia Civil Doña Petra contra la resolución del Excmo. Sr. Ministro de Defensa de fecha 22 de enero de 2008, confirmatoria, en vía de alzada, de la del Excmo. Sr. Director General de la Policía y de la Guardia Civil de 28 de noviembre de 2007, dictada en el Expediente Gubernativo núm. NUM000, de registro de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, por la que se le impuso la sanción disciplinaria de tres meses de suspensión de empleo, como autora de la falta muy grave prevista en el apartado 9 del artículo 9 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en “observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad de la Institución que no constituyan delito”, la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central dictó, con fecha 13 de julio de 2010, Sentencia –rectificada por Auto de 22 de julio siguiente–, en la que expresamente declaró probados los siguientes hechos:

“PRIMERO.- Con fecha 28 de diciembre de dos mil seis, DON Carlos Jesús, Secretario General de la Asociación Unificada de Guardias Civiles dirigió a la Excma. Sra. Delegada del Gobierno en Madrid un escrito en el que ponía en conocimiento de la mencionada Autoridad que el día 20 de enero de 2007, la mencionada Asociación (AUGC) celebrará reunión en la Plaza Mayor de Madrid y hacía constar lo siguiente:

1º.- La reunión se llevará a cabo en la Plaza Mayor de Madrid el día 20 de enero de 2007, teniendo previsto su inicio a las 12'00 horas y una duración de 60 minutos aproximadamente.

2º.- El objeto de la misma es la realización de un acto público dirigido a asociados, familiares y simpatizantes de la AUGC bajo el lema «DERECHOS YA en el transcurso del cual se dará lectura a una declaración y/o manifiesto.

3º.- Para la realización de la reunión se prevé ocupar la Plaza Mayor de Madrid, en donde se ubicará un escenario, una zona reservada para invitados, zona para medios de comunicación social, a tenor del croquis que se acompaña como Documento número UNO.

Así mismo, se ubicarán medios de difusión de sonido.

4º.- AUGC dispondrá de Servicio de Orden propio, en torno a la zona de invitados pertenecientes a Partidos Políticos, Sindicatos y Agentes Sociales del más alto nivel y representatividad, se considera necesario que se adopten las medidas de seguridad que se consideren oportunas de ámbito policial, asistencial, de tráfico y aparcamiento de autoridades y/o vehículos particulares que se han considerado convenientes por la Delegación del Gobierno en Madrid en colaboración con los Departamentos y Servicios del Ayuntamiento de Madrid (Folios 293 y 294).

El oficio de referencia contiene el logotipo AUGC (Asociación Unificada de Guardias Civiles) al que se acompaña un croquis (folio 295) descriptivo de la disposición de los concurrentes al acto, así como de la colocación de invitados, slogan, bancos con gradas y control de sonido.

SEGUNDO.- Con fecha 8 de enero de 2007, la Excm. Sra. Delegada del Gobierno en Madrid dirige escrito al Sr. DON Carlos Jesús, en calidad de Secretario General de la Asociación Unificada de Guardias Civiles (AUGC) en el que deja constancia de los siguientes extremos:

Acuso recibo de su comunicación, con fecha de entrada en esta Delegación del Gobierno el día 28 de diciembre de 2006, en la que informa sobre la intención de llevar a cabo una concentración en la Plaza Mayor de Madrid el próximo día 20 de enero de 2007 desde las 12:00 horas hasta las 13:00 horas, bajo el lema «DERECHOS YA y en relación con la misma participa que esta Delegación no tiene inconveniente en que se lleve a cabo el citado acto.

En relación con la instalación de elementos físicos en la vía pública (instalación de un escenario) y la utilización de instrumentos musicales o símbolos (utilización de medios de difusión de sonido), le participo que deberá obtener la correspondiente autorización municipal, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y en las Ordenanzas del Excmo. Ayuntamiento de Madrid que regula la materia.

Dado que la responsabilidad del acto corresponde a los organizadores, deberán adoptarse por los mismos las medidas de seguridad en base a lo previsto en los artículos 4 y 9 de la Ley Orgánica 9/1983 de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión, modificada por la Ley Orgánica 9/1999 de 21 de abril.

Por otra parte, le recuerdo que el artículo 4º, punto 4, de la referida Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Reunión establece que «La existencia de militares de uniforme o haciendo uso de su condición de militar a reuniones o manifestaciones públicas, se regirá por su legislación específica (Folio 299).

TERCERO.- Por distintos medios de comunicación social fue anunciada la concentración de la fecha de referencia poniendo de manifiesto cuál era el objetivo de la misma. Así, la cadena COPE con fecha 10 de enero de 2007 y bajo el lema «La Guardia Civil exigirá en la calle al Gobierno que cumpla sus promesas daba el siguiente comunicado:

La Guardia Civil volverá a salir a la calle el próximo día 20 para exigir al Gobierno que cumpla sus promesas electorales. (folio 203).

El diario EL NORTE DE CASTILLA emitía el titular concentración de la Guardia Civil en Madrid con 60 asistentes (folio 205).

El diario La Razón en su editorial de fecha jueves 11 de enero de 2007 exponía el epígrafe: «los Guardias Civiles volverán a concentrarse para reivindicar sus derechos (folio 206).

Por su parte, el diario El Mundo, también se hacía eco de la convocatoria bajo el lema «Los Guardias Civiles pedirán en la calle democratizar el Cuerpo. Miles de Agentes se manifestarán el próximo día en Madrid bajo el lema “Derechos Ya” (folio 207).

El medio «Libertad digital con fecha 10 de enero de 2007 anunciaba que «Miles de Guardias Civiles se manifestarán el día 20 en Madrid para pedir al Gobierno que cumpla su palabra. (folio 209).

CUARTO.- El día 20 de enero de 2007, tuvo lugar en la Plaza Mayor de Madrid la concentración convocada y organizada por AUGC en la que participó, vistiendo el uniforme reglamentario del Cuerpo de la Guardia Civil, la hoy expedientada, Cabo 1º DOÑA Petra, destinada en el Departamento de Balística y Trazas Instrumentales del Servicio de Criminalística de la Dirección General de la Guardia Civil. La imagen de la expedientada Cabo 1º DOÑA Petra aparece en los informativos de la primera y segunda edición de la cadena autonómica Telemadrid y TV1, así como en las ediciones digitales La Vanguardia.es (folio 252) y El Mundo.es (folio 275). En los referidos reportajes gráficos puede observarse la ubicación de un estrado central o escenario en cuya parte posterior y de cara al público

en general, se desplegaba una pancarta con el lema «AUGC DERECHOS YA»; delante de la misma se observa a varios miembros de la Guardia Civil haciendo uso del uniforme reglamentario y entre ellos a la expedientada, Cabo 1º DOÑA Petra que ocupaba, en el espacio reseñado a la Organización y en primera fila, un lugar destacado, próximo al atril del orador.

QUINTO.- En el transcurso del acto, una persona conocida en el mundo de la cultura fue el encargado de leer el manifiesto de cuyo texto destacan las siguientes alocuciones: Los Guardias Civiles, sus familiares, amigos y amigas, procedentes de todos los rincones de nuestro país, volvemos a estar de nuevo aquí; los Guardias Civiles quieren escapar definitivamente de la miseria de derechos con que la historia les ha tratado continuamente. No queremos una Guardia Civil militarizada, donde campan a sus anchas privilegios y prebendas injustificables. No queremos un régimen disciplinario rancio, conservador, más duro que el que se aplica al resto de Cuerpos de Policía. Queremos respuestas y soluciones, quieren tener derecho a disfrutar de los mismos derechos y obligaciones que el resto de la sociedad. Tenemos unidad y fortaleza para continuar el tiempo que haga falta esta legítima lucha. Es la hora de cumplir con los procesos y los compromisos adquiridos. Si no lo hacen así, volveremos. Y será en todas las plazas de pueblos y ciudades donde resuene con más fuerza aún: DERECHOS YA. (folios 328 a 330).

SEXTO.- En las editoriales del EL MUNDO.es referente al acto realizado el sábado 20 de enero, así como el domingo día 21 se hace referencia a la intervención en el mismo, como oradores, del Presidente del Movimiento contra la Intolerancia y el representante de la Asociación Pro-sindicales de la AUME, del Cuerpo Nacional de Policía (SUP y CEP), de la Ertzaintza y de las Mozos D'Escuadra, así como el Secretario General de Comisiones Obreras quien reclama del Gobierno que cumpliera sus compromisos electorales y animó a los agentes a seguir la lucha sindical. (Folios 248 y 255).

SÉPTIMO.- Las editoriales de LA RAZÓN.es, de fecha 20 de enero de 2007 y LA VANGUARDIA.es de la misma fecha, actualizado a las 17 horas ponen de manifiesto los lemas siguientes, proferidos por los asistentes al acto:

«Somos civiles, no militares, «Zapatero embustero y «Rubalcaba súbenos la paga. (Folios 242 y 252).

OCTAVO.- En editoriales del día siguiente fue portada de distintos periódicos la concentración del día 20 celebrada en la Plaza Mayor de Madrid.

El periódico ABC, en la referida edición titula su portada como «Miles de Guardias Civiles protestan al grito de “Zapatero, embustero”. En una

manifestación histórica 12.000 agentes (3000 de uniforme) le acusan de incumplir su promesa de modernizar el Cuerpo. En su página 14 bajo la rúbrica «Miles de guardias Civiles toman la Plaza Mayor al grito de ¡Zapatero, embustero! dice que: «es la mayor movilización de la Historia de la Benemérita y muchos agentes vestían de uniforme (folios 260 y 261).

En la portada de EL MUNDO de ese mismo día y bajo una fotografía en la que puede observarse a un Guardia Civil de espaldas y con el puño izquierdo levantado aparece como titular: «El puño y el Tricornio señalando a continuación que «más de 3.000 agentes uniformados de la Guardia Civil se encontraron ayer en la madrileña Plaza Mayor para reivindicar más derechos constitucionales y para exigir al PSOE que cumpla sus compromisos electorales. La protesta partió de la Asociación Unificada de la Guardia Civil (AUGC) y se convirtió en la más importante protagonizada por agentes de uniforme. (Folio 266).

El diario «EL PAÍS en su página 26, bajo una fotografía del acto titula: «3000 Guardias Civiles de uniforme claman en Madrid por la desmilitarización del Cuerpo. (folio 270).

NOVENO.- La Sala, apreciando en conciencia la prueba practicada tanto en el Expediente Gubernativo como en el Procedimiento Contencioso-Disciplinario y a tenor de los hechos que ha declarado expresamente probados, ha llegado a la más firme convicción de la certeza de los mismos y extrae aquélla, particularmente, del escrito de puesta en conocimiento, por parte del Secretario General de la Asociación Unificada de Guardias a la Delegada del Gobierno en Madrid de la concentración que iba a tener lugar en la Plaza Mayor de Madrid el día 20 de enero de 2007 (folios 293 y 294); del oficio de contestación de la Excm. Sra. Delegada del Gobierno en Madrid (folio 299); de los anuncios relativos a la concentración llevados a cabo por distintos medios de comunicación: (folios 203, 205, 206, 207 y 209); de la participación en la referida concentración de la expedientada Cabo 1º DOÑA Petra y las condiciones en las que participó en dicha concentración (folios 252 y 275); del texto del manifiesto que fue leído en el transcurso de dicho acto; de las personas ajenas a la Institución de la Guardia Civil que intervinieron en el acto (folios 284 y 285); los lemas que, según distintas editoriales de periódicos se profirieron en el mismo (folios 242 y 252); y los comentarios que los diarios ABC, EL MUNDO Y LA RAZÓN llevaron a cabo acerca de lo acaecido en la concentración en las editoriales del día siguiente (folios 260, 261, 266 y 270)».

SEGUNDO.- El fallo de la referida Sentencia es del tenor literal siguiente:

“Que por aplicación retroactiva de las disposiciones de la Ley Orgánica 12/2007 de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso-disciplinario militar nº 26/08 interpuesto por la Cabo 1º de la Guardia Civil DOÑA Petra en el sentido que anulamos y dejamos sin efecto la sanción disciplinaria de TRES MESES DE SUSPENSIÓN DE EMPLEO con los efectos previstos en el artículo 16 de la Ley Disciplinaria del Instituto, impuesta mediante Resolución del Excmo. Director General de la Policía y de la Guardia Civil de fecha 28 de noviembre de 2007 confirmada en todos sus extremos en vía de alzada por Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Defensa de fecha 22 de enero de 2008.

Y apreciamos la comisión de una falta grave de «observar conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil, prevista en el nº 1 del artículo 8º de la Ley Orgánica 12/2007 de 22 de octubre de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil imponiendo a la recurrente, Cabo 1º de la Guardia Civil DOÑA Petra, como autora de la misma, la sanción de UN MES DE SUSPENSIÓN DE EMPLEO con los efectos prevenidos en el artículo 13 de dicha disposición legal, debiendo procederse a la redacción de la documentación personal de la sancionada con arreglo a lo resuelto en esta Sentencia con los efectos económicos correspondientes, sin que resulte procedente, sin embargo, el reconocimiento de indemnización alguna en su favor por las razones antedichas”.

TERCERO.- Notificada a las partes dicha Sentencia, la representación procesal de la Cabo Primero de la Guardia Civil sancionada presentó escrito, que tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Militar Central el 1 de septiembre de 2010, solicitando se tuviera por preparado recurso de casación contra aquella, e igualmente, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General del indicado Tribunal el 1 de septiembre de 2010, el Abogado del Estado solicitó que se tuviera por preparado recurso de casación contra la meritada Sentencia, lo que se acordó por el Tribunal de instancia por Auto de 9 de septiembre siguiente, ordenando al propio tiempo remitir los autos originales a esta Sala así como emplazar a las partes para comparecer ante la misma en el plazo improrrogable de treinta días.

CUARTO.- Recibidos por esta Sala los autos originales y personadas las partes en tiempo y forma ante la misma, por la representación procesal de la Cabo Primero de la Guardia Civil recurrente se formalizó, mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal Supremo el 12 de noviembre de 2010, el preanunciado recurso de casación con fundamento en los siguientes motivos:



Primero.- Al amparo procesal del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción “de los artículos 24, apartados 1 y 2, en relación con el artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos”.

Segundo.- Igualmente por la vía que autoriza el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, “por vulneración del artículo 24, apartado 2 de la Constitución Española”.

QUINTO.- Mediante Diligencia de ordenación de 15 de noviembre de 2010, se designa ponente al Excmo. Sr. Magistrado Don Francisco Javier de Mendoza Fernández para restablecer la igualdad en el turno de ponencias y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se acuerda dar traslado de las actuaciones al Iltmo. Sr. Abogado del Estado por plazo de treinta días para que manifieste si sostiene o no el recurso, y, en caso afirmativo, formule escrito de interposición ajustado a lo que previene el apartado 1 del citado precepto.

Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el 16 de diciembre de 2010, la legal representación del Estado manifiesta que, de conformidad con el artículo 93.3 de la Ley Jurisdiccional y debidamente autorizada por el Ministerio de Defensa, no sostiene la casación.

SEXTO.- Recibido el Expediente y pasadas las actuaciones al ponente designado, Excmo. Sr. Magistrado Don Francisco Javier de Mendoza Fernández, mediante Auto de fecha 21 de diciembre de 2010 se acuerda tener por justificada la abstención presentada por dicho Magistrado para formar la Sala que ha de conocer el presente Recurso por hallarse incurso en la causa núm. 16 del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –por el conocimiento previo que del objeto del litigio ha tenido en el desempeño de su anterior cargo, en razón de haber informado, en su calidad de Asesor Jurídico de la Guardia Civil, en el Expediente Gubernativo seguido a la hoy recurrente–, quedando por consiguiente apartado del conocimiento del presente Recurso de Casación núm. 201/131/2010, designándose nuevo ponente al Excmo. Sr. Magistrado Don Fernando Pignatelli Meca.

SÉPTIMO.- Mediante Providencia de fecha 12 de enero de 2011 se admite a trámite el recurso interpuesto por la representación procesal de la Cabo Primero de la Guardia Civil Doña Petra, y se confiere traslado del mismo por plazo de treinta días al Iltmo. Sr. Abogado del Estado a fin de que formalice su escrito de oposición, evacuando este dicho trámite en tiempo y forma solicitando la desestimación de la impugnación.

OCTAVO.- No habiendo solicitado las partes la celebración de vista y no conceptuándola tampoco necesaria esta Sala, se declaró concluso el presente rollo, señalándose, por Providencia de fecha 14 de abril de 2011, el día 27 de abril siguiente, a las 11:00 horas, para la deliberación, votación y fallo del Recurso.

NOVENO.- Mediante Providencia de 27 de abril de 2011, y a propuesta del Magistrado Ponente, dado el interés casacional y la estrecha relación que la cuestión objeto del presente Recurso guarda con otros deducidos frente a Sentencias de análogo contenido a la dictada con fecha 13 de julio de 2010 por el Tribunal Militar Central, se suspendió el señalamiento previsto para dicho día a efectos de proceder a la deliberación, votación y fallo del aludido Recurso, convocándose para el conocimiento del mismo al Pleno de la Sala según lo previsto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, quedando las actuaciones pendientes de nuevo señalamiento cuando proceda.

DÉCIMO.- Por Providencia de 26 de mayo de 2011 se señaló el día 29 de junio siguiente, a las 10:30 horas, para la deliberación, votación y fallo del Recurso por el Pleno de la Sala.

Mediante Auto de fecha 20 de junio de 2011 se acuerda tener por justificada la abstención presentada por el Excmo. Sr. Magistrado Don Francisco Menchén Herreros para formar el Pleno de la Sala que ha de conocer el presente Recurso por hallarse incurso en la causa núm. 16 del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –por el conocimiento previo que del objeto del litigio ha tenido en el desempeño de su anterior cargo, en razón de haber emitido informe, en su calidad de Asesor Jurídico General del Ministerio de Defensa, en el Expediente Gubernativo seguido a la hoy recurrente–, quedando, por consiguiente, apartado del conocimiento del presente Recurso de Casación núm. 201/131/2010.

UNDÉCIMO.- Con fecha 29 de junio de 2011, a las 10:30 horas, se llevó a efecto por el Pleno de la Sala –constituido en la forma que en el encabezamiento ha quedado referenciada– la deliberación, votación y fallo del Recurso, con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

#### Fundamentos

PRIMERO.- Por el cauce procesal que autoriza el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia la parte, como primer motivo de casación según el orden de interposición de su escrito de recurso, haberse vulnerado su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, relacionado con el derecho a la defensa y a no sufrir indefensión,

todos ellos estrechamente ligados a la salvaguardia del derecho a la tutela judicial efectiva, con amparo en los artículos 24 de la Constitución y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ello en razón de no haberse practicado, en sede del incidente de recusación promovido por la hoy recurrente, las diligencias de prueba interesadas para probar y acreditar la concurrencia de determinadas causas de recusación en las personas de los Vocales militares titular y suplente de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central que vio y falló el Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 26/08, Generales de Brigada de la Guardia Civil Don Prudencio y Don Roberto, fundamentando su pretensión en el Auto dictado en el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 8045/2006, del Pleno del Tribunal Constitucional, que establece una doctrina que, a juicio de la demandante, “no requiere mayor comentario y que, en definitiva y a la postre, justifica la tesis de esta parte y que se relaciona directamente con el contenido del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. A todo lo cual añade la recurrente que ha podido conocer ahora, “a través de otro procedimiento”, la participación del General Prudencio en la sesión del Consejo Superior de la Guardia Civil de 3 de octubre de 2009 en la que, según afirma, se emitieron informes sobre Expedientes Disciplinarios relativos a miembros de la Junta Directiva Nacional de la AUGC “en relación con hechos similares a los que se referían las resoluciones objeto del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario” —en referencia al que da lugar a la presente impugnación—, lo que, a juicio de la parte, hace notorio que la postura de dicho General de Brigada como componente de la Sala que debía dictar sentencia no era de imparcialidad, objetividad y neutralidad, por lo que concurrían razones y causas que justificaban su abstención y, en su caso, su recusación.

En relación con el derecho a un juez imparcial, que se enmarca o forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución, nuestra Sentencia de 23 de noviembre de 1999 indica que “en reciente sentencia de esta Sala, de 2 de octubre de 1.999 se recoge la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y se establece: «La Sala Segunda de este Tribunal Supremo en sentencia reciente de 17 de abril de 1.999, después de un examen exhaustivo de las distintas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, concluye que la asunción sucesiva de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto y se hace inevitable descender al caso concreto; no todo acto de instrucción compromete la imparcialidad del Juzgador “sino tan solo aquellos que, por provocar una convicción anticipada sobre

la participación del imputado en el hecho punible pueden crear en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad inhabilitándole así para conocer del juicio oral”... Esta doctrina ha sido refrendada en Sentencia del Tribunal Constitucional 162/99 de 27 de Septiembre y Sentencias de 7 de abril y 15 de octubre de 1.999 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, por lo que entiende que “en el caso presente, no se ha producido quiebra alguna de la imparcialidad objetiva del Vocal Militar componente del Tribunal Sentenciador, que previamente había intervenido en el auto confirmatorio del procesamiento, ya que esta decisión, en modo alguno puede reputarse función instructora...”.

A su vez, esta Sala, en su Sentencia de 30 de noviembre de 2004, afirma que “la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico garantizan la independencia y la imparcialidad de Jueces y Magistrados, con carácter general y en el caso concreto sometido a su conocimiento. Conforme a los arts. 24.2 y 117.1 CE la independencia y la imparcialidad se elevan a la categoría de elementos consustanciales de todo órgano jurisdiccional. Su legitimación funcional presupone la inexistencia de causas o motivos que, bien por algún tipo de relación del Juez con el objeto del proceso o con las partes del mismo, permitan advertir la inclinación, real o probable, de ese Juez hacia una solución determinada del caso. En este sentido, el derecho al Juez imparcial se enmarca en el más amplio ámbito del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, como tiene insistentemente declarado el Tribunal Constitucional, entre otras en sus Sentencias 55/1990, de 28 de marzo; 85/1992, de 8 de junio; 138/1994, de 9 de mayo; 56/1994, de 24 de febrero. De otro lado tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1), y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.1), consagran el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente. Sobre la interpretación de dicho art. 6.1 ha tenido ocasión de pronunciarse con reiteración el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencias tales como las de fechas 01.10.1982 (asunto Piersack); 26.10.1984 (asunto de Cubber); 24.05.1989 (asunto Hauschildt); 24.02.1993 (asunto Padovani); 22.04.1994 (asunto Saraiva de Carvalho); 20.02.1996 (asunto Lobo Machado); 28.10.1998 (asunto Castillo Algar); 02.03.2000 (asunto Garrido Guerrero) y 25.07.2002 (asunto Perote Pellón). Por todas las declaraciones que al caso convienen se reproduce, parcialmente, el contenido del Fundamento nº 48 de la Sentencia «Hauschildt, según la cual «a este respecto incluso las apariencias pueden ser importantes, lo que está en juego es la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben merecer a los que acuden a ellos. Por consiguiente, cualquier Juez de quien se pueda

temer legítimamente la falta de imparcialidad debe ser recusado. Lo que sí será decisivo es que los temores estén objetivamente justificados”.

Hemos dicho, en la Sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 2008, que “del expresado derecho al proceso con todas las garantías o juicio justo, proclamado en el art. 24.2 CE. y en diversos Tratados y Convenios internacionales suscritos por España (art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), forma parte el derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial en cuyos miembros no concurra ningún dato, a partir del cual puedan albergar las partes la duda fundada de que aquellos han formado criterio anticipado sobre el fondo del asunto a enjuiciar, en base al contacto previo tenido con los hechos y los elementos que puedan servir como prueba de los mismos, de los que se deduzca, situados ya en el orden penal en donde la imparcialidad juega con mayor relevancia, la participación atribuible al acusado y su culpabilidad. Existe una consolidada jurisprudencia del TEDH (Sentencias 06.12.1988, «Barberá, Mesaegué y Jabardo»; 28.10.1998, «Castillo Algar»; 02.03.2000, «Garrido Guerrero y 25.07.2002; «Perote Pellón, entre otras); de este Tribunal Supremo (Sala 5ª 27.06.1997; 23.11.1999; 22.03.2000; 02.02.2001; 03.06.2002 y 25.11.2002; y Sala 2ª 17.04.1999; 13.02.2001; 22.11.2001; 24.06.2003 y 03.10.2003), y doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 145/1988, de 12 de julio; 170/1993, de 27 de mayo; 98/1997, de 20 de mayo, y más recientemente 45/2006, de 13 de febrero y 156/2007, de 2 de julio), según la cual la falta de imparcialidad objetiva puede deducirse de aquel contacto previo o toma en consideración de los hechos procesales, ya consista en la realización de verdaderos actos de instrucción, en el conocimiento en otra instancia de la causa o de la confirmación del procesamiento o de las medidas cautelares adoptadas por el Juez instructor, siempre que se haya producido, o podido producir, el efecto que se trata de evitar consistente en la formación de un prejuicio o convencimiento anticipado que haga temer fundadamente al inculpado que el asunto está ya decidido, con quiebra de la confianza que, en cuanto a la ecuanimidad sobre todo, los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática. Conforme a dichas jurisprudencia y doctrina aquel efecto «contaminante que inhabilita para integrar el órgano de enjuiciamiento, por pérdida de la debida imparcialidad, se extrae más claramente a partir de la realización de auténticos actos de instrucción, del conocimiento de la causa en instancia previa, del ejercicio de la función acusadora en el mismo asunto o del hecho de haber acordado el propio Tribunal el procesamiento del acusado, si bien que su

valoración debe hacerse no en aplicación de formulaciones genéricas sino acudiendo al caso concreto para verificar la real implicación en el proceso del Tribunal sentenciador o de alguno de sus miembros, ponderación casuística que resulta todavía más necesaria en los casos frecuentes de confirmación en grado de apelación del Auto de procesamiento”.

Por su parte, nuestra Sentencia de 17 de febrero de 2010 señala que “tiene declarado con reiteración el Tribunal Constitucional que la imparcialidad judicial forma parte de las garantías básicas del proceso (artículo 24.2 de la Constitución española), «constituyendo incluso la primera de ellas –recuerda en su sentencia nº 36/08, citando las sentencias números 38/03, 39/04 y 156/07–, «por cuanto condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional. La dimensión más evidente de la imparcialidad judicial es la que se refiere a la ausencia de una relación del juez con las partes que puede suscitar un interés previo en favorecerlas o perjudicarlas. Esta imparcialidad ha sido denominada por el Tribunal Constitucional, siguiendo un criterio clasificador distinto al utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «imparcialidad subjetiva. Y junto a ella existe la denominada «imparcialidad objetiva, que se dirige a garantizar que los jueces y tribunales que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una resolución o contacto previos con el objeto del proceso”.

Finalmente, en su Sentencia de 12 de julio de 2010 ha sentado esta Sala que quien ha de revisar por vía de recurso en sede administrativa –más aún en sede judicial– la sanción impuesta ha de encontrarse “en una posición de imparcialidad objetiva respecto de la decisión que haya de adoptar, sin haber tomado postura o haber manifestado anticipadamente su parecer, de forma que haga sospechar fundadamente que no guardará la debida ecuanimidad sobre el asunto”, añadiendo que “precisamente en la Sentencia del TEDH de 16 de septiembre de 1999, «Caso Buscemi, se establecía que «el hecho de que el Presidente del Tribunal haya empleado públicamente expresiones a través de las cuales enjuiciaba desfavorablemente al demandante antes de presidir el órgano judicial que debía juzgar el asunto, no parece compatible con las exigencias de imparcialidad de todo tribunal, establecidas en el artículo 6.1 del Convenio. Y, a la misma conclusión debe llegarse en el ámbito del procedimiento disciplinario sancionador, dada la especial proyección que en él –como antes señalábamos– debe tener la garantía de imparcialidad. La ausencia de un prejuicio sobre el asunto que habrá de resolverse resulta exigible y la exteriorización de una opinión formada respecto de la culpabilidad del sancionado quiebra la objetividad requerida para pronunciarse sobre éste”, así como que “en el ámbito de la im-

parcialidad, como recordábamos en nuestra sentencia de 25 de noviembre de 2002, «la doctrina del TEDH, al interpretar el artículo 6.1 del Convenio de 4 de noviembre de 1950, subraya que la imparcialidad se debe apreciar de una manera subjetiva, intentando determinar la convicción personal de un Juez en un caso concreto, y de una manera objetiva, que asegure que existían las garantías suficientes para excluir al respecto toda duda legítima (Ss. T.E.D.H. 9-6-98 y 28-10-98) que pueda derivarse de ciertos hechos verificables que autoricen a sospechar de esa imparcialidad, habiendo significado dicho Tribunal que «incluso las apariencias pueden revestir importancia, lo que determina que «todo juez del que pueda dudarse de su imparcialidad debe abstenerse de conocer del asunto o puede ser recusado (Sentencia del TEDH de 26 de octubre de 1984, Caso «De Cubber»».

SEGUNDO.- A su vez, la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, en su Sentencia de 2 de febrero de 2011 –R. 1144/2010–, tras afirmar que “el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley. En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 10. La doctrina del Tribunal Constitucional, después de algunas sentencias que lo situaban en el marco del derecho al juez legal, ha establecido que el derecho a un Juez imparcial forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución. Aunque la imparcialidad también venga asegurada en otro aspecto por las normas que regulan el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en cuanto que impide la designación de jueces ad hoc”, señala que “es claro que la primera de todas las garantías del proceso es la imparcialidad del juzgador. Puede afirmarse que no es posible obtener justicia en el proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad, como tercero no condicionado por ningún prejuicio respecto de la culpabilidad del acusado, bien sea derivado de su contacto con el objeto del proceso con anterioridad al juicio, o bien de su relación con las partes. El TEDH, en la sentencia del Caso Piersack c. Bélgica, de 1 de octubre de 1982, distinguió ya entre un aspecto subjetivo que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto. El Tribunal aunque ha reconocido las dificultades para apreciar la falta de imparcialidad subjetiva, y después de afirmar que la imparcialidad personal de un magistrado se presume salvo prueba

en contrario (Sentencia Hauschildt contra Dinamarca), ha señalado que «En cuanto al tipo de prueba exigido, ha tratado de verificar, por ejemplo, el fundamento de las alegaciones según las cuales un Juez había dado muestras de hostilidad o mala voluntad respecto al acusado o, movido por razones de orden personal, se las había arreglado para que se le asignara un asunto (Sentencia, previamente citada, De Cubber). (STEDH de 6 enero 2010 Vera Fernández-Huidobro contra España). El Tribunal Constitucional, aunque ha aceptado la distinción la ha dotado de un contenido diferente, y ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones con las partes que puedan dar lugar a un previo posicionamiento sobre la cuestión, y la imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC 47/1982, de 12 de julio, F. 3; 157/1993, de 6 de mayo, F. 2; 47/1998, de 2 de marzo, F. 4; 11/2000, de 17 de enero, F. 4; y 52/2001, de 26 de febrero, F. 3; 154/2001, de 2 de julio, F. 3, y 155/2002, de 22 de julio, F. 2)”, para concluir que “en cualquier caso, no se trata de primar los deseos o preferencias del justiciable respecto a la composición personal del órgano de enjuiciamiento, ni tampoco de atender sus dudas basadas en meras apreciaciones o impresiones personales, sino que para que pueda afirmarse que un Tribunal puede no ser imparcial es preciso que las dudas sobre la imparcialidad estén objetivamente justificadas. Aunque las apariencias son importantes, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte en el proceso (STEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; STEDH de 26 de octubre de 1984, caso De Cuber, y STEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt), las dudas sobre la imparcialidad, para ser atendidas, no pueden basarse en meras impresiones sino que requieren una justificación objetiva. El Juez ha de ser, y ha de aparecer, como alguien que no tenga respecto a la cuestión concreta sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna idea preconcebida ni ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad. El TEDH se ha referido al punto de vista del acusado respecto de la imparcialidad del Tribunal, para decir que aunque su visión de la cuestión es importante, no es sin embargo decisiva. Mayor importancia ha concedido al hecho de que sus sospechas puedan valorarse como objetivamente justificadas. (Entre otras en la STEDH de 25 septiembre 2001, Caso Kizilöz contra Turquía; en la STEDH de 25 julio 2002 Caso Perote Pellón contra España, y en la STE-



DH de 17 de junio de 2003, Caso Pescador Valero c. España). La misma línea ha seguido el Tribunal Constitucional, que en la STC 69/2001, de 17 de marzo, con cita de otras muchas resoluciones, recordaba que «para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas. Como señala en la STC 60/2008, entre otras, «la imparcialidad judicial se encuentra dirigida, en efecto, a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio. Esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 2). Ahora bien, según la misma doctrina, aun cuando es cierto que en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que en una sociedad democrática los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 14y16; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). Por ello la im-

parcialidad del Juez ha de presumirse y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5)...”.

TERCERO.- Limitando el objeto de nuestro examen casacional a la recusación del General Prudencio –que fue quien, en definitiva, integró la Sala que dictó la Sentencia ahora impugnada–, y partiendo de que el artículo 58 de la Ley Procesal Militar no exige para proponer la recusación –a diferencia de lo que dispone el artículo 223.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial– acompañar al escrito en que esta se formule un principio de prueba sobre los motivos en que se funde, bastando exponer la causa en que la recusación “se apoye y los hechos en que se funde, así como los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba y los medios probatorios de que intente valerse” la parte recusante, es lo cierto que, tras serle notificada la Providencia, de fecha 9 de junio de 2010, del Tribunal Militar Central, por la que se acordaba comunicar a las partes los nombres de los Vocales militares no pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar insaculados como titular y suplente, se planteó por la hoy demandante ante la Sala de Justicia del citado Tribunal Militar Central, mediante escrito de fecha 14 de junio siguiente, la recusación de tales Vocales militares con base en las causas 9ª y 11ª –”tener interés directo o indirecto en el procedimiento” y “haber intervenido en otro concepto, en el mismo procedimiento”, respectivamente– del artículo 53 de la Ley Procesal Militar, exponiendo al efecto los hechos en que se fundamentaba la recusación, así como los puntos de hecho sobre los que había de versar la prueba y los medios probatorios – documental y testifical– de que intentaba valerse.

En dicho escrito de 14 de junio de 2010 entendía la parte promotora de la recusación que los citados Generales de la Guardia Civil “desempeñan un puesto de confianza y de apoyo directo al Director General de la Policía y de la Guardia Civil, que tiene entre sus competencias cuestiones que han sido abordadas dentro del ámbito de actuación de la Asociación Unificada de Guardias Civiles, AUGC..., de tal manera que puede señalarse que tienen ambos Vocales, un interés directo o indirecto, en el resultado del procedimiento o un posicionamiento contrario a las posturas que son defendidas por la AUGC, por sus dirigentes y afiliados, de tal manera, que es perfectamente razonable pensar que no ejerzan su función desde la situación de plena imparcialidad, objetividad y neutralidad, dada su condición, además, de oficiales generales de la Institución y miembros de pleno derecho del Consejo Superior de la Guardia Civil”, añadiendo que “en relación con esta última condición han podido informar en procedimientos disciplinarios relativos a dirigentes de AUGC, de tal manera que hayan formado postura

en relación con hechos similares a los [que] figuran como probados en las resoluciones disciplinarias que constituyen el objeto del presente recurso contencioso-disciplinario militar ordinario”, e interesando la práctica de prueba documental –consistente en que “por la Dirección general de la Policía y de la Guardia Civil, se remita copia certificada de todas las actas del Consejo Superior de la Guardia Civil en las que hayan participado y/o asistido desde su ascenso al empleo de general de brigada del Cuerpo de la Guardia Civil” los Generales Prudencio y Roberto– y testifical –a evacuar en las personas de los aludidos Generales Prudencio y Roberto–.

Habiéndose dado traslado de copia del escrito de recusación a los dos recusados, manifestaron ambos, en síntesis, mediante sendos escritos de fechas 17 y 18 de junio de 2010, no tener interés directo o indirecto en el procedimiento y no haber formado parte del Consejo Superior del Cuerpo que emitió informe en relación con el procedimiento disciplinario incoado a la hoy demandante.

Mediante Providencia de fecha 28 de junio de 2008 se inadmite por inútil la testifical interesada en ambos Generales, “toda vez que nada más tendrían que aportar con su declaración que lo ya alegado en sus correspondientes escritos a los efectos del presente incidente de recusación”, y se rechaza por no pertinente la documental interesada “puesto que la recusación ha de entenderse formulada en relación a un procedimiento concreto y a una o más causas determinadas, no debiéndose admitir una prueba como la solicitada de carácter general, más aún cuando no se especifica que relación tiene con el presente recurso contencioso-disciplinario, entendiéndose no obstante, que en razón del mismo, es suficiente solicitar de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, certificado sobre si los dos Generales de Brigada de la Guardia Civil recusados asistieron y/o participaron en la reunión del Consejo Superior de la Guardia Civil de fecha 20 de noviembre de 2007, en la que se emitió el informe preceptivo en relación con el expediente gubernativo del que traen razón los presentes autos”.

Emitida que fue tal certificación, con fecha 30 de junio de 2010, por el General Secretario del Consejo Superior de la Guardia Civil, en sentido negativo, en el Auto de 8 de julio de 2010, dictado en méritos a la pieza separada aperturada para sustanciar el incidente de recusación planteado, el Tribunal Militar Central acordó desestimar la recusación formulada.

CUARTO.- Por razones metodológicas, la primera cuestión a analizar ha de ser la concerniente a si el General de Brigada de la Guardia Civil Prudencio se hallaba incurso en la causa de recusación enunciada en el ordinal 11º del artículo 53 de la Ley Procesal Militar, consistente en “haber intervenido en otro concepto en el mismo procedimiento”, por cuanto que

el análisis de su eventual concurrencia ha de ser previo al de la causa 9ª –“tener interés directo o indirecto en el procedimiento”– del meritado artículo 53 de la Ley Rituaria castrense.

Y a tal efecto resulta esencial, como a continuación veremos, despejar la cuestión concerniente a si el General de Brigada de la Guardia Civil Prudencio participó en la sesión del Consejo Superior del Cuerpo que la demandante afirma que se celebró en A Coruña, bajo la presidencia del Director General de la Policía y de la Guardia Civil, el 3 de octubre de 2009 o en cualesquiera otras sesiones de dicho órgano colegiado en que eventualmente se hubiera emitido informe sobre procedimientos sancionadores instruidos con motivo de los concretos hechos ocurridos en la Plaza Mayor de Madrid el 20 de enero de 2007, y si ello comporta que dicho Oficial General hubiera tomado postura en relación con el específico caso de la hoy demandante, Cabo Primero de la Guardia Civil Petra, que se resolvió por el órgano jurisdiccional militar de que aquél formó parte mediante la Sentencia dictada con fecha 13 de julio de 2010.

En cuanto a la causa de abstención o recusación enunciada en el ordinal 11º del artículo 53 de la Ley Procesal Militar– “haber intervenido en otro concepto en el mismo procedimiento”–, nuestra Sentencia de 21 de junio de 1997 dice, respecto a ella, que la expresión “otro concepto” alude “a los que sean distintos del resolutorio sobre el que prioritariamente se proyectan las causas de abstención y recusación”, y, en el presente caso, puede equipararse a las previstas en los ordinales 13ª –“haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo”– o 16ª– “haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”–, ambos del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pues bien, resulta indubitable que en el concreto procedimiento disciplinario instruido a la hoy demandante y del que trae razón la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central de 13 de julio de 2010, el General Prudencio no tuvo intervención, ni directa ni indirecta, en concepto alguno, pues, según certificación expedida el 30 de junio de 2010 por el General Jefe de la Jefatura de Enseñanza, Secretario del Consejo Superior de la Guardia Civil, obrante en la pieza separada de incidente de recusación, el General de dicho Cuerpo Don Prudencio no asistió a “la sesión de dicho Órgano celebrada el día 20 de noviembre de dos mil siete, en la cual se emitió informe sobre el Expediente Gubernativo número 18/07”,

instruido a la hoy demandante y en méritos al cual se dictó, como hemos dicho, la Sentencia de fecha 13 de julio de 2010, ahora recurrida. Por su parte, el recusado manifiesta en sede del meritado incidente de recusación, en escrito de fecha 17 de junio de 2010, que “como Oficial General de la Guardia Civil, forma parte del Consejo Superior de dicho Instituto, desde el 20 de junio de 2008, no habiendo informado en ningún procedimiento disciplinario relativo a dirigentes de AUGC, en relación con hechos similares a los que figuran como probados en las resoluciones disciplinarias que constituyen el recurso contencioso-disciplinario ordinario en la que [la] referida Cabo 1º está incurso, toda vez que el Acuerdo adoptado por el Consejo Superior de la Guardia Civil, relacionado con el tema del Expediente Gubernativo instruido a la misma, fue adoptado con fecha del 20 de noviembre de dos mil siete”.

Y, por otro lado, la circunstancia de que, según afirma la parte recurrente, los procedimientos disciplinarios que fueron objeto de consideración por el Consejo Superior de la Guardia Civil el 3 de octubre de 2009 fueran relativos a “miembros de la Junta Directiva nacional de AUGC, con cargos de la máxima relevancia y responsabilidad asociativa, en relación con hechos similares a los que se referían las resoluciones objeto del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario” –y con independencia de que no se ha acreditado en modo alguno por dicha parte sobre qué hechos concretos versaban realmente tales procedimientos, ni siquiera la circunstancia de ser los en ellos encartados miembros de ninguna Asociación–, para nada hace “notorio” respecto al General de Brigada de la Guardia Civil Don Prudencio, como con destacable desenvoltura afirma la representación procesal de la demandante, “que su postura a la hora de abordar su labor de componente de la Sala que debía dictar sentencia, no era de imparcialidad, ni de objetividad y neutralidad”.

QUINTO.- Ello no obstante, es lo cierto que, dada la multiplicidad de procedimientos sancionadores incoados en el ámbito de la Guardia Civil con ocasión de los hechos ocurridos en la Plaza Mayor de Madrid el día 20 de enero de 2007 –como se deduce de la orden de incoación del Expediente Gubernativo núm. NUM000, obrante a los folios 1 y 2 del procedimiento–, y cuya acumulación a los núms. 11/07 y 13/07 al 30/07 interesó la parte hoy demandante en sede del Expediente Gubernativo núm. NUM000, mediante escrito de fecha 9 de marzo de 2007 –folio 386–, solicitud que fue desestimada por Acuerdo del Director General de la Policía y de la Guardia Civil de 29 de marzo siguiente –folios 384 y 385–, y ello, aún cuando, según dicho Acuerdo, “existe sin duda una conexidad objetiva entre todos los expedientes, en cuanto todos ellos parten de la implicación de los ex-

pedientados en la asistencia a un acto público convocado por una Asociación”, si bien entiende que “la eventual responsabilidad de cada uno de ellos, ha de depurarse de forma individualizada, en función de su contribución personal a la gestación y desarrollo de la iniciativa...”, no es posible, en buena lógica, descartar, de manera absoluta e incontrovertible, que, en los procedimientos de aquella índole eventualmente sometidos a informe del Consejo Superior de la Guardia Civil –del que formaba parte, como Vocal nato, el General de Brigada Prudencio desde el 20 de junio de 2008– entre el 20 de junio de 2008 y el 8 de julio de 2010 –fecha, esta última, en que se dictó el Auto de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central desestimando la recusación planteada por la hoy demandante–, no figurara alguno instruido con ocasión de aquellos hechos acaecidos en la Plaza Mayor de Madrid el 20 de enero de 2007 de que se trata, lo que implicaría que el Vocal militar que integró la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central que dictó, en fecha 13 de julio de 2010, la Sentencia ahora impugnada hubiera tenido algún tipo de relación con el objeto del proceso, formando criterio en relación con el mismo –es decir, con los hechos ocurridos en la Plaza Mayor de Madrid el día 20 de enero de 2007–, socavándose así, legítima y justificadamente, la confianza de la hoy demandante acerca de la inexistencia en dicho Vocal militar de una inclinación, real o probable, hacia una solución determinada del caso, duda razonable que, evidentemente, hubiera sido despejada a través de la práctica de las diligencias de prueba interesadas por la recusante en el escrito de 14 de junio de 2010, por el que propuso su recusación –y, especialmente, de la “documental consistente en que por la Dirección general de la Policía y de la Guardia Civil, se remita copia certificada de todas las actas del Consejo Superior de la Guardia Civil en las que hayan participado y/o asistido desde su ascenso al empleo de general de brigada del Cuerpo de la Guardia Civil” los Generales Don Prudencio y Don Roberto–, cuyo resultado hubiera sido determinante en orden a confirmar, o no, los justificados y legítimos temores de aquella acerca de que el recusado General Prudencio hubiera formado criterio anticipado sobre el fondo del asunto que enjuició, con la consiguiente afectación de su imparcialidad.

En suma, con relación a la aludida causa 11ª del artículo 53 de la Ley Procesal Militar –“haber intervenido en otro concepto en el mismo procedimiento”–, y a pesar de la “evidente vaguedad del mencionado precepto” –Sentencia, antedicha, de esta Sala, de 21 de junio de 1997–, es obvio que no puede afirmarse que la actuación del General Prudencio no ya el 3 de octubre de 2009, como aduce la demandante, sino en las reuniones del Consejo Superior eventualmente habidas entre las fechas antes señaladas, no haya

de incardinarse en la causa de abstención o de recusación de que se trata –y, por ende, en las 13ª y 16ª del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, pues el hecho de haber tomado parte como miembro del Consejo Superior de la Guardia Civil en cualquier sesión de este órgano en la que se emitiera informe en relación con cualesquiera de los Expedientes Gubernativos –los núms. 11/07 y 13/07 al 30/07, excluido el 18/07– instruidos con ocasión de la concentración habida en la Plaza Mayor de Madrid el 20 de enero de 2007 pudiera comportar, como dicen nuestras Sentencias de 2 de octubre de 2001, 3 de junio de 2002, 3 de octubre de 2004 y 6 de junio de 2005, “la circunstancia de que por su contacto con el objeto del proceso a través del conocimiento y valoración de lo instruido, pueda haber formado una convicción anticipada sobre los hechos procesales” y, por ende, sobre “la participación y culpabilidad” de la hoy recurrente.

A este respecto, no puede desconocerse que el Consejo Superior de la Guardia Civil, creado por Real Decreto 854/1993, de 4 de junio –BOE núm. 154, de 29 de junio–, es, según el artículo 9.1 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil –BOE núm. 283, de 26 de noviembre–, un “órgano colegiado asesor y consultivo de los Ministros de Defensa y del Interior, del Secretario de Estado de Seguridad y del Director General de la Guardia Civil” que, a tenor de lo dispuesto tanto en el apartado 1 del artículo 2 del citado Real Decreto 854/1993 como en el párrafo primero del artículo 2 de la Orden General Comunicada núm. 3 del Director General del Instituto, de 7 de febrero de 1997, está constituido por “todos los Oficiales Generales de la Guardia Civil en servicio activo” y que, según el artículo 1 del tan nombrado Real Decreto, está “integrado en la Dirección General de la Guardia Civil”. Entre las funciones que le encomienda el apartado 1 del artículo 9 de la mencionada Ley 42/1999, la letra c) de aquél señala la de “cumplimentar los trámites de audiencia preceptivos en los expedientes gubernativos que afecten al personal del Cuerpo, de conformidad con lo preceptuado en la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil”, Ley Orgánica esta que, en su artículo 52.2, y con referencia al Expediente Gubernativo –mediante el que, ex artículo 31.2 de la misma, se depurará la responsabilidad “originada por las infracciones disciplinarias muy graves”–, estipula que “previamente a la imposición de la sanción será preceptivo oír al órgano superior consultivo de la Guardia Civil”, previsión que, en la actualmente vigente Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario del Instituto, su artículo 64.2 residencia, “en el caso de expedientes [disciplinarios] instruidos por faltas muy graves”, en el “Consejo Superior de la Guardia Civil”, al que “se de-

berá oír” y que emitirá su opinión “una vez formulada por el instructor la correspondiente propuesta de resolución”.

Pues bien, en cuanto Vocal nato integrante –desde el 20 de junio de 2008– de dicho órgano colegiado asesor y consultivo, el General de Brigada Prudencio pudo emitir, en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa antes aludida, su parecer en relación con una serie de procedimientos disciplinarios que, aunque la parte recurrente no ha acreditado –ni en el incidente de recusación ante el Tribunal Militar Central ni ante esta Sala– que tengan el mismo objeto procesal –y ni siquiera que estén relacionados, según el último inciso de la causa prevista en el número 13º del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial– que aquél en el que se dictó la resolución que fue luego objeto de la Sentencia del Tribunal Militar Central de 13 de julio de 2010, es lo cierto que alguno de ellos, dada la multiplicidad de los instruidos, puede referirse a los mismos hechos por razón de los cuales la hoy demandante fue sancionada.

SEXTO.- Sobre el derecho al juez imparcial que se consagra en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España mediante Instrumento de 4 de octubre de 1979 –según el cual “toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley...”– y que se proclama, asimismo, en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España mediante Instrumento de 27 de abril de 1977 –a cuyo tenor “... toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...”–, preceptos, ambos, que traen causa del artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 –que reza que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial...”–, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concluido, en síntesis y a los efectos que ahora interesan, a tenor de su numerosa jurisprudencia al respecto –SSTEDH Piersack contra Bélgica, de 1 de octubre de 1982, De Cubber contra Bélgica, de 26 de octubre de 1984, Hauschildt contra Dinamarca, de 24 de mayo de 1989, Huber contra Suiza, de 23 de octubre de 1990, Saint Marie contra Francia, de 16 de diciembre de 1992, Padovani contra Italia, de 26 de febrero de 1993, Saraiva de Carvalho contra Portu-



gal, de 22 de abril de 1994, Thomann contra Suiza, de 10 de junio de 1996, Ferrantelli y Santangelo contra Italia, de 7 de agosto de 1996, Gautrin y otros contra Francia, de 20 de mayo de 1998, Castillo Algar contra España, de 28 de octubre de 1998, Garrido Guerrero contra España, de 2 de marzo de 2000, Perote Pellón contra España, de 25 de julio de 2002, Pescador Valero contra España, de 17 de junio de 2003, Dépiets contra Francia, de 10 de febrero de 2004, Gómez de Liaño y Botella contra España, de 22 de julio de 2008, Vera Fernández-Huidobro contra España, de 6 de enero de 2010 y Cardona Serrat contra España, de 26 de octubre de 2010, entre otras–, que la imparcialidad del Juez o Tribunal, entendida como ausencia de idea preconcebida de culpabilidad en la persona a que se va a someter a enjuiciamiento, ha de contemplarse tanto desde una perspectiva subjetiva –la imparcialidad personal o subjetiva del Juez, es decir, el prejuicio subjetivo o lo que, en su fuero interno, piensa este del caso concernido, se presume siempre mientras no se pruebe lo contrario– como objetiva –verificando si en el concreto caso de que se trata hay garantías suficientes para excluir, desde las alegaciones efectuadas por el recusante, toda duda legítima sobre la imparcialidad del Juez–.

A tal efecto, el TEDH, para el que “la imparcialidad se define de ordinario por la falta de prejuicio o de criterio formado. Su existencia se aprecia de distintas maneras. El Tribunal distingue entre el trámite subjetivo, que trata de determinar lo que pensaba el juez en su fuero interno o cuál era su interés en un asunto particular, y el trámite objetivo, que lleva a determinar si ofrecía unas garantías suficientes para excluir a este respecto cualquier duda legítima [Sentencias Piersack contra Bélgica (TEDH 1982, 6) 1 octubre 1982, ap. 30, Serie A, núm. 53 y Grieves contra Reino Unido (PROV 2004, 2730) (GS), núm. 57067/2000, ap. 69, 16 diciembre 2003]” –Sentencia Vera Fernández-Huidobro contra España, de 6 de enero de 2010 (TEDH 2010/3)–, recuerda que “la existencia de la imparcialidad, a los efectos del artículo 6.1, se debe apreciar de modo subjetivo, intentando determinar la convicción personal de un juez en dicha ocasión, y también con arreglo a un criterio objetivo que lleve a la seguridad de que reunía las garantías suficientes para excluir, a este respecto, cualquier legítima duda (véase, entre otras, Sentencia De Cubber de 26 de octubre 1984 [TEDH 1984, 16], Serie A, núm. 86, pgs. 13 y 14, ap. 24)” –Sentencias Hauschildt contra Dinamarca, de 24 de mayo de 1989 (TEDH 1989, 8) y Pescador Valero contra España, de 17 de junio de 2003 (TEDH 2003, 27)–, añadiendo que “la imparcialidad en el sentido del artículo 6.1 [del Convenio] se aprecia de una doble manera: la primera consiste en intentar determinar la convicción personal de tal o cual Juez en tal ocasión, la segunda

lleva a asegurarse de que ofrecía garantías suficientes para excluir a este respecto toda duda legítima (véase, entre otras, mutatis mutandis, Sentencia Saraiva de Carvalho contra Portugal de 22 de abril de 1994 [TEDH 1994, 19], serie A, núm. 286-B, pg. 38, ap. 33)” –Sentencia Gautrin y otros contra Francia, de 20 de mayo de 1998 (TEDH 1998, 73)–, es decir, que, determinada, primeramente, la convicción personal del juez en el caso concreto, se debe, en segundo lugar, asegurar que el procedimiento ofrece garantías suficientes para excluir a este particular toda duda legítima. En el mismo sentido, afirma el TEDH que “en su Sentencia Piersack de 1 de octubre 1982 (TEDH 1982, 6), el Tribunal ha precisado que la imparcialidad puede «apreciarse de diversas formas: procede distinguir «entre una perspectiva subjetiva, tratando de determinar lo que tal juez pensaba en su fuero interno en tal ocasión «y una perspectiva objetiva, dirigida a comprobar si ofrecía garantías suficientes para excluir a este respecto toda legítima”, añadiendo que “en esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia; según un adagio inglés citado en la Sentencia Delcourt de 17 enero 1970 (TEDH 1970, 1) (serie A, núm. 11, pg. 17.31), «justice must not only be done: it must also be seen to be done [«no solamente debe hacerse justicia: sino también parecer que se hace]. ... debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables, comenzando, en el orden penal, por los acusados (sentencia previamente citada de 1 de octubre de 1982, pgs. 14-15, ap. 30)” –Sentencia De Cubber contra Bélgica, de 26 de octubre de 1984 (TEDH 1984, 16)–.

Y sigue diciendo el TEDH que “para resolver si en un determinado caso hay un motivo legítimo para temer que un juez no sea imparcial, el punto de vista del acusado es importante, pero no es decisivo (Sentencia Piersack de 1 octubre 1982) [TEDH 1982, 6], Serie A, núm. 53, pg. 16, ap. 31). Lo que sí será decisivo es que sus temores estén objetivamente justificados” –Sentencia Hauschildt contra Dinamarca, de 24 de mayo de 1989 (TEDH 1989, 8)–, es decir, que el elemento determinante de la apreciación de la falta, o no, de imparcialidad objetiva consiste en saber si las aprensiones o recelos del interesado pueden pasar por objetivamente justificadas, añadiendo que para apreciar ese aspecto objetivo es preciso “preguntarse si, independientemente del comportamiento personal del Juez, ciertos hechos comprobables permiten sospechar de la imparcialidad de éste. Incluso las apariencias son importantes en este caso. En ello estriba la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (Sentencia Castillo Algar contra España de 28

octubre 1998 [TEDH 1998, 51], Repertorio 1998-VIII, pg. 3116, ap. 45). De ello se desprende que para pronunciarse sobre la existencia, en un asunto concreto, de una razón legítima para temer que un Juez carezca de imparcialidad, se tiene en cuenta el punto de vista del acusado pero no juega éste un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar las aprensiones del interesado como objetivamente justificables (Sentencias Ferrantelli y Santangelo contra Italia, de 7 agosto 1996 [TEDH 1996, 34], Repertorio 1996-III, pg. 951-952, ap. 58; Wettstein contra Suiza [TEDH 2000, 682], núm. 33958/1996, ap. 44, TEDH 2000-XII) –Sentencia Pescador Valero contra España, de 17 de junio de 2003 (TEDH 2003, 27)–.

Por último, tras sentar que “en lo que concierne a la imparcialidad subjetiva, el Tribunal siempre ha considerado que la imparcialidad personal de un magistrado se presume hasta que se prueba lo contrario (Kyoruanou contra Chipre [PROV 2006, 237] [GC] de 15 diciembre 2005, núm. 73797/2001, ap. 119)”, señala el TEDH que “en cuanto a la imparcialidad objetiva, hay que preguntarse, cuando un tribunal completo está en cuestión, si... ciertos hechos verificables autorizan a dudar de la imparcialidad de éste”, añadiendo que “la respuesta a la cuestión de si estas dudas pueden considerarse objetivamente justificadas varía según las circunstancias del caso; el simple hecho de que un Juez haya adoptado decisiones con anterioridad al proceso no puede, en sí mismo, justificar las dudas sobre la falta de imparcialidad (Sentencia Hauschildt [TEDH 1989, 8] citada, pg. 22, ap. 50). Lo que cuenta es el alcance de las medidas adoptadas por el juez con anterioridad al proceso” –Sentencia Gómez de Liaño y Botella contra España, de 22 de julio de 2008 (TEDH 2008, 51)–.

En definitiva, teniendo en cuenta la presunción de desinterés o imparcialidad subjetiva –y las dificultades de prueba de la misma, incumbiendo la carga de dicha prueba a quien sostenga la quiebra de la debida imparcialidad– del Juez, es la exigencia de imparcialidad objetiva de este –o ajeneidad del juzgador con el objeto del proceso y con las partes o personas que actúan en el mismo– la que proporciona una importante garantía adicional, y, en este aspecto, las apariencias tienen importancia por la confianza que los Tribunales deben inspirar a los justiciables y a la sociedad democrática en general, por lo que lo determinante es verificar si, en las circunstancias del caso de que se trate, los recelos o aprensiones del denunciante están justificados objetivamente, es decir, desde una perspectiva externa, debiendo, en consecuencia, estarse al examen individualizado de cada caso concreto para determinar si las dudas y temores suscitados acerca de la imparcialidad del juzgador pueden “considerarse como objetivamente jus-

tificados” –STEDH de 22 de julio de 2008, caso Gómez de Liaño y Botella contra España–.

SÉPTIMO.- Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre esta cuestión, destacando, entre sus Sentencias más recientes al respecto, la STC núm. 26/2007, de 12 de febrero, que establece que “la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el *thema decidendi*. Hemos puntualizado, no obstante, que lo determinante y decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad judicial estén objetivamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el Juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias de cada caso concreto”, añadiendo que “la determinación de cuáles son las circunstancias específicas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado centra sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo”.

En la STC núm. 55/2007, de 12 de marzo, afirma el Juez de la Constitución que “es doctrina reiterada de este Tribunal que una de las exigencias inherentes al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en tanto que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, es la imparcialidad judicial, conforme a la cual, por estar en juego la confianza que los Jueces y Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, debe garantizarse a las partes que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial. A es-

tos efectos se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él. Se ha puntualizado, no obstante, que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de la parte, sino que lo determinante y decisivo es que las razones para dudar de la imparcialidad judicial, por un lado, queden exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos y, por otro, alcancen una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, SSTC 5/2004, de 16 de enero, F. 2, y 240/2005, de 10 de octubre, F. 3)”.

A su vez, la STC núm. 60/2008, de 26 de mayo, dice que “es necesario subrayar que, según doctrina de este Tribunal, la imparcialidad judicial se encuentra dirigida, en efecto, a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio. Esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica en su favor o en contra (STC 5/2004, de 16 de enero, F. 2)”, añadiendo que “aún cuando es cierto que en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que en una sociedad democrática los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FF. 14 y 16; 140/2004, de 13 de septiembre, F. 4). Por ello la imparcialidad del Juez ha de presumirse y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, F. 3; 162/1999, de 27 de septiembre, F. 5) y han de fundarse en causas tasadas e interpretadas restrictivamente sin posibilidad de aplicaciones extensivas o analógicas”.

Finalmente, afirma a este respecto la STC núm. 116/2008, de 13 de octubre, que “debemos tener presente que desde la STC 145/1988, de 12 de julio, hemos incardinado el derecho fundamental al juez imparcial en el art. 24.2 CE, en cuanto reconoce el derecho a un juicio público con todas las garantías, «garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución (F. 5). Ciertamente, la imparcialidad judicial es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia misma: «Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional, recordamos en la STC 151/2000, de 12 de junio, F. 3”, añadiendo que “el instrumento primordial para preservar el derecho al Juez imparcial es la recusación, cuya importancia resulta reforzada si se considera que estamos no sólo ante un presupuesto procesal del recurso de amparo por la supuesta vulneración del derecho al Juez imparcial, sino que el derecho a recusar se integra, asimismo, en el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías, reconocido en el art. 24.2 CE (STC 140/2004, de 13 de septiembre F. 4)”.

OCTAVO.- Pues bien, a tenor de cuanto hemos señalado anteriormente, en el caso de autos, y desde la perspectiva de cualquier observador externo, es lo cierto que la pluralidad de procedimientos sancionadores incoados como consecuencia de los hechos acaecidos el 20 de enero de 2007 en la Plaza Mayor de Madrid –que dio lugar a la solicitud, en sede administrativa, mediante escrito de la hoy demandante de 9 de marzo de 2007, de acumulación de tales Expedientes Gubernativos, y ya en sede judicial, mediante escrito de 29 de abril de 2008, a la de acumulación de los Recursos contencioso-disciplinarios militares ordinarios núms. 28/08, 29/08, 31/08, 36/08, 41/08, 42/08, 45/08, 46/08 y 48/08 seguidos ante el Tribunal Militar Central–, la peculiar conformación del “órgano colegiado asesor y consultivo de los Ministros de Defensa y del Interior, del Secretario de Estado de Seguridad y del Director General de la Guardia Civil” que, como hemos visto, es el Consejo Superior de la Guardia Civil, del que forman parte, como miembros o Vocales natos, todos los Oficiales Generales del Cuerpo en servicio activo, las funciones que legalmente ejerce este órgano en relación a los procedimientos disciplinarios por falta muy grave y las facultades que a los Vocales del tan citado Consejo Superior confieren las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 6 de la Orden General Comunicada núm. 3, de 7 de febrero de 1997, sobre regulación del funcionamiento del Consejo Superior de la Guardia Civil –”recibir, con antelación mínima de

cuarenta y ocho horas, la convocatoria, el Orden del día de la reunión a celebrar y la información relativa a los asuntos sometidos a la consideración del Consejo” y “participar en el debate y votación de los asuntos incluidos en el Orden del día correspondiente”–, integran un cúmulo de circunstancias factuales que pueden inducir, objetiva y justificadamente, a entender que, en el lapso temporal comprendido entre el 20 de junio de 2008 –día a partir del que el General Prudencio entra a formar parte del Consejo Superior del Instituto Armado– y el 8 de julio de 2010 –fecha del Auto por el que se acordó desestimar la recusación planteada–, o, mejor, el 13 de julio siguiente –fecha en que se llevó a cabo por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central la deliberación y votación del Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 26/08–, el aludido General de Brigada de la Guardia Civil pudo, en su calidad de miembro del meritado Consejo Superior, participar, eventualmente, en la emisión por dicho órgano de informe preceptivo acerca de cualquiera de los varios procedimientos disciplinarios por falta muy grave que se incoaron en el ámbito de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil para investigar los hechos ocurridos en la Plaza Mayor de Madrid el 20 de enero de 2007 –los relativos a los miembros del Instituto que se designan en la orden de incoación obrante a los folios 1 y 2 del Expediente Gubernativo núm. NUM000 o cualesquiera otros–, lo que permitiría, razonablemente, entender afectada la imparcialidad objetiva del General de Brigada Don Prudencio al momento de integrar, el 13 de julio de 2010, la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central que enjuició y falló el Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 26/08, dictando la Sentencia de la citada fecha 13 de julio de 2010 que es objeto de la presente impugnación.

En consecuencia, en este examen casuístico a que, en orden a analizar, desde la óptica de la demandante, las dudas o aprensiones que pudieran aducirse por dicha parte respecto a la formación en el juzgador de un prejuicio o convencimiento anticipado que haga temer fundadamente a aquella que el asunto estaba ya decidido, defraudando así su confianza en el órgano de enjuiciamiento, nos conduce la examinada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional, de la Sala Segunda de este Alto Tribunal y de esta propia Sala, asistía la razón a la demandante al momento de formular la recusación para recelar justificadamente que, a través de la eventual participación del General de Brigada Prudencio en otras sesiones del Consejo Superior de la Guardia Civil celebradas antes del momento en que fue designado, mediante insaculación, para formar parte de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central que hubo de ver y fallar el Recurso contencioso– disciplinario militar ordinario

núm. 26/08 –e, incluso, celebradas antes del día 13 de julio de 2010, fecha en que tuvo lugar el acto del juicio ante dicha Sala de Justicia–, pudiera este haber anticipado su criterio en relación a elementos esenciales de lo que constituía el fondo de la cuestión a debatir en el aludido Recurso, al haber formado parte del Consejo Superior del Cuerpo que hubiera, eventualmente, emitido su preceptivo informe en relación a procedimientos sancionadores instruidos no sobre la actividad de la AUGC o sus dirigentes, sino sobre, o con ocasión de, los concretos hechos que tuvieron lugar en la Plaza Mayor de Madrid el día 20 de enero de 2007, lo que, en tal caso, comportaría que materialmente la imparcialidad de dicho Oficial General habría quedado afectada, en su aspecto o vertiente objetiva, al quedar de manifiesto un conocimiento constitutivo de un verdadero juicio adelantado de los elementos factuales –e, incluso, jurídicos– integrantes de la infracción disciplinaria, en términos más que suficientes para suscitar en la parte hoy demandante dudas o prevenciones legítimas y objetivamente fundadas o justificadas acerca de la imparcialidad del General Prudencio, por razón de haberse producido por su parte un conocimiento o un juicio previo de los hechos.

La incontrovertible concurrencia en el caso de autos de este conjunto de circunstancias conduce, pues, a entender que la hoy demandante tenía, objetivamente, motivos legítimos y razonables para temer que pudiera existir ese prejuicio, sin que sus justificadas aprensiones acerca de que quien había de fallar sobre el fondo del asunto pudiera haber intervenido –mediante la eventual emisión de aquél informe preceptivo– en la instrucción de procedimientos disciplinarios relacionados con aquél –vulnerando así la necesaria diferencia entre el órgano instructor y el decisor– fueran debidamente despejadas, al no admitirse, en el incidente de recusación que formuló, la práctica de la documental interesada en el escrito de fecha 14 de junio de 2010, tendente a aclarar tales legítimas dudas, desestimación que se produjo no ya por Auto motivado sino, como hemos dicho, mediante la Providencia de 28 de junio de 2010 –folio 20 de la pieza separada de incidente de recusación–, cuyo escueto razonamiento motivador resulta inasumible por poco fundamentado, puesto que en la recusación formulada en aquél escrito de 14 de junio anterior se especifica la relación de la prueba documental en el mismo solicitada con el Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 26/08, habiéndose acreditado, por lo expuesto, la relevancia de la prueba denegada –es decir, la relación entre el hecho que se quiso y no se pudo probar y la prueba inadmitida y no practicada– y es por ello por lo que ha de despejarse la razonable duda acerca de si en otros procedimientos disciplinarios distintos del que da lugar a dicho



Recurso el General de Brigada recusado intervino o no en su calidad de miembro del Consejo Superior de la Guardia Civil, relación que en el escrito de recusación se especifica claramente, lo que convierte en pertinente y necesaria la documental cuya práctica se inadmite en aquella Providencia de 28 de junio de 2010.

NOVENO.- Así pues, la Providencia de que se trata ocasionó a la hoy demandante una efectiva indefensión, pues la prueba no admitida no solo era pertinente, por su relación con el “*thema decidendi*”, sino que, además, era relevante o decisiva en términos de defensa, en el sentido de que su resultado, de haberse practicado, hubiera tenido virtualidad para determinar si el Vocal militar insaculado había intervenido –o no– en otro concepto en el mismo procedimiento o en otro relacionado con él, en los términos a que se contraen las aludidas causas 11ª del artículo 53 de la Ley Procesal Militar y concordantes 13ª y 16ª del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en la medida en que el ordinal 11ª del artículo 53 de la Ley Adjetiva marcial se refiere no solo al “mismo procedimiento”, lo que no es el caso, sino, cohonestándolo con los ordinales 13ª y 16ª del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a otros que, por traer razón de los hechos ocurridos el 20 de enero de 2007 en la Plaza Mayor de Madrid, se relacionen con el objeto del presente Recurso o determinen que el recusado haya conocido el objeto del mismo y formado criterio sobre él–, y, en definitiva, para determinar si la imparcialidad objetiva de este, al momento de dictar la Sentencia impugnada, se hallaba, o no, afectada.

En suma, y como conclusión necesariamente derivada de lo expuesto, entiende la Sala que, en orden a despejar los fundados recelos, prevenciones, temores o aprensiones que aquél cúmulo de circunstancias hubo de originar a la hoy demandante, el Tribunal Militar Central debió admitir y practicar la documental interesada en el escrito de recusación de 14 de junio de 2010 –”consistente en que por la Dirección general de la Policía y de la Guardia Civil, se remita copia certificada de todas las actas del Consejo Superior de la Guardia Civil en las que hayan participado y/o asistido desde su ascenso al empleo de general de brigada del Cuerpo de la Guardia Civil” los Generales Don Prudencio y Don Roberto–, documental que debiera haberse limitado a traer a los autos copia certificada no de todas las Actas de las sesiones del Consejo Superior de la Guardia Civil en que hubieran participado los Generales Prudencio y Roberto, como pretende la parte, sino, tan solo, de aquellas en que hubieran participado los aludidos Oficiales Generales desde el momento de su ascenso a dicho empleo militar al

de dictarse la Sentencia impugnada y en que dicho órgano hubiera, eventualmente, emitido su preceptivo parecer en relación con los concretos procedimientos disciplinarios instruidos con ocasión, exclusivamente, de los hechos ocurridos el 20 de enero de 2007 en la Plaza Mayor de Madrid, originando dicha inadmisión una vulneración del derecho de defensa de la hoy denunciante, con la consiguiente conculcación del derecho esencial a un proceso con todas las garantías que es correlato de aquél, lo que lleva consigo la estimación del presente Recurso, casando y anulando la Sentencia impugnada y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, reponiendo las actuaciones al estado y momento inmediatamente anterior a acordarse, en el incidente de recusación, mediante Providencia de fecha 28 de junio de 2010, inadmitir la práctica de la prueba interesada en el escrito de 14 de junio anterior promoviendo la recusación.

En consecuencia, deberán reponerse las actuaciones al estado y momento procesal en que se incurrió en la infracción, debiendo continuarse el proceso desde aquél momento.

Y sin que, lógicamente, debamos en el presente momento abordar el otro motivo de casación alegado por la demandante y ni siquiera, dentro de este primer motivo, el examen de la causa de recusación configurada en el ordinal 9º del artículo 53 de la Ley Procesal Militar.

DÉCIMO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1.987 de 15 de julio.

En consecuencia,

Fallo

Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Casación contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 201/131/2010, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Domingo José Collado Molinero en nombre y representación de la Cabo Primero de la Guardia Civil Doña Petra, con la asistencia del Letrado Don Mariano Casado Sierra, contra la Sentencia de fecha 13 de julio de 2010, dictada por el Tribunal Militar Central, por la que, estimando parcialmente el Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 26/08, interpuesto en su día por la citada Cabo Primero contra la resolución del Excmo. Sr. Ministro de Defensa de fecha 22 de enero de 2008, confirmatoria, en vía dealzada disciplinaria, de la del Excmo. Sr. Director General de la

Policía y de la Guardia Civil de fecha 28 de noviembre de 2007, recaída en el Expediente Gubernativo núm. NUM000, por la que se le impuso la sanción disciplinaria de tres meses de suspensión de empleo como autora de una falta muy grave de “observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad de la Institución que no constituyan delito”, prevista en el apartado 9 del artículo 9 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, apreciando, en su lugar, la falta grave de “observar conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil”, prevista en el apartado 1 del artículo 8 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, se impuso a la recurrente, como autora de esta última falta grave, la sanción de un mes de suspensión de empleo, con los efectos prevenidos en el artículo 13 de dicha disposición legal, casando y anulando dicha Sentencia y acordando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la resolución, mediante Providencia de fecha 28 de junio de 2010, de inadmisión de la prueba cuya práctica se interesaba en el escrito de 14 de junio anterior, por el que se promovía el incidente de recusación planteado por la hoy demandante contra los Excmos. Sres. Generales de Brigada de la Guardia Civil Don Prudencio y Don Roberto, Vocales militares titular y suplente, respectivamente, insaculados para integrar la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central que debía llevar a cabo, el 13 de julio de 2010, la deliberación, votación y fallo del Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 26/08, con anulación de todas las actuaciones posteriores a dicha Providencia, y trayendo al incidente de recusación copia certificada únicamente de aquellas Actas de las sesiones del Consejo Superior de la Guardia Civil en que hubieran participado los aludidos Oficiales Generales desde el momento de su ascenso a dicho empleo militar al de dictarse la Sentencia impugnada y en que dicho órgano hubiera, eventualmente, emitido su preceptivo parecer en relación con los concretos procedimientos disciplinarios instruidos con ocasión, exclusivamente, de los hechos ocurridos el 20 de enero de 2007 en la Plaza Mayor de Madrid.

Se declaran de oficio las costas causadas en el presente Recurso.

Notifíquese la presente resolución en legal forma a las partes personadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto particular

## VOTO PARTICULAR

FECHA: 05/07/2011

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Benito Galvez Acosta A LA SENTENCIA DE FECHA 4 DE JULIO DE 2011, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 201-131/2010.

Formulo el presente Voto Particular, con el carácter de discrepante, porque, en mi opinión, la Sala debió, por las razones que a continuación se hacen constar, no estimar, en los términos que establece, el recurso de casación interpuesto por la guardia civil, Doña Petra, contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central, de fecha 13 de julio de 2010, en el recurso contencioso disciplinario militar ordinario, número 26/08.

PRIMERO .- A modo de relación de hechos he de anotar los siguientes.

- Con fecha 13 de julio de 2010, la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, dictó sentencia estimando parcialmente el recurso contencioso disciplinario militar número 26/08, interpuesto por la cabo primero de la Guardia Civil Doña Petra, imponiendo a la recurrente la sanción de un mes de suspensión de empleo, ante la comisión de falta grave prevista en el número 1 del artículo 8 de la L.O. 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en “observar conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil”.

- Los hechos, expresamente declarados probados, que asumo, constan en la citada sentencia del Tribunal Militar Central, así como en la de esta Sala de 4 de julio de 2011, de cuyo fallo discrepo.

- En breve síntesis, éstos se refieren a la reunión llevada a cabo, en la Plaza Mayor de Madrid, el día 20 de enero de 2007, en la que participó, y por ello fue sancionada, la expedientada cabo primero Doña Petra.

- Contra citada Sentencia del Tribunal Militar Central, la encartada interpuso recurso de casación, ante esta Sala, cuyo motivo primero se formuló al amparo procesal del art. 5.4 de la LOPJ, por infracción del art. 24, apartados 1 y 2, en relación con el art. 6 apartado 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

- Con fecha 4 de julio de 2011, tras la pertinente deliberación y votación, la Sala, con el voto de la mayoría, ha dictado Sentencia “casando y anulando la sentencia recurrida, y acordando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la resolución, mediante providencia de fecha 28 de junio de 2010, de inadmisión de la prueba cuya

práctica se interesaba en el escrito de 14 de junio anterior, por el que se promovía el incidente de recusación planteado, por la hoy demandante, contra los Excmos. Sres. Generales de Brigada de la Guardia Civil, Don Prudencio y Don Roberto: vocales militares, titular y suplente respectivamente, insaculados para integrar la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, que debía llevar a cabo, el 13 de julio de 2010, la deliberación votación y fallo del recurso contencioso disciplinario militar ordinario número 26/08, con anulación de todas las resoluciones posteriores a dicha providencia”.

- La Sala, limita el objeto de su examen casacional a la recusación del general Prudencio, que fue quien integró la Sala que dictó la sentencia impugnada, de fecha 13 de julio de 2010.

- Igualmente, limita su atención, «por razones metodológicas, a determinar si el referido general Prudencio, se hallaba incurso en la causa de recusación enunciada en el ordinal 11 del art. 53 de la Ley Procesal Militar, consistente en “haber intervenido en otro concepto en el mismo procedimiento”, por cuanto que el análisis de su eventual concurrencia, ha de ser previo al de la causa 9ª, “tener interés directo o indirecto en el procedimiento”, del meritado art. 53 de la Ley rituaría Castrense.

- En la pauta que estima procedente, la sentencia de 4 de julio de 2011, centra la cuestión debatida, “en razón de no haberse practicado, en sede del incidente de recusación promovido por la hoy recurrente, las diligencias de prueba interesadas para probar y acreditar la concurrencia, de determinadas causas de recusación, en las personas de los Vocales militares” de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, ya referido.

- A tal fin, trae a colación sentencias de esta Sala de 23 de noviembre de 1999, 30 de noviembre de 2004, 12 de febrero de 2008, 17 de febrero de 2010, 12 de julio de 2010 y 2 de febrero de 2011, ésta de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Sentencias, que contienen profusa doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y al Convenio Europeo de Derechos Humanos; todas en relación con el derecho a un Juez imparcial, tanto en términos subjetivos como objetivos (Fundamentos de Derecho primero, segundo, sexto y séptimo).

- En su fundamento tercero, la sentencia trae a colación el escrito de recusación, de 14 de junio de 2010, en el que se alude a que los referidos Generales de la Guardia Civil, en su condición de oficiales Generales de la Institución, y miembros de pleno derecho del Consejo Superior de la Guardia Civil, han podido informar en procedimientos disciplinarios relativos a

dirigentes de AUGC; de tal manera que hayan formado postura en relación con hechos similares a los que figuran como probados en la resolución disciplinaria objeto de recurso; siendo por ello que se interesa práctica de prueba documental consistente en que, “por la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil se remita copia certificada, de todas las actas del Consejo Superior de la Guardia Civil, en las que hayan participado y/o asistido desde su ascenso al empleo de General de Brigada del cuerpo de la Guardia Civil, los reiterados Generales Prudencio y Roberto”.

- También refiere la sentencia en el fundamento tercero, que mediante sendos escritos, de 17 y 18 de junio de 2010, los generales recusados evacuaron informes consignando no tener interés directo en el procedimiento, ni haber formado parte del Consejo Superior que emitió informe en relación con el procedimiento disciplinario incoado a la hoy demandante. Y añade que, mediante providencia de fecha 28 de junio de 2010, el Tribunal Militar Central rechazó la documental interesada; acordando, sólo, dirigirse a la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil quien, en su razón, con fecha 30 de junio de 2010, emitió certificado en sentido negativo a que los recusados generales hubieren asistido y/o participado en la reunión del Consejo Superior de la Guardia Civil, de fecha 20 de noviembre de 2007, en la que se emitió el preceptivo informe, en relación con el expediente gubernativo, del que traen causa las presentes actuaciones. Tribunal Militar Central que, por auto de 8 de julio de 2010, acordó desestimar la recusación formulada.

- En el fundamento de derecho cuarto, anota resultar indubitable que en el concreto procedimiento disciplinario, instruido a la hoy demandante, el general Prudencio no tuvo intervención directa ni indirecta en concepto alguno pues, como cita la referida certificación de 30 de junio, no asistió a la sesión del Consejo Superior de la Guardia Civil, celebrada el día 20 de noviembre de 2007, en la que se emitió informe sobre el expediente gubernativo instruido a la cabo primero Petra, y en méritos del que se dictó la sentencia de 13 de julio de 2010, hoy recurrida.

- Trae a colación que el recusado, General Prudencio, en su citado informe de fecha 17 de junio de 2010, afirma que “como Oficial General de la Guardia Civil, forma parte del Consejo Superior de dicho Instituto, desde el 20 de junio de 2008, no habiendo informado en ningún procedimiento disciplinario relativo a dirigentes de AUGC, en relación con hechos similares a los que figuran como probados en las resoluciones disciplinarias, que constituyen el recurso contencioso-disciplinario ordinario, en la que la referida cabo primero está incurso”.

- En el quinto fundamento, con ilustrada referencia al carácter y funciones del Consejo Superior de la Guardia Civil, del que el general Pru-

dencio es vocal nato desde el 20 de junio de 2008, plantea la necesidad de descartar que el reiterado General, (que integró la Sala que dictó sentencia en fecha 13 de julio de 2010), en tal condición de vocal del Consejo, hubiera intervenido en procedimientos sometidos a informes de éste, desde el 20 de junio de 2008 al 8 de julio de 2010 (fecha del auto desestimatorio de la recusación).

- En el fundamento octavo, abordando precedente planteamiento, y atendiendo las dudas alegadas por la recurrente, concluye afirmando la relevancia de la prueba denegada en la providencia del Tribunal Militar Central de 28 de junio de 2010, desestimatoria de la prueba, cuyo razonamiento motivador considera inasumible por poco fundamentado.

- En el fundamento noveno, tras considerar que la aludida providencia ocasionó a la hoy demandante una efectiva indefensión pues, afirma, el Tribunal Militar Central debió admitir y practicar la documental interesada en el escrito de recusación de 14 de junio de 2010, para determinar si la imparcialidad objetiva del general Prudencio, al momento de dictar la sentencia impugnada, se hallaba o no afectada, acuerda la nulidad que el fallo de la sentencia establece.

SEGUNDO .- Sabido es, y la sentencia de 3 de diciembre de 2010 lo recuerda, con cita de otras que también incluye del Tribunal Constitucional, que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, consagrado como fundamental en el art. 24.2 de la C.E., no comprende “un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la que las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer”. El derecho a la prueba, efectivamente no es absoluto ni se configura con carácter ilimitado, o incondicionado, con independencia de su necesidad o pertinencia. De tal modo, que ni el reconocimiento de la relevancia constitucional de tal derecho, ni el principio de interdicción de la indefensión, desapoderan al Tribunal competente de su facultad para valorar la pertinencia de las pruebas propuestas, a los efectos de su admisión; pudiendo, el Tribunal denegar aquellas que considere impertinentes, inútiles o generadoras de indebidas dilaciones.

TERCERO .- Sabido también es, y la sentencia con cuyo fallo discrepo cumplidamente lo refiere, que el Instituto de la recusación forma parte del derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial, en cuyos miembros no concurra ningún dato a partir del que puedan albergar, las partes, duda fundada de que aquellos han formado criterio anticipado, del supuesto a enjuiciar, en base al contacto previo con los hechos y los elementos que puedan servir como prueba de los mismos. Es decir, que quede afectada la imparcialidad subjetiva u objetiva que se predica de todo juzgador. Aunque

la imparcialidad, igualmente cita, también ha de venir asegurada por otro aspecto que las normas asimismo regulan, referido al derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley.

Existe pues, un derecho a la imparcialidad del juez, pero también existe el derecho a la inamovilidad del juzgador legalmente predeterminado; de tal manera que por mor de pretendidas imparcialidades se altere aludida predeterminación.

Es por ello, que el Instituto de la recusación se estructura legalmente, tanto en la Ley Procesal Militar como en la L.O.P.J. de forma rigurosa, exigiendo para su viabilidad requisitos que no pueden quedar al arbitrio o veleidad de quien lo invoca, ni ser extensivamente aplicado. Efectivamente, el ordinal 11 del art. 53 de la Ley Procesal Militar establece, taxativamente, como causa de recusación “haber intervenido en otro concepto en el mismo procedimiento”; y su artículo 58 impone “que la recusación se propondrá por escrito, en el que se expondrá la causa en que se apoye y los hechos en que se funde, así como los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba, y los medios probatorios de que intente valerse”. La LOPJ, más allá de la Ley Procesal Militar que se ha de aplicar al presente caso, aún en el trámite recusatorio, art. 222.2, determina: que “la recusación se propondrá por escrito, que deberá expresar concreta y claramente la causa legal y los motivos en que se funde, acompañando un principio de prueba sobre los mismos”.

Es claro, y lo recoge la sentencia discrepada, que con la recusación, “en cualquier caso no se trata de primar los deseos, o preferencias del justiciable, respecto a la composición personal del órgano de enjuiciamiento; ni tampoco atender sus dudas basadas en meras apreciaciones o impresiones personales. Sino que, para que pueda afirmarse que un Tribunal puede no ser imparcial, es preciso que las dudas sobre la imparcialidad estén objetivamente justificadas. Aunque las apariencias son importantes, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte del proceso, las dudas sobre la imparcialidad, para ser atendidas, no pueden basarse en meras impresiones, sino que requieren una justificación objetiva”.

CUARTO.- Desde tales premisas, en el caso concreto, es de observar:

- La hoy recurrente, Sra. Petra, formuló incidente de recusación ante la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central; en su trámite el recusado, general de brigada de la Guardia Civil Don Prudencio, emitió informe al respecto en 17 de junio de 2010. Siendo dictada providencia, en fecha 28 de junio de 2010, inadmitiendo la prueba propuesta por inútil y no perti-



nente. Consta, igualmente en el trámite, informe del Excmo. Sr. Secretario del Consejo Superior de la Guardia Civil, de 30 de junio de 2010; y también que fue dictado auto, en fecha 8 de julio de 2010, desestimando la recusación formulada.

- Interpuesto recurso de casación ante esta Sala, por la recurrente se reitera, en definitiva, la desestimada recusación. En su razón cuestiona el acierto tanto de la providencia de fecha 28 de junio de 2010, como del auto de fecha 8 de julio de 2010. A tal fin, anota que el incidente de recusación se resolvió sin que se practicasen las pruebas interesadas, y sugiere que el recusado ha podido informar en procedimientos disciplinarios relativos a dirigentes de AUGC, de tal manera que haya formado postura, en relación con hechos similares a los que figuran como probados en las resoluciones disciplinarias, que constituyen el objeto del recurso contencioso-disciplinario militar planteado. En su relación, indica que el general Prudencio participó en la reunión del Consejo Superior de la Guardia Civil, celebrada el día 3 de octubre de 2009, adjuntando fotocopia del acta correspondiente a dicha sesión.

- Los referidos extremos han sido considerados, y constan, en la sentencia discrepada; debiéndose evitar, por tanto, reiterarlos en su concreto contenido.

Ello no obsta a que se deba apreciar:

a) La imprecisión, generalidad y eventualidad, con la que se planteó el incidente de recusación y la petición de prueba que se efectúa. Tal formulación, entiendo, justifica el pronunciamiento contenido en la providencia de 28 de junio de 2010; providencia suficientemente motivada por cuanto que, de conformidad con reiterada jurisprudencia cuya cita huelga, adecuadamente satisface el conocimiento de su razón de decidir. Deficiencia, referida, que también justifica el criterio desestimatorio del auto, de fecha 8 de julio de 2010, que, atendiendo a la impertinencia e inutilidad de la prueba, resolvió, desestimándolo, el incidente de recusación.

b) Que dicha imprecisión, generalidad y eventualidad, queda evidente con la utilización del término “similares”, que la recurrente plasma en sus escritos al efecto; llegando incluso a citar, como posible ejemplo, a efectos de contaminación del recusado, el acta de la sesión del Consejo Superior de la Guardia Civil, de fecha 3 de octubre de 2009. Documento que, sin embargo, viene referido a hechos absolutamente diferentes a los que constituyen el objeto del expediente disciplinario que nos ocupa. En este, se sanciona a la cabo primero Doña Petra por la comisión de una falta grave de “observar conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil”, prevista en el número 1 del art. 8 de la L.O. 12/07, de 22

de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil; en aquél, se informa, respecto de otro encartado, por la presunta falta muy grave prevista en el nº 3 del art. 7 de la L.O. 12/07, bajo el concepto de “la promoción o pertenencia a partidos políticos o a sindicatos, así como el desarrollo de actividades políticas o sindicales”.

c) Que, como se ha anotado, la discrepada sentencia en su fundamento de derecho cuarto, trae a colación que el recusado, general Prudencio, en su informe de 17 de junio de 2010 afirma: “como oficial general de la Guardia Civil, forma parte del Consejo Superior de dicho Instituto desde el 20 junio de 2008, no habiendo informado en ningún procedimiento disciplinario relativo a dirigentes de AUGC, en relación con hechos similares a los que figuran como probados, en las resoluciones disciplinarias que constituyen el recurso contencioso-disciplinario ordinario en la que referida Cabo 1º esta incurso; toda vez que el acuerdo adoptado por el Consejo Superior de la Guardia Civil, relacionado con el tema del Expediente Gubernativo instruido a la misma, fue adoptado con fecha del 20 de noviembre de dos mil siete”.

Desde tan rotunda afirmación la secuencia cronológica de lo acontecido resulta ser:

- 20 de noviembre de 2007, sesión del Consejo en la que se informó sobre el expediente de la encartada.

- 20 de junio de 2008, ascenso a general del Sr. Prudencio.

- 17 de junio de 2010, informe del general Sr. Prudencio, en el trámite recusatorio

- 28 de junio de 2010, providencia desestimatoria de la prueba.

- 8 de julio de 2010, Auto desestimatorio del incidente de recusación.

- 13 de julio de 2010, Sentencia del Tribunal Militar Central.

d) Que ello establecido, por constatado, es obvio que, salvo que el general Prudencio no haya sido veraz en su informe de 17 de junio de 2010, incurriendo por ende en la correspondiente responsabilidad, no se le deba atribuir “contaminación” alguna cuando formó parte del Tribunal que dictó la sentencia objeto del presente recurso.

En definitiva, ante las referidas deficiencias que a mi juicio presenta el planteamiento del incidente de recusación, ya declaradas en la providencia de fecha 28 de junio de 2010, en el informe del Ministerio Fiscal al efecto, y en el auto desestimatorio de 8 de julio de 2010; en cuanto infringen el régimen de la prueba y el riguroso Instituto de la recusación, a más del contenido del informe del general Prudencio de fecha 17 de junio, concluyo que, constituida la recusación formulada en meramente cautelar o preventiva, no debió dictarse la sentencia de fecha 4 de julio en los términos de

su pronunciamiento. Debiéndose, antes bien, haber emitido un pronunciamiento contrario respecto a la nulidad que se acuerda y, por tanto, no haber estimado el recurso.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA: 05/07/2011

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON Javier Juliani Hernan A LA SENTENCIA DE FECHA 4 DE JULIO DE 2011 DICTADA EN EL RECURSO DE CASACION NUMERO 201/131/2010.

Mi discrepancia con el parecer mayoritario del pleno de la Sala viene motivada porque, a mi entender, el recurso de casación interpuesto por la Cabo Primero de la Guardia Civil Doña Petra no debió ser estimado en los términos que se expresan en la Sentencia con la que me muestro disconforme.

Considero que en la referida Sentencia no debe anularse la providencia de fecha 28 de junio de 2010 del Instructor del incidente de recusación promovido por la hoy recurrente contra los vocales designados por insaculación como titular y suplente para integrar la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central que debía llevar a cabo la deliberación, votación y fallo de su recurso contencioso-disciplinario militar ordinario, ni las actuaciones posteriores a dicha providencia, ni acordarse la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a dicha providencia, disponiéndose al propio tiempo traer a dicho incidente de recusación “copia certificada únicamente de aquellas Actas de las sesiones del Consejo Superior de la Guardia Civil en que hubieran participado los aludidos Oficiales Generales desde el momento de su ascenso a dicho empleo militar al de dictarse la Sentencia impugnada y en que dicho órgano hubiera, eventualmente, emitido su preceptivo parecer en relación con los concretos procedimientos disciplinarios instruidos con ocasión, exclusivamente, de los hechos ocurridos el 20 de enero de 2007 en la Plaza Mayor de Madrid”

La justificación en lo esencial de tal decisión podemos encontrarla en el fundamento de derecho octavo de la expresada Sentencia en el que se afirma que:

“.....asistía la razón a la demandante al momento de formular la recusación para recelar justificadamente que, a través de la eventual participación del General de Brigada Prudencio en otras sesiones del Consejo Superior

de la Guardia Civil celebradas antes del momento en que fue designado, mediante insaculación, para formar parte de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central que hubo de ver y fallar el Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 29/08 –e, incluso, celebradas antes del día 13 de julio de 2010, fecha en que tuvo lugar el acto del juicio ante dicha Sala de Justicia–, pudiera este haber anticipado su criterio en relación a elementos esenciales de lo que constituía el fondo de la cuestión a debatir en el aludido Recurso, al haber formado parte del Consejo Superior del Cuerpo que hubiera, eventualmente, emitido su preceptivo informe en relación a procedimientos sancionadores instruidos no sobre la actividad de la AUGC o sus dirigentes, sino sobre, o con ocasión de, los concretos hechos que tuvieron lugar en la Plaza Mayor de Madrid el día 20 de enero de 2007, lo que, en tal caso, comportaría que materialmente la imparcialidad de dicho Oficial General habría quedado afectada, en su aspecto o vertiente objetiva, al quedar de manifiesto un conocimiento constitutivo de un verdadero juicio adelantado de los elementos factuales –e, incluso, jurídicos– integrantes de la infracción disciplinaria, en términos más que suficientes para suscitar en la parte hoy demandante dudas o prevenciones legítimas y objetivamente fundadas o justificadas acerca de la imparcialidad del General Prudencio, por razón de haberse producido por su parte un conocimiento o un juicio previo de los hechos... sin que sus justificadas aprensiones acerca de que quien había de fallar sobre el fondo del asunto pudiera haber intervenido –mediante la eventual emisión de aquél informe preceptivo– en la instrucción de procedimientos disciplinarios relacionados con aquél –vulnerando así la necesaria diferencia entre el órgano instructor y el decisor– fueran debidamente despejadas, al no admitirse, en el incidente de recusación que formuló, la práctica de la documental interesada en el escrito de fecha 14 de junio de 2010, tendente a aclarar tales legítimas dudas, desestimación que se produjo no ya por Auto motivado sino, como hemos dicho, mediante la Providencia de 28 de junio de 2010 –folio 20 de la pieza separada de incidente de recusación–, cuyo escueto razonamiento motivador resulta inasumible por poco fundamentado, puesto que en la recusación formulada en aquél escrito de 14 de junio anterior se especifica la relación de la prueba documental en el mismo solicitada con el Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 26/08...”.

Discrepo respetuosamente de la mayoría de la Sala y de la fundamentación que se ofrece para acordar tal nulidad y la práctica de una prueba que, en mi opinión, no se corresponde con la solicitada por la promotora del referido incidente y deviene innecesaria en los términos en los que la recusación fue planteada, por las siguientes razones:

1.- La aquí recurrente se remite ahora al incidente de recusación planteado en su día y en el que invocó respecto de los Generales de la Guardia Civil D. Prudencio y D. Roberto como causas de recusación las determinadas como 9ª y 11ª en el artículo 53 de la Ley Orgánica Procesal Militar, fundando la recusación en su escrito de 14 de junio de 2010, en el que se promovía dicho incidente, en que ambos vocales:

“Desempeñaban un puesto de confianza y de apoyo directo al Director General de la Policía y de la Guardia Civil, que tiene entre sus competencias cuestiones que han sido abordadas dentro del ámbito de actuación de la Asociación Unificada de Guardias Civiles AUGC, en cumplimiento de sus fines estatuarios, entre otras las relativas a las condiciones económicas y retributivas de los guardias civiles, la participación en misiones internacionales con unidades de las Fuerzas Armadas, seguridad de los acuartelamientos, centros y organismos de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, en el ámbito de la Guardia Civil, reforma de la jornada de trabajo, diseño de la nueva Ley de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, no aplicación del Código Penal Militar. Es decir, sus ámbitos de responsabilidad inciden, de forma directa, en cuestiones y aspectos que constituyen aspectos de la reivindicación de la AUGC, de tal manera que puede señalarse que tienen ambos Vocales, un interés directo o indirecto, en el resultado del procedimiento o un posicionamiento contrario a las posturas que son defendidas por la AUGC, por sus dirigentes y afiliados, de tal manera, que es perfectamente razonable pensar que no ejerzan su función desde la situación de plena imparcialidad, objetividad, y neutralidad, dada su condición, además de Oficiales Generales de la Institución y miembros de pleno derecho del Consejo Superior de la Guardia Civil. En relación con esta última condición, han podido informar en procedimientos disciplinarios relativos a dirigentes de AUGC, de tal manera que hayan formado postura en relación con hechos similares a los que figuran como probados en las resoluciones disciplinarias que constituyen el objeto del presente recurso contencioso-disciplinario militar ordinario”.

A continuación se interesaba por la promovente de la recusación, como medios probatorios de los que intentaba valerse, la “documental consistente en que por la Dirección general de la Policía y de la Guardia Civil, se remita copia certificada de todas las actas del Consejo Superior de la Guardia Civil en las que hayan participado y/o asistido desde su ascenso al empleo de general de brigada del Cuerpo de la Guardia Civil “y la declaración testifical de los referidos Generales.

Se concluía el referido escrito suplicando de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, que acordara la estimación de la recusación instada

“procediendo a una nueva designación de vocales que sean independientes, imparciales, y que estén desvinculados por completo del mando militar de la Guardia Civil “.

2.- Al sustanciarse la recusación promovida se recibió informe de ambos recusados, significando el General Prudencio, que fue quien finalmente formó parte de la Sala que en primera instancia enjuició el recurso, que, desde el 20 de junio de 2008, en que como Oficial General de la Guardia Civil formaba parte del Consejo Superior de dicho Instituto, no había informado “en ningún procedimiento disciplinario relativo a dirigentes de AUGC, en relación con hechos similares a los que figuran como probados en las resoluciones disciplinarias que constituyen el recurso contencioso disciplinario ordinario en el que la referida Cabo 1º está incurso”.

3.- El Instructor del incidente, en providencia de 28 de junio de 2010, acordó inadmitir por inútil la testifical interesada en relación con ambos Generales, “toda vez que nada más tendrían que aportar con su declaración que lo ya alegado en sus correspondientes escritos a los efectos del presente incidente de recusación” y rechazar “por no pertinente la documental interesada, puesto que la recusación ha de entenderse formulada en relación a un procedimiento concreto y a una o más causas determinadas, no debiéndose admitir una prueba como la solicitada de carácter general, más aún cuando no se especifica que relación tiene con el presente recurso contencioso-disciplinario, entendiéndose no obstante, que en razón del mismo, es suficiente solicitar de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, certificado sobre si los dos Generales de Brigada de la Guardia Civil recusados asistieron y/o participaron en la reunión del Consejo Superior de la Guardia Civil de fecha 20 de noviembre de 2007, en la que se emitió el informe preceptivo en relación con el expediente gubernativo del que traen razón los presentes autos”.

4.- Posteriormente, al resolver el Tribunal Militar Central con fecha 8 de julio de 2010, de conformidad con el informe desfavorable del fiscal jurídico militar, la recusación promovida, se rechazaron ambas causas de recusación, señalándose respecto a la establecida como novena en el artículo 53 de la Ley Procesal Militar que no se podía apreciar en ninguno de los vocales militares dicha causa de” tener interés directo o indirecto en el procedimiento”, porque “olvida el representante de la actora que el presente recurso contencioso disciplinario número 26/08 lo ha instado su representada, Guardia Civil Petra, y no la Asociación Unificada de Guardias Civiles, a la que repetidamente se remite en el escrito de recusación” y porque “el interés debe ser personal, y no cabe hablar de interés por razón del estatuto profesional o de su estatuto personal como Guardias Civiles o

de unas obligaciones legales como Generales de Brigada del Benemérito Cuerpo”.

Por lo que respecta a la segunda de las causas invocadas, la recogida en el número 11 del artículo 53 de la Ley Procesal Militar, consistente en “haber intervenido en otro concepto en el mismo procedimiento”, recuerda que la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar “establece como una obligación, con carácter de acto de servicio preferente la intervención de los militares en la Administración de Justicia, siendo imperativo que cualquier excusa o abstención esté amparada en hechos objetivos o causa legal para hacer ceder tal obligación, lo que ya adelantamos, no ocurre en el presente supuesto, pues lo que se alega son meras hipótesis y situaciones de carácter genérico que de admitirse de forma general llevarían al absurdo de imposibilitar dictar resolución a cualquier Tribunal Militar conforme a las Leyes Orgánicas y Procesales vigentes”. Los juzgadores de instancia razonan para también rechazarla, que “como entienden los propios recusados, afirma el Ministerio Fiscal y se deduce de la prueba practicada no hay documento ni dato objetivo alguno que conste en el procedimiento y avale la intervención de los Generales Prudencio y Roberto en el expediente gubernativo del que traen razón los autos. En consecuencia, si no ha habido intervención alguna, tal causa de recusación es inexistente”.

5.- Pues bien, por lo que se refiere a la actuación del Instructor del incidente y a la resolución del Tribunal Militar Central sobre la recusación planteada, me remito al voto particular discrepante emitido en relación con esta Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Benito Galvez Acosta, al que me adhiero, pero además he de manifestar que, por contra de lo que entiende la mayoría de la Sala, no sólo no procedía la anulación de la providencia citada, sino que tampoco resulta procedente practicar la prueba interesada por la promovente de la recusación, en lo que se refiere a la documental propuesta por ésta, circunscribiéndola a “los concretos procedimientos disciplinarios instruidos con ocasión, exclusivamente, de los hechos ocurridos el 20 de enero de 2007 en la Plaza Mayor de Madrid”.

6.- En este sentido, hay que precisar que fue la propia demandante, quien al fijar el alcance de la recusación, se refirió tan sólo a las causas 9ª y 11ª determinadas en el artículo 53 de la Ley Procesal Militar, esto es, “tener interés directo o indirecto en el procedimiento” y “haber intervenido en otro concepto en el mismo procedimiento”, fundando tan sólo en los supuestos previstos en ambas causas la recusación de los mismos y argumentando como base de ellas el desempeño por ambos Generales de puestos de confianza y, lo que resultaba más determinante, desprendién-

dose claramente de su exposición que la recusación se formulaba por su condición de Oficiales Generales de la Guardia Civil y por su pertenencia al Consejo Superior del Instituto Armado, dado que, según la demandante expresaba en su referido escrito, “es perfectamente razonable pensar que no ejerzan su función desde la situación de plena imparcialidad, objetividad, y neutralidad, dada su condición, además de oficiales generales de la Institución y miembros de pleno derecho del Consejo Superior de la Guardia Civil”, suscitándose tan sólo como una mera posibilidad, que hubieran podido informar “en relación con hechos similares a los que figuran como probados en las resoluciones disciplinarias que constituyen el objeto del presente recurso contencioso-disciplinario militar ordinario”, sin que con el término “similares” se refiriera la recusante a los mismos hechos que se enjuician en el presente recurso.

Ello es así porque del referido escrito se desprende que la prueba interesada por la recusante no tenía por objeto acreditar la participación de los recusados en las concretas reuniones del Consejo Superior de la Guardia Civil en que dichos Generales hubieran podido informar sobre los expedientes disciplinarios derivados de los hechos ocurridos el 20 de enero de 2007 en la Plaza Mayor de Madrid (como ahora finalmente determina esta Sala), solicitando las actas correspondientes a las reuniones en las que se hubieran adoptado acuerdos en relación con tales hechos, sino que se extendía a “todas las actas del Consejo Superior de la Guardia Civil en las que hayan participado y/o asistido desde su ascenso al empleo de general de brigada del Cuerpo de la Guardia Civil”, pues evidentemente, con la práctica de dicha prueba tan general e inconcreta, se pretendía acreditar la desafección de ambos Generales a la mencionada Asociación y así evidenciar que no podían ejercer con “plena imparcialidad, objetividad y neutralidad”, en el Tribunal Militar Central, lo que, según la recusante, era “perfectamente razonable pensar”, pretendiendo que los vocales designados estuvieran “desvinculados por completo del mando militar de la Guardia Civil”.

7.- Es tan evidente que, al instar la recusación su promovente, no resultaba trascendente para ella que los recusados hubieran podido informar sobre los concretos hechos ocurridos el 20 de enero de 2007, que en este momento, al formular su recurso ante esta Sala, el recurrente refiere (como así se recoge en la Sentencia de la que discrepamos) que “ha podido conocer ahora que el General Prudencio participó en la reunión del Consejo Superior de la Guardia Civil de 3 de octubre de 2009, sesión en la que en el punto segundo del orden del día, se hubo de emitir informes sobre los expedientes disciplinarios relativos a Don Fructuoso, Don Higinio, Don Lázaro y Don Mario, todos ellos, miembros de la Junta Directiva Nacional



de la AUGC, con cargos de la máxima relevancia y responsabilidad asociativa, en relación con hechos similares a los que se referían las resoluciones objeto del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario, de tal manera que este dato, desde nuestro punto de vista, hacía notorio que su postura a la hora de abordar su labor de componente de la Sala que debía dictar sentencia, no era de imparcialidad, ni de objetividad y de neutralidad, por lo [que] concurrían ciertamente, razones y causas que justificaban su abstención y en su caso, su recusación”.

Obviamente hay que entender que, al referirse nuevamente la recurrente a “hechos similares”, no se están invocando “los mismos hechos” que acaecieron el 20 de enero de 2007. Se persiste en hablarnos de “hechos similares”, que no de “los mismos hechos”, sin concretar la ahora recurrente que se refiere específicamente a “los ocurridos el 20 de enero de 2007 en la Plaza Mayor de Madrid”, porque –como acertadamente se explica por el Magistrado Sr. Benito Galvez Acosta en su voto discrepante– el expediente al que se refiere el acta de la sesión del Consejo Superior de la Guardia Civil de fecha 3 de octubre de 2009, se circunscribe a hechos absolutamente distintos de los que constituyen el objeto del expediente disciplinario que se sustancia en este recurso, pues en éste se sanciona a la Cabo Primero Doña Petra por la comisión de una falta grave de “observar conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil”, prevista en el número 1 del art. 8 de la L.O. 12/07, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, y en él que ahora se cita por la recurrente, sobre un sustrato fáctico diferente, se sancionó a otro expedientado por la presunta falta muy grave prevista en el nº 3 del art. 7 de la L.O. 12/07, bajo el concepto de “la promoción o pertenencia a partidos políticos o a sindicatos, así como el desarrollo de actividades políticas o sindicales”, lo que en definitiva abunda en nuestro planteamiento.

8.- Porque, y aunque no deje de ser cierto que –como reconoce la Sentencia de la que discrepamos– existió una multiplicidad de procedimientos sancionadores incoados en el ámbito de la Guardia Civil con ocasión de los hechos ocurridos en la Plaza Mayor de Madrid el día 20 de enero de 2007 y que lógicamente existía una conexidad objetiva entre todos ellos, resulta evidente que la recurrente en la recusación instada no quiso concretar entonces, ni ahora ha venido a precisar (cuando lógicamente todos los expedientes tramitados por dichos hechos se encuentran ya concluidos, dado que sucedieron en enero de 2007 y el que aquí nos ocupa se incoó el día 2 del mes siguiente), que al remitirse a “procedimientos similares” no se estaba o se está refiriendo a los mismos o idénticos hechos acaecidos en la Plaza Mayor el 20 de enero de 2007.

No se trata de una imprecisión –en todo caso tan sólo imputable a quien pretendía el apartamiento de los vocales militares legalmente designados– y dadas las causas de recusación invocadas, no cabía esperar que el Instructor del incidente determinara que, la recusación por la pretendida falta de imparcialidad, objetividad y neutralidad de los recusados por su intervención en “hechos similares”, había de referirla a la posible participación de éstos en los expedientes derivados de los mismos hechos que se enjuiciaban en el presente caso y que debía acordar la práctica de la prueba solicitada en tal sentido, porque no se expresaba por la promotora del incidente que se estuviera refiriendo a los mismos hechos o que unos y otros guardaran algún tipo de relación en su desarrollo, y por ello hemos de insistir en que no se interesaba la aportación de las concretas actas de las reuniones del Consejo Superior de la Guardia Civil en las que se hubieran informado los expedientes derivados de los hechos del 20 de enero de 2007, sino “todas las actas” de dicho órgano consultivo, sin concretar por ello los hechos en que se fundaba, ni precisar los puntos de hecho sobre los que había de versar la prueba, según exige el artículo 58 de la Ley Procesal Militar, alegándose –como bien dice el Tribunal Militar Central– “meras hipótesis y situaciones de carácter genérico “con una imprecisión y generalidad que resulta evidente al emplearse el término “similares” y no referirse a los mismos hechos acaecidos el 20 de enero de 2007.

Como se reconoce en la sentencia de la que discrepamos “la parte recurrente no ha acreditado –ni en el incidente de recusación ante el Tribunal Militar Central ni ante esta Sala– que tengan el mismo objeto procesal –y ni siquiera que estén relacionados, según el último inciso de la causa prevista en el número 13º del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial– que aquél en el que se dictó la resolución que fue luego objeto de la Sentencia del Tribunal Militar Central de 13 de julio de 2010”, pero es que en el propio escrito de la recurrente en el que se promovió la recusación, según se desprende de él, tampoco estaba interesada en ello, porque como ya hemos señalado la finalidad de la prueba solicitada era otra distinta y su práctica –con la amplitud interesada en su día por la recurrente– no es ordenada ahora por esta Sala, con lo que, en definitiva, se confirma la razón de su rechazo por el Instructor del incidente.

9.- En definitiva, en razón de los propios términos en que venía planteada la recusación de los vocales designados por la hoy recurrente, hemos de concluir que la anulación de la providencia denegatoria y la realización de la prueba que ahora se ordena practicar, resultan improcedentes por ser ésta última innecesaria. El General Prudencio, que formó finalmente parte del Tribunal hizo declaración expresa de que, desde su ascenso a General

el 20 de junio de 2008, no había informado en ningún procedimiento disciplinario relativo a dirigentes de AUGC, en relación con hechos similares a los que figuraban como probados en las resoluciones disciplinarias que eran objeto del recurso en cuestión, dando cumplida respuesta con ello a la recusación en los términos tan generales e imprecisos en los que se había instado la recusación:”más aún –como abunda la providencia denegatoria– cuando no se especifica que relación tiene [la prueba solicitada] con el presente recurso contencioso-disciplinario”.

Y debe también apuntarse que al sustanciarse el incidente de recusación y denegarse la prueba específicamente solicitada, se conocía que el General Prudencio (que formó finalmente parte del Tribunal), había sido promovido al empleo de Oficial General en junio de 2008, esto es, casi un año y medio después de que ocurrieran los hechos, y siete meses después de que se hubiera emitido el informe preceptivo en relación con el expediente gubernativo 17/2007. Así como que el dato que se nos ofrece por la recurrente, para argumentar ahora sobre la posible contaminación de dicho General, corrobora –si cabe en mayor medida– que tal contaminación no estaba referida a una posible participación del recusado en los mismos hechos sucedidos el 20 de enero de 2007, pues la recurrente se remite a una reunión del Consejo Superior que tuvo lugar el 3 de octubre de 2009, más de dos años y medio después de que se produjeran los hechos enjuiciados en el presente asunto.

Con ello en definitiva se confirma que la finalidad de la prueba propuesta por la recusante en su día no era determinar si los vocales designados habían participado en las reuniones del Consejo Superior de la Guardia Civil en las que se había informado sobre los expedientes disciplinarios instruidos en razón de los mismos hechos acaecidos el 20 de enero de 2007, sino acreditar que dichos Oficiales Generales habían “formado postura en relación con hechos similares” en los que habían participado miembros de la citada Asociación Unificada de la Guardia Civil, para así poder demostrar su “posicionamiento contrario a las posturas que son defendidas por la AUGC, por sus dirigentes y afiliados” y su falta de plena imparcialidad, objetividad y neutralidad.

10.- Como conclusión de lo hasta aquí expuesto hemos de señalar que, dados los términos en los que fue promovida en su día la recusación y fue solicitada la prueba, la práctica de la que ahora se ordena por esta Sala no resulta procedente, por ser distinta de la que se solicitó en el incidente y con la que no se pretendía conocer si los vocales recusados habían informado sobre los expedientes disciplinarios instruidos en razón de los mismos hechos acaecidos el 20 de enero de 2007.

Entiendo que la Sala, que en definitiva no admite la práctica de la prueba en los propios términos en que se solicitó en su día en el incidente de recusación, no debió estimar el recurso de casación interpuesto, no resulta justificada la anulación de la referida providencia de 28 de junio de 2010 y no procede la retroacción de las actuaciones al momento de dictar ésta, cuando la prueba que se ordena por la Sala admitir y practicar, ni fue interesada al promover la recusación, ni por ello –al no practicarla– se llegó a producir indefensión a la ahora recurrente, pues ni fue planteada entonces, ni lo es ahora, como relevante o decisiva por la propia recusante para decidir sobre la recusación instada, y sólo la prueba que siendo pertinente puede ser decisiva, por mostrar aptitud para variar el resultado del proceso, ha de estimarse necesaria, y su indebida denegación puede dar lugar a indefensión con relevancia constitucional.

Considero que la Sala habría debido en la resolución de este recurso entrar a conocer el fondo de la cuestión planteada y pronunciarse en definitiva sobre la procedencia del rechazo de la recusación instada, pues la prueba que ahora se ha de practicar no resulta necesaria a tal efecto, sin que el no realizarla pueda producir indefensión material alguna a la entonces promovente de la recusación y hoy recurrente.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Pignatelli Meca, estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Secretario, certifico.

# **DOCUMENTACIÓN**

## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

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

### I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL. II. DOCTRINA SOBRE TÉCNICA NORMATIVA.

#### I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL.

El Consejo tuvo ocasión de examinar en su momento el proyecto de Real Decreto por el que regula la memoria del análisis de impacto normativo (dictamen de 16 de abril de 2009 emitido en el expediente 419/2009) y posteriormente las memorias ya elaboradas conforme al Real Decreto aprobado.

El tiempo transcurrido desde la implantación del nuevo sistema de memoria de los proyectos normativos ha permitido al Consejo sentar algunos criterios en esta materia –que se presenta crucial no sólo desde el punto de vista jurídico sino también económico– y de los que conviene dar cuenta.

En efecto, las normas constituyen instrumentos básicos para el desarrollo de las políticas públicas. Por ello, resulta primordial que las normas tengan unos determinados niveles de calidad, tanto en su elaboración como en su aplicación y cumplimiento. En tal sentido se ha desarrollado un amplio *corpus* doctrinal en torno a los problemas de la efectividad y la eficiencia de las normas, alrededor de la llamada «mejora de la regulación». Tiende ésta a garantizar la participación de los ciudadanos y, en especial, de los interesados en los procesos de elaboración normativa, a asegurar que la legislación sea clara, comprensible, proporcional a los objetivos perse-

guidos y ejecutable (*factibilidad*) y, en fin, a comprobar que las normas generan los beneficios prometidos con ocasión de su aprobación y no se constituyen en una rémora, bien para la libertad de los ciudadanos, bien para la actividad económica (*practicabilidad*).

La llamada «mejora de la regulación» ha pasado a ser uno de los objetivos fundamentales de los ordenamientos de los Estados más avanzados, al ser fomentada por organizaciones supranacionales. En este sentido, han asumido especial protagonismo la OCDE y la Unión Europea. Así, la OCDE señaló ya en 1989 que la mejora de la regulación era una exigencia general, que se anclaba en la noción de buen gobierno y que tenía como finalidad no disminuir, sin más, el número de normas, sino aprobar las precisas, teniendo en cuenta que habían de ser proporcionadas a sus fines, con objetivos claros, eficientes, accesibles y transparentes. Por todo ello, la OCDE concluía que invertir recursos en la mejora de la regulación producía beneficios tanto en el funcionamiento de la economía como en los ciudadanos (*Directory of Regulatory Review and Reform Organizations in OECD Member Countries*).

Por su parte, mediante el plan de acción denominado «Legislar mejor», la Unión Europea igualmente ha asumido y alentado la aplicación de los criterios informadores de la llamada «mejora de la regulación» no sólo respecto de la propia legislación comunitaria sino también en relación con la propia de los Estados miembros. En diciembre de 1992, el Consejo Europeo acordó que la Comisión debía presentar al Consejo Europeo y al Parlamento un informe anual sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Esta obligación quedó recogida en un protocolo anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en el marco de las modificaciones llevadas a cabo por el Tratado de Ámsterdam. Desde 1995, se consideró que la regulación estaba estrechamente vinculada a los citados principios, toda vez que, ajustándose al de subsidiariedad, la Unión limitaba su acción a lo necesario y eficaz y, vinculándose al de proporcionalidad, la Unión optaba por los modos de intervención más sencillos posibles –tras la consulta a las partes interesadas, la recogida de información técnica, el análisis del impacto y la verificación de modos de intervención alternativos–. Se concluyó que los informes sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad debían incluir un apartado concreto atinente a la cuestión regulatoria, pues, como se señalaba en el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea –COM (2001)727, de 25 de junio de 2001–, «la mejora del marco regulador es una prioridad absoluta tanto para aumentar la competitividad, el crecimiento y el empleo como para impulsar el desarrollo sostenible y lograr una mayor calidad

de vida para los ciudadanos europeos». La relevancia atribuida por la Comisión a la cuestión motivó que, desde 2000, los citados informes sobre la cuestión regulatoria adquirieran sustantividad propia, tengan carácter independiente y den cuenta anualmente de las medidas introducidas para hacer efectivo el plan «Legislar mejor».

Después –y desde el informe Mandelkern de 2002–, la Comisión instó a los Estados miembros a poner en práctica las iniciativas de mejora de su marco regulador interno y, en especial, a consultar con los interesados las normas proyectadas y a realizar una evaluación del impacto antes de adoptar las normas nacionales que transpongan normas comunitarias, toda vez que «el cuidado de la efectividad y la eficacia de las normas es una cuestión irrenunciable en la agenda de una buena política normativa».

Las finalidades señaladas tanto por la OCDE como por la Unión Europea en relación con la llamada «mejora de la regulación» y, en especial, con el plan «Legislar mejor» son coincidentes en exigir una redacción clara y precisa de las normas; en la necesidad de identificar en su proceso de elaboración los factores que facilitarán una ejecución adecuada; en establecer claramente los objetivos que se propone alcanzar; en contar con los recursos materiales suficientes para su aplicación y en la posibilidad de ser cumplida con los menores costes y distorsiones posibles. Para asegurar la consecución de tales fines, el plan «Legislar mejor» preconiza la introducción y aplicación de diversas técnicas como son: la consulta de las partes interesadas, la recogida y uso de información técnica, la simplificación normativa, la cuantificación del coste económico de la regulación que se va a introducir, el diseño de alternativas normativas a la proyectada y, en fin, la evaluación del impacto de la norma.

La evaluación o análisis del impacto normativo se configura, en las directrices de la OCDE y de la Unión Europea, como un mecanismo sustantivo de análisis sistemático de todas las probables consecuencias de la intervención de las Autoridades públicas mediante instrumentos normativos (*Informe Mandelkern a la Comisión Europea sobre la evaluación del impacto, de 5 de junio de 2002*). Se trata de un mecanismo que evalúa de manera integrada las consecuencias de la introducción de normas en el ámbito de las empresas, de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, el medio ambiente, el comercio..., centrándose no sólo en el coste económico y en la rentabilidad (relación coste-beneficio) sino también en las consecuencias sociales. Pretende delimitar eventuales efectos imprevistos y puede realizarse de manera prospectiva o de modo retrospectivo. El análisis del impacto normativo examina las consecuencias de la intervención legal en atención a los resultados que produce y pondera tres cuestiones: la per-



tinencia de la medida normativa (¿los objetivos perseguidos por la norma responden a necesidades o problemas planteados?, al decir de la Comisión Europea), su eficacia (¿resuelve la norma los problemas?) y su eficiencia (¿lo hace a un coste razonable?). El análisis del impacto normativo tiene, pues, por objeto facilitar la elaboración de políticas y el proceso de decisión política, sin sustituirlo.

El acuerdo del Consejo de la OCDE de 9 de marzo de 1995, por el que se aprobó el documento «*Mise à point et utilisation des listes des critères à prendre en compte pour l'élaboration des réglementations OCDE/GD (93), 181*», asumido por el Informe Mandelkern antes citado, estableció –y así lo recomienda la Comisión Europea– que los cuestionarios de evaluación a que deben someterse los proyectos de normas de los respectivos Estados se ciñan al examen de ciertos principios que, expresados en forma de preguntas, pueden y deben guiar la redacción de una memoria: ¿está definido correctamente el problema?, ¿está justificada la intervención del Estado?, ¿constituye la regulación la mejor forma de intervención pública?, ¿tiene la regulación un fundamento jurídico?, ¿cuál o cuáles son los niveles administrativos apropiados para esta acción?, ¿son suficientes los beneficios para compensar los costes?, ¿es una norma clara, coherente, comprensible y accesible a los usuarios? y ¿han tenido posibilidad de expresar sus opiniones las personas afectadas?

Se ha llamado la atención sobre el hecho de que la configuración del análisis del impacto normativo contenida en el plan «Legislar mejor» tiene un carácter no estrictamente jurídico e ignora el impacto primario que toda norma comporta: el de la alteración del ordenamiento jurídico a consecuencia de su inserción en éste. Habida cuenta el carácter de sistema –y no de simple agregado de normas– que el ordenamiento jurídico tiene, la inserción de una norma produce efectos inmediatos en éste, alterándolo. Esta incidencia debe ser igualmente considerada a la hora de realizar el análisis del impacto normativo que toda regulación comporta, más cuando el ordenamiento jurídico es extraordinariamente complejo a consecuencia de la proliferación normativa. Por ello, una concepción integral del análisis del impacto normativo comprende no sólo el análisis de las consecuencias no jurídicas sino también de las jurídicas que toda nueva disposición comporta.

La inclusión del examen de las consecuencias jurídicas derivadas de la aprobación de una norma se justifica en la seguridad jurídica y se proyecta en un doble ámbito: la determinación de las disposiciones afectadas por la modificación normativa –lo que obliga a elaborar en todo caso las denominadas tablas de vigencia de las disposiciones que preveía el artículo 129.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958– y el análisis de la

compatibilidad de la norma con el sistema de distribución de competencias y con otros ordenamientos jurídicos –orden constitucional de distribución de competencias, derecho de la Unión Europea– (*examen de convencionalidad* a que se refería el Consejo de Estado en su Memoria de 1997).

A fin de alcanzar los objetivos propuestos, las organizaciones supranacionales antes indicadas recomiendan a los Estados miembros adoptar medidas en tres órdenes diferentes: aprobar unas directrices normativas sobre las formas que han de adoptar las disposiciones legales, establecer unas normas orientadoras de los criterios organizativos de las disposiciones –especialmente relevantes en el caso de los Estados complejos– y, en fin, aprobar unas normas tendentes a valorar el impacto normativo que la aprobación de toda nueva regulación comporta.

No obstante no resultar obligatorias las recomendaciones antes expuestas, se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la noción de «análisis del impacto normativo» en su más amplia concepción, al establecer que examinará la oportunidad de la propuesta normativa, el impacto económico y presupuestario, el impacto por razón de género y el contenido y análisis jurídico de la norma, con especial referencia a la adecuación de la norma al orden de distribución de competencias y al listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de su entrada en vigor (artículo 2 del proyecto).

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 22.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, previene que «*el procedimiento de elaboración de proyectos de ley, a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar*». Y el artículo 24.1.a) del mismo Cuerpo legal establece, por su parte, que «*la iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar*» y el párrafo segundo del apartado b) del mismo precepto dispone que, «*en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo*».

Las memorias e informes indicados tienen una sustantividad propia, legalmente conformada. La memoria es un informe sobre la necesidad y oportuni-

dad de la norma proyectada, sin ir más allá. Dejando a un lado que, de ordinario, la memoria que acompaña a los textos normativos —cuando existe— no es más que un documento redactado a posteriori, a la vista del texto normativo cerrado y que ofrece una justificación de lo hecho, su contenido se ciñe a determinar las razones que exigen o aconsejan su aprobación. La memoria económica, por su parte, tiene por objeto estimar el coste que producirá la aplicación de la norma, y el informe sobre el impacto por razón de género, finalmente, señala las consecuencias que comportará en lo tocante a la igualdad entre hombres y mujeres. Los tres cubren aspectos parciales de lo que es el análisis del impacto normativo en los términos preconizados por la Unión Europea en su programa «Legislar mejor», pero ni aun considerados conjuntamente comprenden todas las facetas de dicho análisis en los términos conformados por las recomendaciones de la OCDE y de la Comisión Europea.

Finalmente, es de señalar que los proyectos normativos deberían ir precedidos de los correspondientes estudios de evaluación de las políticas públicas, esto es, de los estudios encaminados a ponderar y valorar los efectos de la política que se va a poner en práctica conforme a criterios definidos de manera previa y estricta.

Los criterios de evaluación de las políticas públicas deben ser, a saber: el de pertinencia, que compara los objetivos de la política y la enjundia del problema a resolver; el de eficacia, que compara los efectos de la política y los objetivos perseguidos; el de eficiencia, que analiza los medios económicos invertidos o a invertir y los efectos de la política y, en fin, el de economía, que analiza su coste.

La evaluación de políticas públicas se distingue de las técnicas de control en que se trata de una técnica de información y no un instrumento de garantía o sanción de los servicios administrativos.

## II. DOCTRINA SOBRE TÉCNICA NORMATIVA

Las directrices para textos legales pueden servir también de orientación en el caso de disposiciones reglamentarias (Dictamen del Consejo de Estado de 27 de enero de 2000). Estas deben ser, además de conformes a las Leyes en que se basan, claras, completas y de fácil manejo (Dictamen del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 1981). Los Decretos deben estructurarse en artículos numerados con cardinales arábigos y las Ordenes y Circulares en ordinales, sin artículos. Las disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales llevarán su numeración correlativa propia en ordinales expresados en letra (Dictamen del Consejo de Estado de 22 de mayo de 1997).

Las normas jurídicas son mandatos, de tal suerte que los imperativos, bien categóricos, bien hipotéticos en ellas contenidos, exigen el empleo del verbo ordenante en futuro y la ausencia de motivaciones o explicaciones.

Los términos deben ser claros y unívocos, lo que no impide la utilización de términos vulgares o técnicos. Lo importante es que la norma sea comprendida por su destinatario.

Es incorrecto la utilización de la técnica anglosajona de la definición previa de los conceptos. La Constitución debe mencionarse siempre por su nombre, evitando sinónimos tales como «Norma Suprema» o «Código Político». Es conveniente evitar el uso de extranjerismos (implementar, pool, leasing, etc.) y de conceptos jurídicos indeterminados. Por el contrario, es preferible que los conceptos utilizados estén avalados por la jurisprudencia o aceptados comúnmente por la doctrina, siendo bueno ajustarse a los clásicos. Deben omitirse las continuas remisiones. Y, por último, son aconsejables las soluciones sintéticas a las analíticas.

Respecto a los reglamentos, el Consejo ha señalado reiteradamente que:

a) Debe distinguirse entre Decreto de aprobación del Reglamento y éste mismo.

b) Hay dos fórmulas de articulación, a saber: bien desarrollar la Ley, de tal suerte que se omita en la disposición reglamentaria toda reproducción de la norma que trae causa; bien elaborar un texto completo que recoja las previsiones legales y las que, sin tener tal carácter, las desarrollen y completen. En este último caso, debe indicarse al final de cada precepto, entre paréntesis, el precepto legal que reproduce.

Debe, por último, tenerse en cuenta que las Ordenes Ministeriales van firmadas únicamente con los apellidos del Ministro (Ley de 24 de noviembre de 1843). No tienen, por tanto, artículos, sino sólo apartados.

c) La aprobación de un reglamento o disposición administrativa exige no sólo la legalidad de sus previsiones, sino también que concurren motivos de oportunidad para promulgarla (*Dictamen del Consejo de Estado núm. 41.180, de 20 de octubre de 1977*).

d) Resulta perturbador para la claridad y seguridad jurídica que un reglamento incorpore innecesariamente preceptos de una Ley (*Dictamen del Consejo de Estado núm. 41.263, de 16 de febrero de 1978*).

e) Aunque la potestad reglamentaria no se haya ejercido dentro del plazo previsto, no debe considerarse caducada la correspondiente facultad (*Dictamen del Consejo de Estado núm. 42.310, de 12 de julio de 1979*).

# **BIBLIOGRAFÍA**

## RECENSIÓN DE LIBROS

FERNANDO HERRERO-TEJEDOR ALGAR y FRANCISCO LUIS PASCUAL SARRÍA. *Código Penal Militar. Legislación complementaria, Jurisprudencia, Comentarios y Concordancias, Índice Analítico*. 1ª Edición. Colex, 2011.

Por Adolfo Luque Regueiro  
*Capitán auditor*

Fernando Herrero-Tejedor Algar, fiscal de Sala del Tribunal Supremo (Sala Quinta) y Francisco Luis Pascual Sarría, teniente coronel auditor, destinado en la Fiscalía Togada, acaban de sacar a la luz la 1ª Edición del Código Penal Militar, obra en la que además de un índice analítico, comentarios, concordancias y referencias jurisprudenciales, encontraremos la legislación complementaria (Ley Orgánica 04/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; Ley Orgánica 02/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, Ley Orgánica 08/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; y, Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil).

El Libro contiene, en cada uno de los preceptos penales militares, la doctrina jurisprudencial existente hasta la fecha de su publicación tanto de las Salas Segunda y Quinta del Tribunal Supremo, como en su caso, de la Sala de Conflictos de Jurisdicción y del Tribunal Constitucional, y, en algunos artículos, las más importantes resoluciones dictadas por el Tribunal Militar Central. Doctrina, que para facilitar su comprensión, se divide en epígrafes y sub epígrafes, por conceptos jurídicos, señalando tanto el bien jurídico protegido, como los elementos objetivos y subjetivos del tipo, con

un elaborado índice analítico que permite su fácil manejo, y una relación de las disposiciones que han modificado el propio texto del Código.

En la Parte General del Código Penal Militar se ha realizado por los autores un notable esfuerzo no solo por hacer referencia a la jurisprudencia emitida por la Sala Quinta, sino, y muy especialmente a la de la Sala Segunda, sobre todo en los preceptos que remiten al Código Penal Común, tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y a la doctrina del Tribunal Constitucional en los principios que rigen el Derecho Penal Militar; así como en dejar referenciada cuanta normativa nacional e internacional pueda resultar de interés. En las definiciones, muestran especial cuidado los autores en plasmar las concordancias de la normativa castrense y ordinaria que afectan a cada concepto, así como la contenida en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España, en cuanto que integrantes del Derecho patrio; y, de igual modo, se transcribe la jurisprudencia referida a los mismos, no solo de las Salas Quinta y Segunda, sino también la emitida por la Sala de Conflictos de Jurisdicción (art. 39 LOPJ) del Tribunal Supremo, como sucede, entre otros, con el artículo 7 bis introducido en el Código Penal Militar por la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre. Abundan en el texto las Sentencias dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo referidas a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y sobre la aplicabilidad de las penas, en supuestos tales como la continuidad delictual o la imposibilidad de aplicación de penas distintas a las señaladas en el Código castrense.

En la Parte Especial del Código referida a los «*Delitos en particular*», se contienen no solo los preceptos en vigor, sino los modificados y derogados con referencia a la normativa que los reformó o derogó; los autores dividen cada tipo delictivo en epígrafes separados, reseñando la doctrina de la Sala Quinta definitoria del bien jurídico que se protege, así como de los elementos configuradores del delito, tanto los objetivos, como los subjetivos, y, en su caso, las resoluciones dictadas por la Sala de Conflictos de Jurisdicción, con concordancias sobre las normativa que complementa al delito y su relación con el ámbito disciplinario militar y de la Guardia Civil, y, las leyes de personal, transcribiendo, en su literalidad, aquella que resulta de mayor interés. Y en el ámbito de los «*Delitos contra las leyes y usos de la guerra*», se referencian los Convenios y Tratados Internacionales sobre la materia, concretando en cada tipo las concordancias con dicha normativa convencional y con la legislación interna española, en especial con las reglas de comportamiento del militar.

Nos hallamos, en definitiva, a nuestro juicio, ante una obra que, por su contenido y finalidad, logra un estudio completo, actualizado, pormenorizado y minucioso del Derecho Penal Militar español vigente, cuyo manejo resulta de gran interés para cuantos pretendan acercarse a este ámbito del derecho.

ALÍA PLANA, MIGUEL.- *Historia del Cuerpo Jurídico de la Armada*.- (ISBN 978-84-9781-624-3).- Ministerio de Defensa, Dirección General de Relaciones Institucionales.- Madrid, marzo de 2011.- 346 páginas.- Numerosas ilustraciones.

Por Joaquín Díez del Corral  
*Teniente coronel auditor*

Desgraciadamente es cierto el dicho tantas veces repetido de que España vive de espaldas a la mar. A pesar de una Historia que no puede entenderse sin su componente marítimo, la bibliografía naval española es más que escasa. Por eso, la publicación de un libro como el que ahora comentamos, permite felicitar a los lectores, no solo a los aficionados o interesados por asuntos de carácter naval, en cualquiera de sus diferentes facetas, sino a todo aquel que se sienta interesado en conocer mejor la historia de España.

El comandante auditor Miguel Alía Plana, escritor e historiador naval con una brillante obra en su haber, (en 1994 fue galardonado con el premio Virgen del Carmen por su libro *Historia de los Uniformes de la Armada*), aborda en el libro que presentamos el devenir histórico de un antiguo Cuerpo Patentado de la Marina de Guerra, el Cuerpo Jurídico de la Armada, que a pesar de su dilatada trayectoria y notable ejecutoria, no ha sido objeto, hasta el momento, de un estudio sistemático y pormenorizado. (Sólo en los años sesenta se publicó un librito titulado *El Cuerpo Jurídico de la Armada, datos para su historia* del que fue autor el comandante auditor de la Armada Juan de Dios Blanca Carlier, publicado en la magnífica Biblioteca del Camarote de la Editorial Naval.)

El autor pasa revista a los avatares del Cuerpo, desde sus remotos orígenes medievales, pues ya en las Siete Partidas del Rey Sabio, concretamente en el título XXIV de la Partida II, «*que fabla de la guerra que se face por mar*», se distinguían dos niveles de mando a los que se atribuyen competencias jurídicas: el almirante y el cómitre. El primero mandaba la escuadra y administraba justicia y los segundos, que se encontraban a sus órdenes, además de su función castrense y naval, eran «*jueces de pleitos*» y «*debían facer justicia*». Estas autoridades navales, aunque impartían justicia, eran legas en Derecho, por lo que necesitaban ser auxiliados en sus quehaceres jurisdiccionales por personas con conocimientos jurídicos acreditados; así, la Real Armada fue elaborando una abundante normativa que regulaba el acceso de este personal togado y las funciones, preeminencias y atribuciones que les eran propias. Recoge Miguel Alía las peripecias



de los auditores de galeras, las primeras reglamentaciones corporativas del siglo XVIII, exhaustivamente desarrolladas en el siglo siguiente, enumera las ordenanzas y códigos en los que se plasmaron minuciosamente delitos y penas, muchas de ellas de extrema dureza, y relata las vicisitudes, a veces traumáticas, en las que el Cuerpo y sus componentes se vieron inmersos a lo largo del tiempo. Y así, hasta que la Ley 6/1988, de 5 de abril, creó el entonces llamado Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, que unificaba los tres Cuerpos Jurídicos Militares y extinguía, por tanto, el de la Armada, no sin la disciplinada pero profunda disconformidad de buena parte de sus componentes.

El libro, redactado con rigor, sencillez y, sobre todo, amenidad, está dividido en seis partes: «El origen», «La forma de administrar justicia: el consejo de guerra», «Los primeros empleos y categorías», «El Cuerpo Jurídico de la Armada (1852-1989)», «Uniformidad» y «Galería de Auditores», y reúne un interesante y abundantísimo acervo documental escrito y gráfico que difícilmente puede encontrarse en otras obras de la moderna historiografía naval. Concretamente, el capítulo dedicado a la uniformidad, reviste una importancia especial, por su tratamiento exhaustivo y por el gran número e interés de las ilustraciones y fotografías, muchas de ellas inéditas, que lo acompañan. Resultaría excesivamente prolijo en esta reseña extenderse en el pormenorizado relato que el autor hace de los cambios, reformas y avatares acaecidos en el Cuerpo a lo largo de su dilatada vida, pero sí ha de destacarse que aquellos siempre se produjeron siguiendo las vicisitudes propias de la Armada, pues de ella formaba parte.

En 1988 el Cuerpo Jurídico de la Armada desapareció en aras de modernas reformas. Pero, la Historia da muchas vueltas y las aguas suelen volver a su cauce. ¿Quién sabe si en el futuro no volveremos a verle reemprender su naval andadura?

VV.AA. Palomar Olmeda, Alberto (Director) y de Álvaro Montero, Ángel (Coordinador). ***La Colaboración Pública Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual***. Ed. Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2011. 837 Págs.

Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández  
*Coronel auditor*

El motivo de traer aquí esta obra estriba en que comienza con un primer Capítulo en el que sus autores, Ángel de Álvaro y Borja Acha, después de tratar, desde un punto de vista predominantemente histórico, las formas de colaboración entre los Estados y el Sector Privado se preguntan si, tras la Ley de Contratos del Sector Público, llegarán a materializarse los contratos de colaboración público-privada en el ámbito de la Defensa.

El artículo 2, apartado 3, de la aún reciente Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, incluye expresamente en su ámbito objetivo de aplicación los contratos de colaboración entre el sector público y el privado y establece que se regirán por las normas generales del Título I y las especiales que les sean de aplicación de conformidad con el régimen jurídico de la prestación principal.

Ciertamente, estos contratos resultan atractivos a primera vista, porque no computan déficit. En efecto, es sabido que los activos vinculados a una operación de colaboración público-privada se consideran activos no públicos y, por tanto, no registrables en balances de las Administraciones Públicas siempre y cuando se cumplan dos condiciones por el socio privado: A) Soportar el riesgo de construcción y B) Soportar al menos uno de los dos riesgos siguientes: El de disponibilidad y/o el vinculado a la demanda. Por tanto, el sector privado asume la financiación de los proyectos y el riesgo derivado de causas internas a la propia operación, como la calidad de la gestión del servicio y de causas externas a la misma, como cambios de ciclo económico, nuevas tendencias en el mercado, etc.

Ahora bien, como, a medio o largo plazo, todo esto hará mucho más caros los costes finales para la Administración, ya que, obviamente, tendrán que tener en cuenta los riesgos referidos, es esencial para la viabilidad de estas operaciones que el uso de la obra o servicio obtenido sea compatible con otra u otras utilidades al margen de la que la propia Administración vaya a realizar para así conseguir fondos con los que compensar los altos costes finales citados.

Quizá sea esta la dificultad mayor para que la Administración militar pueda recurrir con asiduidad a esta fórmula contractual, porque los productos relacionados con la defensa normalmente no pueden ser utilizados ni disfrutados por terceros por razones de seguridad.

No obstante, los autores de la presente obra arriba citados no son del todo pesimistas sobre esta cuestión pues, como afirman en la página 80, *...una luz se vislumbra dentro del Plan del Ejército de Tierra para acometer la reorganización de su logística...* por las razones que, en esa misma página y en la siguiente, exponen sucintamente.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico y como también explican estos autores, no hay que olvidar que para que se pueda emplear un contrato de colaboración público-privada tienen que concurrir una serie de pasos previos. Primero, tiene que encajar en la definición del artículo 11 de la LCSP y reunir una serie de notas, entre ellas, la de la complejidad del conjunto de la operación. A continuación, es preciso demostrar que se cumple el requisito legal de la subsidiaridad previsto para esta figura contractual, es decir, que lo que se pretenda acometer no sea realizable a través otras fórmulas contractuales, como las correspondientes a las de obras, concesiones y/o suministros. A todo lo anterior, hay que añadir el requisito del informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Hacienda en materia de control presupuestario para los contratos de colaboración público-privada por importes superiores a doce millones de euros y, por último, debe realizarse a través de un diálogo competitivo, cuya duración, con carácter general poco definida en el tiempo, también conlleva un coste significativo para las empresas.

Hasta aquí las consideraciones sobre la colaboración público-privada en el ámbito de Defensa. Por lo demás, la obra consta de una Parte I, centrada en el análisis jurídico general de esta reciente figura contractual, una Parte II sobre sus aspectos presupuestarios, otra Parte III, dedicada a las cuestiones financieras, vitales para la viabilidad económica de la figura. La Parte IV versa sobre los aspectos fiscales y la V y última se dedica a cuestiones específicas como la protección jurisdiccional del *Know How*, el secreto empresarial y los derechos de exclusiva durante el diálogo competitivo.

## NOTICIA DE LIBROS

HERNANDEZ SUÁREZ-LLANOS, FRANCISCO JAVIER.- *La exención por obediencia jerárquica en el Derecho Penal Español, Comparado e Internacional*. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED. Madrid, 2011.

Emilio Fernández-Piñeyro

Como informa el Prólogo de la obra, su contenido coincide sustancialmente con la que fue tesis doctoral del autor que obtuvo la máxima calificación de *sobresaliente cum laude por unanimidad con la mención de Doctor Europeo*, tras su defensa en la UNED el 18 de noviembre de 2010.

El doctor Hernández Suárez-Llanos, que también pertenece al Cuerpo Jurídico Militar, se propone en este estudio dar respuesta a los interrogantes que plantea la responsabilidad penal derivada de los actos ilícitos cometidos en obediencia a órdenes o mandatos de los superiores.

En todas las disciplinas examinadas, Derecho Penal común español anterior a 1995, Derecho Penal militar español vigente, Derecho Comparado y Derecho Penal internacional, el autor comprueba que la eximente por obediencia debida no puede ser considerada como causa de justificación, por lo que su fundamentación actual como obediencia jerárquica ha de ubicarse en postulados de justicia vinculados al principio de culpabilidad y de razonabilidad de los límites a la exigibilidad, conectados, también y únicamente, a los casos en que, la frágil situación del subordinado agravada por la férrea jerarquía que rige en determinadas instituciones y la facilidad con que los actos criminales se mimetizan con la crueldad misma de la guerra, dificultan al subordinado vencer la situación de error acerca de la ilicitud de la orden.

Por lo tanto, partiendo de que en el Estado de Derecho no se concibe por más tiempo que la autoridad actúe al margen de la legalidad, en este estudio se defiende, no obstante, la existencia de una eximente independiente de obediencia jerárquica en Derecho Penal Militar que sería una modalidad de error de prohibición, pero que, frente a la regulación general del error, contendría una presunción de invencibilidad aplicable solo a supuestos en que la ilicitud no sea manifiesta.

Con independencia de que se compartan o no sus conclusiones, al autor de este trabajo hay que reconocerle el mérito de haber contribuido con solvencia al siempre interesante debate científico sobre esta relevante cuestión.

CANTERO NÚÑEZ, ESTANISLAO.- **Il realismo jurídico di J. Bms. Vallet de Goytisoló**, trad del español de Giancarlo Ricci, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2011, 189 págs.

Carlos Eymar

No suele ser frecuente, en el ámbito intelectual español, que un autor vea publicado un libro en otra lengua distinta a la suya. Ya solo por este hecho merecería la pena reseñar el presente libro del general auditor D. Estanislao Cantero en las Edizioni Scientifiche Italiane. Pero es evidente que tras esa traducción se sitúa el interés objetivo y la calidad del contenido de la investigación. El general Cantero, buen conocedor de la obra de Vallet de Goytisoló, a la que dedicó su tesis doctoral, nos ofrece en este ensayo una síntesis del pensamiento jurídico de su autor bajo la clave interpretativa del realismo jurídico. Evidentemente se trata de un realismo cuyo concepto no tiene nada que ver con la perspectiva sociologista del derecho, dentro de la cual se suelen incluir los llamados realistas norteamericanos como Jerome Frank o Karl Leweyn o, incluso, los ultrarrealistas de la escuela escandinava como Lundstedt u Olivecrona. Lejos pues de la intención de Vallet cualquier concepción que tienda a confundir el derecho con el hecho. Para el prestigioso civilista que es Vallet, el realismo se aborda desde la perspectiva de la llamada naturaleza de las cosas, es decir, la realidad ontológica que el derecho ha de tomar siempre en cuenta. Y dentro de esa realidad se incluye un cierto dinamismo, la realidad vital e histórica. Captar la realidad histórica y viva es una exigencia de la certeza jurídica. No es posible, según Vallet, que cada generación pretenda reescribir, desde la primera página, el libro del derecho. Pero, por otra parte,

en el dinamismo de la historia y de la vida hay siempre una estructura y un orden permanente. El estudio de la historia es para él un laboratorio para la verificación del orden natural. La ley positiva, respetuosa de la historia y de las realidades vivas, ha de tener una función instrumental y mediadora para llegar a lo justo concreto, es decir, a la equidad, ese *ars boni et aequi* que lleva a su culmen la perfección del Derecho. Esto justo concreto, esta solución equitativa que debe perseguir siempre el aplicador e intérprete del Derecho, lo concibe Vallet, siguiendo a Santo Tomás, como un cuarto grado de Derecho Natural que se arraiga en el orden natural, en el orden humano y en el orden civil que deben estar interconectados entre sí. Su idea del derecho orientada hacia lo concreto, hacia lo equitativo, hacia un dinamismo que trata de no perder su arraigo en el orden natural, pasa a convertirse en un verdadero arte al que habría de aspirar el jurista de cualquier rama del Derecho.

BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO.- *La Dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia (In tenebris lux)*, Dykinson, Madrid, 2010, 335 páginas.

Carlos Eymar

El profesor Beristain falleció un 29 de diciembre de 2009 cuando se hallaba corrigiendo las pruebas de esta obra. Se trata por tanto de una obra póstuma, algo así como una especie de testamento del más característico representante de la Victimología en España y por ello ofrece un notable interés. En ella se contienen muchas de las ideas ya desarrolladas en algunas de sus obras anteriores, pero ofreciendo nuevos acentos, nuevas perspectivas, insistiendo siempre en la idea fundamental de destacar el papel de la víctima en el Derecho sustantivo y procesal. Como señala el magistrado Javier López Bermúdez en el prólogo, la figura y la obra del profesor Beristain solo puede suscitar agradecimiento. Hombre tremendamente comprometido con los que sufren, siempre ha estado al lado de las víctimas del terrorismo, sobre todo en los tiempos en que eran maltratadas por la sociedad. El libro se divide en cuatro partes. La primera lleva por título «Peeminente dignidad de los grupos vulnerables» y en ella se desarrolla y argumenta la idea, no siempre compartida, de que las víctimas, por el hecho existencial de su victimación, adquieren y poseen una dignidad personal mayor que los demás ciudadanos. La Segunda parte que lleva por título «Deconstrucción victimal de la sanción», aboga por el cambio de perspec-

tiva de las Ciencias jurídicas y políticas, haciendo que las víctimas pasen de ser consideradas como meros sujetos pasivos del crimen a ser ensalzadas como protagonistas. La Tercera parte, «Las macrovíctimas crean un sobrenaturalismo, un nuevo delito y nuevos puentes», exalta las virtudes del artículo 578 del Código Penal que introduce el delito de realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. También alaba la sentencia de 30 de junio de 2009 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que avala la ley de partidos española y la consiguiente ilegalización de Batasuna. Por último la Cuarta parte, «La sombra luminosa de la victimación», recoge una serie de entrevistas al profesor Beristáin desde 1995 a marzo de 2008, centradas principalmente en analizar la situación de las víctimas del terrorismo en el País Vasco. En definitiva se trata de una obra llena de sugerencias y cuya lectura, además de sobre la situación de las víctimas en el ámbito internacional, puede arrojar luz en el actual contexto histórico español de un final del terrorismo, imposible de gestionar sin esa preeminente dignificación de las víctimas abogada por el profesor Beristáin.

JOSÉ ANTONIO ZAMORA, REYES MATE (Eds), *Justicia y memoria. Hacia una teoría de la justicia anamnética*, Anthropos, Barcelona, 2011, 271 págs.

Carlos Eymar

Cada vez es mayor el lugar que la memoria ocupa no solamente en la reflexión filosófico jurídica, sino en algunos textos legislativos como la Ley de la Memoria, en las nuevas consideraciones de la prescripción del delito, o incluso en la reciente sentencia del Tribunal Supremo, en el caso Garzón, sobre los crímenes del franquismo. En el presente libro desde una perspectiva eminentemente filosófica se comprueba como el hecho de Auschwitz ha transformado la forma de entender la justicia en el mundo contemporáneo. Rosenzweig, Horkheimer, Adorno, Bertold Brecht, Levinas, Derrida, son autores cuya reflexión está directamente condicionada por el significado universal de Auschwitz y la mayor consciencia del significado de crimen contra la humanidad. También, en este contexto, se trata de destacar el papel de una nueva concepción de la justicia fundamentada en la memoria de las víctimas olvidadas. Como dicen los editores de esta obra recordar no es traer a la memoria un acontecimiento pasado, sino reconocer la actualidad de la injusticia pasada. Por eso memoria y justicia

van juntas. La intención de este libro es, por tanto, reivindicar una justicia anamnética, es decir, del recuerdo, porque sin él no existe una justicia para las víctimas. Ahora bien, ¿a quién pertenece el pasado?, ¿al juez, al político, al historiador? La reflexión del profesor Alejandro Martínez que cierra el libro se hace eco de este debate sobre la competencia sobre el pasado. El pasado –se dice– ya no es competencia exclusiva del historiador, aunque este siga siendo el profesional mejor dotado para hacerse cargo de él. También para el jurista tiene el pasado un gran interés y valor, pero no se nos dice cuáles han de ser los límites dentro de los cuales debe ejercer su específica actividad. ¿Puede un juez hacer historia? Este es precisamente la cuestión introducida por El Tribunal Supremo en el juicio contra Garzón, y al que por otra parte, parece haberse dado una respuesta negativa. En este libro, aunque sin concretar cómo, se mantiene la indudable competencia del jurista sobre el pasado. Se reivindica que hacer justicia es hacer justicia al tiempo, a tiempo, con el tiempo y desde el tiempo. El debate es interesante aunque se mantiene dentro de unos vagos términos filosóficos cuya traducción técnico jurídica sería deseable abordar.

MADRID, ANTONIO.- *La Política y la justicia del sufrimiento*, Trotta, Madrid, 2010, 198 págs

Carlos Eymar

Este libro resulta interesante y novedoso en su intento de pensar la relevancia jurídica del sufrimiento en el Estado contemporáneo. Accidentes de trabajo, plus por trabajos penosos, el concepto penal de ensañamiento, fijación del pretium doloris en los contratos, son, entre otros muchos, conceptos jurídicos que hacen referencia a una realidad de dolor o sufrimiento que se trata de definir o determinar. En el trasfondo está la idea de que el proclamado Estado de bienestar tiene como contrapartida la existencia de un malestar, de un sufrimiento que está desigualmente distribuido. En el mundo globalizado se da una desigual distribución de riesgos daños y sufrimientos. Las personas, aún siendo todas vulnerables, están desigualmente expuestas a los riesgos y tienen un desigual acceso a los mecanismos de prevención, protección y reparación de daños. La orientación del derecho y de la política tendría que dirigirse, por tanto, hacia una equitativa distribución del sufrimiento. Un aspecto interesante de este libro está en ciertos acentos puestos sobre la institución militar. La fórmula «Todo por la patria» que servía de frontispicio a todos los cuarteles y unidades militares,



implica una idea de disposición al sufrimiento o al sacrificio, así como un recuerdo de las antiguas penalidades pasadas en defensa de la Patria. El militar tendría por esto una mayor predisposición al sacrificio, que habría de ser elevado a la categoría de deber. En este sentido resulta interesante el análisis del antiguo reglamento de la medalla de sufrimientos por la Patria, verdadero instrumento al servicio del reconocimiento del dolor. El otorgamiento de una condecoración por fallecimiento en acto de servicio, o por actos que implican sacrificios, no hace más que establecer un mecanismo jurídico que se remite al sufrimiento. La gramática de las condecoraciones, según el autor, no es otra cosa que una gramática del reconocimiento del dolor, con los implícitos criterios de distribución y exclusión de otras formas de sufrimiento. El estudio se hace eco de los criterios para indemnización de sufrimientos morales, tradicionalmente excluidos de la valoración económica, pero que cada vez se imponen con mayor intensidad y que, a juicio del Supremo, quedan supeditados a «un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa a la víctima». En definitiva el profesor Madrid nos lleva, a través de este libro, a tomar conciencia de la existencia y relevancia sociales del sufrimiento.

## NOTICIA DE REVISTAS

José Leandro Martínez-Cardos Ruiz

**SUMARIO:** *A) Cuestiones de derecho internacional. B) Cuestiones de derecho penal y disciplinario.*

### *A) Cuestiones de derecho internacional.*

Cuadernos de Estrategia, número 152/2011, está dedicado a los *Actores armados no estatales y modelo de Estado*, abordándose las cuestiones relativas a su conceptualización; a la insurgencia y contrainsurgencia, los grupos armados estatales como fuente de inestabilidad (war lords, jefes de clan y milicias), el terrorismo global, la criminalidad organizada y el tráfico ilícito de armas.

Por su parte, en el *Journal du Droit International*, número 3, julio-agosto y septiembre de 2011, se incluyen los siguientes trabajos de interés: «Reflexión sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité», por Sabine Corneloup; «Les limites des méthodes en droit international des affaires. Pour dépasser une simple lecture économique» de Giulio Cesare Giorgini y «L'octroi d'intérêts composés par les tribunaux arbitraux d'investissement» de Florian Grisel.

### *B) Cuestiones de derecho penal y disciplinario*

En *Cuadernos de la Guardia Civil*, de 2012, se aborda el estudio de «El agente encubierto» por Julián López Muñoz. El autor analiza la legislación que ampara las actuaciones de los Agentes Encubiertos, en su lucha contra el crimen organizado, como único factor procesal con el que cuenta

la justicia para poder conocer en toda su extensión, el funcionamiento, la estructura y los parámetros en los que actúan este tipo de organizaciones. Hace un repaso desde que los primeros ‘guardias civiles y policías comenzaron a infiltrarse en las organizaciones, más como una necesidad de combatir los delitos de tráfico de drogas que como una forma de poner en práctica el mandato legal, bajo una legalidad específica, que en aquel momento era inexistente. Llega hasta la globalización y la integración de los estados y regiones, que a lo que nos ha llevado ha sido a una situación en la que la criminalidad es más fuerte, menos vulnerable y la legislación, a pesar de evolucionar para combatirla incluso a nivel regional, en materia de Agente Encubierto nació obsoleta, y por tanto sigue siendo ineficaz. A pesar de ello es la única legislación a la que, hombres y mujeres, funcionarios públicos, pueden aferrarse en una lucha en la que dan lo mejor de sí mismos en beneficio de una sociedad, que desconoce el alcance del peligro y el cierto desamparo en el que actúan, jugándose algo más que el simple prestigio profesional.

También en el mismo número se inserta el trabajo «La actuación de la Guardia Civil en proyectos de fortalecimiento institucional y gobernabilidad relacionados con la seguridad», de Anselmo del Moral Torres en el que se señala que, desde prácticamente su fundación en 1844, la Guardia Civil ha participado de una manera muy activa en la resolución de los principales problemas de la seguridad que han afectado a los intereses de España como Estado. Como ejemplos de esta afirmación, podemos citar desde un punto de vista técnico, ajeno a cualquier connotación de carácter político: Las actuaciones que impidieron la implantación y extensión de prácticas subversivas propugnadas por la denominada asociación anarquista la Mano Negra en la España de finales del siglo XIX; el desarrollo de técnicas contrainsurgentes en los conflictos coloniales de Cuba, Filipinas, y Marruecos a caballo de finales y comienzos del siglo XX; las actuaciones de las contrapartidas contra el «maquis» después de la Guerra Civil Española, y más recientemente la lucha contra el terrorismo, especialmente el de ETA, y el crimen organizado desde la segunda mitad del Siglo XX hasta nuestros días. No cabe duda de que en toda actuación de primera línea como ha sido la desarrollada por el Cuerpo han existido luces y sombras, pero podemos decir con la mirada reposada del paso de los años, que la contribución de los Guardias civiles a este tipo de situaciones ha sido de entrega y eficacia, aportando de forma señalada, estabilidad a nuestro país. Dada nuestra posición geoestratégica, los problemas relacionados con la seguridad a los que se ha enfrentado España son muy diversos y complejos, y la necesidad de hacer frente a ellos, como parte integrante de las Fuerzas y Cuerpos de Se-

guridad del Estado ha dado lugar a desarrollar una serie de experiencias y procedimientos, y en general «formas de hacer las cosas» que han sido demandadas por la Unión Europea, y otras organizaciones internacionales en proyectos de fortalecimiento institucional y gobernabilidad en otros países. Este artículo realiza un breve estudio de las organizaciones internacionales que desarrollan actividades de fortalecimiento institucional y mejora de la gobernabilidad en materia de seguridad pública todo el mundo, y analizar cómo se ha producido la participación de la Guardia Civil en este tipo de eventos aportando su *savoir-faire*. Tras una descripción general de las posibilidades de actuación en este tipo de actividades se pretende profundizar en la descripción de algunos de los proyectos en los que el autor ha participado directamente como son: Proyectos de Fortalecimiento Institucional en referidos esencialmente a la capacitación policial en Centroamérica como Guatemala (1998-1999), y Honduras (2009), y más recientemente otros relacionados con la mejora de los estándares en el respeto de los derechos humanos de la Jandarma Turca (2008-2010), así como el desarrollo de procedimientos de fortalecimiento institucional de la Guardia Financiera rumana afectada por casos de corrupción.

Finalmente, se inserta el trabajo «La intervención de letrado en el Procedimiento Disciplinario de la 87 Guardia Civil a la Luz de la Ley Orgánica 12/2007» de José Miguel González Reyes, que analiza las vicisitudes derivadas de la intervención de Letrado o guardia civil con ocasión de la tramitación de expedientes disciplinarios en el ámbito de la Guardia Civil. El punto de partida se encuentra en el propio régimen sancionador positivo que ha contemplado esta posibilidad en la Ley Orgánica 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (LORDGC) al señalar que «el interesado podrá contar, en todas las actuaciones a que dé lugar cualquier procedimiento, con el asesoramiento y la asistencia de un abogado en ejercicio o de un Guardia Civil que elija al efecto». Esta previsión legislativa, que en lo disciplinario militar pudiera considerarse excepcional, se ha convertido en práctica habitual respecto del ámbito de la Guardia Civil. La regulación del derecho de asistencia letrada, a la luz de la normativa referenciada, no está exenta de algunas cuestiones problemáticas en cuanto al alcance y contenido de su ejercicio cuya dicción literal se nos antoja, en ocasiones, insuficiente; o, simplemente, guarda total silencio en otras.

# **INFORMACIÓN**

#### IV ENCUENTRO BILATERAL HISPANO-CHILENO

En los días 13 al 16 de diciembre último tuvo lugar en Santiago de Chile, promovido en esta ocasión por la Auditoría General del Ejército Chileno, el IV Encuentro Bilateral entre los Cuerpos Jurídicos Militares español y del Ejército de Chile.

La Delegación española estuvo integrada por el general consejero togado D. Jesús Bello Gil y el teniente coronel auditor D. Francisco Luis Pascual Sarría quienes, acompañados del auditor general del Ejército de Chile, el general D. Waldo Martínez Cáceres, fueron recibidos por el general jefe del Estado Mayor del Ejército Chileno y otras autoridades del Ministerio de Defensa, el presidente y magistrados de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema, presidente y vocales de la Corte Marcial y generales auditores jefes de los tres Ejércitos y de los Carabineros de Chile.

El Encuentro se desarrolló conforme a un programa articulado a través de diferentes Mesas de trabajo, conferencias y videoconferencias, dirigidas e impartidas por los miembros de la Delegación española, con participación de los oficiales de los tres Cuerpos Jurídico Militares y el de Carabineros de Chile, así como de magistrados y abogados civiles, y representantes de distintas fuerzas políticas de aquel país, siendo en todos los casos el tema central objeto de exposición y debate el de la actual configuración de la Jurisdicción Militar española y su previa transición desde el marco normativo propio del régimen anterior, tema sobre el que los anfitriones manifestaron tener un extraordinario interés al objeto de poder servir, en su caso, el nuestro de modelo a seguir para la nueva delimitación de la jurisdicción militar chilena, cuestión que en estos momentos late como próxima a ser abordada legislativamente.

Es de resaltar que el Encuentro se desarrolló en un ambiente de extraordinaria camaradería, propiciada por el conocimiento previo de los miembros de ambas Delegaciones, y de una exquisita y cuidada hospitalidad brindada por los colegas chilenos.

Jesús Bello Gil  
*General Consejero Togado*

## **CONGRESO INTERNACIONAL DE JUSTICIA PENAL MILITAR EN BOGOTÁ**

Los pasados días 10 y 11 de marzo de 2011 se celebró en Bogotá (Colombia) un Congreso Internacional sobre «tendencias y retos de la Justicia Penal Militar en el Estado Constitucional y de Derecho», organizado por el Ministerio de Defensa Nacional de la República de Colombia y la Dirección ejecutiva de la Justicia Penal de esa Nación.

Las delegaciones participantes fueron: Los Estados Unidos de Norteamérica, Colombia, Perú, Chile, México y España, dividiéndose la agenda en tres bloques temáticos, el primero sobre el alcance del fuero militar en el ordenamiento jurídico interno, el segundo sobre regímenes de carrera y disciplinario para funcionarios de la Justicia Penal Militar y un tercero sobre modelo estructura y ubicación de la Jurisdicción Penal Militar en la estructura del poder público.

La participación española, por parte de España acudió como Ponente el general auditor, con destino en el Tribunal Militar Central D. Fernando Mayandía Fernández, presentando la ponencia que se acompaña.

Asistieron además de los ponentes que se citan en la Agenda que se acompaña, el ministro de Defensa de Colombia que inauguró las jornadas al que acompañaban el comandante general de las Fuerzas Militares, los comandantes generales de los tres Ejércitos y de la Policía Nacional asistiendo también autoridades civiles y militares, entre ellos el presidente de las Altas Cortes, magistrados del Tribunal Superior Militar, representantes de la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría, la Defensoría del Pueblo, decanos de las Facultades de Derecho de la República de Colombia y representantes de organizaciones internacionales y no gubernamentales.

Se acompaña como anexo guión de la ponencia española y se incluye como nota a pie de página, la Agenda del Congreso.

## ANEXO: PONENCIA ESPAÑOLA: UBICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR ESPAÑOLA DENTRO DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO.

Dentro del Título VI de la Constitución Española de 1978, dedicado al Poder Judicial, se establece en el artículo 117.5, después de proclamarse el principio de unidad jurisdiccional, la posibilidad de la existencia de la jurisdicción militar: «El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en al ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

La Jurisdicción Militar en España, está pues completamente integrada y forma parte del poder Judicial, que es uno en los que se asienta el sistema político español, junto al legislativo y al ejecutivo, siguiendo la teoría de Montesquieu.

La Jurisdicción Militar, no es una Jurisdicción distinta a la Civil. Así, en el preámbulo de la LO 4/1987 de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, se dice «la Jurisdicción Militar tiene su origen en la misma génesis de los ejércitos permanentes y ha sido siempre una jurisdicción especializada, carácter que se deriva de la naturaleza del derecho que aplica, y del ámbito institucional en que se ejerce». De esta forma el artículo 5º del Código Penal Militar, establece: «las disposiciones del Código Penal (se está refiriendo al Código Penal Civil) serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos de este Código».

El reconocimiento que en el artículo 117.5 de la Constitución Española se hace de la Jurisdicción Militar, significa, fundamentalmente:

1º.- Que la Jurisdicción Militar se integra dentro del Poder Judicial del estado. Unidad jurisdiccional que se salvaguarda en el vértice de la Justicia Española con la existencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, con lo que se cumple el artículo 123.1 de la Constitución Española, que configura al Tribunal Supremo como el Órgano Jurisdiccional supremo en todos los órdenes. Los órganos judiciales militares están revestidos de todas las garantías y atributos de estos órganos, a saber: independencia, inamovilidad, responsabilidad, imparcialidad y sometimiento exclusivo a la Ley.

2º.- La delimitación competencial al ámbito estrictamente castrense, delimitación constitucional que habrá de entender, por un lado, como ha hecho ya el Tribunal Constitucional de forma restringida, entendiéndolo como tal que en lo sustancial, en tiempo de paz no debe ser otro que el



determinado por la legislación penal militar, aquella que tiene por objeto la específica tutela del potencial bélico del Estado. Sin embargo este ámbito normal puede ser extendido en circunstancias anormales, como constitucionalmente se reconoce, al hablar de la regulación que legalmente se haga en los supuestos de estado de sitio, y la extensión que legalmente se ha hecho en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización al hablar de la competencia en tiempo de guerra.

El encuadramiento de la Jurisdicción Militar en el poder Judicial del estado, en España, queda acreditado:

A).- Desde el punto de vista administrativo:

1º.- Art. 9 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización, que dice «Independencia de los miembros y órganos judiciales militares. Cuando los miembros de los órganos judiciales militares se consideren perturbados en su independencia, lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, a través de la sala de gobierno del Tribunal Militar Central, dando cuenta al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por si mismos, las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la Justicia y restaurar el orden jurídico».

2º.- Art. 125 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización, que dice «Inspección de los órganos Judiciales Militares corresponde al Consejo General del Poder Judicial la inspección de todos los órganos de la Jurisdicción Militar. Para realizar la inspección de los Tribunales Militares Territoriales y de los Juzgados Togados, cuando el Consejo no lo haga por si, éste designará a uno de los miembros de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, quien informará por escrito del resultado de las actuaciones».

3º.- Art. 30 de la Ley Procesal Militar, que dice «Recurso de Alzada ante el Consejo General del Poder Judicial. Los acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar central gozaran de ejecutoriedad, y serán recurribles, en alzada, ante el Consejo general del poder Judicial».

B) Desde el punto de vista judicial, a través de la creación de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Esta Sala está integrada por un presidente y siete magistrados, cuatro proceden de la carrera judicial civil y cuatro procedentes del Cuerpo Jurídico Militar, bien entendido que como los de esta última procedencia, tan pronto tomen posesión, adquieren condición y estatuto de magistrados del Tribunal Supremo a todos los efectos, no puede, en rigor, conceptuarse esta Sala como una Sala mixta, toda vez que la totalidad de sus miembros pertenecen a la carrera judicial en que se integran jueces y magistrados.

Así mismo, el art 2 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización que establece «el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en asuntos de su competencia, corresponde exclusivamente a los órganos judiciales militares establecidos por esta Ley».

Tal y como señala Jiménez Villarejo en Comentarios a las Leyes Procesales Militares (obra colectiva Ministerio de Defensa 1995), la caracterización de la Jurisdicción Militar como Jurisdicción integrante del Poder Judicial del Estado, es consecuencia necesaria de la confluencia del principio de división de poderes, inherente al estado constitucional desde su nacimiento y del de Unidad Jurisdiccional declarado en el anteriormente citado art. 117.5 de la Constitución Española, base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. Señala Jiménez Villarejo que la primera consecuencia que cabe extraer de la integración es que la Jurisdicción Militar, no forma ya parte de las Fuerzas Armadas en cuanto estas constituyen parte de la Administración Militar, que conforme al art 97 de la Constitución está bajo la dirección del Gobierno, siendo esta característica una de las mayores notas diferenciadoras de la anterior Jurisdicción Militar, pero como señala el mismo autor, la salida de la Jurisdicción Militar del ámbito estricto de las Fuerzas Armadas y su integración en el Poder Judicial, no impiden que quienes desempeñan en la misma funciones jurisdiccionales sean miembros de uno de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, el Cuerpo Jurídico Militar (art. 39 de la Ley del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas) y estén sometidos, por tanto, a la potestad ejecutiva y reglamentaria del Gobierno. No obstante, en sentido menos riguroso que Jiménez Villarejo, habría que decir que la Jurisdicción Militar está integrada en las Fuerzas Armadas pero no es Administración Militar.

La no pertenencia de quienes forman parte de los órganos judiciales militares a la carrera judicial y su dependencia como militares al Ministerio de Defensa, no constituye un obstáculo ni para considerar a la Jurisdicción Militar como verdadera jurisdicción, ni siquiera como jurisdicción especial, y en este sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de fecha 11 de julio de 1994, dijo que «... es claro que el mandato contenido en el art. 122.1 de la Constitución Española no se proyecta necesariamente sobre la jurisdicción militar prevista en el art. 117.5 de la Constitución. Desde la perspectiva del art. 24 de la Constitución es, pues, válida la opción de la LO 4/1987 que dispone que los Juzgados Militares sean desempeñados por miembros de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos (art. 4) hoy unificados en el Cuerpo Jurídico de la Defensa (hoy Cuerpo jurídico Militar). El principio de Independencia Judicial no viene, en efecto, determinado por

el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el estatus que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas».

El Tribunal Constitucional en Sentencia de 6 de julio de 1995, puso de manifiesto «... en estos momentos, no evidentemente cuando nació la Constitución, la jurisdicción Militar está integrada en el poder judicial, así se dice en el art. 1 de la Ley constitutiva. Y antes, en su Preámbulo, se habla de la Unidad en el vértice del Poder Judicial, con la creación de una Sala de lo Militar en el tribunal Supremo. Consecuencia de esta integración es asimismo que la Fiscalía Jurídico Militar se hace depender del fiscal general del Estado (preámbulo), o que el Consejo General del Poder Judicial vela por su independencia (art. 9) y tiene facultades inspectoras (art.125) y sancionadoras (art. 138), estos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En los momentos actuales, tras la evolución legislativa iniciada conforme a las previsiones constitucionales, la jurisdicción militar, salvo aquello que define su especialidad y que justifica su existencia, goza de una total equiparación con la jurisdicción común u ordinaria. Desde luego –afirma el Tribunal Constitucional–, el estatus de sus miembros, en lo que supone de garantías propias de la jurisdicción, es equiparable. La inveterada distribución jurisdicción ordinaria y jurisdicción militar ha perdido hoy toda sustantividad, quedando solo como un modo de mencionar a una –ordinaria– con relación a otra. Por ello, la expresión Tribunales Ordinarios, adoptada por el art. 53.2 de la Constitución Española, no puede excluir a los Tribunales Militares».

Hemos de hacer también una referencia a la Fiscalía Jurídico Militar, integrada también, como veremos, en la Fiscalía General del Estado.

La exposición de motivos de la reciente reforma de la Ley 50/1981 de 31 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, indica, como una de las novedades de la reforma, que, con absoluto respeto del régimen de la LO 4/1987 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, se incorpora en esta Ley la figura de la Fiscalía Jurídico Militar, como órgano del Ministerio Fiscal. De ahí que deba ser ubicada sistemáticamente dentro del estatuto como corresponde al principio de unidad orgánica, pese a que, con la sola excepción de un fiscal de sala, se trate de una Fiscalía no servida por la Carrera Fiscal.

El art. 18.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, establece la configuración orgánica de la Fiscalía Jurídico Militar, al disponer que: «La Fiscalía Jurídico Militar, estará integrada por la Fiscalía Togada, la Fiscalía del Tribunal Militar Central y las Fiscalías de los Tribunales Militares Territoriales. La Fiscalía Togada será dirigida por el fiscal togado (general consejero togado) y estará integrada al menos por un general auditor y por

un fiscal de Sala perteneciente a la carrera Fiscal... La Fiscalía del Tribunal Militar Central y las fiscalías de los Tribunales Militares Territoriales se formaran y organizaran conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Competencia y Organización Militar».

Por su parte, el art. 21, desarrolla el precepto anteriormente citado, y establece que «Las Fiscalías del Tribunal Supremo, ante el Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, la Fiscalía Togada, la Fiscalía de la Audiencia Nacional, y las Fiscalías especiales, tienen su sede en Madrid y extienden sus funciones a todo el territorio del Estado para los asuntos de su competencia. La Fiscalía del Tribunal Militar Central también tendrá su sede en la capital de España y ejercerá sus funciones ante dicho Tribunal y ante los Juzgados Togados Centrales. Las Fiscalías de los Tribunales Militares Territoriales tendrán su sede donde resida el Tribunal Militar Territorial respectivo y ejercerán las funciones en el ámbito competencial del mismo».

Aunque el precepto transcrito parece establecer una diferenciación entre la Fiscalía del Tribunal Supremo y la Fiscalía Togada (la Militar), al nombrarlas separadamente, lo cierto es que esta última no es sino una Sección de la Fiscalía del Tribunal Supremo correspondiente a la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

Por su parte, el art. 22 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, tras disponer que el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado (lo que abona la necesaria pertenencia de la Fiscalía Jurídico Militar al Ministerio público), establece la función de cada fiscal jefe, incluido por tanto el fiscal togado, añadiendo un apartado solamente aplicable a este cuando hace constar «... lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de las facultades que atribuye al Ministro de Defensa el art 92 de la LO 4/1987 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar» (este artículo se refiere a la facultad del Ministro de Defensa de impartir órdenes e instrucciones al fiscal togado referentes a actuaciones que deban adoptarse para la mejor aplicación de las leyes ante los Tribunales y Juzgados Militares, así como en defensa del interés público en el ámbito militar).

En consecuencia y tras el estudio de la legislación tanto militar como civil, hemos de concluir que la jurisdicción militar en España, se encuentra plenamente integrada en la Civil, es decir, en el Estado, siendo una jurisdicción especializada.

Se amplió esta Ponencia de forma verbal con una breve reseña de la Organización de la Jurisdicción Militar (Juzgados Togados, Juzgados Togados Centrales, Tribunales Militares Territoriales, Tribunal Militar Central, Sala Quinta del Tribunal Militar Supremo, Fiscalías Territoriales, Fiscalía

del Tribunal Militar Central y Fiscalía Togada) así como de la competencia de la Jurisdicción Militar, porque así le fue solicitado por la Organización del Congreso antes de iniciar la exposición de su Ponencia.

Fernando Mayandia Ferrández  
*General auditor*

AGENDA CONGRESO INTERNACIONAL TENDENCIAS Y RETOS DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO

*MIÉRCOLES 9 DE MARZO*

Traslado de las delegaciones a Colombia.

20:30-21:00 Recepción de Bienvenida Hotel Marriott Punto de encuentro lobby del hotel.

*JUEVES 10 DE MARZO*

09:00-10:00 INTERVENCIÓN GR. FERNANDO MAYANDÍA FERNÁNDEZ

10:00-10:30 Refrigerio

10:30-11:30 INTERVENCIÓN DE TCOL. FABIO ARAQUE VARGAS

11:30-12:00 SESIÓN DE PREGUNTAS

...

*VIERNES 11 DE MARZO*

08:00-09:00 INTERVENCIÓN DE LAS RESERVAS ACTIVAS DE LA FUERZA PÚBLICA Bloque Temático III. «MODELO, ESTRUCTURA Y UBICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR EN LA ESTRUCTURA DEL PODER PÚBLICO».

12:00-14:00 ALMUERZO

14:00-16:30 PANEL: TENDENCIAS DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Moderador: Dr. Alexander Sánchez Pérez Docente y Catedrático U. Externado de Colombia Ex Conjuez Sección Tercera Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca

Panelistas:

Viceministro de Defensa para las Políticas V Asuntos internacionales, Ministerio de Defensa Nacional.

- Representante en Colombia de la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas de los Derechos Humanos.
- Vicepresidente Tribunal Superior Militar
- Docente y Catedrático

16:30-17:00 CONCLUSIONES

17:00-17:30 CLAUSURA

Viceministro de Defensa con la de Comandantes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, vicepresidente Tribunal Superior Militar y directora ejecutiva de la Justicia Penal Militar.

*SÁBADO 12 DE MARZO*

Regreso de las Delegaciones.