

REVISTA
de ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

n.º 115

Madrid (España) • enero - junio 2021 • ISSN: 0034-9399



MINISTERIO DE DEFENSA

de REVISTA
ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

115 ENERO
JUNIO
2021

MADRID



MINISTERIO DE DEFENSA



Catálogo de Publicaciones de Defensa
<https://publicaciones.defensa.gob.es>



Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>

publicaciones.defensa.gob.es
cpage.mpr.gob.es

Edita:



Paseo de la Castellana 109, 28046 Madrid

© Autores y editor, 2021

NIPO 083-15-140-0 (edición impresa)

ISSN 0034-9399 (edición impresa)

Depósito legal M 523-1958

Fecha de edición: diciembre de 2021

Maqueta e imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

NIPO 083-15-141-6 (edición en línea)

ISSN 2530-1497 (edición en línea)



Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de los autores de la misma. Los derechos de explotación de esta obra están amparados por la Ley de Propiedad Intelectual. Ninguna de las partes de la misma puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en ninguna forma ni por medio alguno, electrónico, mecánico o de grabación, incluido fotocopias, o por cualquier otra forma, sin permiso previo, expreso y por escrito de los titulares del copyright ©.

En esta edición se ha utilizado papel 100% libre de cloro procedente de bosques gestionados de forma sostenible.

ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 115 ENERO-JUNIO 2021

ESTUDIOS

- Juan Pozo Vilches. *Doble instancia penal y jurisdicción militar: una reforma pendiente*..... 9
- Abraham Martínez Alcañiz. *El uso de la fuerza en el marco de los conflictos armados y la aplicación del derecho internacional de los Derechos Humanos ¿Utopía o realidad?....* 63
- Miguel Ángel Encinar del Pozo. *Los Tribunales Penales Internacionales: de Versalles a la Corte Penal Internacional*..... 119
- José Miguel Ruiz-Cabello Santos. *La responsabilidad disciplinaria de los alumnos en la enseñanza militar de formación* 145
- Joaquín Gil Honduvilla. *En defensa del Estado: las atribuciones legales del Ejército en situaciones de crisis 1812-1939*..... 233

NOTAS

- Gonzalo de la Haba de los Ríos. *La evolución jurídica de la neutralidad y su pervivencia en el actual Derecho Internacional* 289

DOCUMENTACIÓN

- José Leandro Martínez-Cardós Ruiz. *Doctrina legal del Consejo de Estado* 313

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR.

- NORMAS EDITORIALES 325

ESTUDIOS

DOBLE INSTANCIA PENAL Y JURISDICCIÓN MILITAR: UNA REFORMA PENDIENTE

Juan Pozo Vilches
General consejero togado

Resumen

En el año 2015 se reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, implantando, con carácter general, la segunda instancia en el proceso penal. El origen de tan importante reforma se puede encontrar en dos convenios internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y ratificado por España en 1977; y el Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, y ratificado por España en 2009.

No fue un camino rápido y sencillo, sino largo y complicado, en el que tendrá suma importancia la doctrina del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ahora bien, en el proceso penal militar, y a pesar del tiempo transcurrido, sigue sin implantarse la doble instancia. En el presente trabajo se analizará la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, la regulación del recurso de apelación en dicha Ley, y la propuesta de implantación de la segunda instancia en la jurisdicción militar.

Palabras clave: segunda instancia penal, recurso de apelación, derechos humanos, garantías procesales.

Abstract

In 2015 the Criminal Procedure Act was amended, implementing, in general terms, the second instance in the criminal process.

The origin of this key reform can be found in two international agreements: the International Covenant on Civil and Political Rights, made in New York on 19th December 1966, and ratified by Spain in 1977; and Protocol No. 7 to the European Convention for the Protection of Human Rights Human Rights and Fundamental Freedoms, done at Strasbourg on 22nd November 1984, and ratified by Spain in 2009.

It was not a fast and simple path, but a long and difficult one, in which it was necessary to join together the doctrine of the Constitutional Court, the jurisprudence of the Supreme Court, the opinions of the United Nations Human Rights Committee and the judgments of the European Court of Human Rights.

However, in the military criminal process, despite the long time elapsed, there is still a need to implement the double instance. This paper is aimed to analyze the amendment of the Criminal Procedure Act in 2015, the regulation of the appeal in the aforementioned Act, and a proposal for the implementation of the second instance in the military jurisdiction.

Keywords: second criminal instance, appeal, human rights, procedural guarantees.

SUMARIO

1. Los recursos en el ámbito del proceso penal. 2. El largo camino hasta la generalización de la doble instancia en nuestro derecho procesal penal. 2.1. Situación antes de la reforma LECrim por Ley 41/2015, de 5 de octubre. 2.2. La Comunicación 701/1996, de 20 de julio de 2000, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Caso Cesáreo Gómez Vázquez c. España. 2.3. La modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2003. 2.4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.5. La sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, del Tribunal Constitucional. 2.6. La modificación LECrim por Ley 41/2015, de 5 de octubre. 3. Apelación plena y apelación limitada. 4. La regulación del recurso de apelación en la LECrim. 4.1. Resoluciones recurribles. 4.2. Motivos. 4.2.1. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales. 4.2.2. Error en la valoración de la prueba. 4.2.3. Infracción de ley. 5. El proceso penal militar. 6. Propuesta de reforma. 7. Bibliografía.

1. LOS RECURSOS EN EL ÁMBITO DEL PROCESO PENAL

Garberí Llobregat afirma que la existencia de recursos constituye una «garantía» esencial del proceso, ya que a través de los mismos¹:

1. Se pueden combatir los errores del órgano judicial al enjuiciar por primera vez un determinado asunto.
2. Se acrecienta indiscutiblemente el nivel de acierto en la decisión final (principalmente en los recursos devolutivos, ya que el tribunal superior estará técnicamente más preparado para analizar la cuestión).
3. En los recursos devolutivos, se estimula el celo y la diligencia de los jueces que hayan de resolver por vez primera el asunto, al saber que una resolución superficial, infundada o caprichosa, puede ser severamente censurada en vía de recurso por un tribunal superior.

La Constitución de 1978² no recoge entre sus derechos fundamentales el derecho a los recursos. Pero numerosas sentencias del Tribunal Constitucional³ han considerado el derecho a los recursos como parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE⁴, o del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE. Así la STC 112/1987, de 2 de julio, expresó que es doctrina reiteradísima de dicho Tribunal que la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE se extiende al derecho al recurso o recursos que las leyes establecen contra las resoluciones judiciales, a favor de la parte o partes que, con interés legítimo y entendiendo que su derecho ha sido desconocido o limitado, las impugnen en forma. Y considera esta sentencia que el recurso constituye una «prosecución» del proceso y, al mismo tiempo, una «revisión» del mismo por un órgano superior, que ha de decidir conforme a lo alegado por las partes, oídas contradictoriamente.

Si bien es cierto que el derecho a los recursos forma parte de la tutela judicial efectiva, también es cierto que no existe en la CE «ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos

¹ GARBERÍ LLOBREGAT, J. «La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución». *Actualidad Jurídica Aranzadi* 331. 1998.

² En adelante, CE.

³ En adelante, STC.

⁴ Como dice GIMENO SENDRA, el artículo 24.1 CE ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional como auténtico «cajón de sastre» en el que incluir todas aquellas garantías de incidencia procesal que, al menos de forma expresa, no se mencionan entre los derechos del art. 24.2 (GIMENO SENDRA, V. «El derecho a un proceso con todas las garantías». *Revista Justicia*, n.º 1/1991, p. 15).

determinados recursos» (STC 119/1998, de 4 de junio, FJ 1, dictada por el Pleno; en el mismo sentido la STC 223/2002, de 25 de noviembre, FJ 3). Como dijo la STC 120/2002, «el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso»⁵.

El sistema de la doble instancia, implantado con carácter general por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶ tras su reforma de 2015, tiene su origen en lo dispuesto en dos instrumentos internacionales:

a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Este Pacto fue ratificado por España, publicado en el *BOE* de 30-4-1977, y entró en vigor en nuestro país el 27-7-1977. Su artículo 14.5 establece:

«Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley».

El PIDCP no impone, en realidad, un determinado sistema de doble instancia, sino que exige que en todo proceso penal haya al menos un recurso en favor del condenado para que pueda someter a revisión, ante un tribunal superior, el fallo condenatorio y la pena que le haya sido impuesta⁸.

⁵ Como dice VICENTE BALLESTEROS, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, no constituye una exigencia del derecho fundamental a los recursos que estos existan en un sistema procesal, por lo que es perfectamente viable y compatible con el mismo, la ausencia generalizada de medios de impugnación (STC 3/1983, de 25 de enero). Únicamente admite el Tribunal Constitucional una excepción a esta doctrina general en relación con el proceso penal, y ello no porque la Constitución española prevea dicha excepción sino porque así lo dispone el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como veremos a continuación (VICENTE BALLESTEROS, T. «El derecho fundamental a los recursos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. Una visión crítica». *LA LEY Penal* n.º 126, mayo-junio 2017. Editorial Wolters Kluwer 1 de mayo de 2017).

⁶ En adelante, LECrim.

⁷ En adelante, PIDCP.

⁸ SSTC 42/1982, de 5 de julio; 76/1982, de 14 de diciembre; 110/1985, de 8 de octubre; 37/1988, de 3 de marzo; 78/1988, de 27 de abril, 105/2003, de 2 de junio; 116/2006, de 24 de abril; 60/2008, de 26 de mayo; 16/2011, de 28 de febrero; 13/2014, de 30 de enero; 15/2014 de 30 de enero, 55/2015, de 16 de marzo...

- b) El Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁹, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984. Este Protocolo fue ratificado por España, publicado en el *BOE* de 15-10-2009, y entró en vigor en nuestro país el 1-12-2009. Su artículo 2.1 dispone lo siguiente:

«Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley».

Ahora bien, el Protocolo recoge una serie de excepciones¹⁰ en su artículo 2.2:

«Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolucón».

Sobre estos convenios internacionales (que, como hemos indicado, pueden considerarse el origen de la generalización de la doble instancia en España), resulta preciso realizar dos puntualizaciones:

- a) Al haber sido ratificados por España, forman parte de nuestro derecho interno, de acuerdo con lo establecido en el artículo 96.1 de la CE. Además, conforme el artículo 10.2 de la CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que

⁹ En adelante, el Protocolo al CEDH.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (también conocido como Convenio de Roma o Convenio Europeo de Derechos Humanos), fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 (es decir, al año siguiente de crearse el Consejo de Europa) y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. España ingresó en el Consejo de Europa el 24 de noviembre de 1977, y ratificó el Convenio con fecha 26 de septiembre de 1979. El Convenio será objeto de diversos Protocolos Adicionales y Procedimentales.

La finalidad del Convenio es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Para algunos autores, como MOLINA DEL POZO, este Convenio viene a ser el equivalente europeo del PIDCP de la ONU (citado por LEÓN BASTOS, C. *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos*, Madrid, Edit. Reus, 2010, pág. 160).

¹⁰ Excepciones que, por cierto, no contempla el PIDCP.

la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos «y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

- b) En sentido estricto, no incorporan a nuestro ordenamiento jurídico una doble instancia en el proceso penal, sino simplemente la sumisión del conocimiento del fallo condenatorio y de la pena impuesta a un tribunal superior¹¹.
- c) La posibilidad de acudir a un tribunal superior es un derecho que se atribuye solo al «condenado» (en ambos casos se habla de «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a...»). ¿Esto significa que no puede recurrir la acusación? El tema ha sido objeto de un apasionado debate, sobre todo si la sentencia de instancia ha sido absolutoria, como veremos más adelante¹².

El Anteproyecto de LECrim de 2020 recoge de forma expresa el «derecho a la doble instancia» en su art. 23 en los siguientes términos:

«1. La persona condenada tendrá derecho a recurrir en apelación para obtener de un tribunal superior la revisión de todas las cuestiones de hecho y de derecho resueltas en la sentencia de primera instancia que le fueran perjudiciales.

2. No podrá pedirse la revisión cuando la sentencia haya sido dictada tras la conformidad de la persona acusada ni cuando haya sido juzgada en única instancia por el Tribunal Supremo o cuando haya sido declarada culpable y condenada al resolverse un recurso contra su absolución».

¹¹ Y según el ATC 330/1989, de 19 de junio, esta garantía «puede quedar válidamente satisfecha en nuestro derecho, a través del recurso de casación (SSTC 42/1982, de 5 de julio; 123/1986, de 22 de octubre; 154/1987, de 14 de octubre; ATC 825/1986, de 22 de octubre, entre otras muchas resoluciones)».

¹² RUIZ HERNÁNDEZ advierte que nos hallamos ante un derecho con una clara influencia anglosajona, y en dicho sistema penal, el veredicto absolutorio del jurado no es recurrible por el Ministerio Fiscal; en cambio, en caso de condena, el condenado puede acudir al tribunal superior, compuesto por jueces profesionales, que son los encargados de examinar si se han observado las garantías del proceso debido (RUIZ HERNÁNDEZ, M.E. «La impugnación de sentencias ante el tribunal *ad quem*. La segunda instancia en el derecho penal militar». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 102. Madrid: julio/diciembre 2014, p. 35).

2. EL LARGO CAMINO HASTA LA GENERALIZACIÓN DE LA DOBLE INSTANCIA EN NUESTRO DERECHO PROCESAL PENAL

2.1. SITUACIÓN ANTES DE LA REFORMA LECRIM POR LEY 41/2015, DE 5 DE OCTUBRE

Hasta la reforma de la LECrim por Ley 41/2015 solo se podía interponer recurso de apelación contra las siguientes sentencias:

- a) Sentencias dictadas en primera instancia por los juzgados de paz, los juzgados de instrucción y los juzgados de violencia sobre la mujer en procedimientos de juicio de faltas¹³.

Competencia para el conocimiento de la apelación: en el primer caso, los juzgados de instrucción; en los dos restantes, las audiencias provinciales.

- b) Sentencias dictadas en primera instancia por los juzgados de lo penal o el Juzgado Central de lo Penal¹⁴ en procedimientos abreviados¹⁵.

Competencia para el conocimiento de la apelación: audiencias provinciales o Audiencia Nacional.

- c) Sentencias dictadas en primera instancia por los juzgados de lo penal en procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (artículo 795 LECrim).

Competencia para el conocimiento de la apelación: audiencias provinciales.

Esto es, se podía interponer recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los órganos judiciales unipersonales, pero no contra las sentencias dictadas por los órganos judiciales colegiados.

¹³ Hoy día, procedimiento para el juicio sobre delitos leves, tras la modificación de la LECrim por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁴ El Juzgado de lo Penal y el Juzgado Central de lo Penal (dentro del ámbito de la Audiencia Nacional) enjuician delitos cuyas penas de privación de libertad no supere 5 años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de estas no exceda de 10 años (art. 14.3 LECrim). Si excede de 5 años, pero no de 9, también se seguirá el procedimiento abreviado, pero enjuicia la audiencia provincial o la Audiencia Nacional, en su caso.

¹⁵ El artículo 757 LECrim regula el ámbito del procedimiento abreviado: «Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración».

Mención aparte merece el recurso de apelación contra sentencias dictadas por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la audiencia provincial. Si bien la LECrim lo denomina recurso de apelación (que será resuelto por el Tribunal Superior de Justicia), en cambio poco tiene que ver con un auténtico recurso de apelación, ya que solo se puede interponer por unos motivos tasados, recogidos en el art. 846.bis.c) LECrim, lo que le asemeja más, a pesar de su nombre, no a un tradicional recurso de apelación, sino a un recurso de casación.

En definitiva, y con independencia de lo indicado en el párrafo anterior, existía doble instancia para los delitos de menor gravedad (los castigados con pena privativa de libertad no superior a 5 años, multa o cualquier otra pena que no excediese de 10 años), y en cambio no existía doble instancia para los delitos más graves.

Tal regulación fue objeto de crítica por gran parte de la doctrina, ya que, a su juicio, contravenía lo dispuesto en el PIDCP (y, una vez ratificado por España, también lo establecido en el CEDH). Pero el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, por el contrario, consideraron que nuestro derecho cumplía las exigencias de estos textos a través de los recursos de apelación (en el caso de sentencias dictadas por órganos judiciales unipersonales) y de casación (en el caso de sentencias dictadas por órganos judiciales colegiados).

Así la STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 2, expresa que artículo 14.5 del PIDCP «no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes», pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un tribunal superior, y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento.

Y la STC 37/1988, de 3 de marzo, tras recordar lo expresado en la STC 42/1982, afirma que «la libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el artículo 14.5 del Pacto (“...conforme a lo prescrito por la ley”). Ello permite que en nuestro ordenamiento cumpla tal función en determinados supuestos el recurso de apelación (...); y permite asimismo que dentro del ordenamiento y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un tribunal superior».

Por su parte, la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias (27 de octubre de 1995, 4 de marzo de 1998, 4 de junio de 1998, 23 de

noviembre de 1998, 22 de junio de 1999, 25 de junio de 1999, 1 de diciembre de 1999, 8 de febrero de 2000, 26 de abril de 2000, 4 de diciembre de 2000...) ha negado la incompatibilidad de la casación con los términos del PIDCP, al no exigir este último, al menos textualmente, la doble instancia. En general, estas sentencias fundamentan tal postura en que el artículo 14.5 del PIDCP se remite expresamente a lo que disponga la ley («conforme a lo prescrito por la ley»)¹⁶.

En definitiva, hasta principios del año 2000, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo consideraban que nuestro sistema de recursos cumplía lo requerido en el PIDCP¹⁷, a través de los recursos de apelación y de casación.

La amplitud del recurso de apelación se recogía, entre otras, en la STC 120/1999, de 28 de junio, al afirmar (FJ 3) que «nada se ha de oponer a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia (STC 43/1997), pues tanto “por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma” como por lo que se refiere a “la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba” el juez *ad quem* se halla “en idéntica situación que el juez *a quo*” (STC 172/1997, fundamento jurídico 4.º; y, asimismo, SSTC 102/1994, 120/1994, 272/1994, 157/1995, 176/1995) y, en consecuencia, “puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*” (SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990, 323/1993, 172/1997)». Pero esta doctrina del Tribunal Constitucional dará un giro radical a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, como veremos en las siguientes páginas.

¹⁶ En estas SSTs solo se hablaba del PIDCP porque el Protocolo al CEDH aún no había sido ratificado por España.

Es de destacar que esa expresión («conforme a lo prescrito por la ley») ha sido objeto de interpretación por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Así, en la Comunicación 1332/2004, caso García Sánchez y González Clares c. España, el Comité precisó que la expresión «conforme a lo prescrito por la ley» no tiene la intención de dejar la existencia del derecho a la revisión a la discreción de los Estados parte (véanse por ejemplo, las comunicaciones 64/1979, Salgar de Montejó c. Colombia, dictamen de 24 de marzo de 1982; 1073/2002, Terrón c. España, dictamen de 5 de noviembre de 2004; 1211/2003, Luis Oliveró Capellades c. España, dictamen de 11 de julio de 2006). Al contrario, lo que debe entenderse por «conforme a lo prescrito por la ley» son las modalidades de acuerdo con las cuales la revisión por un tribunal superior debe llevarse a cabo.

¹⁷ Como hemos indicado anteriormente, no se hablaba del Protocolo n.º 7 al CEDH porque aún no había sido ratificado por España.

Por lo que se refiere al recurso de casación, la importante función revisora que realiza el Tribunal Supremo a través del recurso de casación, se recoge en la STS, Sala 2.^a, de 28 de julio de 1998: «Se ha repetido numerosas veces en la jurisprudencia, que es función de esta Sala de casación, cuando en tal vía se alega infracción del derecho a la presunción de inocencia, comprobar si el tribunal sentenciador contó con prueba de cargo suficiente para dictar una resolución condenatoria, si esa prueba se ha obtenido en legítimas condiciones de publicidad, inmediación y contradicción, y sin violentar derechos ni libertades fundamentales, así como cerciorarse de que tal prueba ha sido evaluada por el juzgador de instancia de acuerdo con criterios lógicos y de experiencia».

A este respecto, CONDE-PUMPIDO afirma que la invocación del derecho a la presunción de inocencia permite al tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

- una prueba de cargo suficiente;
- una prueba de cargo que haya sido constitucionalmente obtenida;
- una prueba de cargo que haya sido legalmente practicada,
- una prueba de cargo que haya sido racionalmente valorada.

Y continúa: «Estos cuatro parámetros permiten una amplia revisión del juego probatorio, y en consecuencia el recurso de casación ha ensanchado sus límites, convirtiéndose, prácticamente, en una segunda instancia, al menos en lo que se refiere a la impugnación de sentencias condenatorias»¹⁸.

Como manifestó la STS, Sala 2.^a, de 10 de julio de 2019, citando a la sentencia de la misma Sala de 8 de julio de 2015, el recurso de casación «según viene siendo interpretado, tiene la suficiente holgura y elasticidad como para cubrir, aunque se consiga a costa de flexibilizar la naturaleza de la casación, esa exigencia de los tratados internacionales. Es esta doctrina consolidada tanto en esta Sala (entre otras SSTS 203/2000 de 8 de febrero y 543/2000 de 27 de marzo), como en el Tribunal Constitucional (SSTC 80/1992, de 28 de mayo, 113/1992, de 14 de septiembre, 29/1993, de 25 de enero, 120/1999, de 28 de junio, 80/2003, de 28 de abril o 26/2006 de 16 de enero y Auto 369/1996, de 16 de diciembre)».

Pero, en realidad, el recurso de casación no había sido configurado para que sirviera de segunda instancia. Como apuntan GONZÁLEZ-CUÉ-

¹⁸ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. «El derecho a la doble instancia penal. Presente y Futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal». Curso del Consejo General del Poder Judicial sobre Constitución y garantías penales. Madrid: 2003.

LLAR y MARCHENA¹⁹, el retraso del legislador a la hora de hacer realidad en nuestro sistema el derecho a la doble instancia, ha legitimado un entendimiento de esta vía de impugnación que en poco se ajustaba a su dimensión histórica. Y señalan que son especialmente indicativas de esta concepción las afirmaciones contenidas en numerosos precedentes, en los que puede leerse lo siguiente: «... a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el juzgador de instancia haya deducido de su contenido (STC 2/2002 de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, el recurrente tiene adscrita una vía que permite al TS la “revisión íntegra” entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las instancias jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (STC 70/2002, FJ7)... El Tribunal Supremo... para un mejor cumplimiento del mandato del artículo 14.5 del Pacto Internacional... y acorde con las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre ese artículo, ha ido elaborando una doctrina que viene ensanchando su conocimiento a la revisión de cómo se ha hecho la valoración de la prueba por el tribunal de instancia» (STS, Sala 2.^a, de 6 de julio de 2010).

Pero la teoría de que nuestro sistema de recursos cumplía lo requerido en el PIDCP a través de los recursos de apelación y de casación va a cambiar a raíz de la Comunicación²⁰ 701/1996, de 20 de julio de 2000, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el caso *Cesáreo Gómez Vázquez c. España*.

2.2. LA COMUNICACIÓN 701/1996, DE 20 DE JULIO DE 2000, DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. CASO CESÁREO GÓMEZ VÁZQUEZ C. ESPAÑA

En este trascendental dictamen, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas consideró que nuestro sistema vulneraba el art 14.5

¹⁹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. y MARCHENA GÓMEZ, M. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas 2015, p. 541.

²⁰ Las denominadas «comunicaciones» son denuncias formuladas con arreglo al Protocolo Facultativo al PIDCP de 16 de diciembre de 1966, presentadas por particulares, que alegan que un Estado parte ha violado sus derechos consagrados en el Pacto.

del PIDCP, dada la imposibilidad de que el fallo condenatorio y la pena fueran revisadas «íntegramente» en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

El reclamante había sido condenado en 1992 por la Audiencia Provincial de Toledo a la pena de doce años y un día de reclusión como autor de un delito de asesinato en grado de frustración, por el apuñalamiento de una persona en el aparcamiento de una discoteca. El condenado siempre negó los hechos, alegando que a la hora en que se produjo el apuñalamiento, él se encontraba enfermo en su casa, presentando testigos que corroboraban su versión.

Interpuesto recurso de casación contra la citada sentencia, el condenado pretendió una revisión de las pruebas practicadas en el juicio oral, por entender infringido el derecho a la presunción de inocencia. Pero el Tribunal Supremo desestimó el recurso al considerar que la valoración de la prueba correspondía de modo exclusivo y excluyente al tribunal *a quo* de acuerdo con lo establecido en el artículo 741 LECrim, y si se aceptase la pretensión del recurrente sería tanto como «desnaturalizar el recurso de casación convirtiéndole en una segunda instancia».

El interesado acudió al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, alegando que la LECrim violaba el artículo 14.5 y el artículo 26 del PIDCP porque los delitos más graves están a cargo de un solo magistrado (juzgado de instrucción), quien, una vez llevadas a cabo las investigaciones pertinentes, si considera que el caso está listo para la vista oral, lo traslada a la audiencia provincial, en la que tres magistrados presiden el juicio y dictan sentencia. Esta decisión solo puede ser objeto de recurso de casación por razones jurídicas muy limitadas, sin que hubiese posibilidad de que el tribunal de casación volviese a evaluar las pruebas, ya que toda decisión del tribunal inferior sobre los hechos es definitiva. Por el contrario, los delitos menos graves son investigados por un solo magistrado (juzgado de instrucción) quien, cuando el caso está listo para la vista oral, lo traslada a un único juez *ad quo* (juzgado de lo penal), cuya decisión puede recurrirse ante la audiencia provincial, lo cual garantiza una revisión efectiva no solo de la aplicación de la ley sino también de los hechos.

Esa distinción, alegaba el interesado, además de violar el artículo 14.5 del Pacto, violaba también su artículo 26, al suponer un tratamiento discriminatorio con respecto a las personas condenadas por delitos graves.

En definitiva, según el interesado, dado que el Tribunal Supremo no vuelve a evaluar las pruebas, se produce una violación del derecho a la revisión de la sentencia y la condena por un tribunal superior.

Como hemos indicado, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró que nuestro sistema vulneraba el art 14.5 del PIDCP, dada la imposibilidad de que el fallo condenatorio y la pena fueran revisados «íntegramente» en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo. En concreto, dice exactamente el citado dictamen:

«En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denomina un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame de apelación. No obstante, el Comité pone de manifiesto que “al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión, este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto”».

Y concluye el Comité:

«De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. “Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto”».

El fundamento de este dictamen —y de otros posteriores en la misma línea²¹— se basa en que el tribunal de casación no vuelve a evaluar las

²¹ Dictámenes, entre otros, de 30 de julio de 2003 (Joseph Semey c. España; Comunicación núm. 986/2001); 7 de agosto de 2003 (Sineiro Fernández c. España; Comunicación núm. 1007/2001); 1 de noviembre de 2004 (Alba Cabriada c. España; Comunicación núm. 1101/2002); 29 de marzo de 2005 (Martínez Fernández c. España; Comunicación 1104/2002), 22 de julio de 2005 (Gomariz Valera c. España; Comunicación núm. 1095/2002); 31 de octubre de 2006 (García Sánchez y González Clares c. España; Comunicación 1332/2004).

pruebas del juicio oral, y se limita a revisar los aspectos formales o legales de la sentencia de instancia, esto es, no realiza una «revisión íntegra» de la sentencia. A ello se une el carácter extraordinario del recurso de casación, que solo se puede interponer por los motivos tasados en la ley.

A raíz de este dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con fecha 13 de septiembre de 2000, tras acordar (por mayoría) el carácter vinculante del citado dictamen, reiteró su doctrina anterior: «el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966». No obstante, «con objeto de evitar malos entendidos internacionales», se dirigió a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo «para insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación».

Es de destacar que el interesado, basándose en el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, solicitó al Tribunal Supremo la anulación de la condena impuesta por la Audiencia Provincial de Toledo. Y la Sala de lo Penal del Supremo, mediante Auto de 14 de diciembre de 2001, acordó no haber lugar a declarar la nulidad interesada por el recurrente, pues, entre otras razones, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas no es un órgano jurisdiccional, y, por tanto, sus dictámenes carecen de fuerza obligatoria para los tribunales españoles²². Además, el citado Auto indicaba lo siguiente:

Sin embargo, con el paso del tiempo, el Comité de Derechos Humanos fue suavizando su postura, al pasar de una crítica general al recurso de casación, al examen concreto de cada caso particular, dando lugar a inadmisiones de denuncias en los casos en que ha entendido que la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo satisface el derecho reconocido en el art. 14.5 del PIDCP. Tal es el caso de los dictámenes, entre otros, de 29 de marzo de 2005 (Parra Corral c. España; Comunicación núm. 1356/2005), 25 de julio de 2005 (Bertelli Gálvez c. España; Comunicación núm. 1389/2005), 25 de julio de 2005 (Cuartero Casado c. España; Comunicación núm. 1399/2005), 28 de octubre de 2005 (Carballo Villar c. España; Comunicación núm. 1059/2002), 25 de marzo de 2013 (Henri Parot c. España; Comunicación núm. 1943/2010).

²² Véase GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. «¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior)». Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.

Como dijo el Auto de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001, el citado Comité no actúa ni tiene el carácter ni las competencias propias de un tribunal supranacional, si bien constituye un órgano informador que impulsa la adopción de medidas para la tutela de los derechos en la forma prevista en el Pacto, sin que se concrete su cometido, en principio, en formular indicaciones imperativas a los legisladores nacionales para la modificación de las normas.

- Que el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde la STC 60/1985 que el recurso de casación cumplía con la exigencia del artículo 14.5 del PIDCP.
- Que desde la STC 42/1982 se ha establecido que esta norma del PIDCP no da derecho a recursos que no se encuentren reconocidos en nuestra legislación.
- Que la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho al recurso de casación se debe entender «de la manera más favorable al acusado». Consecuencia de esta exigencia de admitir la interpretación más favorable al justiciable ha sido la transformación de nuestra jurisprudencia, «ampliando extraordinariamente», respecto de las limitaciones tradicionales de la casación que reconocía el Tribunal Supremo antes de la entrada en vigor de la Constitución, el concepto de las cuestiones de derecho que pueden ser objeto del recurso de casación. Correlativamente, nuestra jurisprudencia ha reducido las cuestiones de hecho, que quedan fuera del recurso de casación, exclusivamente a aquéllas que necesitarían de una repetición de la prueba para permitir una nueva ponderación de la misma. De esta manera, el juicio sobre la prueba puede ser corregido en casación cuando el tribunal de los hechos se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos. Todo ello sin perjuicio de que la aparición de nuevas pruebas, que el acusado no pudo ofrecer en el proceso, pueden, en su caso, dar lugar a un recurso de revisión (artículo 954 LECrim).

La primera vez que el Tribunal Constitucional va a analizar el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre Cesáreo Gómez va a ser en su sentencia 70/2002, de 13 de abril. Y seguirá el mismo criterio que el Auto del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2001, al expresar, además de que los dictámenes del Comité carecen de fuerza vinculante²³, que el recurso de casación cumple las exigencias del artículo 14.5 del PIDCP:

«El mandato del artículo 14.5 PIDCP se ha incorporado a nuestro derecho interno y aunque no es bastante para crear por sí mismo recur-

²³ Y precisa en su FJ 7 que «las “observaciones” del Comité no han de ser interpretadas necesariamente como la puesta en cuestión de la idoneidad del recurso de casación penal para cumplir con las exigencias del Pacto sino que, interpretadas en el estricto ámbito de su competencia, se limitan a señalar que en un caso concreto, un individuo concreto no tuvo la posibilidad de que su condena fuera revisada de acuerdo con los requisitos del art. 14.5 del Pacto».

sos inexistentes (SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; 51/1985, de 10 de abril, FJ 3; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2), “el recurso de casación en materia penal puede cumplir con sus exigencias, siempre y cuando se realice una interpretación amplia del mismo”».

Y añade:

«(...) hemos de recordar la doctrina general según la cual la casación penal “cumple en nuestro ordenamiento el papel de ‘tribunal superior’ que revisa las sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, y que la regulación de la casación ha de ser interpretada en función de aquel derecho fundamental y “en el sentido más favorable para su eficacia” (STC 123/1986, de 22 de octubre, FJ 2)».

Puntualiza que, conforme a su doctrina, existe una «asimilación funcional» entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena establecido en el artículo 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación «amplia» de las posibilidades de revisión en sede casacional, y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete «no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio», sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena «en el caso concreto».

Por último, es preciso señalar que, como dijo la STS, Sala 5.^a, de 2 de junio de 2011, el Comité de Derechos Humanos no actúa ni tiene el carácter ni las competencias propias de un tribunal supranacional (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), si bien constituye un órgano informador que impulsa la adopción de medidas para la tutela de los derechos en la forma prevista en el Pacto, sin que se concrete su cometido, en principio, en formular indicaciones imperativas a los legisladores nacionales para la modificación de las normas. Sin embargo, es trascendente su función de vigilancia en la aplicación de los derechos contenidos en el Pacto, por lo que los Estados parte deben tratar de acomodarse a la interpretación que realice del mismo.

2.3. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE 2003

Ante el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, las opciones que podía adoptar España eran las siguientes:

- a) Su rechazo, en cuyo caso se procedería a la creación de una comisión especial de conciliación, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto.
- b) O aceptar el dictamen, en cuyo caso España disponía de un plazo de 90 días para informar sobre las medidas adoptadas para aplicar el dictamen del Comité.

Aunque con bastante retraso, España optó por la segunda solución, modificando la LOPJ. Esto es, a pesar del criterio reiterado del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de que el recurso de casación cumplía las exigencias del artículo 14.5 del PIDCP, el legislador español se dispuso a modificar la LOPJ con el objeto de generalizar la doble instancia en todos los procedimientos penales.

En efecto, en el año 2003 se modificó la LOPJ mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. Y en el apartado II de su exposición de motivos se expresa lo siguiente:

«En el libro I destaca la generalización de la segunda instancia penal, potenciándose las salas de lo penal de los tribunales superiores de justicia en las que se residencia la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las audiencias provinciales en primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional. Con ello, además de la previsible reducción de la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, “se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la Resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”».

Ahora bien, esta reforma orgánica no era bastante para implantar, con carácter general, la doble instancia en nuestro derecho, si no se llevaba a cabo también una modificación de la LECrim permitiendo el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las au-

diencias provinciales, o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, modificación de la LECrim que aún tardaría doce años en llegar²⁴.

2.4. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Si bien es cierto que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, como hemos visto, ha declarado en varias ocasiones que nuestro sistema vulneraba el artículo 14.5 del PIDCP, en cambio el Tribunal Europeo de Derechos Humanos nunca ha condenado a España por vulneración del artículo 2.1 del Protocolo al CEDH²⁵. No hay que olvidar que el Protocolo al CEDH admite excepciones (artículo 2.2), mientras que el PIDCP no contempla excepción alguna.

En cambio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí ha condenado a España en varios asuntos por no respetarse en la segunda instancia lo dispuesto en el artículo 6.1 del CEDH²⁶, según el cual, «toda persona tiene derecho a que su causa “sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable”, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella»

Como muy bien afirma MARÍN CASTÁN²⁷, «el artículo 6 CEDH no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates ante el tribu-

²⁴ Y eso que la Disposición Final 2.^a de la Ley Orgánica 19/2003, otorgaba al Gobierno un plazo de un año para remitir a las Cortes «los proyectos de ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por esta ley».

²⁵ La explicación, según RUIZ MIGUEL, se debe a los matices introducidos en el protocolo por el CEDH (RUIZ MIGUEL, C. «Derechos fundamentales constitucionales y derechos humanos internacionales: su articulación normativa en España». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre, 2015, p. 42).

²⁶ Para un estudio completo de las sentencias del TEDH, v. PULIDO ORTEGA, A. «Revisión en casación de pronunciamientos absolutorios». *Cuaderno Práctico* n.º 9, enero-junio 2017. Escuela Militar de Estudios Jurídicos.

²⁷ MARÍN CASTÁN, F. «Doble instancia penal y jurisdicción militar». *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, T. I. Madrid: Edit. Aranzadi 2018, p. 960.

Por otra parte es de destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 26 de septiembre de 2016, asunto Hernández Royo c. España, afirma que el Convenio garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso equitativo, pero «no regula, sin embargo como tal, la admisibilidad de las pruebas, materia que compete, en primer lugar al derecho interno (Schenk c. Suiza, 12 de julio de 1988, §§ 45-46, serie A no 140, Teixeira de Castro c. Portugal, 9 de junio de 1998, § 34, Compendio de sentencias y decisiones 1998-IV, y Heglas c. República Checa, no 5935/02, § 84, 1 de marzo de

nal de segunda instancia. Sin embargo, cuando este tribunal ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de derecho, y especialmente cuando ha de pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la valoración directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa. En tales casos, el nuevo análisis de la culpabilidad del acusado debería conducir a una nueva audición de las partes interesadas».

Ahora ya no se trataba de dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU, que, como hemos indicado, carecen de fuerza vinculante, sino de sentencias del Tribunal de Estrasburgo²⁸.

Es preciso señalar, siguiendo a MATIA PORTILLA²⁹, el escaso número de sentencias del citado Tribunal que condenan a nuestro país. Frente al centenar de sentencias condenatorias relativas a España, países como Turquía tienen más de 3.000, la Federación Rusa más de 2.000, Italia casi 2.000 y Francia más de 700. Si bien el balance, en términos absolutos, es positivo, lo preocupante es que la inmensa mayoría de las sentencias condenatorias se han producido en este siglo, lo que puede interpretarse de la siguiente forma: o los derechos humanos se vulneran cada vez más, o cada vez se acude con mayor frecuencia al citado Tribunal.

En concreto, España ha sido condenada en quince³⁰ ocasiones por vulneración del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales³¹. Y si bien en estas sentencias no se llega a discutir la existencia de una segunda instancia, en cambio abordan una cuestión que ha sido objeto de un gran debate, íntimamente ligada, y que consideramos oportuno abordar en estas pági-

2007). En efecto, la tarea del TEDH consiste en examinar si el procedimiento, incluida la forma de obtención de las pruebas, ha sido justo en su conjunto».

²⁸ No hay que olvidar que, hoy día, el artículo 954 LECrim permite la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

²⁹ MATIA PORTILLA, F.J. «Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42. UNED 2018, p. 273.

³⁰ En la fecha en que se escriben estas páginas.

³¹ Concentradas principalmente en los años 2011 y 2013, lo que permite afirmar que nuestros tribunales son cada vez más respetuosos con el Convenio (MATIA PORTILLA, F.J. ob. cit., p. 286.).

nas: la posibilidad de condena en segunda instancia, revocando una previa absolució.

En once de estos quince casos, se trataba de sentencias absolutorias dictadas por el juez de lo penal; interpuesto recurso de apelación, la audiencia provincial dictó sentencia condenatoria (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España; 13 de diciembre de 2011, asunto Valbuena Redondo c. España; 8 de octubre de 2013, asunto Román Zurdo y otros c. España; 8 de octubre de 2013, asunto Nieto Macero c. España; 12 de noviembre de 2013, asunto Sainz Casla c. España; 8 de marzo de 2016, asunto Porcel Terribas y otros c. España; 29 de marzo de 2016, asunto Gómez Olmeda c. España; 24 de septiembre de 2019, asunto Camacho Camacho c. España).

En los cuatro restantes, se trataba de sentencias absolutorias dictadas o por la audiencia provincial (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2012, asunto Serrano Contreras c. España; y de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris c. España), o por el tribunal superior de justicia (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola c. España) o por la Audiencia Nacional (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España). Interpuesto recurso de casación, en todos estos casos el Tribunal Supremo dictó sentencia condenatoria.

Con carácter general, en la mayoría de estos asuntos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que se había violado el artículo 6.1 del Convenio porque el tribunal superior dictó sentencia condenatoria, realizando una nueva valoración de la prueba sin respetar el derecho de inmediación (ya fuera porque no se celebró vista, o porque en la vista no se practicaron pruebas).

En cambio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que no existe violación del artículo 6.1 del Convenio cuando no se ha celebrado vista en la segunda instancia al ser la cuestión debatida predominantemente jurídica, sin modificación del relato fáctico de la sentencia de instancia (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de febrero de 2016, asunto Pérez Martínez c. España; y de 22 de octubre de 2013, asunto Naranjo Acevedo c. España), o si, a pesar de haberse celebrado vista pública, con práctica de pruebas, los condenados decidieron voluntariamente no intervenir (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos de 20 de septiembre de 2016, asunto Hernández Royo c. España; y de 13 de marzo de 2018, asunto Vilches Coronado c. España).

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando una instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto tanto sobre cuestiones de hecho como de derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones «sin la valoración directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado, que sostiene que no cometió el acto considerado como una infracción penal» (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de julio de 2004, asunto Dondarini c. San Marino; y de 26 de mayo de 1988, asunto Ekbatani c. Suecia). En este tipo de casos, la revisión de la culpabilidad del acusado debería implicar una nueva audiencia integral de las partes interesadas³².

En cambio, si lo que se discute en la apelación o casación es una cuestión estrictamente jurídica, y no fáctica, no se infringe al artículo 6.1 del Convenio si no se celebra vista (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de marzo de 1987, asunto Monnell y Morris c. Reino Unido; y de 22 de febrero de 1984, asunto Sutter c. Suiza).

³² En la STS de 30 de noviembre de 2016 se puede leer lo siguiente: «el TEDH, desde la sentencia del caso Ekbatani contra Suecia, ha venido argumentando que en aquellos casos en los que el tribunal que conoce del recurso haya de resolver sobre cuestiones de hecho y de derecho, planteándose en general la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, adoptar una decisión sin la apreciación directa del testimonio del acusado que ha negado la comisión del hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, ap. 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, ap. 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, ap. 64; 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, ap. 27; 13 diciembre 2011, Caso Valbuena Redondo contra España, ap. 29; 6 julio 2004, Dondarini contra San Marino, ap. 27; y 26 mayo 1988, Ekbatani contra Suecia, ap. 32), lo que en alguna ocasión ha extendido al examen de los testigos cuando sus testimonios deban ser valorados para resolver sobre los hechos cuestionados (STEDH de 22 noviembre 2011, caso Lacadena Calero contra España, con cita de las sentencias del mismo tribunal Botten contra Noruega, de 19 de febrero de 1996; Ekbatani contra Suecia, de 26 de mayo de 1988; Igual Coll, de 10 marzo 2009; Marcos Barrios, de 21 septiembre 2010 y García Hernández, de 16 noviembre 2010). Más recientemente, en la STEDH de 8 de marzo de 2016, caso Porcel Terribas y otros c. España, el Tribunal europeo recordó que ya había estimado en otras resoluciones que una audiencia se revelaba necesaria cuando la jurisdicción de apelación “efectúa una nueva valoración de los hechos considerados probados en primera instancia y los reconsidera” situándose de esta manera más allá de las consideraciones estrictamente de derecho. En tales casos, una vista se hacía necesaria para llegar a un fallo sobre la culpabilidad del demandante (ver la sentencia Igual Coll c. España, § 36, 10 de marzo de 2009)».

2.5. LA SENTENCIA 167/2002, DE 18 DE SEPTIEMBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como hemos visto anteriormente, el Tribunal Constitucional estimó, en un primer momento, que el recurso de apelación otorgaba plenas facultades al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteasen, sean de hecho o de derecho. Así, la STC 172/1997, de 14 de octubre, consideraba, de acuerdo con reiterada doctrina del citado Tribunal, que «no cabe afirmar que el derecho a la presunción de inocencia quede vulnerado cuando el tribunal de apelación procede a una nueva valoración de la prueba, sustitutiva de la realizada por el juez *a quo*». Y continúa (FJ 4.º):

«A este respecto debe recordarse que tal posibilidad ha sido repetidamente admitida por este Tribunal, quien ha declarado que “el juez o tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se le planteen” (STC 323/1993, FJ 4.º, que cita las SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990). Y ello por cuanto el recurso de apelación “conlleva, con el llamado efecto devolutivo, que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez *a quo* no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba” (SSTC 102/1994, FJ 3.º; 120/1994, FJ 2.º; 272/1994, FJ 2.º; 157/1995, FJ 4.º; y 176/1995, FJ 1.º)».

Por tanto, según esta consolidada doctrina, el tribunal *ad quem* tenía plenas facultades para revocar la sentencia del órgano *a quo*, a pesar de no haberse practicado prueba en la segunda instancia. En consecuencia, podía darse el caso de que en la primera instancia hubiese recaído sentencia absolutoria, y en la segunda instancia se hubiera dictado sentencia condenatoria. Y prueba de ello son las sentencias condenatorias dictadas contra España por parte del Tribunal de Estrasburgo, y que hemos visto en páginas anteriores.

Pero esta doctrina del Tribunal Constitucional dará un giro radical a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre (reiterada posteriormente en más de un centenar de sentencias: SSTC 15/2007, 29/2007, 142/2007, 258/2007, 21/2009, 24/2009, 49/2009, 30/2010, 127/2010, 107/2011,

135/2011, 142/2011, 80/2013, 88/2013, 120/2013, 157/2013, 184/2013, 195/2013, 205/2013, 105/2014, 191/2014, entre otras muchas).

Según la citada STC 167/2002, inspirándose en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani contra Suecia; de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu contra Rumania; y de 25 de julio de 2000, caso Tierce y otros contra San Marino), el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente «en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción», por lo que, cuando la apelación se plantee contra una sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

En definitiva, el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público.

Y la sentencia 197/2002, de 28 de octubre, sigue el mismo criterio, al considerar contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación, como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en una nueva valoración de la prueba, cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora, como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados.

Por tanto, será necesaria la celebración de vista oral en la segunda instancia cuando el tribunal *ad quem* tenga que revisar la valoración de pruebas personales³³, pues para ello es necesario volver a oír tales testimonios. Y no bastará con la celebración de una vista limitada a reproducir, en la segunda instancia, la grabación del juicio de instancia. A este respecto es de destacar la STC 105/2014, de 23 de junio: el juzgado de lo penal absolvió, pero la audiencia provincial condenó, tras sustituirse el relato

³³ Entendiendo por tales la declaración del acusado, la declaración testifical y las declaraciones en juicio de los peritos.

de hechos probados por uno nuevo asentado en la valoración de pruebas personales que no se practicaron en la vista de apelación (que se limitó a reproducir parte de la grabación del juicio de instancia, en presencia solo de los letrados y el Ministerio Fiscal). El Tribunal Constitucional fue tajante al determinar que la doctrina iniciada por la STC 167/2002 impone, por referencia a los principios de inmediación y contradicción, que la prueba personal se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración, posibilitando su examen directo y personal en un debate público, sin que la sola reproducción de la grabación del juicio oral faculte para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en dicho juicio, pues para ello es preciso que se convoque una vista en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia³⁴.

En cambio, la doctrina estima que no será necesaria la celebración de vista oral cuando el enjuiciamiento quede restringido a la revisión de la valoración de la prueba documental, ni será necesario oír al acusado o a los testigos cuando la controversia se refiera solo a la calificación jurídica de los hechos³⁵. Como dijo la STC 146/2017, de 14 de diciembre, no cabe reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración —como es el caso de pruebas documentales (así, STC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4), pruebas periciales documentadas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3)—; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en esta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la

³⁴ GIMENO SENDRA critica esta postura, pues si se adoptara, el sistema de apelación limitada que rige en nuestro derecho se convertiría en un sistema de apelación amplia. Y puntualiza: «la función de la inmediación consiste en que el tribunal pueda, a través de los gestos de turbación, sorpresa y análogos, formarse una convicción sobre la veracidad de las declaraciones de los intervinientes en la prueba y esta función puede acometerse mediante una buena reproducción audiovisual de dichas declaraciones, sin que debieran repetirse en la segunda instancia» (ob. cit., p. 18).

³⁵ ALCÁCER GUIRAO, R. «Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación». *Revista para el análisis del Derecho*. Enero, 2012, p. 5. CACHÓN VILLAR, P. «La doble instancia penal y el recurso de casación». *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 10. Septiembre 2006, p. 29.

inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6, o 91/2009, de 20 de abril, FJ 4). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 2/2013, de 14 de enero, FJ 6).

Pero es de destacar que «las modulaciones y precauciones que el TC manejó al iniciar en 2002 esta senda interpretativa han acabado por derribarse avasalladas por la casi ausencia de todo matiz en el TEDH». En efecto, como muy bien recoge PULIDO ORTEGA³⁶, «esta relectura de su propia jurisprudencia la comienza a realizar el TC en su sentencia 184/2009, de 7 de septiembre, y la finaliza con la STC 88/2013, de 11 de abril». Como se recoge en esta última STC, «...la exigencia de presencia del acusado en el juicio de segunda instancia se produce en los supuestos en que se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, habida cuenta de que su objeto es posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan». Y añade:

«Por tanto, solo si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3; o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 6)».

A la vista de la nueva doctrina constitucional, concluye PULIDO ORTEGA³⁷ que se impone la audiencia directa del acusado por el tribunal *ad quem* antes de resolver, aunque la decisión del recurso se base en prueba documental o en una revisión de inferencias³⁸.

³⁶ PULIDO ORTEGA, A. Ob. cit., p. 29.

³⁷ *Ibidem*, p. 29.

³⁸ Es de destacar que, en cuanto al recurso de casación, según el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012 «la

2.6. LA MODIFICACIÓN LECRIM POR LEY 41/2015, DE 5 DE OCTUBRE

En el año 2015 (es decir, 12 años después de la modificación de la LOPJ) por fin se modifica la LECrim y la doble instancia se convierte en una realidad en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, además de otras modificaciones, añade un nuevo artículo a la LECrim, el 846ter, cuyo apartado 1 dispone lo siguiente³⁹:

«Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las audiencias provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia».

Por tanto, las sentencias de las audiencias provinciales se pueden recurrir en apelación ante los tribunales superiores de justicia. Y las sentencias de la Audiencia Nacional ante la Sala de Apelación de la propia Audiencia Nacional.

Es de destacar que hasta el año 2017 (es decir, 14 años después de la modificación de la LOPJ) no se estableció la infraestructura necesaria para hacer efectiva la segunda instancia penal. En efecto, mediante Real Decreto 229/2017, de 10 de marzo, se crearon dieciséis plazas de magistrados en órganos colegiados «para hacer efectiva la segunda instancia penal»⁴⁰.

Ahora bien, la reforma de 2015 de la LECrim no ha implantado la doble instancia en todos los procedimientos, pues el régimen de los aforados no ha sido modificado. Por tanto, no cabe recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales superiores de

citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley».

³⁹ Esta Ley entró en vigor el 6 de diciembre de 2015, siendo aplicable a los procedimientos penales incoados con posterioridad a dicha fecha (con independencia de la fecha de comisión del delito), careciendo de incidencia retroactiva sobre los procesos pendientes, incoados y en marcha.

⁴⁰ Tres en la Audiencia Nacional y trece en diversos tribunales superiores de justicia.

justicia⁴¹ o por el Tribunal Supremo⁴² en relación a las personas aforadas a dichos órganos judiciales. En estos casos, las sentencias dictadas por los tribunales superiores de justicia solo son recurribles en casación, y las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo son irrecurribles (salvo que se recurran en amparo ante el Tribunal Constitucional).

Según la doctrina mayoritaria, estas excepciones son compatibles con el artículo 2.2 del Protocolo al CEDH, que permite que la revisión de la sentencia y de la condena se pueda excepcionar «cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional»⁴³. En todo caso, el PIDCP no contempla ninguna excepción, por lo que los casos comentados incumplirían lo previsto en el artículo 14.5 del citado Pacto.

Algunos autores han propuesto la posibilidad de que el sujeto renuncie a su aforamiento, si considera que le puede perjudicar, al impedir la doble instancia. Pero el aforamiento es irrenunciable, ya que se trata de una figura que no protege a la persona, sino a la función.

En definitiva, la fuerza vinculante del PIDCP y del Protocolo al CEDH, al haber sido ratificados por España, han obligado al legislador español a

⁴¹ Según lo dispuesto en el art. 73.3 LOPJ, a las salas de lo penal de los tribunales superiores de justicia les corresponde:

«a) El conocimiento de las causas penales que los estatutos de autonomía reservan al conocimiento de los tribunales superiores de justicia.

b) La instrucción y el fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo (...».

⁴² Conforme a lo dispuesto en el art. 57.1 de la LOPJ, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá:

«1.º (...).

2.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el presidente del Gobierno, presidentes del Congreso y del Senado, presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, diputados y senadores, vocales del Consejo General del Poder Judicial, magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus salas y de los tribunales superiores de justicia, fiscal general del Estado, fiscales de sala del Tribunal Supremo, presidente y consejeros del Tribunal de Cuentas, presidente y consejeros del Consejo de Estado y defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los estatutos de autonomía.

3.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia (...».

⁴³ Postura discutible, ya que, conforme al art. 70 de la LOPJ, el tribunal superior de justicia de la comunidad autónoma culmina la organización judicial pero solo en el ámbito territorial de dicha comunidad, no a nivel nacional.

modificar la LECrim para dar cabida, con carácter general, a la doble instancia penal⁴⁴.

Ahora bien, la reforma procesal de 2015 no ha tenido reflejo en las leyes procesales militares⁴⁵. Ante esta situación, MARÍN CASTÁN considera que no tiene sentido que la jurisdicción militar permanezca al margen de la implantación de la doble instancia⁴⁶. Por su parte, MATAMOROS MARTÍNEZ estima imprescindible y perentorio introducir también en el ámbito de la jurisdicción militar un procedimiento generalizado de apelación contra las sentencias penales, diferenciado del recurso de casación y compatible con este, y determinar los órganos que hayan de conocer de los correspondientes recursos de apelación⁴⁷. Y JALDO RUIZ-CABELLO también considera necesario introducir la doble instancia en la jurisdicción militar⁴⁸.

3. APELACIÓN PLENA Y APELACIÓN LIMITADA

Existen dos modelos clásicos sobre la apelación: la apelación plena y la apelación limitada.

En el modelo de apelación plena se celebra un nuevo juicio, idéntico al primero, sometido a las mismas garantías, en el que se reproduce la totalidad de la prueba ante el órgano superior, y este decide lo que corresponda con plenitud de jurisdicción.

En el modelo de apelación limitada, en su estado puro⁴⁹, se revisa la sentencia sobre la base de lo actuado en la primera instancia, no admitiéndose ni nuevos hechos ni nuevas pruebas.

Estos modelos o sistemas se diferencian:

- En el sistema de apelación plena se permite aportar nuevos hechos o alegaciones a la segunda instancia. En el de apelación limitada, no.

⁴⁴ Si bien no se trata de una generalización plena, al no existir doble instancia en el caso de los aforamientos.

⁴⁵ Según MARÍN CASTÁN, se desconoce si se trata de un simple olvido del legislador u obedece a alguna otra razón de mayor calado (MARÍN CASTÁN, F., ob. cit., p. 963).

⁴⁶ *Ibidem*, p. 964.

⁴⁷ MATAMOROS MARTÍNEZ, R.E. «Líneas básicas para una reforma de la L.O. 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar». Ponencia en Jornadas de Especialistas en la Jurisdicción Militar, febrero 2016. Edición digital en Web: Fiscal.es.

⁴⁸ JALDO RUIZ-CABELLO, J.A. «La doble instancia penal militar: propuestas de lege ferenda». *Derecho Militar y Defensa Nacional*. Granada: 2018, p. 47.

⁴⁹ Ya que puede haber múltiples variantes.

- En el sistema de apelación plena, la segunda instancia se constituye en un nuevo juicio, mientras que en el sistema de apelación limitada, la segunda instancia solo tiene una función controladora del proceso.

El sistema de apelación plena ha sido defendido por gran parte de la doctrina, pues considera que es el modelo que más se aproxima al concepto de justicia material. Parece lógico que si aún no ha finalizado el proceso, se permita a las partes defenderse, aportando hechos o alegaciones que no realizaron en primera instancia.

No obstante, la apelación plena ha sido objeto de importantes críticas:

- Porque la primera instancia se convertiría en un ensayo preliminar, en un trámite formal e inútil.
- Porque la sentencia recaída en la primera instancia sería, en la práctica, una sentencia provisional.
- Porque si se pueden aportar nuevos hechos y alegaciones, el asunto que conociese el tribunal superior no sería el mismo.
- Porque las partes podrían proponer la prueba de forma escalonada; es decir, podrían no presentar en primera instancia un medio de prueba determinante, sabiendo que pueden aportarlo en la segunda instancia, y vencer así a su contrincante (es decir, tener preparada una «prueba en la recámara»)⁵⁰.
- Porque aumentaría la desidia de los jueces de la primera instancia, concedores de que luego habrá un nuevo juicio que será el definitivo.
- Porque las pruebas se pueden devaluar con el paso del tiempo.
- Porque este sistema cargaría de trabajo a los tribunales de justicia, al tener que repetir la vista al menos dos veces.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR y MARCHENA⁵¹ consideran que el modelo de apelación plena conduce a una degradación de valor de la primera instancia, contamina la pureza de las pruebas, pues en la reiteración se conoce el resultado de la practicada con anterioridad, y es antieconómico.

Como dijo la STS, Sala 2.^a, 10 de julio de 2019, el concepto de segunda instancia no es un concepto unívoco sino que admite una diversidad de

⁵⁰ La proposición de prueba «escalonada», propio de la apelación amplia, ha sido criticada acertadamente por GIMENO SENDRA, pues la intermediación judicial aparece fragmentada, a diferencia de la apelación restringida, en el que las partes, con igualdad de armas, han de ser exhaustivas en la aportación de la totalidad del material probatorio en el juicio oral (ob. cit., p. 12).

⁵¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y MARCHENA GÓMEZ, M., ob. cit., p. 536.

significados según la amplitud con que se configure su objeto procesal, bien como un *novum iudicium*, es decir como una nueva primera instancia o bien como una *revisio prioris instantiae*, es decir como un control de lo decidido y resuelto en la primera instancia, siendo el legislador quien, en cada momento histórico, ha de optar por la implantación de uno u otro modelo en su respectivo ordenamiento procesal.

La LECrim sigue el modelo de apelación limitada⁵² por las siguientes razones:

- No está previsto que se celebre un nuevo juicio oral similar al primero, con reproducción de todas las pruebas ya practicadas en la instancia⁵³.
- Las facultades del tribunal *ad quem* no son las mismas que el tribunal *a quo*.

Ahora bien, no se trata de un modelo de apelación limitada puro, pues admite parcialmente, y solo en casos justificados, la práctica de determinadas pruebas en la segunda instancia.

El tribunal superior se halla constreñido al examen de la actividad desarrollada por el órgano inferior, de modo que se revisan los hechos, las

⁵² La LECrim, en su redacción originaria, desconocía la doble instancia, salvo para el juicio de faltas. La primera vez que se introdujo el recurso de apelación ante un tribunal superior fue con la Ley 3/1967, de 8 de abril, que creó el denominado procedimiento de urgencia, y posteriormente, aunque no fuera incorporado a la LECrim, la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, creó el procedimiento de enjuiciamiento oral de los delitos dolosos, menos graves y flagrantes. En ambos casos, para determinados delitos el mismo juez de instrucción instruía y juzgaba, y contra su sentencia se podía interponer recurso de apelación ante la audiencia provincial. Posteriormente, la trascendental STC 145/1988, de 12 de julio, expresó que la garantía del derecho a un juez imparcial exigía separar las funciones de instrucción y enjuiciamiento, atribuyéndolas a órganos judiciales distintos, por lo que se declaró inconstitucional dicha Ley, dando lugar a que se aprobara la Ley Orgánica 7/1988, creadora de los juzgados de lo penal, de forma que se separaban las funciones de instrucción (que realiza el juez de instrucción), y el enjuiciamiento (que corresponde al juez de lo penal), con posibilidad de interponer recurso de apelación contra sus sentencias ante la audiencia provincial.

⁵³ En realidad, tampoco lo exigen ni el PIDCP, ni el Protocolo al CEDH. A este respecto MARÍN CASTÁN afirma que «para el Comité de Derechos Humanos es suficiente con que el tribunal superior pueda analizar con todo detalle las alegaciones de la persona declarada culpable, abarcando la revisión de los hechos, los elementos de prueba que se presentaron en juicio y se mencionan en la apelación, y el derecho aplicado. Por su parte, el TEDH deja mayor margen de libertad a los Estados para garantizar el derecho al recurso del condenado, pudiendo abarcar la revisión del tribunal superior puntos de hecho y de derecho o limitarse exclusivamente a aspectos jurídicos, pero, sin embargo, determina que la condena en apelación basada en pruebas personales, pese a la absolución en la instancia, exige tanto la inmediación y la contradicción en la actividad probatoria, como la necesidad de oír al afectado en audiencia pública» (MARÍN CASTÁN, F., ob. cit., p. 967).

pruebas y la motivación de manera indirecta. En ningún caso se juzga de nuevo lo juzgado, es decir, no hay un segundo juicio en las mismas condiciones que el primero. Sin embargo, sí se admite la práctica de nueva prueba, si bien limitada a aquellas que no pudieron practicarse por causas independientes de la voluntad de las partes, o fueron indebidamente denegadas en la primera instancia o no se propusieron en su momento por ser de conocimiento sobrevenido.

Expresiva es, a este respecto, la sentencia de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2019, que califica de «juicio sobre el juicio» a la apelación, en los términos siguientes:

«En el ámbito de un recurso de apelación contra una sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional debemos interpretarla dentro del modelo de apelación restringida por el que apuesta nuestro legislador, de tal suerte que se convierte en un modelo de apelación como instancia de control que se satisface cuando un segundo tribunal enjuicia la actividad jurisdiccional desarrollada en primera instancia, de modo que, por tener un objeto diferente, no requiere la sustanciación de un nuevo juicio idéntico en procedimiento que el ya sustanciado; no se trata de enjuiciar el hecho conforme al derecho aplicable, sino de efectuar un “juicio sobre el juicio”. La función del órgano que revisa en segunda instancia es distinta de la tarea que implica el enjuiciamiento de los hechos y que conduce a la declaración de culpabilidad y a la imposición de la pena; la posición del juez de segunda instancia ante los hechos y el derecho no es la de quien juzga en primera instancia, pues solo se aproxima a los hechos y a la pretensión acusatoria de forma indirecta».

Y la STS, Sala 2.ª, de 10 de julio de 2019 expresa que el recurso de apelación «no significa que a través de dicho medio de impugnación puedan las partes procesales obtener “una nueva primera instancia”, es decir, la instauración de un nuevo proceso que, cual si se tratara de disponer desde cero de una segunda oportunidad permita a las partes en conflicto reproducir este ante el órgano *ad quem* como si la primera instancia nunca hubiera tenido lugar, repitiendo la práctica de la prueba y pudiendo incorporar novedosas pretensiones u originales medios de ataque y defensa que no emplearon por las razones que fuese, en dicho primer grado jurisdiccional». Esta sentencia reconoce que los dos sistemas (apelación plena y limitada) han experimentado en los últimos años un proceso de acerca-

miento legislativo, de manera que en la actualidad no es fácil encontrarlos en estado puro.

4. LA REGULACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN LA LECRIM

En previsión de que la futura instauración de la doble instancia en el proceso penal militar se remita, para su regulación, a lo establecido al respecto en la LECrim, con las debidas salvedades, vamos a examinar cómo es esa normativa.

Como hemos indicado en páginas anteriores, la LECrim solo permitía el recurso de apelación contra sentencias de órganos judiciales unipersonales (y contra las sentencias dictadas por el magistrado-presidente del tribunal del jurado, en el ámbito de la audiencia provincial, con las observaciones que hemos apuntado). Tras la reforma de la LECrim de 2015, se ha generalizado la doble instancia, aunque aún subsisten excepciones, como son:

- Los aforados.
- El proceso penal militar.

El artículo 846ter, apartado 1, LECrim, añadido por la Ley 41/2015, dispone lo siguiente:

«Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las audiencias provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia».

El recurso de apelación se regirá por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 LECrim, si bien las referencias efectuadas a los juzgados de lo penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso (artículo 846ter, apartado 3, LECrim).

Como hemos apuntado anteriormente, nuestro legislador sigue el modelo de apelación limitada, es decir, en la segunda instancia no se repite el juicio ante el tribunal de apelación, y solo se prevé la celebración de vista en el supuesto contemplado en el artículo 791 LECrim, esto es:

Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada.

O cuando, de oficio o a petición de parte, el tribunal estime necesaria su celebración para la correcta formación de una convicción fundada.

En efecto, el escrito de formalización del recurso de apelación debe contener la proposición de los medios de prueba. Y solo se permite la práctica de los siguientes (artículo 790.3 LECrim):

- Las pruebas que no se pudieron proponer en la primera instancia.
- Las pruebas propuestas que fueron indebidamente denegadas, siempre que se hubiese formulado en su momento la oportuna protesta.
- Las pruebas admitidas en primera instancia que no fueron practicadas por circunstancias no imputables al recurrente.

Por tanto, no se permite la repetición de pruebas ya practicadas en la instancia. Y ello no supone una infracción del CEDH, pues como afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 26 de septiembre de 2016, asunto Hernández Royo c. España, el Convenio garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso equitativo, pero «no regula, sin embargo como tal, la admisibilidad de las pruebas, materia que compete, en primer lugar al derecho interno (Schenk c. Suiza, 12 de julio de 1988, §§ 45-46, serie A n.º 140, Teixeira de Castro c. Portugal, 9 de junio de 1998, § 34, compendio de sentencias y decisiones 1998-IV, y Heglas c. República checa, n.º 5935/02, § 84, 1 de marzo de 2007). En efecto, la tarea del TEDH consiste en examinar si el procedimiento, incluida la forma de obtención de las pruebas, ha sido justo en su conjunto».

Como dice LÓPEZ LÓPEZ⁵⁴, la apelación penal nunca provoca la celebración de un nuevo juicio, desde el momento en que los artículos 791 y 792 LECrim permiten al Tribunal resolver la apelación sin la celebración de vista, y en los casos en que esta se considere necesaria, tampoco pueden practicarse en ella todas las pruebas que se consideren pertinentes para decidir conforme a derecho la cuestión debatida, sino solo aquellas a que se refiere el artículo 790.3 LECrim.

4.1. RESOLUCIONES RECURRIBLES

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 846ter, apartado 1, son recurribles las siguientes resoluciones judiciales: los autos que supongan la

⁵⁴ LÓPEZ, LÓPEZ, A.M. «El nuevo recurso de apelación competencia de la Sala de lo Civil y Penal del tribunal superior de justicia». *Diario LA LEY*, n.º 8907, de 24 de enero de 2017. Editorial Wolters Kluwer.

finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las audiencias provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. A efectos de este trabajo, solo nos interesa la impugnación de sentencias.

4.2. MOTIVOS

De la lectura del artículo 790.2 LECrim se desprende que se puede interponer recurso de apelación en base a los siguientes motivos:

- a) Quebrantamiento de las normas y garantías procesales.
- b) Error en la apreciación de las pruebas (en el preámbulo de la Ley 41/2015 consta que se «ha considerado oportuno completar la regulación del recurso de apelación con nuevas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso», respondiendo a las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional).
- c) Infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación (esto es, infracción de ley material).

Vamos a ver cada uno de estos motivos.

4.2.1. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales

Conforme a lo dispuesto en el artículo 790.2 LECrim, segundo párrafo:

«Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación».

El recurso puede fundamentarse tanto en la violación de garantías constitucionales como en la infracción de cualquier disposición procesal.

El artículo 790.2 LECrim exige el cumplimiento de dos extremos:

- Que se citen las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas, y se expresen las razones de la indefensión (que ha de ser real, efectiva y material, y no meramente formal)⁵⁵.
- Que se acredite haber pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia (salvo que se hubiese cometido en momento en el que fuese ya imposible la reclamación).

El artículo 790 LECrim no establece un listado de motivos concretos en los que incardinar los vicios *in procedendo* e *in iudicando*. Por ello consideramos, conforme a la Circular 1/2018 de la Fiscalía General del Estado, que los artículos 850 y 851 LECrim y la jurisprudencia emanada de su aplicación, serán una valiosa pauta interpretativa para determinar los supuestos en los que cabe el recurso de apelación.

4.2.2. Error en la valoración de la prueba

Se trata del motivo más polémico, ya que el Tribunal Constitucional, como hemos visto en páginas anteriores, se ha pronunciado en infinidad de ocasiones sobre la valoración de las pruebas personales en segunda instancia y la exigencia de audiencia al encausado, sobre todo cuando la sentencia recaída en instancia es absolutoria y se pretende condenar, o incluso cuando la sentencia de instancia es condenatoria y se pretende agravar la pena en la apelación.

Hay que distinguir dos supuestos:

a) Que la sentencia recaída en primera instancia sea absolutoria o condenatoria, y se interponga recurso de apelación por la acusación

La reforma podía haber optado por suprimir los recursos contra las sentencias absolutorias por error en la valoración de la prueba. De hecho, el anteproyecto de LECrim de 2011 adoptó esta solución al establecer en el artículo 625 lo siguiente:

«1. El Ministerio Fiscal y las acusaciones solo podrán interponer recurso de apelación por motivos de infracción de ley.

2. En ningún caso, los acusadores podrán solicitar la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia dictada en primera instancia».

⁵⁵ HURTADO ADRIÁN, A.L. «Apelación de sentencias (con mayor atención) absolutorias». *Diario La Ley*, n.º 9638. Editorial Wolters Kluwer 22 de mayo de 2020.

Tal posibilidad sería acorde con lo dispuesto en el artículo 14.5 del PIDCP y en el artículo 2.1 del Protocolo al CEDH, pues según estos preceptos, solo puede interponer recurso de apelación el «culpable» (esto es, el condenado), pero omite cualquier referencia a la parte acusadora⁵⁶.

Por tanto, algunos autores estiman que no se debe permitir a las partes acusadoras interponer recurso de apelación por error en la valoración de la prueba, sino únicamente por infracción de ley o quebrantamiento de forma⁵⁷.

Pero al final, el legislador español no optó por esta solución en la reforma de 2015, y hoy día la acusación también puede interponer recurso de apelación por error en la valoración de la prueba aunque la sentencia sea absolutoria⁵⁸. Ahora bien, se le exige unos requisitos determinados. Así, el párrafo tercero del artículo 790.2 LECrim establece lo siguiente:

«Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada».

Por tanto, si la sentencia de la primera instancia es absolutoria (o incluso condenatoria, pero la acusación pretende un agravamiento de la condena), y se considera que ha habido «error en la valoración de la prueba», la

⁵⁶ El artículo 14.5 del PIDCP dispone que «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior».

Y el artículo 2.1 del Protocolo al CEDH establece que «Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior».

⁵⁷ En contra, GIMENO SENDRA, pues considera que junto a la acusación del Ministerio Fiscal, existe, en nuestro sistema procesal, la acusación popular y, sobre todo, la particular del ofendido, a quien le corresponde el derecho a la tutela en la defensa de sus derechos e intereses legítimos y quien puede acumular su acción civil al proceso penal, debiéndosele reconocer su derecho a la impugnación de la sentencia también por error de hecho, cuando estime que se le ha privado de su derecho al resarcimiento por una indebida declaración de la extinción de la acción penal (GIMENO SENDRA, V. «El nuevo recurso de apelación ante los T.S.J. y A.N.». *Diario La Ley*, n.º 8988, Sección Doctrina. 26 de mayo de 2017, p. 116).

⁵⁸ Si no se permitiese, se estaría infringiendo el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes acusadoras (SSTC 285/2005 y 201/2012).

acusación deberá justificar alguno de los supuestos que menciona el 790.2 LECrim:

- La insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica.
- El apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia.
- O la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

Por tanto, en el escrito de interposición del recurso se deberá mencionar y justificar uno de estos supuestos, sin que sea bastante una mención genérica.

Ahora bien, si se estima el recurso por este motivo, ¿puede el tribunal *ad quem* dictar sentencia imponiendo la pena solicitada por la acusación? La respuesta ha de ser negativa. En estos casos, el tribunal *ad quem* debe anular la sentencia del tribunal *a quo*, y devolver las actuaciones a dicho órgano. Así se recoge en el artículo 792.2 LECrim en los siguientes términos:

«La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2».

Y el artículo 790.2 LECrim dispone:

«No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa».

La prohibición absoluta de la *reformatio in peius*, contenida en el artículo 792.2 LECrim, encuentra su fundamento en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia y la valoración de las pruebas de carácter personal⁵⁹.

Por tanto, el tribunal *ad quem* puede anular la sentencia de la primera instancia y devolver las actuaciones al tribunal *a quo*. Y en tal caso, no siempre será necesaria la repetición del juicio oral; y si es necesaria esa

⁵⁹ GIMENO SENDRA, V. Ob. cit., p. 11.

repetición, puede realizarse con la misma o con diferente composición del tribunal *a quo*. Será precisa una nueva composición cuando «el tribunal esté tan contaminado por el caso y tan predeterminado por las circunstancias que lo rodean, que (...) no cumple con las condiciones de imparcialidad ni cuenta con el distanciamiento de los hechos probatorios necesario para dictar una (...) sentencia con arreglo a los cánones de razonabilidad que impone el art. 24.1 CE» (STS, Sala 2.^a, de 20 de marzo de 2015).

En definitiva, el tribunal *ad quem* no puede condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia, ni puede agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta, en el caso de que se estime que ha existido error en la apreciación de la prueba. El tribunal *ad quem* solo puede anular la sentencia del tribunal *a quo* y decretar:

- O que se celebre de nuevo el juicio (con el mismo tribunal de la primera instancia o con uno nuevo)⁶⁰.
- O que se dicte nueva sentencia por el mismo tribunal de la primera instancia⁶¹.

Como dice Magro Servet, «si recurre la absolución el Ministerio Fiscal o la acusación particular, no se puede revocar la absolución para condenar»⁶².

Si se permitiera al tribunal *ad quem* condenar después de una sentencia absolutoria (o incrementar la pena, en caso de sentencia condenatoria), ello obligaría, conforme a los artículos 14.5 del PIDCP, a una nueva revisión del fallo condenatorio y la pena ante otro tribunal superior, dando lugar a una *tercera instancia*. Por tal motivo, la solución elegida por la LECrim resulta acertada.

b) Que la sentencia recaída en primera instancia sea condenatoria, y se interponga recurso de apelación por el condenado

⁶⁰ Parece lógico que se celebre un nuevo juicio con otros magistrados si se anula la sentencia por considerarse irracionales las inferencias del tribunal *a quo*, ya que el riesgo de reiteración del fallo es evidente. Ahora bien, se ha de ser consciente que tal solución producirá dilaciones. A este respecto, la STS de 14 de septiembre de 2016 expresa que las exigencias del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas «obliga a llegar a soluciones de nulidad –que siempre comportan retrasos– solo cuando sea ineludible esa respuesta».

⁶¹ Lo que ocurrirá, por ejemplo, cuando la causa de la anulación sea la omisión de razonamientos sobre pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

⁶² MAGRO SERVET, V. «Las sentencias absolutorias no pueden revocarse para condenar, solo anularse (a raíz de la reforma de los arts. 790 y 792 LECrim por Ley 41/2015, de 5 de octubre)». *LA LEY Penal* n.º 121. Editorial Wolters Kluwer julio-agosto 2016.

En estos casos, el condenado podrá alegar en el recurso, *sin limitación alguna*, cualquier discrepancia con respecto a la valoración de la prueba, y reclamar su revisión para que se sopesen:

- si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia,
- si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida,
- si ha sido legalmente practicada,
- si ha sido racionalmente valorada
- y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia.

Si se determina que la prueba viciada constituía el fundamento de la condena, el tribunal *ad quem* procederá a dictar sentencia absolutoria. Esto es, el tribunal *ad quem* puede sustituir la valoración de la prueba realizada por el tribunal *a quo*, sin estar sujeto al principio de inmediación.

Como dice la Circular 1/2018 de la Fiscalía General del Estado, «en los recursos contra sentencias condenatorias promoviendo la absolución o la reducción de la condena, el condenado podrá alegar en el recurso sin limitación alguna cualquier discrepancia respecto de la valoración de la prueba y reclamar su revisión para que se sopesen la suficiencia de la prueba de cargo, su validez y licitud, su motivación racional y la existencia de otras hipótesis alternativas más favorables al reo que no hayan sido razonablemente refutadas. El tribunal *ad quem* por su parte, puede sustituir la valoración de la prueba realizada por el tribunal *a quo* sin estar sujeto al principio de inmediación».

4.2.3. Infracción de ley

La utilización de esta vía exige el más riguroso respeto a los hechos que se han declarado probados.

Cuando la impugnación verse sobre cuestiones estrictamente jurídicas, respetando el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, el tribunal *ad quem* podrá, o confirmar la sentencia de instancia, o revocarla en cualquier sentido (ya sea para mejorar o para empeorar la situación del acusado). Por tanto, el tribunal *ad quem* podrá dictar sentencia condenando al inicialmente absuelto, o agravar la pena impuesta en la instancia.

El motivo debe referirse a infracción de normas sustantivas. La infracción de normas procesales debe articularse por medio del motivo referido a quebrantamiento de forma.

La infracción de ley puede ser por aplicación indebida, aplicación errónea o por inaplicación de la norma.

Alguna audiencia provincial considera necesario oír al encausado en la segunda instancia, si se trata de revocar una sentencia absolutoria debido a una calificación jurídica distinta, sin modificación de los hechos probados. En este sentido se pronunció la Junta de Magistrados de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 17 de marzo de 2016.

Pero este no es el criterio del Tribunal Constitucional. Así, la STC 45/2011, de 11 de abril, declara expresamente que «cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado». En el mismo sentido pueden citarse las SSTC 143/2005, de 6 de junio, y 2/2013, de 14 de enero.

Igual postura sigue el Tribunal Supremo. Así, la STS, Sala 2.^a, de 18 de enero de 2017, con cita de otras muchas, señala que no existe obstáculo en «sustituir un pronunciamiento absolutorio por uno de condena, siempre que fuera consecuencia de la incorrección jurídica detectada en la instancia y que ello no implicara una rectificación o adición en el relato de hechos probados proclamado en la instancia...». En idéntico sentido, SSTC, de la misma Sala, de 6 de octubre de 2014 y 7 de junio de 2017.

Por tanto, cuando la impugnación se base en la infracción de un precepto penal sustantivo, el tribunal *ad quem* podrá revocar la sentencia de la primera instancia (aunque sea absolutoria) y dictar la sentencia condenatoria (o, en su caso, agravar la condena impuesta en la instancia).

Pero en ocasiones, ante sentencias absolutorias de la instancia, el tribunal *ad quem* ha condenado, con modificación de los hechos probados, por estimar la concurrencia de elementos subjetivos del tipo, amparándose en que el objeto del debate era una cuestión estrictamente jurídica. Frente a ello se ha opuesto radicalmente nuestro Tribunal Constitucional, pues estos casos no son, en realidad, cuestiones estrictamente jurídicas, sino que afectan a los hechos⁶³.

Representativa a estos efectos es la STC 78/2019, de 3 de junio. El juzgado de lo penal absolvió a varios individuos del delito contra la salud pública al estimar la concurrencia de error invencible de prohibición; en cambio, la audiencia provincial los condenó, al considerar que el error era vencible, sin que se celebre vista, ya que la audiencia estimó que se

⁶³ Véase las SSTC 189/2003, 267/2005, 137/2007, 36/2008, 142/2011, entre otras.

trataba de una cuestión de mera subsunción de los hechos probados en el tipo penal que no requería la alteración de los mismos. El Tribunal Constitucional, tras hacer referencia a la doctrina constitucional consolidada y a numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, expresó lo siguiente (FJ 6):

«La tesis expresada en la sentencia de la audiencia provincial objeto de impugnación de que la revisión de la absolución no requería la previa audiencia de los acusados porque se trataba de una cuestión de mera subsunción jurídica es incompatible con la doctrina constitucional citada, que al considerar integrados los elementos subjetivos del delito en la vertiente fáctica del juicio determina que su inferencia judicial deba respetar la garantía de la inmediación en la valoración de las pruebas personales e ir precedida en todo caso de la audiencia personal de los acusados».

O como afirmó la STC 172/2019, de 16 de diciembre, «[...] las cuestiones fácticas exigen audiencia para la decisión sobre si concurre un elemento subjetivo y solo las cuestiones jurídicas, singularmente decidir la calificación de unos hechos una vez fijada su existencia, pueden abordarse en fase de recurso sin audiencia del acusado. De esta manera, como afirma la recurrente y el Ministerio Fiscal, la apreciación de la tipicidad de la conducta de la acusada y, en particular, el elemento subjetivo del dolo, no podía ser resuelto en rigurosos términos de calificación jurídica, requiriendo la audiencia de la acusada».

5. EL PROCESO PENAL MILITAR

En España, el proceso penal militar es un proceso en única instancia, pues contra las sentencias y autos de sobreseimiento libre de los tribunales militares (ya sea el Tribunal Militar Central o los tribunales militares territoriales) solo se puede interponer recurso de casación ante la Sala 5.^a del Tribunal Supremo. La Ley Orgánica Procesal Militar⁶⁴ no contempla el recurso de apelación contra las sentencias penales por delito⁶⁵, lo que debería ser objeto de reforma, como ya hemos indicado anteriormente.

⁶⁴ En adelante, LPM.

⁶⁵ Solo contempla el recurso de apelación contra sentencias dictadas en el procedimiento por faltas penales comunes (arts. 425 a 431 LPM), que hoy día se encuentra completamente obsoleto, al haber desaparecido las faltas comunes del Código Penal por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal.

Ya al poco tiempo de pronunciarse el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el caso Cesáreo Gómez Vázquez, la Sala 5.^a tuvo la oportunidad de abordar la doble instancia en el ámbito del proceso penal militar, en Auto de 9 de julio de 2001, expresando que «debe tenerse en cuenta el contenido de una nutrida jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre esta materia, reiterando que la regulación de la casación penal vigente es suficiente formalmente para cumplir con la exigencia del Pacto, que no impone en este punto la naturaleza del recurso ni su contenido o amplitud y admisibilidad (SSTC 42/1982, 76/1982, 61/1983, 51/1985, 88/1985, 110/1985, 140/1985, 7/1986, 57/1986, 58/1987, 79/1987, 154/1987, 37/1988, 20/1989), aunque también reconoce –en alguna de estas sentencias y en otras posteriores– la conveniencia de establecer la doble instancia generalizada en materia penal (SSTC 140/1985, 79/1987, 154/1987, 6/1989, 157/1989, 50/1990 y 160/1993)».

Mediante Auto de 17 de junio de 2004, volvió a pronunciarse la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, si bien en este caso se daba la particularidad de que el legislador español ya había empezado el largo camino para generalizar la doble instancia, con la modificación en 2003 de la LOPJ (y que, como hemos visto, se trataba de una simple reforma orgánica, pero sin eficacia práctica, al no haberse modificado también la LECrim). Y la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, además de recordar lo expuesto en su Auto de 9 de julio de 2001, y que la modificación de la LOPJ no se ha extendido al ámbito de la jurisdicción militar (a cuyo efecto se hubiera requerido reformar la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar⁶⁶ y la Ley Orgánica Procesal Militar), reiteró la doctrina según la cual el recurso de casación, tras la vigencia de la Constitución, no quedó ya anclado en el rígido formalismo de su regulación precedente en el ámbito penal, al adoptarse, en la forma que luego precisaría el artículo 5.4 de la LOPJ, una amplia expectativa a la revisión en sede casacional, basada en la posibilidad de analizar la vulneración de los derechos fundamentales de todo acusado de un hecho delictivo y, fundamentalmente, promoviendo la prevalencia de la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y el examen de la exigencia de la necesidad de motivar, suficientemente, los criterios intelectivos y el juicio lógico que ha llevado al órgano de instancia a adoptar y dictar una determinada resolución.

Y una vez modificada la LECrim en 2015, implantando, de forma generalizada, la doble instancia, también ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala 5.^a ante las alegaciones de los recurrentes de vulneración de

⁶⁶ En adelante, LOCOJM.

derechos fundamentales (artículos 325 LPM, 852 LECrim y 5.4 LOPJ), al no haberse observado el derecho a la doble instancia penal, con infracción del artículo 14.5 del PIDCP, en relación con los artículos 10.2 y 96.1 CE.

En la reciente STS, Sala 5.^a, de 16 de diciembre de 2020⁶⁷, con cita de muchas otras, se contiene la doctrina consolidada de la Sala al respecto:

«La cuestión referida a la imprevisión de la doble instancia en la jurisdicción castrense y su posible incidencia en la tutela judicial efectiva ha sido abordada por esta Sala en reiteradas ocasiones. Así, en Sentencia de 18 de junio de 2019 (procedimiento 16/2019, sentencia 77/2019), concretamente en su Fundamento de Derecho Primero, se indicaba:

“1. (...) El primer reproche casacional se fundamenta en la pretendida vulneración de los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva y al proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), derivada de la imposibilidad legal de haber interpuesto recurso de apelación frente a referida sentencia, con objeto de que se examinara en la segunda instancia el posible error en la valoración de la prueba en que habría incurrido el tribunal sentenciador. De la inexistencia de esta posibilidad recursiva no prevista en el ámbito penal militar, deduce el recurrente haber experimentado indefensión que en el desarrollo del motivo sitúa en la falta de concreción sentencial, respecto del tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos procesales, así como por haberse basado la condena en hechos diferentes a los establecidos por la acusación.

2.- Ciertamente la Ley 41/2015, de 5 de octubre, modificó la LE-Crim, entre otros extremos, en la implantación generalizada de la doble instancia penal en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sin contener previsión alguna respecto del orden penal castrense, ni haberse modificado al día de hoy la legislación procesal militar reguladora de la materia de que se trata.

Esta sala ya se ha pronunciado sobre dicho vacío legal y el incumplimiento que la omisión representa de obligaciones contraídas por España a nivel internacional, con clara referencia a lo previsto en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (ratificado por Espa-

⁶⁷ Ponente: Excmo. Sr. Fernández Rodera.

ña el 13 de abril de 1977); si bien hemos dicho que esta imprevisión no debe ser causa de indefensión para quien resulta condenado en la instancia, porque el recurso de casación ampliamente entendido, como viene haciendo esta sala, permite el examen no solo de las cuestiones de derecho, sino también de la prueba practicada en la instancia, esto es, su misma existencia y suficiencia, la obtención y práctica conforme a derecho y su valoración razonable, de manera que a través del recurso de casación penal en que se invoque vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a obtener la tutela judicial efectiva, es posible la revisión íntegra de la sentencia condenatoria también en cuanto a la culpabilidad y participación en los hechos del recurrente (nuestras sentencias 5 de abril de 2017; 11 de mayo de 2017 y 4/2019, de 24 de enero, entre otras; del Tribunal Constitucional 60/2008, de 26 de mayo, por todas, y de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo 207/2015, de 15 de abril; 346/2018, de 11 de julio, y recientemente 192/2019, de 9 de abril)».

Este criterio ha tenido continuidad en sentencias de este Tribunal, entre otras, de 5 de marzo y 7 de julio de 2020, pero también la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuestión debatida, en términos predicables, *mutatis mutandis*, al orden jurisdiccional militar (sentencia de 14 de octubre de 2020, recurso 10.575/18, Sentencia 507/20)».

A continuación, la sentencia reproduce lo expuesto en el apartado 59 de los Fundamentos de Derecho de la famosa STS, Sala 2.^a, de 14 de octubre de 2020 (Recurso núm. 10575/2018)⁶⁸.

⁶⁸ «59.- El motivo décimo séptimo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim en relación con el art. 21.7.^a CP por concurrir una circunstancia de análoga significación no apreciada por el tribunal: dilaciones indebidas en el poder legislativo que han comportado un desarrollo tardío en el fortalecimiento de las garantías procesales inherentes al recurso de apelación penal y con ello el recurrente no ha tenido derecho a la doble instancia penal que en este caso le hubiera correspondido a la sala de apelación de la Audiencia Nacional.

Insiste el recurrente en que si el Poder Ejecutivo y Legislativo hubieran cumplido las exigencias con el programa garantista al que venía obligado por los acuerdos internacionales que vinculan a España y que se reafirmó –o si se prefiere renovó– con la Ley de Reforma de 2003 de la LOPJ tendría derecho a la apelación; a la segunda instancia penal. Alega que se le ha privado del derecho a la segunda instancia (al recurso de apelación penal) por las dilaciones indebidas del poder legislativo (y ejecutivo). Si se hubiera creado la Sala de apelación de la Audiencia Nacional en el tiempo que estaba previsto en la Ley del año 2003, cuando se incoó este procedimiento el 6-8-2008, habría estado vigente la doble instancia penal. Sin embargo, se ha tardado doce años en poner en marcha la Sala de apelación de la Audiencia Nacional.

El motivo se desestima porque parte de una premisa errónea cual es que el recurso de casación, antes de la reforma Ley 41/2015, de 5 de octubre, no cumple las exigencias del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) respecto de la revisión íntegra de la declaración de culpabilidad y de la pena por un tribunal superior, cuando esta cuestión ya ha sido resuelta en sentido afirmativo. Así hemos dicho al respecto en SSTS 470/2015, de 7 de julio y 346/2018, de 11 de julio, que la cuestión sobre si, tras el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 11 de agosto de 2000, puede seguir entendiéndose que la actual regulación de la casación penal cumple con las exigencias declaradas en el artículo 14.5 del PIDCP respecto del derecho a la revisión íntegra de la declaración de culpabilidad y la pena por un tribunal superior, ya ha sido resuelta afirmativamente por el Tribunal Constitucional sentencias, entre otras, 170/2002 de 3 de abril, FJ 7, 80/2003 de 28 de abril FJ2, 105/2003 de 2 de junio FJ 2, 123/2005 FJ6, y por el TS (408/2004 de 24.3, 121/2006 de 7.2, 741/2007 de 27.7, 893/2007 de 31.10, 918/2007 de 16.11, entre las más recientes).

Finalmente, en cuanto a su vulneración denunciada, el Tribunal Supremo en SS. 1860/2000 de 4.12, 2194/2001 de 19.11, 1305/2002 de 13.7 se ha pronunciado ante dicha invocación afirmando que el derecho a la doble instancia no está realmente comprendido en el Convenio Europeo, sino en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, según el cual toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidas a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

La necesidad de que el fallo condenatorio sea sometido a un tribunal superior puede ser interpretada con distinto alcance. Así cabe hacer una lectura estricta de ese mandato en el sentido de que no se impone necesariamente la doble instancia sino simplemente la necesidad de que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por otro tribunal. Otra interpretación más amplia y extensa llevaría a la necesidad de la revisión completa del juicio.

El Tribunal Supremo, en sus sentencias, para un mejor cumplimiento del mandato del artículo 14.5 del Pacto Internacional tantas veces citado y acorde con las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre ese artículo, ha ido elaborando una doctrina que viene ensanchando su conocimiento a la revisión de cómo se ha hecho la valoración de la prueba por el tribunal de instancia.

En ese sentido se ha pronunciado el Pleno de esta Sala, en la reunión no jurisdiccional celebrada el 13 de septiembre de 2000, en la que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien se añade, que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación.

En resumen, como ha declarado la STC de 8 de mayo de 2006 FJ: hay que aclarar que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y que solo permite revisar las pruebas en el restringido cauce que ofrece el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que en virtud del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurso de casación podía interponerse en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que, a través de la invocación del artículo 24.2 de la Constitución Española (fundamentalmente en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia) es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como en suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas. En definitiva, a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el juzgador de

El gran problema a la hora de implantar la doble instancia en el proceso penal militar es el complejo régimen de aforamientos que existe en

instancia haya deducido de su contenido (STC 2/2002 de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, el recurrente tiene abierta una vía que permite al Tribunal Supremo “la revisión íntegra” entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las instancias jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (STC 70/2002, FJ7).

Por último, es de interés destacar dos cuestiones:

1.º) Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Loewengestin y Derriros*, que fueron inadmitidos, respectivamente, el 30 de mayo y el 22 de junio de 2000, consideró que en el artículo 2 del Protocolo número 7, los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de este último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de derecho. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio.

2.º) Que posteriormente se han producido varias decisiones de inadmisión de comunicaciones, en las que el Comité considera adecuada la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo español en un recurso de casación. Así la Decisión de 29 de marzo de 2005 (Comunicación núm. 1356-2005 Parra Corral c. España, 4.3) en la que se señala que “la alegación referente al párrafo 5 del art. 14, esto es, el hecho de que presuntamente los tribunales españoles no examinaron de nuevo la apreciación de las pruebas no es consecuente con el texto de los fallos del Tribunal Supremo y Constitucional en el caso de autos. Después de que estos dos tribunales examinaron a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran insuficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron con todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios, bastaban para justificar su condena”. Igualmente, la Decisión de 25 de julio de 2005 (Comunicación núm. 1399-2005, Cuartero Casado c. España, § 4.4), que destaca que “con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del art. 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que este examinó con gran detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el juzgado de primera instancia. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados delitos, como la agresión sexual”. Del mismo modo, la Decisión de 25 de julio de 2005 (comunicación núm. 1389-2005, Bertelli Gálvez c. España, § 4.5, poniendo de manifiesto que “en cuanto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del texto de la sentencia del Tribunal Supremo se desprende que si bien este declaró que –la evaluación de las pruebas compete al tribunal de primera instancia y no al Tribunal Supremo–, sí examinó en detalle la argumentación del autor y concluyó que en realidad él era culpable de estafa porque –hubo conducta dolosa y ánimo de lucro personal, lo que condujo a engaño de una tercera persona y la llevó a tomar disposiciones contrarias a su propio interés–”. Y, por último, la Decisión de 28 de octubre de 2005 (comunicación núm. 1059-2002, Carballo Villar c. España, § 9.3) al afirmar que “con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que este examinó con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por la audiencia provincial. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia de aquél”, por lo que considera que la queja “no se ha fundamentado suficientemente a efectos de admisibilidad” y la declara inadmisibile.

En sentido similar STS 966/2010, de 20-10; 742/2009, de 30-6; 480/2009, de 22-5.

la Jurisdicción Militar, por razón del empleo o función, lo que dificulta la articulación de una segunda instancia. En concreto, podemos encontrar el siguiente personal aforado, bien al Tribunal Supremo, bien al Tribunal Militar Central:

- a) Corresponde a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo la instrucción y enjuiciamiento en única instancia de los procedimientos por delitos que sean de la competencia de la Jurisdicción Militar, contra los capitanes generales, generales de ejército, almirantes generales y generales del Aire, tenientes generales y almirantes cualquiera que sea su situación militar, miembros del Tribunal Militar Central, fiscal togado, fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y fiscal del Tribunal Militar Central.
- b) La Sala de Justicia del Tribunal Militar Central conocerá de los procedimientos que siendo de la competencia de la Jurisdicción Militar y no estando atribuidos a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se instruyan por delito cometido en cualquier lugar del territorio nacional, o fuera de este, cuando los inculpados, o el más caracterizado, siendo varios en un mismo procedimiento, ostenten alguna de las siguientes cualidades o circunstancias:
 - Militares con empleo igual o superior a comandante o capitán de corbeta y sus asimilados cualquiera que sea su situación militar siempre que no hubieran sido condenados a pérdida de empleo o sancionados con separación del servicio.
 - Poseedores de la Cruz Laureada de San Fernando con carácter individual.
 - Autoridades y funcionarios civiles, de todo orden, que no teniendo fuero personal reservado al Tribunal Supremo gozasen de aforamiento personal especial en la jurisdicción ordinaria.
 - Auditor presidente y vocales de los tribunales territoriales, jueces togados militares, fiscales y secretarios relatores.

Ni las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo ni las sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central pueden ser objeto de apelación, por lo siguiente:

- Las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo no pueden ser objeto de apelación al no existir un tribunal superior⁶⁹.

Consecuentemente no puede mantenerse que el recurrente ha sido privado del derecho a la doble instancia o derecho al recurso cuando ha articulado este con 19 motivos lo que confirma las amplias posibilidades de revisión de esta Sala casacional».

⁶⁹ Algún autor ha apuntado la idea de que, incluso estas sentencias, tienen la posibilidad de una «segunda instancia» a través del recurso de amparo ante el Tribunal

- Las sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central solo pueden ser objeto de recurso de casación.

Y el problema se agrava en el caso de delitos conexos, pues puede ocurrir que un no aforado, por razón de conexidad, pueda ser enjuiciado directamente por el Tribunal Supremo, sin ni siquiera tener la posibilidad de interponer recurso de apelación y de casación.

6. PROPUESTA DE REFORMA

Son muy diversas las fórmulas que pueden adoptarse en la configuración de la doble instancia en el proceso penal militar⁷⁰. Probablemente, la fórmula más sencilla consistiría en lo siguiente:

- Implantar el recurso de apelación contra las sentencias y autos definitivos dictados por los tribunales militares territoriales y la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central.
- Crear una Sala de Apelación en el Tribunal Militar Central, distinta de la Sala de Justicia, para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias y autos definitivos dictados por los tribunales militares territoriales y la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central.
- Esta Sala de Apelación estaría compuesta por un auditor presidente (que tendría el empleo de general consejero togado), un vocal togado (que tendría el empleo de general auditor) y un vocal militar⁷¹ (que tendría el empleo de general de brigada o contralmirante).
- El auditor presidente y el vocal togado de la Sala de Apelación ejercerían sus funciones con carácter exclusivo, sin intervención en la Sala de Justicia.

Constitucional. Ahora bien, eso sería utilizar el recurso de amparo para una finalidad que no fue para la que se creó.

⁷⁰ Para un completo estudio sobre el particular, véanse MARÍN CASTÁN, F. (ob. cit., pp. 980 y ss.), MATAMOROS MARTINEZ, R. (ob. cit. Web: Fiscal.es.), EGIDO TRILLO-FIGUEROA, B.J. («La doble instancia penal en la jurisdicción militar. Ideas para la Reforma». IV Jornadas de expertos de la Fiscalía Jurídico Militar. Madrid: Centro Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2009), JALDO RUIZ-CABELLO, J.A. (ob. cit., pp. 66 y ss.), y RUIZ HERNÁNDEZ (ob. cit., p. 66).

⁷¹ Designado en la forma que establece el artículo 39 LOCOJM, y que deberá pertenecer: al Cuerpo General de las Armas, en el Ejército de Tierra; al Cuerpo General o al de Infantería de Marina, en la Armada; al Cuerpo General en el Ejército del Aire; o a la Guardia Civil.

- En cuanto a la regulación de los motivos de impugnación y la tramitación del recurso de apelación, la LPM se remitiría a lo dispuesto en los artículos 790 a 792 LECrim, con las debidas adaptaciones.
- Contra la sentencia dictada por la Sala de Apelación del Tribunal Militar Central, se podría interponer recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, conforme a lo dispuesto en el artículo 847.1.a) LECrim, así como por infracción de precepto constitucional (artículo 852 LECrim), ante la Sala 5.^a del Tribunal Supremo.

Problemas que plantea esta propuesta:

- a) En las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre sus aforados, no sería posible la doble instancia. Pero ello no supondría problema alguno, al menos bajo la óptica del Protocolo al CEDH, ya que este, tras expresar que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior (artículo 2.1), en su artículo 2.2 establece que este derecho podrá ser objeto de excepciones «cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional».

No obstante, es preciso resaltar que el PIDCP, a diferencia del Protocolo al CEDH, no admite excepción alguna, y todo condenado tiene derecho a que su sentencia y su condena sean revisadas por un tribunal superior.

En todo caso, conservar los aforamientos ante la Sala 5.^a del Tribunal Supremo no debería causar graves distorsiones en el sistema, pues en la jurisdicción ordinaria se siguen manteniendo, a pesar de que en estos casos también resulta imposible una doble instancia.

Cuestión distinta, y en la que no vamos a entrar por no ser el objeto de este trabajo, es si se debería continuar con el excesivo aforamiento que existe en la Jurisdicción Militar.

- b) En el caso de sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central, se podría objetar que la Sala de Apelación de dicho Tribunal no tendría la consideración de «tribunal superior». Y tanto el PIDCP como el Protocolo al CEDH hablan de que la condena sea examinada por un «tribunal superior».

Ahora bien, tal observación se podría refutar fácilmente. A este respecto, es de destacar que en la jurisdicción ordinaria, las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional son recurribles en apelación ante la Sala de Apelación de la propia Au-

diencia Nacional (artículo 64.bis LOPJ), sin que tampoco se pueda hablar de «tribunal superior». Lo único que ha hecho el legislador, con buen criterio, y con el objeto de resaltar cierta superioridad de una sala con respecto de la otra, ha sido exigir mayores requisitos al presidente y a los miembros de la sala de apelación que al presidente y a los miembros de la sala de lo penal. Por tanto, pudiera ser acertado que el auditor presidente de la Sala de Apelación del Tribunal Militar Central fuese el presidente del Tribunal Militar Central, y el vocal togado fuese el vocal togado más antiguo⁷².

Por último, destacar que una modificación mucho más sencilla que la propuesta, pero que sería bastante incompleta, sería permitir el recurso de apelación solo contra las sentencias de los tribunales militares territoriales, que sería resuelto por el Tribunal Militar Central. Esta reforma sería muy simple. Bastaría con:

- Modificar la LPM, permitiendo el recurso de apelación contra las sentencias de los tribunales militares territoriales.
- Y modificar la LOCOJM, atribuyendo el conocimiento de ese recurso al Tribunal Militar Central.

Esta modificación estaría en perfecta sintonía con lo dispuesto en la LECrim, que no admite el recurso de apelación en el caso de aforados de 2.º nivel, pues las sentencias de los tribunales superiores de justicia sobre este personal solo son recurribles en casación (al igual que ocurriría con las sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, E. «El artículo 14.5 PIDCP y la generalización de la doble instancia penal». *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 4. 2004.
- AGUILERA MORALES, E. «El recurso efectivo frente a la violación del derecho al doble grado de jurisdiccional penal». *Tribunales de Justicia* n.º 11. 2002.
- ALCÁCER GUIRAO, R. «Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación». *Revista para el análisis del Derecho*. Enero 2012.

⁷² A estos efectos resulta de interés la distinción que realiza RUIZ HERNÁNDEZ entre jerarquía orgánica y jerarquía funcional (ob. cit., p. 57).

- ARMENTA DEU, T. «El recurso de apelación penal ante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». *Revista Jurídica de Catalunya* n.º 1. 2005.
- CACHÓN VILLAR, P. «La doble instancia penal y el recurso de casación». *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 10. Septiembre 2006.
- CALDERÓN CUADRADO, M.P. «El sistema de impugnación frente a sentencias penales. Algunas notas tras la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2186. Febrero 2016.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. «El derecho a la doble instancia penal. Presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal». *Curso del Consejo General del Poder Judicial sobre Constitución y garantías penales*. Madrid: 2003.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M. «Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutorias en apelación y casación: principio de inmediatez y derecho de defensa». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9. 2013.
- EGIDO TRILLO-FIGUEROA, B. «La doble instancia penal en la Jurisdicción Militar. Ideas para la Reforma». *IV Jornadas de expertos de la Fiscalía Jurídico Militar*. Madrid: Centro Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia 2009.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, R. «Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la Ley 41/2015, de 5 de octubre». *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 2. 2016.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, J.A. «Sistema de recursos, doble instancia y proceso penal militar». *Estudios de Derecho Militar*. Ministerio de Defensa 2009.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. «La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución». *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 331. 1998.
- GIMENO SENDRA, V. «El derecho a un proceso con todas las garantías». *Revista Justicia* n.º 1/1991.
- GIMENO SENDRA, V. «El nuevo recurso de apelación ante los T.S.J. y A.N.». *Diario La Ley*, n.º 8988. Editorial Wolters Kluwer 26 de mayo de 2017.
- GONZÁLEZ CANO, I. «El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español». *Tribunales de Justicia* n.º 2, 2001.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. «¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior)». *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. 2018.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y MARCHENA GÓMEZ, M. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas 2015.
- HURTADO ADRIÁN, A.L. «Apelación de sentencias (con mayor atención) absolutorias». *Diario La Ley*, n.º 9638. Editorial Wolters Kluwer 22 de mayo de 2020.
- JALDO RUIZ-CABELLO, J.A. «La doble instancia penal militar: propuestas de *lege ferenda*». *Derecho Militar y Defensa Nacional*. Granada: 2018.
- LEÓN BASTOS, C. *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos*. Madrid: Edit. Reus 2010.
- LÓPEZ, LÓPEZ, A.M. «El nuevo recurso de apelación competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia». *Diario LA LEY*, n.º 8907. Editorial Wolters Kluwer 24 de enero de 2017.
- MAGRO SERVET, V. «Las sentencias absolutorias no pueden revocarse para condenar, solo anularse (a raíz de la reforma de los arts. 790 y 792 LECrim por Ley 41/2015, de 5 de octubre)». *LA LEY Penal* n.º 121. Editorial Wolters Kluwer 1 de julio de 2016.
- MARÍN CASTÁN, F. «Doble instancia penal y jurisdicción militar». *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, T. I. Madrid: Edit. Aranzadi 2018.
- MATAMOROS MARTÍNEZ, R.E. «Líneas básicas para una reforma de la L.O. 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar». *Jornadas de Especialistas en la Jurisdicción Militar*. Febrero 2016. Edición digital en Web: Fiscal.es.
- MATAMOROS MARTÍNEZ, R.E. «La Jurisdicción Militar en la defensa nacional». Conferencia pronunciada en la RAJYL el 10 de mayo de 2018.
- MATIA PORTILLA, F.J. «Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42. UNED 2018.

- PULIDO ORTEGA, A. «Revisión en casación de pronunciamientos absolutorios». *Cuaderno Práctico* n.º 9. Escuela Militar de Estudios Jurídicos enero-junio 2017.
- RUIZ HERNÁNDEZ, M.E. «La impugnación de sentencias ante el tribunal *ad quem*. La segunda instancia en el derecho penal militar». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 102. Madrid: julio/diciembre 2014.
- RUIZ MIGUEL, C. «Derechos fundamentales constitucionales y derechos humanos internacionales: su articulación normativa en España». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre. 2015.
- SUAU MOREY, J. *Recurso de apelación penal*. Lisboa: edit. Juruá 2017.
- VICENTE BALLESTEROS, T. «El derecho fundamental a los recursos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Una visión crítica». *LA LEY Penal* n.º 126. Editorial Wolters Kluwer 1 de mayo de 2017.

EL USO DE LA FUERZA EN EL MARCO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS ¿UTOPIA O REALIDAD?

Abraham Martínez Alcañiz
Comandante auditor

Resumen

El uso de la fuerza en los conflictos armados resulta inherente a este contexto de violencia armada. Su regulación en cualquier caso estará condicionada a lo estipulado en las normas humanitarias propias del derecho internacional humanitario y, en determinadas situaciones, a las normas del derecho internacional de los derechos humanos, de ahí que sea apropiado saber cuándo y por qué rige un marco normativo u otro.

Abstract

The use of force in armed conflicts is inherent in this context of armed violence. Its regulation in any case will be conditioned to what is stipulated in the humanitarian norms of international humanitarian law and, in certain situations, to the norms of international human rights law, hence it is appropriate to know when and why a normative framework governs or another.

Palabras clave: uso de la fuerza, conflicto armado, mantenimiento del orden público, conducción de las hostilidades.

Keywords: use of force, armed conflict, law enforcement, conduct of hostilities.

SUMARIO:

1. Introducción. 2. El derecho internacional de los derechos humanos. 2.1. Normativa aplicable. 2.2. Presupuestos necesarios para un uso de la fuerza legítimo. 3. El derecho internacional humanitario. 3.1. Principales normas del *ius in bello* sobre el derecho a la vida. 3.2. Importancia del principio de distinción. 3.2.1. Criterio del *status-base*. 3.2.2. Criterio del *conduct-base*. 3.3. Privilegio del combatiente. 3.4. Características del uso de la fuerza en la conducción de las hostilidades. 4. Contrastes entre el derecho internacional humanitario y el de los derechos humanos en relación al uso de la fuerza. 4.1. Con base en el principio de distinción. 4.1.1. Normas de derechos humanos. 4.1.2. Normas del *ius in bello*. 4.2. Con base en el principio de necesidad. 4.2.1. Normas de derechos humanos. 4.2.2. La necesidad militar en el *ius in bello*. 4.3. Con base en el principio de proporcionalidad. 5. paradigmas del uso de la fuerza. 5.1. Conducción de las hostilidades. 5.1.1. Fuentes. 5.1.2. Concepto. 5.1.3. Naturaleza. 5.2. Mantenimiento del orden y seguridad pública (*law enforcement*). 5.2.1. Concepto. 5.2.2. Fuentes. 5.2.3. Contexto en el que opera el paradigma de *law enforcement*. 5.2.4. Uso de la fuerza. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH) es aplicable en los conflictos armados. Consideramos oportuno que estas palabras ocupen las primeras líneas del presente estudio, haciendo así decaer cualquier pensamiento que tenga por objeto suscitar la idea de que en una contienda armada las partes en conflicto pueden *per se* inobservar los derechos humanos o dejarlos sin protección alguna, al no resultar de aplicación las normas internacionales que regulan esta rama del derecho internacional. Esta afirmación se halla mayoritariamente consolidada en la doctrina¹

¹ * En agradecimiento al Excmo. Sr. general consejero togado retirado D. José Luis Rodríguez Villasante y Prieto, por su disponibilidad incondicional en todo momento, por su ingente aportación al campo del derecho internacional humanitario y por sus valiosas y oportunas aportaciones críticas al presente estudio, las cuales, sin lugar a dudas, han servido para enriquecerlo y dotarlo de un mejor contenido.

GREENWOOD, C. «Scope of application of humanitarian law». *The Handbook of International Humanitarian Law*. Ed.: FLECK, D. Oxford: University Press 2010, p. 74; MERON, T. *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*. Cambridge: Grotius Publications Limited 1987, p. 14; PROVOST, R. *International Human Rights and Humanitarian Law*. Cambridge: University Press 2002, pp. 2 y ss.; QUENIVET, N. «The history of the relationship between international humanitarian law and human rights law». *International Humanitarian Law and Human Rights Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Pub-

y ha sido corroborada por la Corte Internacional de Justicia², así como por otra serie de organismos internacionales³.

No obstante, el principal problema que va a encontrarse el asesor jurídico de las Fuerzas Armadas, quien bajo los principios de independencia y objetividad debería asesorar sobre la legalidad de las acciones que pueden adoptarse en la conducción de las hostilidades o en el ejercicio del mantenimiento del orden público (*law enforcement*)⁴, no es otro que determinar la norma aplicable en las situaciones anteriormente descritas y saber interpretar correctamente su contenido, pues desde el prisma del derecho internacional humanitario (en adelante, DIH) puede que una acción concreta sea legal, pero esa misma acción desde la perspectiva del DIDH puede que

lishers 2008, pp. 4 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, M. «El acto médico a la luz del derecho internacional humanitario: una valoración jurídica». *El derecho internacional: normas, hechos y valore. Lieber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense 2005, p. 186; DINSTEIN, Y. *The International Law of Belligerent Occupation*. Cambridge: University Press 2009, p. 69; HAMPSON, F.J. «The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a human rights treaty body». *International Review of Red Cross*, Vol. 90, núm. 871. 2008, pp. 550 y ss.; SCHINDLER, D. «Human rights and humanitarian law: interrelationship of the laws». *The American University Law Review*, Vol. 31. 1982, p. 938; GAGGIOLI, G. y KOLB, R. «A right to life in armed conflicts? The contribution of the European Court of Human Rights». *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 37. 2007, p. 117; DOSWALD-BECK, L. *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*. Oxford: University Press 2011, p. 6; RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. «Ataques letales selectivos y ejecuciones extrajudiciales». *Derecho Internacional Humanitario*, 3.^a Edición. Coord.: RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. Valencia: Tirant Lo Blanch 2017, p. 805.

² Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, párr. 25; Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004 de la Corte Internacional de Justicia, sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, párr. 106; Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de diciembre de 2005, case concerning armed activity on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), párr. 216-220.

³ UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 31, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto, párr. 11; UN Doc. CCPR/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 29, sobre los estados de emergencia, párr. 3; Resolución 2675 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1970; UN Doc. A/7720, de 20 de noviembre de 1969, Informe del secretario general de las Naciones Unidas, sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, párr. 23 y 31; UN Doc. A/8052, de 18 de septiembre de 1970, Informe del secretario general de las Naciones Unidas, sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, párr. 25; Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/1565 (2004), párr. 19, S/RES/1297 (2000), párr. 8, S/RES/1265 (1999), párr. 7 y S/RES/1564, (2004), preámbulo.

⁴ LUBAN, D. «Military necessity and the cultures of military law». *Leiden Journal of International Law*, núm. 26. 2013, p. 318.

no lo sea. Efectivamente, esta problemática adquiere su mayor extensión en el uso de la fuerza que caracteriza todo conflicto armado, pues lo que se halla en juego es el derecho a la vida. Dependiendo de si nos hallamos ante normas relativas a los derechos humanos o normas del *ius in bello* la aproximación a los parámetros del uso de la fuerza pueden resultar opuestos, constituyendo ello una de las principales diferencias entre estas ramas del derecho internacional, siendo, a su vez, la más problemática a colación del derecho que se halla en lid, esto es, la vida, el cual ha sido calificado como valor fundamental⁵, primario o supremo⁶.

A este respecto, todo jurista tiene la misión de procurar diferenciar el significado de algunos principios del DIH y del DIDH, los cuales, bajo el mismo *nomen iuris*, albergan un contenido disímil, pudiendo ocurrir que el especialista versado en derechos humanos valore una situación desde el prisma de este campo del derecho, presentándose así como un adalid de la defensa de la vida en todo momento, lo que puede ocasionar que su posición sea poco realista y sus tesis no prosperen ni sean aplicables, mientras que el jurista militar especializado en las normas del *ius in bello* lo haga desde un parámetro diferente y más realista, pudiendo aparentar defender un uso de la fuerza letal⁷. La virtud en muchas ocasiones resulta difícil de encontrar, pero, en relación al uso de la fuerza, lo que no cabe duda es que no hay términos absolutos, existiendo espacios abiertos a la interpretación que ofrecen distintos puntos de vista, los cuales deben partir de la premisa de que toda solución tiene que ser razonable, real y efectiva, no pudiendo prosperar teorías que en la realidad, dado el contexto de violencia armada en que deben aplicarse, no son viables o son poco realistas.

La finalidad del presente estudio no es otra que analizar las normas jurídicas concernientes al uso de la fuerza que imperan durante un contexto

⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (en adelante, CIDH), de 1 de julio de 2006, Masacre de Ituango v. Colombia, párr. 128; sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), de 3 de octubre de 2013, Abdulkhanov and others v. Russia, párr. 51, con fundamento en el hecho de que sin este derecho el resto de derechos humanos no pueden desarrollarse, *cf.*: sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril, y sentencia núm. 154/2002, de 18 de julio, del Tribunal Constitucional.

⁶ Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, párr. 226; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), núm. 71463/01, de 9 de abril de 2009, Šilih v. Slovenia, párr. 147; UN Doc. CCPR/C/GC/36, de 3 de septiembre de 2019, Comentario General núm. 36, Art.6 «Derecho a la vida», párr. 2; sentencia del TEDH, de 22 de marzo de 2001, Streletz, Kessler y Krenz v. Germany, párr. 94.

⁷ *Cfr.* LUBELL, N. «Challenges in applying human rights law to armed conflict». *International Review of Red Cross*, Vol. 87, núm. 860. 2005, pp. 744 y 745; *cf.* LUBAN, D., *op. cit.*, pp. 315 y 316.

de conflicto armado, e intentar dar respuesta a los interrogantes que puedan plantearse al respecto, siendo plenamente conscientes de la dificultad que ello entraña, pues en las situaciones de violencia propias de una contienda armada cohabitan dos paradigmas relativos al uso de la fuerza cuyo contenido difiere notablemente el uno del otro, esto es, el de la conducción de las hostilidades y el del mantenimiento del orden y seguridad pública o *law enforcement*. A pesar de ello, consideramos necesario realizar un esfuerzo tendente a esclarecer qué norma resulta aplicable o si resulta una utopía o más bien una realidad que una de ellas pueda interpretarse teniéndose en consideración determinados aspectos de la otra, produciéndose, en consecuencia, una convergencia entre las normas del DIH y las del DIDH en determinados supuestos.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este apartado realizaremos un análisis sucinto de la normativa internacional relativa al derecho a la vida, la cual condiciona las acciones de *law enforcement*, legitimando a los agentes estatales en el empleo del uso de la fuerza.

2.1. NORMATIVA APLICABLE

El derecho a la vida forma parte del núcleo duro de los derechos humanos, pudiendo afirmarse su naturaleza consuetudinaria⁸, básicamente, porque todos los Estados, de una u otra manera, lo salvaguardan en sus ordenamientos jurídicos y porque los instrumentos internacionales –tanto universales como regionales– sobre derechos humanos lo garantizan sin distinción alguna. En el plano internacional el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica que «todo individuo tiene derecho a la vida (...)», en el apartado 1.º del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos

⁸ KRETZMER, D. «Targed killing of suspected terrorist: extrajudicial executions or legitimate means of defence?». *European Journal of International Law*, Vol.16. 2005, p. 185; RAMCHARAN, B.G. «The concepts and dimensions of the right to life». *The Right to Life in International Law*. Ed.: RAMCHARAN, B.G. London: Martinus Nijhoff Publishers 1985, pp. 14 y 15; MELZER, N. *Targeted Killing in International Law*. Oxford: University Press 2008, p. 184; *cf.* S/RES/237 (1967), de 14 de junio, en donde el Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas califica el derecho a la vida como un derecho esencial e inalienable.

Civiles y Políticos se estipula que «el derecho a la vida es inherente a la persona humana, que estará protegido por la ley y que nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente», y en el apartado 1.º del art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos se dispone que «toda persona tiene derecho a que se respete su vida, que este derecho estará protegido por ley y que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente». Como puede apreciarse, estas normas internacionales se caracterizan por proteger el derecho a la vida, proscribiéndose su privación de manera arbitraria, siendo pues necesario saber qué se entiende por privación arbitraria de la vida. Por otro lado, en el art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) se efectúa una regulación un tanto diferente y más exhaustiva del derecho a la vida, principalmente porque en su apartado 2.º se enumeran los supuestos en los que se permite el uso de la fuerza en circunstancias absolutamente necesarias, pudiendo acontecer la posible lesión no intencionada del derecho a la vida sin que ello constituya una infracción de la norma⁹, a diferencia del resto de instrumentos internacionales que se limitan a prohibir la privación de la vida arbitrariamente, sin definir este concepto jurídico indeterminado¹⁰.

En este sentido, el apartado 2.º del art. 2 del CEDH establece lo siguiente:

⁹ Sentencia del TEDH, de 28 de julio de 1998, *Ergi v. Turkey*, párr. 79; *cf.* MURRAY, D. *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*. Editors: AKANDE, D., GARRAWAY, C., HAMPSON, F., LUBELL, N., y WILMSHURST, E. Oxford: University Press 2016, pp. 118 y 119.

¹⁰ La labor del Comité de Derechos Humanos a la hora de determinar el concepto de «privación de la vida arbitrariamente» resulta innegable. En este sentido, dicho organismo ha sostenido que la privación de la vida resulta, como regla general, arbitraria si es contraria al derecho internacional o al doméstico, aunque ha reconocido que el mero hecho de que el comportamiento esté autorizado por la norma doméstica no significa per se que el acto no contravenga el derecho en cuestión. También ha indicado este organismo que la arbitrariedad se aproxima a los conceptos de comportamiento injusto, inapropiado o carente de toda previsibilidad, así como de los elementos de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. A la hora de determinar si el uso de la fuerza es contrario al art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos debe analizarse si era estrictamente necesario el mismo a la vista de la amenaza del agresor, ya que debe ser una ultima ratio, teniendo que buscarse métodos alternativos que logren el mismo resultado (principio de necesidad), y en el caso de que el uso de la fuerza sea el único medio adecuado habrá que tenerse en cuenta la cantidad y medios de fuerza empleados, los cuales no pueden exceder de lo estrictamente necesario para lograr el objetivo buscado (principio de proporcionalidad); asimismo, el uso de la fuerza solo puede ir dirigido al agresor, y cuando nos hallamos ante un uso letal de la fuerza, el mismo solo será legítimo para proteger la vida o impedir graves daños a otra persona provenientes de una amenaza inminente, *cf.* UN Doc. CCPR/C/GC/36, de 3 de septiembre de 2019, Comentario General núm. 36, Art.6 «Derecho a la vida», párr. 12.

«La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
- c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección».

Para interpretar esta norma correctamente tenemos que acudir al apartado 2.º del art. 15 del CEDH, pues este precepto contiene la posibilidad de derogar ciertas obligaciones derivadas de la convención, al disponer que «la disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra». Esto significa sencillamente que las muertes acaecidas en un conflicto armado que no sean constitutivas de una infracción del DIH, tratándose en definitiva de actos legales en el seno de una guerra, no constituyen una violación de este derecho humano, no pudiendo en consecuencia ser consideradas un crimen de guerra u otro ilícito penal. En torno a este precepto se ha discutido si la facultad de derogar las obligaciones derivadas del Convenio europeo debe ser expresa y formal, todo ello para evitar que una muerte lícita en caso de guerra sea considerada una vulneración del meritado Convenio europeo. Pues bien, la práctica estatal de los Estados que están inmersos en un conflicto armado consiste en no realizar dicha derogación expresamente, al entender que resulta directamente aplicable el DIH, siendo esta posición aceptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹.

En resumen, el apartado 2.º del art. 15 del CEDH resulta de capital importancia en el contexto de un conflicto armado, pues con base en el mismo toda muerte ocasionada en la conducción de las hostilidades sin menoscabo de las normas del DIH no será constitutiva de un crimen de guerra tipificado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional o de un delito ordinario de homicidio, lo que corrobora que no estamos ante un derecho absoluto¹², dado que lo prohibido es su privación arbitraria, esto es, su menoscabo con vulneración del derecho aplicable, existiendo en el ámbito europeo una serie de situaciones en las que en caso de absoluta

¹¹ Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 16 de septiembre de 2014, *Hassan v. United Kingdom*, párr. 103; *cfr.* KRETZMER, D. «Rethinking the application of IHL in non international armed conflicts». *Israel Law Review*, Vol. 42. 2009, p. 16.

¹² MELZER, N. «Targeted killing...», *op. cit.*, p. 92; GAGGIOLI, G. y KOLB, R., *op. cit.*, p. 127; MURRAY, D. «Practitioners' Guide...», *op. cit.*, p. 119.

necesidad se permite el uso de la fuerza, pudiendo en consecuencia resultar lesionado este derecho fundamental¹³.

2.2. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA UN USO DE LA FUERZA LEGÍTIMO

Como ha sostenido CASSESE, el objeto del DIDH es proclamar a escala mundial lo que ya está estipulado en las constituciones internas, en suma, garantizar que el Estado respete los derechos humanos de las personas que se hallan bajo su jurisdicción o en su territorio¹⁴. Siendo el derecho a la vida uno de los principales derechos humanos, los agentes estatales deben observar unas garantías y principios básicos para usar la fuerza contra cualquier persona en el ejercicio de las potestades de seguridad pública que tienen encomendadas. En este sentido, los principios básicos aprobados por las Naciones Unidas sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley constituyen un documento de gran utilidad –el cual contiene una serie de principios y reglas generalmente aceptadas, e incluso aplicadas por los tribunales internacionales¹⁵–, en el cual se detallan las condiciones para que el uso de la fuerza, incluida la letal, no sea contraria a derecho¹⁶. En el ordenamiento jurídico

¹³ Sentencia del TEDH, de 24 de marzo de 2014, *Benzer and others v. Turkey*, párr. 163 y sentencia del TEDH, de 28 de julio de 1998, *Ergi v. Turkey*, párr. 79.

¹⁴ CASSESE, A. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel 1991, p. 39.

¹⁵ La Corte Interamericana en la sentencia de 4 de julio de 2007, caso *Zambrano Vélez v. Ecuador*, expresamente cita los referidos principios como criterios o pautas a seguir en el uso de la fuerza por las fuerzas gubernamentales, párr. 84; Sentencia del TEDH (Gran Sala), de 6 de julio de 2005, *Nachova and Others v. Bulgaria*, párr. 72; sentencia del TEDH, de 20 de diciembre de 2011, *Finogenov and other v. Russia*, párr. 162.

¹⁶ El principio núm. 9 explica los supuestos en los que se puede usar la fuerza letal, de la siguiente manera: «Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y solo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, solo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida». Posteriormente, en el Principio núm. 10 se estipula que «en las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso».

español estos principios aparecen contenidos en el art. 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de abril, de fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, al establecer que «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», que son los de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, mientras que en relación con las Fuerzas Armadas, tanto en la regla 6.^a del apartado 1.º del art. 6 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, como en el art. 84 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (en adelante, ROFAS), aprobadas por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, se establece que «en el empleo legítimo de la fuerza, hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe». Efectivamente, en el ámbito de las Fuerzas Armadas la regulación del uso de la fuerza, más allá del reconocimiento de los principios de gradualidad y proporcionalidad, no se contiene en una norma jurídica, sino en las reglas de enfrentamiento, las cuales no dejan de ser otra cosa que instrucciones concernientes al uso de la fuerza que da el mando militar en una operación sobre cómo, cuándo, dónde y contra quién debe emplearse¹⁷.

Atendiendo a lo anterior, a continuación enunciaremos los criterios básicos que deben seguirse en el uso de la fuerza de conformidad con las normas de derechos humanos, pudiendo resumirse en lo siguiente:

- A consecuencia del presupuesto de absoluta necesidad, la primera opción de los agentes estatales debe ser la detención de la persona, precediendo incluso un aviso o advertencia antes de cualquier uso de las armas reglamentarias de fuego¹⁸, siendo, en definitiva, el uso de la fuerza letal una *ultima ratio*. Estos criterios ya han sido sostenidos por el Comité de Derechos Humanos en el caso *Guerrero v. Colombia*¹⁹.

¹⁷ ALÍA PLANA, M. «Las reglas de enfrentamiento». *Manual de Derecho Operativo*. Coord.: PÉREZ DE FRANCISCO, E. Madrid: Universidad Nebrija, Marcial Pons 2015, pp. 247 y ss.

¹⁸ Sentencia del TEDH, de 25 de febrero de 2014, *Makbule Kaymaz and Others v. Turkey*, párr. 99.

¹⁹ Observaciones del Comité de Derechos Humanos núm. 45/1979, de 31 de marzo de 1982, *Suarez Guerrero v. Colombia*. En dicha resolución se indica expresamente que: «En el presente caso, se desprende de los hechos que siete personas perdieron la vida como resultado de la acción deliberada de la policía, y que la privación de la vida fue intencional. Además, la acción policial se llevó a cabo aparentemente sin advertencia previa a las víc-

- El uso de la fuerza debe ir dirigido exclusivamente contra la persona que por su conducta amenaza o pone en riesgo grave el derecho a la vida o integridad física de terceras personas, hallándonos ante un uso de la fuerza fundamentado en el criterio de *conduct-base*.
- En el caso de un operativo policial, el mismo debe realizarse por personal cualificado y preparado, debiéndose minimizar en la medida de lo posible el uso de la fuerza letal, así como la pérdida de vidas humanas²⁰. Este requisito ha sido exigido por el TEDH en el *caso McCann*, en donde se produjo el abatimiento de unos terroristas del IRA en Gibraltar sin previo aviso ni intención alguna de detenerlos. Si bien es cierto que el tribunal no consideró que el uso de la fuerza letal empleado fuese contrario a derecho, al tener los agentes la creencia de que los terroristas iban a detonar unos explosivos, no resulta menos cierto que el tribunal sí consideró que se había menoscabado el derecho a la vida desde el punto de vista del planeamiento de la operación, todo ello porque los agentes que participaron en el operativo estaban adiestrados principalmente en el denominado *shoot to kill*, no dándose opción alguna desde el principio a un uso proporcionado y gradual de la fuerza²¹, lo que corrobora un déficit en la preparación del personal que participa en el operativo.
- Deben adoptarse las medidas de precaución necesarias para evitar cualquier riesgo en la vida de las personas, siempre y cuando se tenga conocimiento o información de la existencia de una amenaza.
- En el planeamiento de la operación deben haberse adoptado todas las precauciones posibles en la elección de los medios y métodos a emplear, a fin de evitar o minimizar la pérdida incidental de vidas humanas²². En la valoración de este presupuesto deben tomarse en consideración las circunstancias que rodean el evento en cuestión, pues no es lo mismo ejecutar un operativo contra una organización terrorista bien armada y cuyos integrantes no dudan en perder su

timas y sin dar a estas ninguna oportunidad de rendirse a la patrulla policial ni de ofrecer ninguna explicación de su presencia o de sus intenciones. No hay pruebas de que la acción de la policía fuera necesaria en defensa propia o de otros, ni de que fuera necesaria para la detención o para impedir la huida de las personas interesadas».

²⁰ Sentencia del TEDH, de 27 de septiembre de 1995, *McCann and others v. United Kingdom*, párr. 146 a 150.

²¹ *Cfr.* DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, p. 166; sentencia del TEDH, de 27 de septiembre de 1995, *McCann and others v. United Kingdom*, párr. 2012.

²² Sentencia del TEDH, de 20 de diciembre de 2011, *Finogenov and other v. Russia*, párr. 208; sentencia del TEDH, de 28 de julio de 1998, *Ergi v. Turkey*, párr. 79.

propia vida para conseguir su objetivo que un operativo frente a delinquentes ordinarios que guardan cierto respeto a su integridad física. A modo de ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, no puede valorarse igual un operativo que ha podido planearse con antelación a un operativo que debe ejecutarse de manera inminente; no puede valorarse igual un operativo llevado a cabo en un espacio en donde se ejerce un control efectivo a uno en donde no existe este control; y tampoco puede valorarse igual un operativo en donde existe un plan de emergencia al que no existe alternativa alguna²³. Teniendo presentes estas premisas, el TEDH considera que constituye una vulneración del art. 2 del CEDH, el hecho de que en el planeamiento de la operación no quede claro quién está al mando de la misma, quién da las órdenes oportunas o quién decide el uso de determinadas armas, aspectos todos ellos que pueden redundar posteriormente en el fracaso del operativo puesto en relación con las precauciones que deben adoptarse²⁴. En el *caso Tagayeva* –motivado por el asalto de las fuerzas gubernamentales rusas a una escuela situada en Beslán que había sido tomada por separatistas chechenos habiendo en el interior numerosos rehenes–, se emplearon lanzallamas, obuses de carros de combate, lanzagranadas y lanzacohetes, cuando los rehenes estaban en el interior de la escuela, llegando el tribunal a la conclusión de que el uso de estas armas no garantizaba el evitar o minimizar la pérdida incidental de vidas humanas²⁵, con fundamento en el principio de distinción, pues sus efectos lesivos alcanzaron tanto a los rehenes como a los separatistas chechenos²⁶, no surtiendo validez alguna en este contexto el cálculo de proporcionalidad del DIH, al amparo del cual se permiten daños incidentales en las personas siempre y cuando no sean excesivos respecto de la ventaja militar directa y concreta que se prevé obtener, *ex* art. 51.5.b) y 57.2.iii) del Protocolo Adicional I de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, PAI), básicamente, porque en un contexto de mantenimiento del orden público no existe ninguna necesidad militar que permita menoscabar los derechos subjetivos

²³ Sentencia del TEDH, de 20 de diciembre de 2011, *Finogenov and other v. Russia*, párr. 214 a 216.

²⁴ Sentencia del TEDH, de 13 de abril de 2017, *Tagayeva and others, v. Russia*, párr. 574.

²⁵ *Ibidem*, párr. 589 y 590.

²⁶ *Ibidem*, párr. 608.

de las personas, dado que el objetivo de todo operativo no es otro que salvar el mayor número de vidas humanas y restaurar el orden público.

En conclusión, el uso de la fuerza para mantener el orden público y garantizar los derechos humanos resulta lícito, pero limitado a situaciones en los que sea *absolutamente necesario* su empleo y no pueda recurrirse a otros medios para lograr el propósito legal buscado²⁷, lo que supone que pueda emplearse para salvar vidas que estén amenazadas de forma grave e inminente, en tanto en cuanto se adopten las precauciones pertinentes de advertencia o graduación del empleo de la fuerza, si ello es posible, pues de lo contrario se permite un uso inmediato de la misma²⁸. Así las cosas, dentro del marco de los derechos humanos imperan unos principios que deben interpretarse restrictivamente, siendo su flexibilización harto compleja, puesto que ello supondría un serio riesgo para el derecho a la vida en cuestión.

3. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

A continuación analizaremos sucintamente las principales normas del *ius in bello* que regulan el derecho a la vida, así como las características que debe reunir el uso de la fuerza en el DIH para que el mismo sea legal.

3.1. PRINCIPALES NORMAS DEL IUS IN BELLO SOBRE EL DERECHO A LA VIDA

Para el DIH el derecho a la vida no resulta ni mucho menos ajeno, de hecho nos hallamos ante uno de los bienes jurídicos que este *corpus iuris* protege singularmente, tanto en conflictos armados internacionales como en los de carácter no internacional, de suerte que en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se tipifica como crimen de guerra el homicidio intencional [art. 8.2.a) i], los atentados contra la vida [art. 8.2.c) i], y los ataques intencionados contra las personas civiles que no participan directamente en las hostilidades [art. 8.2.b) i y art. 8.2.e) i]. Como es bien sabido, las normas convencionales aplicables a un conflicto armado internacional no son las mismas que las existentes para uno de carácter no internacional, dado que la codificación para el primer tipo de contienda

²⁷ Cfr. Sentencia del TEDH de 13 de abril de 2017, Tagayeva and others v. Russia, párr. 607.

²⁸ Cfr. E/CN.4/2006/53, de 8 de marzo de 2006, párr. 49.

armada es exhaustiva y extensa, mientras que la del segundo no lo es, por cuestiones básicamente de índole doméstica de los Estados que conforman la comunidad internacional, quienes siempre han sido recelosos de regular los conflictos armados no internacionales, pues ello supondría una especie de reconocimiento y legitimación de los grupos armados con los que están enfrentados. No obstante lo anterior, la versatilidad y naturaleza del derecho internacional, por mor del derecho consuetudinario, ha conseguido minimizar estas diferencias normativas, en el sentido de que muchas de las normas aplicables a los conflictos armados internacionales también lo son a los conflictos armados no internacionales, como así lo expuso el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia en el *caso Tadic*²⁹. No en vano, las lagunas normativas existentes en la codificación de los conflictos armados no internacionales pueden suplirse con la existente para los conflictos armados internacionales, eso sí, siempre y cuando se demuestre que la norma que se pretende aplicar ha cristalizado en derecho consuetudinario, vicisitud que suele estar presente en todo lo relacionado con la protección de los civiles, los ataques indiscriminados, protección de bienes civiles, protección de bienes culturales y protección de aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades, así como *la prohibición de ciertos medios y métodos de conducir las hostilidades*.

Dicho esto, la protección que ofrece el DIH en relación al derecho a la vida lo hace, principalmente, teniendo en consideración el *status* de la persona. A modo de ejemplo, y en el contexto de la normativa aplicable a los conflictos armados internacionales, el art. 12 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armada en campaña (en adelante, CGI) establece que los miembros de las fuerzas armadas y las demás personas mencionadas en el artículo siguiente, que estén heridos o enfermos, habrán de ser respetados y protegidos en todas las circunstancias (...), serán tratados con humanidad (...) quedando prohibido todo atentado contra su vida o persona. Esta protección se efectúa en términos similares en el art. 12 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, enfermos y náufragos en el mar, en relación a los náufragos; en el art. 13 y 14 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (en adelante, CGIII), en lo concerniente a los prisioneros de guerra; en el art. 27 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles

²⁹ Decisión interlocutoria de la Sala de Apelaciones del TIPY, de 2 de octubre de 1995, *Prosecutor v. Tadic*, párr. 127.

en tiempo de guerra (en adelante, CGIV), en lo concerniente a las personas civiles y en el apartado 2.º del art. 75 del PAI en lo relativo a las personas que estén en poder de una de las partes en conflicto, quedando prohibido en todo tiempo y lugar el homicidio y cualquier otro atentado contra la vida, la salud e integridad física de estas personas. De otra parte, con respecto a la normativa aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional, la principal protección sobre el derecho a la vida se lleva a cabo por mor del art. 3 común y del apartado 2.º del art. 4 del Protocolo Adicional II de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (en adelante, PAII). Por último, no podemos olvidarnos del gran avance que supuso para el DIH la protección de las personas civiles llevada a cabo en el seno de los Protocolos Adicionales de 1977, en todo lo concerniente a la conducción de las hostilidades, pues en los art. 51, 54, 55 y 56 del PAI y en los art. 13, 14 y 15 del PAII, se prohíben una serie de conductas que de una u otra manera afectan a la población civil, de ahí que su prohibición constituya un medio más de protección de las personas protegidas.

3.2. IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

La protección del derecho a la vida en las normas del *ius in bello* se hace desde una posición diferente al DIDH, básicamente, a causa del principio fundamental de distinción. Si tenemos en consideración que la *ratio essendi* del DIH gravita en torno a la regulación de la conducción de las hostilidades, codificándose por ello una serie de normas que adquieren la naturaleza de *lex specialis*³⁰, no resulta difícil comprender la relevancia de este principio, pues en todo lo concerniente al uso de la fuerza el DIH impone la obligación absoluta a las partes contendientes de diferenciar a quién se ataca, salvaguardándose así los derechos subjetivos de las personas protegidas, lo que ocasiona que los ataques deben dirigirse contra los combatientes, miembros de grupos armados organizados que desempeñan una función continua de combate y personas que participan directamente en las hostilidades.

Este principio ha sido codificado en el art. 48 del PAI, indicándose al respecto que «a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distin-

³⁰ Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, párr. 25.

ción en todo momento entre población civil y combatientes». Lo importante de la norma anterior es que resulta plenamente de aplicación a los conflictos armados de carácter no internacional, hallándonos así ante una norma consuetudinaria, como ha sostenido la propia Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, la Corte Suprema de Israel y la Corte Interamericana³¹. Así pues, la protección del derecho a la vida en el DIH se estructura tomando como punto de partida el principio de distinción, cuya finalidad radica en salvaguardar el derecho a la vida e integridad física de las personas protegidas, prohibiéndose dirigir ataques contra aquéllas, salvo si participan directamente en las hostilidades, *ex* apartado 3.º del art. 51 del PAI y apartado 3.º del art. 13 del PAII.

Antaño, nuestro ordenamiento jurídico reconocía tácitamente el principio de distinción en el art. 852 del Reglamento de Servicio de Campaña del Ejército de 1882, al propugnar que los que no estuvieran armados u organizados militarmente, los que no pusieren resistencia activa y material, no serían considerados como enemigos, debiendo ser respetadas sus personas, lo que corrobora que las hostilidades no podían dirigirse indiscriminadamente contra cualquiera, sino solo contra aquellos que reunieran unas características concretas para perder su inmunidad. Este reconocimiento tácito del principio de distinción que imperaba en nuestro ordenamiento jurídico ha dado paso a un reconocimiento expreso, ya que en el art. 111 de las ROFAS, se dispone lo siguiente:

«En el transcurso de cualquier operación tendrá en cuenta el principio de distinción entre personas civiles y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares para proteger a la población civil y evitar en lo posible las pérdidas ocasionales de vidas, sufrimientos físicos y daños materiales que pudieran afectarle».

³¹ HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, Norma 1: «Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques solo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados», p. 3.; *cf.* Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, párr. 78; sentencia de la Corte Interamericana de 30 de noviembre de 2012, Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia, párr. 212, en donde expresamente indica que el principio de distinción resulta aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional, tratándose de una norma consuetudinaria; DINSTEIN, Y. *Non-international Armed Conflicts in International Law*. Cambridge: University Press 2014, pp. 214 y 215; Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 14 de diciembre de 2006, HCJ 769/02, Public Committee Against Torture v. Government, párr. 23; *cf.* Sentencia del TIPY (Sala de Primera Instancia), de 14 de enero de 2000, Prosecutor v. Kupreskic, párr. 521.

A pesar de que el precepto normativo antedicho utiliza expresamente el término «combatientes», figura jurídica que solamente opera en los conflictos armados internacionales *ex art.* 43 y 44 del PAI, y que otorga un *status* concreto en este tipo de conflictos armados, a nuestro juicio dicho término debe interpretarse en un sentido genérico, de suerte que comprende a toda persona que participa directamente en las hostilidades, la cual, por el mero hecho de hacerlo, y mientras dure su participación, pierde la inmunidad y protección de la que disfruta. Esta afirmación encuentra su justificación en la propia redacción de la norma, la cual hace referencia a que el principio de distinción se tendrá en cuenta *en el transcurso de cualquier operación*, por lo que acudiendo al clásico postulado *ubi lex no distinguit nec nos distinguere debemus*, llegamos a la conclusión de que su aplicación comprende todo tipo de operación militar siendo indiferente el tipo de contienda armada, al no diferenciar la norma en ningún momento.

3.2.1. Criterio del *status-base*

De conformidad con este criterio los ataques deben dirigirse solamente contra los combatientes (caso de un conflicto armado internacional) o miembros de un grupo armado organizado que realizan una función continua de combate (caso de conflicto armado no internacional), tomándose en consideración el *status* de la persona, independientemente de la conducta que realice en el momento del ataque, pudiendo ser atacado en cualquier tiempo y lugar de la región de combate. La justificación de este criterio radica en que en el supuesto de un conflicto armado internacional los combatientes constituyen *per se* una amenaza en todo momento y lugar, al ser parte de las fuerzas armadas de la otra parte contendiente y tener derecho a participar directamente en las hostilidades, de ahí que el uso de la fuerza sea legítimo tomando en consideración el *status* de la persona. En los conflictos armados de carácter no internacional también se toma en consideración el *status* de la persona, ya que los miembros de los grupos armados organizados que desempeñan una función continua de combate – concepto de cuño doctrinal que goza de cierta aceptación entre los Estados dado que no hay norma convencional alguna que lo regule³²–, representan una amenaza constante para las fuerzas gubernamentales, toda vez que el

³² Guía Participación Directa en las Hostilidades según el derecho internacional humanitario, CICR, 2010; *cf.* WATKIN, K. «Opportunity lost: organized armed groups and the ICRC Direct participation in hostilities interpretive guidance». *International Law and Politics*, vol. 42. 2010, p. 655.

objeto de su pertenencia al grupo armado no es otro que perjudicar y menoscabar los intereses militares de las mismas en todo momento y lugar. Dicha función continua de combate implica la preparación, realización o comisión de operaciones hostiles que tienen por finalidad perjudicar a la otra parte contendiente, de ahí que puedan ser atacados con fundamento en su *status*, siempre que hayan sido identificados debidamente como tales. Evidentemente, este nuevo concepto doctrinal no otorga *de iure* la condición de combatiente, pero sirve para diferenciar a las personas civiles que participan directamente en las hostilidades –cuya actividad hostil es puntual y esporádica– de los integrantes de los grupos armados organizados que desempeñan una función continua de combate, quienes se asimilan a las fuerzas armadas de una entidad no estatal enfrentada a las fuerzas gubernamentales. Esta asimilación fortalece el principio de igualdad que impera en el DIH, ya que si los miembros de las fuerzas gubernamentales pueden ser atacados en todo momento y lugar por su *status* jurídico, de igual manera debe procederse contra los miembros de los grupos armados organizados que desempeñan una función continua de combate, al representar ambos, por su mera condición jurídica, una amenaza para la otra parte contendiente.

3.2.2. Criterio del *conduct-base*

Este criterio se justifica porque el uso de la fuerza letal puede dirigirse contra aquel que participa directamente en las hostilidades, teniéndose solamente en consideración la conducta ocasional, esporádica o puntual de la persona, dado que el ataque letal solo puede producirse mientras está participando directamente en las hostilidades, recuperando su inmunidad cuando deja de participar en las mismas, de suerte que el criterio del *status* de la persona no tiene operatividad alguna³³. Lo anterior se debe a una sencilla razón, las personas que participan directamente en las hostilidades, sin formar parte de las fuerzas armadas o de otro grupo armado organizado que represente a las fuerzas armadas de una entidad no estatal enfrentada a las fuerzas gubernamentales, tienen la consideración de persona civil, no modificándose en consecuencia su *status*, todo ello sin perjuicio de que su participación activa en las hostilidades depara de manera *ope legis* la pérdida de su inmunidad, *ex* apartado 3.º del art. 51 del PAI y apartado 3.º del

³³ *Cf.*: Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 14 de diciembre de 2006, H CJ 769/02, Public Committee Against Torture v. Government, párr. 38.

art. 13 del PAII. No en vano, la no integración en un aparato organizado y estructurado que pueda constituirse como un parte contendiente –a la sazón las fuerzas armadas u otros grupos armados organizados–, se vislumbra como la causa legal esencial para que estas personas no dejen de perder su *status* de civil, ya que no representan una amenaza constante y permanente para las partes contendientes, debido a que sus acciones de violencia son ocasionales y no están sometidas *prima facie* a un planeamiento de las hostilidades propio de todo ente organizado. Así pues, la *conditio sine qua non* para recurrir al uso de la fuerza contra las personas que participan directamente en las hostilidades se halla en su conducta hostil esporádica y puntual, no en su *status* o condición jurídica, de ahí que cuando la persona deja de usar la fuerza recupera su inmunidad y no puede ser atacado, todo ello sin perjuicio de las conductas punibles que haya podido cometer por tales actos que podrían enjuiciarse³⁴.

3.3. PRIVILEGIO DEL COMBATIENTE

Para entender la esencia del uso de la fuerza en las normas del *ius in bello* resulta pertinente abordar, sucintamente, el denominado privilegio del combatiente, cuyo origen se encuentra en el hecho de que las hostilidades no se hacen entre individuos particularmente, sino por personas en nombre y representación del Estado³⁵. Hasta la aprobación del Protocolo Adicional I de 1977 no había norma internacional alguna que expresamente reconociese la *potestas* de los combatientes de hacer un uso de la fuerza letal contra el enemigo³⁶. A lo sumo, encontramos que el art. 23 del Reglamento de las leyes y usos de la guerra terrestre de 1899, norma de

³⁴ Sobre la recuperación de la inmunidad tenemos que indicar que la misma no es inmediata o *ipso facto* tras dejar de usar la fuerza, pues durante el repliegue puede ser atacado. La inmunidad se recupera cuando la persona que ha participado directamente en las hostilidades se halla en una situación en la que ya no hay ningún nexo, relación o vínculo con el acto hostil llevado a cabo, por lo que ya no constituye una amenaza.

³⁵ CRAWFORD, E. *The treatment of combatants and insurgents under the law of armed conflict*. Oxford: University Press 2010, p. 53.

³⁶ Todo lo contrario sucede con el derecho doméstico, pues el referido Código Lieber en su art. 15 regulaba la necesidad militar, indicando al respecto que la misma admite la destrucción de la vida de los enemigos armados, infiriéndose de ello que el combatiente tiene derecho al uso de la fuerza con fundamento en la necesidad militar, ya que al margen de la misma nos hallaríamos probablemente ante un comportamiento arbitrario y antijurídico; de igual manera se pronunciaba nuestro Reglamento de Campaña del Ejército de 1882, en cuyo art. 850 se estipulaba que el derecho internacional si bien autoriza la destrucción del enemigo reprueba todo aquello que no conduce directamente al fin de la guerra.

naturaleza consuetudinaria, prohíbe el matar o herir a traición al enemigo, o matarlo o herirlo habiendo depuesto las armas o no teniendo medios para defenderse si se ha rendido a discreción, por lo que a *sensu contrario* podría defenderse que los combatientes pueden usar la fuerza letal contra el enemigo siempre y cuando no haya una prohibición al respecto como las enumeradas anteriormente. Tras la entrada en vigor del referido Protocolo la situación cambia, ya que en el apartado 2.º del art. 43 del PAI se reconoce que los combatientes «tienen derecho a participar directamente en las hostilidades», lo que equivale a decir que tienen la facultad de usar la fuerza letal contra el enemigo sin que ello suponga ilícito alguno en el orden doméstico o internacional, a excepción de que su comportamiento sea constitutivo de un crimen de guerra u otro crimen internacional³⁷.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no ha tenido reparo alguno en sostener que el «privilegio del combatiente es en esencia una licencia para matar o herir a combatientes enemigos»³⁸. Esta afirmación resulta coherente, pues las normas del *ius in bello* se han cimentado sobre una premisa fáctica real e irremplazable, a saber, en la conducción de las hostilidades el uso de la fuerza por los combatientes (en un sentido genérico) es una cuestión primaria y de supervivencia, de suerte que la misma estará siempre presente, viéndose limitada fundamentalmente por aquellos principios humanitarios que inspiran el correcto desempeño de las hostilidades y por una serie de normas prohibitivas que la comunidad internacional ha considerado que son fruto de la expresión de la conciencia civilizada que caracteriza a los Estados modernos. Dicho esto, el privilegio del combatiente tenemos que vincularlo inexorablemente con el paradigma de la conducción de las hostilidades, hallándonos ante una *conditio sine qua non* para que exista, no pudiendo defenderse su presencia en las actuaciones de *law enforcement* que cohabitan en toda contienda armada, pues, a nuestro juicio, como posteriormente veremos, durante este paradigma la licencia para un uso de la fuerza letal se fundamenta principalmente en las normas básicas del DIDH.

³⁷ Cfr. OHLIN, J.D. «The combatants privilege in asymmetric and covert conflicts». *Yale Journal of International Law*, Vol. 40, núm. 2. 2015, p. 342; FLECK, D. «The law of non international armed conflict». *The Handbook of International Humanitarian Law*. Ed.: FLECK, D. Oxford: University Press 2010, p. 613; DOMENECH OMEDAS, J.L. «Los sujetos combatientes». *Derecho Internacional Humanitario*, 3.ª Edición. Coord.: RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. Valencia: Tirant Lo Blanch 2017, p. 183.

³⁸ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre terrorismo y derechos humanos de 22 de noviembre de 2002, OEA/Ser.L/V/II.116, párr. 68.

Por otro lado, el problema del privilegio del combatiente es que solo opera en conflictos armados internacionales, siendo absolutamente inusual su reconocimiento en los de carácter no internacional, salvo que concurra un reconocimiento de beligerancia u otro acuerdo semejante, situación harto compleja de que ocurra, pues los Estados son absolutamente reacios a reconocer cualquier tipo de legitimidad a los grupos armados organizados que se han levantado en armas contra el gobierno estatal³⁹. Ciertamente, nos hallamos ante un dogma que no ha sufrido modificación alguna, corroborándose la tesis de que los Estados no están por la labor de reconocer que en los conflictos armados de carácter no internacional que tienen lugar en su territorio y contra sus fuerzas gubernamentales los alzados gozan de inmunidad por los actos de violencia llevados a cabo, al entender que su conducta constituye una alteración manifiesta del orden público que pone en riesgo la seguridad nacional, no pudiendo quedar impunes por ello. Esto corrobora la idea de que no hay norma consuetudinaria alguna que reconozca el privilegio de combatiente en las contiendas armadas no internacionales.

Ahora bien, este dogma puede matizarse en aras de incentivar a los grupos armados organizados a respetar las normas del DIH. En efecto, en el apartado 5.º del art. 6 del PAII expresamente se indica que al finalizar las hostilidades las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado. El contenido de este precepto no resulta baladí, en tanto en cuanto su redacción *in abstracto* posibilita una interpretación próxima al concepto del privilegio del combatiente antedicho, con base en lo siguiente:

- La norma se refiere en todo momento a las autoridades en el poder, sin especificar quiénes son, pudiendo ser tanto las autoridades gubernamentales como los líderes de los grupos armados organizados que han adquirido el poder del territorio.
- La norma insta a que dichas autoridades concedan la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado por motivos relacionados con el mismo, lo que significa que ningún inconveniente existe, desde el prisma del *ius in bello*, para que aquellos comportamientos que pudieran ser constitutivos

³⁹ OHLIN, J.D., *op. cit.*, p. 340; SASSOLI, M. y OLSON, L. «The relationship between international humanitarian law and human rights law where it matters: admissible killing and interment of fighters in non international armed conflicts». *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, núm. 871. 2008, p. 606.

de un delito doméstico relacionado con la contienda armada, tales como atentados contra la autoridad o fuerzas gubernamentales, actos de rebelión o traición, fuesen amnistiados, equivaliendo esto, con los matices jurídicos oportunos, a reconocer que los actos de violencia armada propios del *ius in bello* no merecen un reproche penal, de ahí la extinción de la responsabilidad penal por mor del instituto de la amnistía. Esta postura nos acercaría a la figura jurídica del privilegio del combatiente, con la diferencia de que esta medida solamente surtiría efecto al cesar las hostilidades, dependiendo en todo caso de un acto discrecional de las autoridades en el poder. El único límite que podría aplicarse a la amnistía se encontraría, básicamente, en los crímenes internacionales, los cuales *prima facie* no deberían quedar impunes.

Así pues, si bien es cierto que *de iure* en las contiendas armadas de carácter no internacional el privilegio del combatiente no resulta de aplicación, tampoco resulta menos cierto que el DIH ha sembrado unas pautas para que las autoridades que se hallan en el poder, al cesar las hostilidades, adopten las medidas de amnistía más amplias posibles para todos los detenidos o internados a causa del conflicto armado, de suerte que sus actos de violencia queden sin reproche penal, lo que equivale, salvaguardando las diferencias existentes, a un privilegio del combatiente *sui generis* y *ex post facto*, siendo el principal escollo de esta tesis el hecho de que la susodicha amnistía no tiene su origen en una obligación emanada de una norma internacional, sino en una mera facultad reconocida a las autoridades, quedando pues a su discrecionalidad su aprobación.

Dicho esto, tal y como prevé el art. 3 común de los CG los Estados deberían valorar seriamente la posibilidad de alcanzar acuerdos especiales *inter partes* con los grupos armados que son parte contendiente en los conflictos armados de carácter no internacional que llegan al umbral del Protocolo Adicional II de 1977 y que, además, cumplen los requisitos para ostentar la cualidad de combatiente previstos en el art. 4 del CGIII, a pesar de su inaplicabilidad por el tipo de contienda armada en cuestión. Estos acuerdos especiales podrían consistir en un reconocimiento de beligerancia restringido, limitado a reconocer que las acciones hostiles llevadas a cabo de conformidad con el *ius in bello* no sean consideradas actos criminales con base en el ordenamiento doméstico. Esta proposición se justifica porque en el contexto antedicho los grupos armados gozan de la organización suficiente para conducir las hostilidades de manera parecida a las fuerzas gubernamentales, aunque a lo mejor sin los mismos medios y recursos, pudiendo distinguirse perfectamente de la población civil, someter sus

operaciones militares a las reglas básicas de las leyes y usos de la guerra, llevar las armas abiertamente y tener responsables jerárquicos sobre los subordinados. El control *de facto* de parte del territorio constituye un serio indicio de la organización del grupo armado, pues la expulsión de las fuerzas gubernamentales del mismo y la sustitución del aparato gubernamental existente no se logra con una mera insurrección, sino con un aparato bien organizado⁴⁰. Pero, además, consideramos que la rúbrica de estos acuerdos especiales ahondaría en la protección de las víctimas del conflicto armado, ya que si los miembros de los grupos armados observan que solamente se les puede exigir responsabilidad por la comisión de crímenes de guerra, de lesa humanidad o genocidio, tendrán un serio incentivo para respetar las normas humanitarias. De otra manera, si aun respetando las normas humanitarias básicas cualquier ataque a las fuerzas gubernamentales depara la comisión de un delito ordinario, estos grupos armados pueden plantearse realizar la conducción de las hostilidades sin restricción alguna, pues sea como fuere sus actos van a ser considerados criminales.

3.4. CARACTERÍSTICAS DEL USO DE LA FUERZA EN LA CONDUCCIÓN DE LAS HOSTILIDADES

Centrando nuestra atención en el paradigma de la conducción de las hostilidades, cuando concurre un conflicto armado las partes contendientes tienen como propósito capital y legítimo el debilitamiento del enemigo, todo ello mediante el uso de la fuerza, el cual no es absoluto, existiendo múltiples restricciones al respecto. Dicho esto, las características del uso de la fuerza en la conducción de las hostilidades pueden resumirse de la siguiente manera:

- El uso de la fuerza está presidido por el principio de distinción, lo que comporta que solamente puede atacarse a los combatientes, miembros de los grupos armados organizados y personas que participan directamente en las hostilidades, gozando de inmunidad las personas civiles y las personas que han quedado fuera de combate.

⁴⁰ Pensemos en el reciente conflicto armado en Siria e Iraq en el cual ha estado involucrado el ISIS o *Daesh*, grupo armado organizado capaz de controlar vastos territorios de ambos países, estableciendo mediante un régimen de terror un sistema policial, judicial, militar, tributario, etc. Este grupo armado perfectamente habría podido cumplir con los presupuestos del art. 4 del CGIII, cuestión diferente es que por su propia ideología de terror menospreciase constantemente las normas humanitarias y no tuviera la más mínima intención de cumplirlas, de ahí la imposibilidad de alcanzar los referidos acuerdos especiales.

- Con fundamento en el principio de necesidad militar las partes contendientes pueden atacar, en cualquier momento y lugar, dentro de la región de la guerra, a los enemigos cuya neutralización se haga necesaria para obtener una ventaja militar y así debilitarlo.
- Con carácter general, el uso de la fuerza puede ser letal, no constituyendo ello ninguna vulneración del derecho a la vida, siempre y cuando lo sea con respeto a las normas del *ius in bello*, dado que en los conflictos armados internacionales los combatientes, *ex* apartado 2.º del art. 43 del PAI, tienen derecho a participar en las hostilidades, esto es, a utilizar los medios y métodos de combate apropiados para debilitar al enemigo. Más problemático resulta este aspecto en los conflictos armados de carácter no internacional, dado que no hay una previsión normativa semejante a la referenciada *ut supra*, sino, a lo sumo, el reconocimiento a los Estados de mantener y restablecer la ley, el orden, la unidad nacional y la integridad territorial por todos los medios legítimos, *ex* apartado 1.º del art. 3 del PAII, y la posibilidad de usar la fuerza cuando sea absolutamente necesario contra toda insurrección a fin de reprimirla, todo ello de conformidad con la ley, según indica el art. 2.2.c) del CEDH⁴¹. Sin perjuicio de lo anterior, el derecho internacional no sanciona ni criminaliza en los conflictos armados de carácter no internacional el uso de la fuerza letal contra aquellas personas que participan directamente en las hostilidades, indiferentemente de si son miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados organizados, a tenor de lo previsto en el art. 3 común de los CG y art. 8.2.c) del Estatuto de Roma, infiriéndose de ello una especie de reconocimiento restringido y *sui generis* del derecho a participar directamente en las hostilidades, caracterizado porque no hay atribución alguna *de iure* del privilegio del combatiente y porque el derecho doméstico sí castiga los actos de violencia armada contra las fuerzas gubernamentales.
- En la conducción de las hostilidades están permitidos los daños incidentales entre la población civil, siempre y cuando no sean excesivos respecto de la ventaja militar directa y concreta prevista, según se establece en la letra b) del apartado 5.º del art. 51 y el art. 57.2.b) del PAI, normas que han cristalizado en derecho consuetu-

⁴¹ Sentencia del TEDH de 6 de julio de 2005, Isayeva v. Russia, párr. 180.

dinario⁴². Esta característica nos conduce al principio de proporcionalidad, cuya valoración resulta harto compleja, toda vez que en el juicio de proporcionalidad se coloca en un lado de la balanza vidas humanas y en el otro un objetivo militar, residiendo en el mando militar la responsabilidad correspondiente por la decisión adoptada.

- En el planeamiento de toda operación militar deberán tenerse en consideración las precauciones enumeradas en el art. 57 del PAI, consistentes, sucintamente, en hacer todo lo que sea factible para verificar que el objetivo no son personas civiles ni bienes civiles; tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar, o reducir todo lo posible el número de muertos y heridos que se pueden causar incidentalmente entre la población civil; abstenerse de decidir un ataque cuando se prevea que se causarán muertos o heridos en la población civil excesivos en relación con la ventaja militar directa y concreta prevista; dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan. Esta norma también ha cristalizado en derecho consuetudinario⁴³.

4. CONTRASTES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN AL USO DE LA FUERZA

El uso de la fuerza en la conducción de las hostilidades contiene unos parámetros de aplicación cualitativos notablemente diferentes respecto a las normas de los derechos humanos, de ahí que resulte apropiado confrontarlos atendiendo a los principios básicos que lo caracterizan.

⁴² HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, Norma 14: «Queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista», pp. 53 y ss.

⁴³ *Ibíd.*, Norma 15 y siguientes, pp. 59 y ss.

4.1. CON BASE EN EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

4.1.1. Normas de derechos humanos

Las normas jurídicas concernientes al DIDH salvaguardan el derecho a la vida de todas las personas, sin distinción alguna, siendo todas ellas titulares de este derecho subjetivo, no existiendo ningún elemento discriminatorio o diferenciador inherente a la persona como tal que pueda servir de fundamento para restringirlo, todo ello sin perjuicio de la existencia de determinadas situaciones que legitiman el uso de la fuerza, siempre y cuando no se trate de una actuación arbitraria, ya que el derecho internacional prohíbe la privación arbitraria de la vida. Bajo este canon, el uso de la fuerza se justifica en atención a un criterio de *conduct-base*, es decir, a causa de la conducta amenazante y peligrosa para los derechos humanos o para el mantenimiento del orden público de una persona⁴⁴. Quien decide voluntaria y libremente comportarse violentamente, poniendo en riesgo y amenazando seriamente los derechos de terceras personas o el orden público, se coloca en una situación conductual en la que asume el riesgo de que los agentes estatales usen la fuerza para restituir el orden público y garantizar los derechos amenazados, siempre bajo la concurrencia de unos principios que deben interpretarse restrictivamente.

Ciertamente, el principio de distinción en las normas relativas a los derechos humanos no opera con la misma intensidad e importancia que en el DIH, toda vez que en el contexto de los derechos humanos se salvaguarda el derecho de la vida de todas las personas sin distinción alguna⁴⁵,

⁴⁴ QUENIVET, N. «The right to life in international humanitarian law and human rights law». *International Humanitarian Law and Human Rights Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2008, p. 338.

⁴⁵ A este respecto, tenemos que significar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe sobre terrorismo y derechos humanos de 22 de octubre de 2002, OEA/Ser.L/V/II.116, ha trasladado el principio de distinción a los derechos humanos, sosteniendo que «los medios que el Estado puede utilizar para proteger su seguridad o la de sus ciudadanos no son ilimitados. Por el contrario, como lo especificó la Corte, independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de quienes perpetran ciertos delitos, el poder del Estado no es ilimitado ni puede el Estado recurrir a cualquier medio para lograr sus fines. En tales circunstancias, el Estado puede recurrir al uso de la fuerza solo contra individuos que amenacen la seguridad de todos y, por tanto, el Estado no puede utilizar la fuerza contra civiles que no presentan esa amenaza. El Estado debe distinguir entre los civiles inocentes y las personas que constituyen la amenaza (...)», párr. 89 y 90. Atendiendo a lo anterior, el principio de distinción en materia de derechos humanos sirve para justificar que el uso de la fuerza debe ir dirigido exclusivamente contra quien amenaza o pone en riesgo los derechos de terceras personas, guardando, en consecuencia, ciertas semejanzas con el principio de distinción del

resultando por ello una ecuación compleja en este campo del derecho. En palabras de QUENIVET su implementación podría constituir incluso una *contradictio in terminis*, ya que la *ratio essendi* de los derechos humanos no es otra que garantizar los derechos humanos de todas las personas sin diferencia alguna, de suerte que los criterios de distinción en atención al *status* de la persona devendrían contradictorios⁴⁶. De hecho, los tribunales de derechos humanos no aplican directamente el principio de distinción, sino más bien lo interpretan cuando intuyen la existencia de un conflicto armado, sin llegar a considerarlo un principio propio de los derechos humanos⁴⁷. En realidad, lo que sucede es que estos tribunales lo tienen en consideración cuando interpretan el deber de precaución en el empleo de los medios y métodos menos lesivos para evitar o minimizar la pérdida incidental de vidas humanas, como sucedió en el *caso Tagayeva*, en donde el tribunal critica el empleo de armas convencionales de guerra que causan daño tanto a los terroristas como a los rehenes, utilizando expresamente el término *sin distinción*⁴⁸, con una indiscutible referencia al principio de distinción del DIH, dado que previamente había citado el art. 51 del PAI⁴⁹. Este proceder demuestra que las normas del DIH pueden perfectamente complementar a las normas de derechos humanos en determinadas circunstancias de violencia armada próximas a un conflicto armado, sobre todo, desde el momento en que una persona libre y voluntariamente amenaza el orden público o los derechos de terceras personas, en cuyo caso, evidentemente, el uso de la fuerza debe ir dirigido contra aquella persona que constituye la amenaza en cuestión. En suma, el principio de distinción no opera directamente en el contexto de las normas relativas a los derechos humanos, sin perjuicio de que indirectamente, a través de la valoración e interpretación del requisito de precaución en el empleo de los medios y métodos menos lesivos para evitar o minimizar la pérdida incidental de vidas humanas, los tribunales de derechos humanos lo tomen en consideración, en el sentido de que los agentes estatales deben identificar a aquella persona cuya conducta amenaza el orden público o pone en riesgo los derechos de otros, teniendo que dirigirse el uso de la fuerza solamente

DIH, ya que con base en el mismo solamente puede atacarse al combatiente, enemigo o persona que participa directamente en las hostilidades, en definitiva a la persona que amenaza o pone en riesgo la vida de los integrantes de la otra parte contendiente.

⁴⁶ QUENIVET, N., *op. cit.*, p. 344.

⁴⁷ *Cf.*: Sentencia de la Corte Interamericana de 30 de noviembre de 2012, Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia, párr. 212 y sentencia de la Corte Interamericana de 17 de abril de 2015, Caso Cruz Sánchez v. Perú, párr. 276.

⁴⁸ Sentencia del TEDH de 13 de abril de 2017, *Tagayeva and others v. Russia*, párr. 608.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 468.

contra el mismo, de ahí que si se usan medios o métodos que perjudiquen al resto de personas, nos hallaríamos en principio ante una vulneración del derecho a la vida.

4.1.2. Normas del *ius in bello*

De otra parte, las normas del DIH se estructuran bajo un parámetro diferente, en el sentido de que solamente puede usarse la fuerza contra los combatientes, miembros de grupos armados organizados que desempeñan una función continua de combate y personas que participan directamente en las hostilidades. Las normas del *ius in bello* toman en consideración tanto el criterio de *status-base* como el de *conduct-base* para justificar el uso de la fuerza. El primer criterio es aplicable a los combatientes y miembros de grupos armados organizados que desempeñan una función continua de combate, resultando indiferente al DIH si estas personas están o no realizando alguna acción hostil u otra conducta que pudiera poner en riesgo la seguridad de los integrantes de la otra parte contendiente⁵⁰. A modo de ejemplo, el bombardeo de una base militar o un campamento de un grupo armado organizado resulta con carácter general lícito, pudiendo ser atacados los combatientes o componentes del grupo armado que se hallan en dichos objetivos militares mientras duermen o descansan. En definitiva, el *status* jurídico que ostentan estas personas –el cual les hace estar integrados en la estructura y organización operativa enemiga siendo capaces de llevar a cabo una acción hostil en todo momento– constituye la causa legal por la cual no gozan de la inmunidad de una persona que no participa directamente en las hostilidades.

El segundo criterio es aplicable solamente a las personas que participan directamente en las hostilidades, pues en estos casos el uso de la fuerza solo es lícito si se dirige contra una persona que realiza un acto hostil y mientras dure el mismo. En esta situación se exige a los miembros de las Fuerzas Armadas un mayor esfuerzo y rigor, dado que deben identificar positivamente la conducta hostil de la persona civil, valorando los indicios y evidencias que conducen a la conclusión de que, efectivamente, esa persona está actuando de tal manera, en cuyo caso pierde la inmunidad de la que disfruta. Aquí el parámetro del *status* de la persona carece de eficacia alguna, solamente se

⁵⁰ Cfr. CORN, G., BLANK, L.R., JENKS, C. y TALBOT JENSEN, E. «Belligerent targeting and the invalidity of a least harmful means rule». *International Law Studies*, Vol. 89, p. 548.

tiene en consideración su conducta amenazante u hostil puntual y esporádica, aproximándonos a las normas de derechos humanos, pues el uso de la fuerza se justifica por la realización de un comportamiento perjudicial para los fines militares de la parte contendiente. Sea como fuere, lo relevante en todo caso es que estas personas civiles ni están encuadradas ni pertenecen a una organización o estructura enemiga, no ostentando el estatus de enemigo, por lo que solamente resulta lícito el uso de la fuerza cuando deciden realizar actos hostiles. En síntesis, el uso de la fuerza letal como *prima ratio* no puede aplicarse a estas personas, a diferencia de los combatientes en sentido genérico, debiéndose demostrar previamente que están realizando actos hostiles que comportan *per se* una conducta amenazante y perjudicial para los intereses militares⁵¹. Ahora bien, cuando los combatientes, los miembros de grupos armados organizados que desempeñan una función continua de combate y las personas que participan directamente en las hostilidades están fuera de combate, en virtud de lo prescrito en el art. 3 común de los CG y en el art. 41 del PAI, su derecho a la vida no puede menoscabarse en ningún caso, de suerte que el criterio del *status-base* o *conduct-base* pierde su eficacia⁵², todo ello a causa de que ningún interés militar se aprecia en usar la fuerza contra una persona que está fuera de combate y no constituye por ello ninguna amenaza; en suma, no hay una necesidad militar y por ello el principio de humanidad característico del DIH prevalece en todo momento.

4.2. CON BASE EN EL PRINCIPIO DE NECESIDAD

4.2.1. Normas de derechos humanos

El principio de necesidad se presenta como una figura jurídica que opera tanto en los ordenamientos domésticos como en el orden internacional y, en relación a este último, no podemos negar su importancia en el terreno del *ius ad bellum*, de los derechos humanos y del derecho de los conflictos armados, erigiéndose como un presupuesto ineludible, sin el cual todo uso de la fuerza probablemente resultaría antijurídico. Centrándonos en torno

⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 550.

⁵² En este sentido el art. 41 del PAI enumera los supuestos en los que el combatiente está fuera de combate, siendo los siguientes: cuando está en poder de la parte adversa, cuando ha expresado claramente su intención de rendirse y cuando está inconsciente o incapacitado en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y por ello es incapaz de defenderse, siendo necesario en todos estos supuestos que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse.

a las normas del DIDH, más allá de que el uso de la fuerza está permitido como medio coercitivo para mantener el orden público y garantizar los derechos de otros, lo relevante es que se configura como una *ultima ratio*, no debiendo existir otros medios y métodos menos lesivos para alcanzar los objetivos propuestos, llegándose al hecho de que si hablamos de un uso de la fuerza letal su recurso solo se justifica cuando resulta absolutamente necesario. Los agentes estatales en el ejercicio de sus funciones deben emplear en primer término aquellos medios y métodos puestos a su disposición que no supongan un uso de la fuerza, como son los medios disuasorios propios de su presencia, advertencias acústicas o visuales, etc. Solamente, si entienden que estos medios y métodos resultan insuficientes para garantizar el orden público o los derechos de otros, tras efectuar el oportuno juicio de necesidad, podrán recurrir a la fuerza.

La valoración *a posteriori* del meritado juicio de necesidad debe tener en consideración los elementos contextuales y circunstanciales del momento, pues no es lo mismo adoptar una decisión en un estado de relativa calma y sosiego, en donde la integridad física del agente estatal u otra persona no se ve amenazada, que adoptar una decisión en un entorno de violencia en donde la integridad física de las personas se halla en juego, ya que en esta situación la capacidad de llevar a cabo el referido juicio con absoluta normalidad se ve alterado. En todo caso, el juicio de necesidad se hará con fundamento en la información que disponga el agente estatal, la cual estará compuesta por aquella que le suministran sus mandos y por la que obtiene directamente a través de la observación de hechos y conductas. Una vez se dispone de la información debe valorarse la misma y realizarse el oportuno juicio de necesidad, en el sentido de determinar si el uso de la fuerza resulta pertinente para alcanzar el objetivo propuesto, al no haber otros medios disponibles para ello. La práctica nos demuestra que la información proporcionada a los agentes estatales puede ser errónea, imprecisa o confusa, alterándose con ello su percepción de la realidad, no disponiendo de otros elementos de juicio suficientes para poder contrastarla, lo que conduce a la aceptación tácita de la información suministrada, con el consiguiente riesgo de errar en la decisión adoptada. Esto es lo que sucedió en el *caso McCann*, en donde se demostró que los soldados de la *Royal Army* que abatieron a los terroristas del IRA en Gibraltar, sin previo aviso ni intención alguna de detenerlos, se debió a la creencia de que tenían en su poder un dispositivo explosivo que podrían detonar en cualquier momento, con la consiguiente pérdida de vidas humanas, siendo esta información transmitida por su cadena de mando, de ahí que en el momento en que fueron localizados fuesen abatidos de manera *ipso facto*, albergando aquellos

una convicción plena de que resultaba absolutamente necesario el uso de la fuerza letal para impedir un inminente atentado terrorista que ponía en riesgo numerosas vidas humanas⁵³.

Asimismo, en ocasiones se realizan operaciones relacionadas con actividades terroristas o de delincuencia organizada en las que el uso de la fuerza no puede someterse al test de absoluta necesidad requerido en el ámbito europeo por el TEDH, pues nos hallamos ante operaciones en donde los agentes estatales deben actuar en unas condiciones de presión inigualables, dado el escaso tiempo del que disponen para ejecutar el dispositivo, la violencia armada con la que van a encontrarse y la ausencia de un control efectivo del entorno de la situación. A modo de ejemplo, cabe citar el *caso Finogenov*, consistente en la toma del teatro *Dubrovka* de Moscú el día 23 de octubre de 2002 por parte de separatistas chechenos quienes, además de su voluntad suicida, portaban también armas automáticas y diversos explosivos, tomando aproximadamente unos 900 rehenes, algunos de los cuales fueron ejecutados. En este contexto, el TEDH parte de la premisa de que el test de absoluta necesidad debe flexibilizarse⁵⁴, ya que la situación de violencia existente, con el consiguiente riesgo para la vida de los rehenes, no puede ser aplacada por otros medios y métodos que no sean letales, por lo que se legitima un uso de la fuerza letal como *prima ratio*, aproximándonos así a la esencia de las normas del *ius in bello*.

4.2.2. La necesidad militar en el *ius in bello*

En el Preámbulo del II Convenio de la Haya de 1899 expresamente se indica que las disposiciones aprobadas en el Reglamento anejo «*se inspiran por el deseo de disminuir los males de la guerra, en cuanto las necesidades militares lo consientan*», lo que corrobora el constante equilibrio entre el principio de humanidad y el de necesidad que caracteriza al DIH⁵⁵.

⁵³ Sentencia del TEDH, de 27 de septiembre de 1995, *McCann and others v. United Kingdom*, párr. 200.

⁵⁴ Sentencia del TEDH, de 20 de diciembre de 2011, *Finogenov and other v. Russia*, párr. 211 y 212.

⁵⁵ RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. «Ataques letales...», *op. cit.*, p. 806; SCHMITT, M.N. «Military necessity and humanity in International Humanitarian Law: Preserving the delicate balance». *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, núm. 4. 2010, p. 798; DARCY, S. *Judges, Law and War. The judicial development of International Humanitarian law*. Cambridge: University Press 2014, p. 145. La necesidad militar como principio básico del DIH no está definido convencionalmente, aunque tanto los Convenios de Ginebra (art. 8, 30, 33, 34 y 50 del CGI, art. 8, 28 y 51 del CGII, art. 8, 76, 126 y 130 del CGIII y art. 9, 49, 53, 55, 108, 112, 143 y 147 del CGIV) como los Pro-

Ciertamente, la necesidad militar es uno de los principios fundamentales que vertebra esta rama del *ius gentium*, dotándolo de autonomía y convirtiéndolo además en *lex specialis*, dado que si solamente tuviéramos en consideración el principio de humanidad acabaría absorbido íntegramente por el DIDH, no habiendo necesidad alguna para su existencia, quedando arrinconada esa materia como una parte más del estudio de la historia del derecho.

Efectivamente, la principal peculiaridad del DIH es que el uso de la fuerza se regula como una *prima ratio*, todo ello con fundamento en la necesidad militar, ya que el objetivo esencial de las partes contendientes no es otro que debilitar al enemigo, y la manera de lograrlo es a través de la conducción de las hostilidades, tal y como se indica en la declaración de

tolos Adicionales de 1977 (art. 54, 62, 67 y 71 del PAI, y art. 17 del PAII) lo mencionan. Por otro lado, los tribunales militares instituidos por los Estados Unidos de América tras la segunda guerra mundial sí han delimitado este principio, con fundamento en el art. 14 del Código Lieber de 1863, el cual disponía que la necesidad militar es la necesidad de aquellas medidas que son indispensables para asegurar los fines de la guerra, y que son lícitos de acuerdo al derecho y usos modernos de la guerra. Así, en el *Hostage case* el tribunal militar indicó que «*military necessity permits a belligerent, subject to the laws of war, to apply any amount and kind of force to compel the complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life, and money (...) It permits the destruction of life of armed enemies and other persons whose destruction is incidentally unavoidable by the armed conflicts of the war (...) but it does not permit the killing of innocent inhabitants for purposes of revenge or the satisfaction of a lust to kill. The destruction of property to be lawful must be imperatively demanded by the necessities of war. Destruction as an end in itself is a violation of international law. There must be some reasonable connection between the destruction of property and the overcoming of the enemy forces (...) We do not concur in the view that the rules of warfare are anything less than they purport to be. Military necessity or expediency do not justify a violation of positive rules. International law is prohibitive law*», *cfr.* Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law núm. 10, United States v. List (*The Hostage case*), Case No. 7, 19 February 1948, pp. 1253 a 1256; igualmente, en el *High Command case* el tribunal militar sostuvo lo siguiente: «*It has been the viewpoint of many German writers and to a certain extent has been contended in this case that military necessity includes the right to do anything that contributes to the winning of a war. We content ourselves on this subjects with stating that such a view would eliminate all humanity and decency and all law from the conduct of war and it is a contention which this tribunal repudiates as contrary to the accepted usages of civilized nations*», *cfr.* Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law núm. 10, United States v. Wilhem Von Leeb (*The High Command Case*), Case No. 9, 27 October 1948, p. 541. En resumen, la necesidad militar no constituye una carta en blanco para poder realizar cualquier tipo de actuación hostil, sino todo lo contrario, necesidad militar y legalidad van unidos de la mano, por lo que este principio faculta poder realizar cualquier acción hostil que no esté prohibida por las normas convencionales o consuetudinarias, debiéndose interpretar restrictivamente el mismo, pues, con carácter general, cuando los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales de 1977 lo utilizan es en el contexto de una excepción al criterio general de la norma.

San Petersburgo de 11 de diciembre de 1868, relativa a la prohibición del uso de ciertos proyectiles en tiempo de guerra, al establecerse que «*la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo*». Esta premisa fue traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico, concretamente, en el art. 849 del Reglamento del Servicio para Campaña del Ejército de 1882, el cual estableció que «*la destrucción del ejército enemigo es el fin principal: la ocupación o destrucción de lo que pueda servirle es secundario (...) por destruirse no debe entenderse exterminarle o aniquilarle materialmente, sino ponerle fuera de combate, quebrantar, paralizar, anular, inutilizar sus fuerzas combatientes*». Desde el momento en que se desencadena un conflicto armado la finalidad legítima de las partes contendientes es debilitar al enemigo, no pudiendo entenderse por debilitar aquel comportamiento que conlleve su exterminio, aniquilamiento o destrucción total, acercándose su significado más bien a ponerlo fuera de combate, esto es, dejarle en una situación en la que no pueda empuñar sus armas o no tenga la voluntad de hacerlo, lo que se consigue, esencialmente, a través de la conducción de las hostilidades.

Dicho esto, la manera y forma en la que se usa la fuerza en un conflicto armado no es unívoca y uniforme. En una contienda armada existen situaciones que deben regirse por las normas concernientes a la conducción de las hostilidades, pero también existen otras situaciones que no se rigen por este paradigma, imperando el paradigma de *law enforcement*. Esta afirmación ha sido sostenida por la Corte Suprema de Israel, quien ha manifestado que en el DIH expresamente no se regulan normas vinculadas al paradigma de *law enforcement*, pero a la vista del contenido de algunas de sus normas su existencia queda fuera de toda duda⁵⁶. A modo de ejemplo, las situaciones que suelen regularse al amparo del paradigma de *law enforcement* acontecen durante una ocupación militar, en donde la potencia ocupante tiene la obligación de velar por el mantenimiento y el orden público, según se infiere del art. 43 del Reglamento sobre las leyes y usos de la guerra terrestre y el art. 64 del CGIV. Durante esta compleja situación habrá que determinar qué eventos se rigen por el paradigma de la conducción de las hostilidades y cuáles por el de *law enforcement*, ya que dependiendo de ello el uso de la fuerza cambia radicalmente. Pensemos por ejemplo en una manifestación pacífica que por cuestiones de seguridad no ha sido autorizada por la potencia ocupante, evidentemente, si se quiere

⁵⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 30 de abril de 2018, HCJ 3003/18, HCJ 3250/18, Yesh Din v. Military Advocate General, párr. 39 y 40.

disolver no pueden aplicarse los parámetros del uso de la fuerza que imperan durante la conducción de las hostilidades, primando en esta situación las normas propias de *law enforcement*, como ha sostenido el TEDH en el caso *Gülec v. Turquía*, en donde penalizó al Estado por el empleo por parte de sus fuerzas gubernamentales de un uso de la fuerza excesivo que comportaba el empleo de armas letales, sin que se entendiera apropiado y pertinente su uso en dicha situación, la cual requería de otros medios, tales como cañones de agua, balas de goma, etc.⁵⁷.

En este orden de cosas, nos tenemos que preguntar si el principio de necesidad militar es absoluto o encuentra algún límite al respecto. Pues bien, antiguamente, la conducción de las hostilidades se asentaba bajo el principio de necesidad militar, al amparo de la máxima *Kriegsraison geht vor Kriegsmanier*, lo que suponía que la necesidad militar podía en todo momento dirigir la manera en la que se conducen las hostilidades, sin limitación alguna. Esta práctica quedó desterrada tras la Segunda Guerra Mundial, llegando a criminalizarse este tipo de conducta, adquiriendo el principio de humanidad un peso equivalente al de necesidad militar, dotando de cierta humanidad la destrucción inherente de toda guerra. Actualmente, las normas humanitarias se erigen como un límite absoluto al principio de necesidad militar, no pudiendo menoscabarse las mismas con fundamento en este principio, pues cuando se ha querido excepcionar una norma humanitaria expresamente así se ha previsto, pudiendo citarse a modo de ejemplo el apartado 5.º del art. 54 del PAI o el art. 53 del CGIV. Así pues, el principio de necesidad militar no puede esgrimirse como causa de justificación para realizar aquello que está prohibido o protegido por una norma humanitaria, ya que en nuestros días, y con base en el Estado de derecho que caracteriza a los Estados civilizados, en palabras de PIGNATELLI y MECA, el derecho debe prevalecer sobre la razón de la guerra o *kriegsraison*⁵⁸.

Llegados a este punto, a nuestro juicio la justificación de la necesidad militar para que el uso de la fuerza sea una *prima ratio* en la conducción de las hostilidades no puede extenderse a las actuaciones de *law enforcement*, por lo siguiente. En primer término, el objeto de la conducción

⁵⁷ Sentencia del TEDH, de 27 de julio de 1998, *Gülec v. Turquía*, párr. 70; *cfr.* RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. «Ataques letales...», *op. cit.*, p. 808; *cfr.* WALKIN, K. «Maintaining law and order during occupation: breaking the normative chains». *Israel Law Review*, Vol. 41, núm. 1 y 2. 2008, p. 179.

⁵⁸ PIGNATELLI y MECA, F. *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Consideraciones sobre el capítulo III del título XXIV del libro II del Código Penal*. Madrid: Ministerio de Defensa 2003, p. 322.

de las hostilidades es debilitar al enemigo, siendo este el principal fin de toda contienda armada, mientras que el objeto de las actuaciones de *law enforcement* es asegurar el orden público y los derechos subjetivos de las personas. En segundo término y con carácter general, en el mantenimiento del orden público no concurre una necesidad militar, ya que los comportamientos que ponen en peligro la seguridad pública no pueden considerarse actos hostiles propios de la conducción de las hostilidades. No obstante, en relación con esta última afirmación puede ocurrir que una cuestión de orden público degenerare en una situación propia de conducción de las hostilidades, en cuyo caso el paradigma del uso de la fuerza cambia, pudiéndose emplear la fuerza como *prima ratio*, incluida la letal si es contra combatientes, miembros de grupos armados organizados y personas que participan directamente en las hostilidades.

Igualmente, si bien es cierto que en la conducción de las hostilidades se permite un uso de la fuerza letal como *prima ratio*, sin atender a los presupuestos de las normas concernientes a los derechos humanos que inspira el paradigma de *law enforcement*, no resulta tampoco menos cierto que si las circunstancias lo permiten y ello no conlleva ningún riesgo para los miembros de la otra parte contendiente, podría tenerse en consideración la captura o detención de los enemigos antes que su neutralización⁵⁹. Esta afirmación se debe a las consideraciones humanitarias que imperan en el DIH, básicamente, con fundamento en la cláusula Martens contenida en el apartado 2.º del art. 1 del PAI, al indicarse que «en los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública», no resultando, a nuestro entender, de aplicación lo previsto en el apartado 2.º del art. 35 del PAI, como defiende algún autor⁶⁰, ya que este precepto se refiere a métodos y medios de combate que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, no pudiendo enmarcarse un ataque legítimo y legal en

⁵⁹ Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 14 de diciembre de 2006, H CJ 7669/02, Public Committee Against Torture v. Government, párr. 40, esta sentencia judicial resulta de vital interés al abordar cuestiones concernientes a la conducción de las hostilidades atendiendo tanto a las normas del DIH como a normas relativas a los derechos humanos; BLANK, L. R. «Targeted strikes: the consequences of blurring the armed conflicts and self-defence justifications». *William Mitchell Law Review*, Vol. 38, núm. 5. 2012, p. 1684.

⁶⁰ Cfr. GOODMAN, R. «The power to kill or capture enemy combatants». *European Journal of International Law*, Vol. 24, núm. 3. 2013, pp. 819 a 853.

dicha norma jurídica⁶¹. La justificación de un uso de la fuerza restringido se debe a que durante un conflicto armado pueden acaecer situaciones en las que el enemigo, sin estar fuera de combate (en cuyo caso no podría ser objeto de ningún ataque), se halle en una situación de penuria militar en la que no comporte ningún riesgo su existencia ni suponga además ninguna ventaja militar su neutralización, alzándose como prevalente el principio de humanidad contenido en el apartado 2.º del art. 1 del PAI frente al de necesidad militar que justifica un uso de la fuerza letal como *prima ratio*.

Según nuestro criterio, estos supuestos no están regulados específicamente en las normas humanitarias, quedando en consecuencia sometidos tanto al principio de humanidad como a los principios básicos de la conciencia pública, los cuales encuentran su inspiración en las normas básicas de derechos humanos. En suma, nos hallamos ante un ejemplo de cómo las normas de derechos humanos pueden complementar a las humanitarias, y de cómo debería interpretarse el DIH atendiendo a la constante tensión que existe entre el principio de necesidad militar y el de humanidad en la conducción de las hostilidades, primando en este supuesto una función restrictiva de la necesidad militar, tal y como propugna MELZER⁶². Lo anterior no conlleva ninguna minusvaloración del DIH ni tampoco un fortalecimiento del DIDH, ya que se aplican tanto el principio de humanidad propio de los conflictos armados como otra serie de principios emanados de las normas de derechos humanos, lo que supone un equilibrio de reglas que se complementan entre sí, sin necesidad de que una excluya a otra. Ahora bien, este uso de la fuerza restringido en la conducción de las hostilidades todavía no ha cristalizado en derecho consuetudinario, sin perjuicio de que nos hallemos ante una norma en *status nascendi* cuya aceptación general por los Estados se encuentra todavía por determinar, siendo un elemento capital en su incipiente aceptación la sentencia de la Corte Suprema de Israel de 14 de diciembre de 2006, la cual indica expresamente lo siguiente:

«(...) a civilian taking a direct part in hostilities cannot be attacked at such time as he is doing so, “if a less harmful means can be employed (...) Indeed, among the military means, one must choose the means whose harm to the human rights of the harmed person is

⁶¹ SCHMITT, M.N. «Wound, capture or kill: A reply to Ryan Goodman’s The power to kill or capture enemy combatants». *European Journal of International Law*, Vol. 24, núm. 3. 2013, p. 856.

⁶² MELZER, N. «Targeted killing or less harmful means? – Israel’s high court judgment on targeted killing and the restrictive function of military necessity». *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 9. 2006, pp. 104 y ss.

smallest”. Thus, if a terrorist taking a direct part in hostilities can be arrested, interrogated, and tried, those are the means which should be employed».

4.3. CON BASE EN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Ciertamente, con respecto al principio de proporcionalidad nos encontramos con una problemática mayúscula, pues el DIH lo regula expresamente pero de una manera diferente al DIDH, acentuándose esta disyuntiva cuando acudimos al derecho doméstico, el cual toma como punto de partida las normas de derechos humanos, lo que genera cierta confusión. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la sentencia de la Corte Suprema de Israel referenciada *ut supra*, la cual aborda la posibilidad de un uso de la fuerza restringido en el contexto de un conflicto armado, todo ello atendiendo al principio de proporcionalidad cuando en realidad lo relevante, a nuestro entender, sería el principio de necesidad militar. Esta confusión se debe porque el juicio de proporcionalidad del derecho doméstico abarca una interpretación *in lato sensu* y otra en *stricto sensu*, siendo esta última la que se asemeja a las normas humanitarias⁶³. Evidentemente, cuando los tribunales domésticos aplican el principio de proporcionalidad lo hacen principalmente atendiendo a su ordenamiento jurídico, corriéndose el riesgo de desnaturalizar o vaciar de contenido la norma humanitaria existente, por lo que, para evitar lo anterior, deberían realizar un juicio de valoración *in extenso* de las normas aplicables, teniendo en consideración tanto la humanitaria como la doméstica.

Dicho esto, el test de proporcionalidad concerniente al uso de la fuerza en relación con las normas de derechos humanos debe satisfacer tres presupuestos, el primero es lograr que la fuerza empleada sea idónea para conseguir el propósito buscado (adecuación), el segundo se refiere a la no concurrencia de otras medidas que resulten menos lesivas o restrictivas y que permitan conseguir la finalidad perseguida (necesidad) y, por último, la fuerza ejercida debe evitar daños o perjuicios que no estén justificados atendiendo al oportuno juicio de razonabilidad que debe efectuarse (proporcionalidad *in stricto sensu*). Como puede apreciarse, dentro del juicio de proporcionalidad se incluye de manera mediata el principio de necesidad, el cual fue examinado anteriormente. Por otro lado, el principio de

⁶³ Cfr. MELZER, N. «Targeted killing or less...», *op. cit.*, p. 92.

proporcionalidad dentro del DIH se halla codificado expresamente en el apartado 5.º del art. 51 y en el art. 57.2.iii) del PAI, normas de naturaleza consuetudinaria aplicables a toda contienda armada que prohíben aquellos ataques cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. A pesar de haber cristalizado estas normas en derecho consuetudinario su incumplimiento intencionado solamente acarrea responsabilidad penal cuando se produce en el contexto de un conflicto armado internacional, *ex art. 8.2.b) iv) del Estatuto de Roma*, vicisitud que debe hacer reflexionar a la comunidad internacional sobre la necesidad de que se modifique esta circunstancia, dado que actualmente resulta incomprensible que en las contiendas armadas no internacionales tales comportamientos no resulten punibles.

Atendiendo a lo anterior, la principal diferencia que se observa en relación al principio de proporcionalidad es que las normas humanitarias permiten durante la conducción de las hostilidades las denominadas «*bajas incidentales*», esto es, la muerte y lesiones de personas civiles siempre y cuando no sean excesivos respecto de la ventaja militar directa y concreta que se busca con el ataque, mientras que las normas de derechos humanos no prevén expresamente esta posibilidad. Ciertamente, la licitud de las bajas incidentales poco tiene de humanitario, pues se legitiman aquellas acciones armadas en las que es de prever que puedan acontecer bajas civiles, quedando laminado el primer y más importante derecho humano, la vida, todo ello en aras de satisfacer el otro gran principio del DIH, esto es, la necesidad militar. La existencia del art. 51.5.b) y 57. 2. iii) del PAI constituyen un manifiesto ejemplo de cómo las normas del *ius in bello* se caracterizan por constituir un delicado equilibrio entre los principios de humanidad y necesidad militar, ya que los Estados y, por ende, la comunidad internacional, son conscientes de que en el curso de un conflicto armado el derecho a la vida de las personas que no participan directamente en las hostilidades debe garantizarse con carácter general, pero pueden existir circunstancias en las que la necesidad militar prime sobre la humanidad y, con ello, no resultar ilícito que durante un ataque se ocasione la pérdida de vidas humanas civiles. Esta realidad no va a cambiar, ni los Estados van a renunciar a ello, a causa de los elevados intereses que se hallan en juego en un conflicto armado, los cuales se ponen a la misma altura que el derecho a la vida de las personas protegidas. De ahí que en las circunstancias previstas en las normas humanitarias se permitan estas «*bajas incidentales*». El mando militar cuando decide lanzar un ataque debe evitar o cuanto menos reducir en lo máximo posible el número de muertos y heridos que se cau-

sarán incidentalmente entre la población civil y, llegado el momento, si es consciente de que las bajas incidentales resultarán excesivas respecto de la ventaja militar directa y concreta prevista, deberá abstenerse de lanzar el ataque; por otro lado, si las bajas incidentales no son excesivas el DIH permite lanzar el ataque, siendo conscientes de que con ello se perderán vidas de personas protegidas. Esta característica del *ius in bello* no está presente en las normas de derechos humanos⁶⁴, a pesar de que algunos autores entienden que la muerte de terceras personas durante un uso de la fuerza letal legítimo está permitida por el DIDH, todo ello con fundamento en la sentencia del TEDH en el caso *Ahmet Özkan v. Turquía*⁶⁵.

En efecto, la sentencia antedicha en uno de sus pasajes indica que la reacción de las fuerzas gubernamentales turcas contra la acción hostil recibida desde la población de *Ormanici* no fue desproporcionada, a la vista de que solamente falleció una persona civil⁶⁶. Dicho esto, tenemos que poner en contexto la afirmación del tribunal, en el sentido de que, por un lado, la situación enjuiciada era de un conflicto armado, como se indica en la propia sentencia⁶⁷ y, por otro lado, la respuesta armada de las fuerzas gubernamentales resultó absolutamente necesaria⁶⁸ a causa del ataque recibido. Ahora bien, lo anterior no puede conducirnos a pensar que las normas de derechos humanos permiten la pérdida de vidas humanas del mismo modo que lo hacen las normas del *ius in bello*. Ello quiere decir que en el planeamiento de una operación de *law enforcement* deben valorarse los medios y métodos a emplear para evitar en todo momento daños a terceros. Esta es la premisa esencial del DIDH, todo ello sin perjuicio de que efectivamente en el curso del operativo puedan acontecer bajas incidentales que deberán valorarse bajo el prisma de la proporcionalidad *in stricto sensu*. Sin embargo, lo peculiar del DIH es que durante el planeamiento de la operación militar se deben valorar sí o sí las posibles bajas incidentales que se van a producir y contraponerlas a la ventaja militar directa y concreta que se va a obtener. En síntesis, las normas de derechos humanos parten de la idea de que con carácter general ningún daño a terceros debe ocasionarse en el uso de la fuerza mientras que las normas humanitarias lo hacen desde un prisma distinto, en el sentido de que sí se permiten las bajas incidentales bajo unas circunstancias tasadas.

⁶⁴ MERON, T. *The humanization of international law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 8.

⁶⁵ GAGGIOLI, G. y KOLB, R., *op. cit.*, p. 137.

⁶⁶ Sentencia del TEDH de 6 de abril de 2004, *Ahmet Özkan and others v. Turkey*, párr. 305.

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 305.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 306.

Además, el juicio de proporcionalidad con base en las normas de derechos humanos debe efectuarse respecto de las personas que ponen en peligro el orden público, valorándose los medios que pueden emplearse para poner fin a esta situación. Sin embargo, el juicio de proporcionalidad en las normas del *ius in bello* lo es exclusivamente en relación con las personas civiles, a quienes se debe preservar con carácter general de todo riesgo, pero en ningún caso respecto de las personas que participan directamente en las hostilidades o de los combatientes en sentido genérico, pues ante ellos no entra en juego el meritado juicio de proporcionalidad, sino más bien la necesidad militar, todo ello sin perjuicio de que dichos combatientes en sentido genérico se benefician del principio de proporcionalidad en relación a las limitaciones de los medios de combate que resultan aplicables⁶⁹.

5. PARADIGMAS DEL USO DE LA FUERZA

Dependiendo del contexto de violencia en el que nos hallemos el uso de la fuerza cambia notablemente, en tanto en cuanto no es lo mismo una situación de combate o de conducción de las hostilidades que otra de *law enforcement*, pudiendo perfectamente acontecer las mismas durante un conflicto armado, e incluso transformarse una situación en la otra por el devenir inmediato de los acontecimientos. En este estado de ideas, consideramos necesario determinar el concepto de conducción de las hostilidades y de *law enforcement* para entender mejor cuándo y qué normas aplicar en cada situación.

5.1. CONDUCCIÓN DE LAS HOSTILIDADES

En este apartado analizaremos las fuentes jurídicas de la conducción de las hostilidades, su concepto y naturaleza, a fin de poder diferenciarlo debidamente de las situaciones de *law enforcement*.

5.1.1. Fuentes

Este paradigma se ha forjado básicamente en el contexto de los conflictos armados internacionales. De hecho, la mayoría de las normas convencionales que lo regulan están contenidas en los Convenios de la Haya de

⁶⁹ Cfr. LUBELL, N., *op cit.*, pp. 745 y 746.

1907, en el Protocolo Adicional I de 1977 y en la Convención de Ginebra de 10 de octubre de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, por lo que puede afirmarse que, en relación a los conflictos armados internacionales, la conducción de hostilidades se instituye mediante normas convencionales, muchas de las cuales han cristalizado en derecho consuetudinario⁷⁰. Ahora bien, respecto de los conflictos armados no internacionales nos tenemos que preguntar de dónde emanan las normas que regulan la conducción de las hostilidades, pues no podemos desconocer que la mayoría de las normas convencionales aplicables en estos conflictos armados son de naturaleza humanitaria, es decir, no regulan la conducción de las hostilidades, sencillamente confieren derechos a las personas protegidas, aunque existe un constante debate sobre esta cuestión⁷¹, el cual puede resultar estéril, ya que las posibles lagunas existentes pueden ser perfectamente colmadas mediante la aplicación del derecho consuetudinario. Sea como fuere, resulta evidente que en los conflictos armados no internacionales las partes en conflicto no pueden libérrimamente y de manera ilimitada elegir los métodos y medios de combate, existiendo límites y prohibiciones al respecto que deben respetarse, por mor de lo establecido en el art. 22 del Reglamento anejo al Convenio de la Haya de 1907 y el apartado 1.º del art. 35 del PAI, cuyo tenor es el siguiente:

«En todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado».

Pues bien, en este tipo de contienda armada sí existen normas convencionales relativas a la conducción de las hostilidades, el problema radica en que las mismas resultan insuficientes para regular este fenómeno tan importante del *ius in bello*, por lo que debe acudir a otra fuente normativa. Efectivamente, a modo de ejemplo podemos citar el art. 14 del PAII que prohíbe como método de combate el hacer padecer hambre a las personas civiles, el apartado 2.º del art. 13 del PAII, que prohíbe los actos o amenazas de violencia cuyo fin sea aterrorizar a la población civil, o el art. 12 del PAII que indica que los signos distintivos de la Cruz Roja, Media Luna

⁷⁰ En este sentido, DINSTEIN afirma que la mayoría de reglas de la conducción de las hostilidades se han consolidado como normas consuetudinarias. DINSTEIN, Y. *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*. Oxford: University Press 2010, p. 10.

⁷¹ SIVAKUMARAN, S. «The Law...», *op. cit.*, pp. 336 y 337.

Roja o León o Sol rojos no pueden ser usados indebidamente. De igual manera, tenemos que recordar el Convenio de Ginebra de 1980 sobre armas convencionales, norma convencional que regula ciertos medios de combate y que resultan de aplicación a los conflictos armados no internacionales tras la enmienda acontecida en el año 2001, mostrándose así la voluntad de los Estados de codificar poco a poco en normas convencionales la conducción de las hostilidades en este tipo de conflicto armado. Por otro lado, las evidentes lagunas que nos vamos a encontrar en la conducción de las hostilidades dentro de los conflictos armados no internacionales van a ser suplidas, esencialmente, mediante la costumbre. La evolución del derecho consuetudinario resulta capital en esta cuestión, pues si bien es cierto que los Estados no han querido desarrollar convencionalmente las normas aplicables en los conflictos armados de carácter no internacional con la misma extensión y rigor que lo han hecho para los conflictos armados internacionales⁷², no lo es menos que aquellos, a través de su práctica y convicción de sentirse vinculados por ciertas normas del Protocolo Adicional I de 1977, sobre todo las relativas a la conducción de las hostilidades, han aceptado muchas de estas normas como derecho consuetudinario, siendo por lo tanto plenamente aplicables en cualquier contienda armada⁷³. Asimismo, el TIPY en el caso *Tadic* ha sostenido que no puede rechazarse la idea de que existen normas consuetudinarias que gobiernan los conflictos armados no internacionales, y que estas normas abarcan áreas como la protección de los civiles frente a las hostilidades, ataques indiscriminados, protección de bienes civiles, protección de bienes culturales y de aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades, *así como la prohibición de ciertos medios y métodos de conducir las hostilidades*⁷⁴.

La importancia del derecho consuetudinario resulta innegable, sirviendo el mismo como guía y orientación a las partes en conflicto de cómo deben conducir las hostilidades. A pesar de ello, no podemos caer en la tentación de pensar que las normas aplicables en los conflictos armados internacionales resultan *in toto* aplicables en los conflictos armados de

⁷² Cfr. AUGHEY, S. y SARI, A. «Targeting and detention in non-international armed conflict: Serdar Mohammed and the limits of human rights convergence». *International Law Studies*, Vol. 91. 2015, p. 88.

⁷³ Cfr. HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, Normas 46 a 86; FLECK, D., *op. cit.*, p. 616; FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J.L., *op. cit.*, p. 828; AUGHEY, S. y SARI, A., *op. cit.*, p. 102; DINSTEIN, Y. «The conduct of...», *op. cit.*, p. 10; KOLB, R. y HYDE, R. *An introduction to international law of armed conflict*. Oxford: Hart Publishing 2008, p. 59.

⁷⁴ Decisión interlocutoria de la Sala de Apelaciones del TIPY, de 2 de octubre de 1995, *Prosecutor v. Tadic*, párr. 127.

carácter no internacional, transformando un derecho especial en derecho internacional general⁷⁵. Efectivamente, el TIPY en el citado *caso Tadic* indica que solamente algunas normas han cristalizado en derecho consuetudinario y que su aplicación lo es en relación a la esencia de la norma, no pudiendo hacerse una aplicación íntegra y mecánica de la norma convencional⁷⁶. Un ejemplo manifiesto de lo anterior es el no reconocimiento del *status* de combatiente o prisionero de guerra en los conflictos armados de carácter no internacional, ya que en esta materia la práctica de los Estados ha sido constante y uniforme en no reconocerlo a los miembros de los grupos armados organizados⁷⁷, por mucho que haya autores que piensen que procedería lo contrario⁷⁸. Así pues, podemos afirmar que la mayoría de las normas convencionales relativas a la conducción de las hostilidades aplicables en los conflictos armados internacionales han cristalizado en derecho consuetudinario, comportando ello que puedan aplicarse en las contiendas armadas no internacionales. Ahora bien, la correcta aplicación de estas normas consuetudinarias parte de la premisa de que solamente se aplica la esencia de la norma convencional, no siendo conveniente realizar una aplicación mecánica y en *stricto sensu* de la misma, dado que ha sido elaborada para otro tipo de contienda armada.

De otra parte, algunos autores han entendido que en relación a los conflictos armados no internacionales la conducción de las hostilidades debería regularse también por las normas de derechos humanos, toda vez que la mayoría de normas convencionales del DIH guardan silencio sobre este aspecto en este tipo de contienda armada mientras que la normativa de derechos humanos por su parte sigue vigente⁷⁹. El fundamento de lo anterior se debe a que normalmente los Estados cuando se hallan inmersos en una situación de violencia armada constitutiva de un conflicto armado de carácter no internacional no la reconocen y tampoco suspenden las obligaciones derivadas de las normas de derechos humanos, lo que podría

⁷⁵ ZEGVELD, L., *op. cit.*, pp. 35 y 36.

⁷⁶ Decisión interlocutoria de la Sala de Apelaciones del TIPY, de 2 de octubre de 1995, *Prosecutor v. Tadic*, párr. 126.

⁷⁷ FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J.L., *op. cit.*, p. 827; FLECK, D., *op. cit.*, p. 627.

⁷⁸ *Cfr.* OHLIN, J.D., *op. cit.*, pp. 350 a 352.

⁷⁹ ABRESCH, W. «A human rights law of international armed conflict: the European Court of Human Rights in Chechenya». *European Journal of International Law*, Vol. 16, núm. 4. 2005, p. 748; *cfr.* DROEGE, C. «Elective affinities? Human rights and humanitarian law». *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, núm. 871. 2008, p. 527, quien discute la aplicación del DIDH para regular la conducción de las hostilidades.

suponer que las acciones relativas al uso de la fuerza se valorasen bajo el prisma exclusivo de estas normas.

Dicho esto, la realidad es que la *praxis* de los Estados resulta unívoca y uniforme en el sentido de que para aplicar el DIH no necesitan suspender las obligaciones emanadas de las normas de derechos humanos⁸⁰, máxime cuando este *corpus iuris* sigue vigente en caso de conflicto armado. A pesar de ello, los tribunales internacionales de derechos humanos cuando tienen que enjuiciar violaciones de los derechos humanos sobre hechos relativos a la conducción de las hostilidades, si no ha habido una previa suspensión de las obligaciones de las normas de derechos humanos, a consecuencia de su vinculación y sometimiento a su estatuto normativo, tendrán que aplicarlas y valorar los hechos bajo el imperio de las normas de derechos humanos, aunque lo hacen sin perder de vista la norma humanitaria⁸¹. Ciertamente, aquí radica una de las principales convergencias entre el DIDH y el DIH, dado que el juicio de valor que debe llevar a cabo el tribunal se hace aplicando la norma de derechos humanos vigente pero interpretándola bajo el prisma de la norma humanitaria, todo ello a consecuencia de que estos tribunales no tienen competencia para aplicar las normas del DIH, de ahí que se limiten a interpretarla, trasladando su esencia a la norma de derechos humanos que sí deben aplicar, de suerte que la norma humanitaria complementa el régimen de protección de los derechos humanos, algo lógico, pues el objeto de aquélla es regular la conducción de las hostilidades y configurar un régimen de protección para las personas protegidas, siendo este último propósito coincidente con el régimen de los derechos humanos.

A este respecto, la Corte Interamericana en el caso *Las Palmeras contra Colombia* ha sostenido lo siguiente:

«La Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados partes se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Convención prevé la existencia de una Corte Interamericana para “conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación” de sus disposiciones.

Cuando un Estado es parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que esta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordena-

⁸⁰ Cfr. KRETZMER, D. «Rethinking the...», *op. cit.*, p. 16.

⁸¹ Cfr. DROEGE, C., *op. cit.*, p. 532.

miento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.

Para realizar dicho examen “la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana”. Esta última solo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención, y no con los Convenios de Ginebra de 1949⁸²».

Sea como fuere, propugnar que en una situación de conflicto armado no internacional el uso de la fuerza en la conducción de las hostilidades debe aplicarse atendiendo principalmente a las normas de derechos humanos resulta irrealista y poco efectivo, de ahí que la solución dada por los tribunales internacionales anteriormente apuntada sea adecuada, pues se toma en consideración tanto la norma de derechos humanos como la del *ius in bello*, sin perjuicio de recordar que la voluntad de los Estados a la hora de regular la conducción de las hostilidades en este tipo de contienda armada ha sido unívoca, en el sentido de considerar que los miembros de los grupos armados organizados pueden ser atacados en todo momento, sin necesidad de atender a una conducta amenazante, sino por su propio *status*, ya que si no fuera así carecería de todo sentido el principio de distinción previsto en el art. 13 del PAII⁸³. Además, respecto a esta cuestión la Corte Internacional de Justicia ha sostenido claramente que el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida también está vigente durante las hostilidades, pero lo que constituye una privación arbitraria de la vida debe ser determinado mediante la ley especial, es decir, el derecho aplicable

⁸² Sentencia de la CIDH de 4 de febrero de 2000, caso Las Palmeras contra Colombia, párr. 32 y 33; *cfr.*: APONTE CARDONA, A. «El Sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática». *El sistema de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*. Berlín: Konrad Adenauer 2010, pp. 153 y 154.

⁸³ DROEGE, C., *op. cit.*, p. 527; PILLOUD, C., DE PREUX, J., SANDOZ, Y., ZIMMERMANN, B., GASSER, H.P., WENGER, C.F., JUNOD, S. y PICTET, J. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977*. Eds.: SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., y ZIMMERMANN, B. Geneva: Martinus Nijhoff Publishers 1987, párr. 4789.

en los conflictos armados que regula la conducción de las hostilidades⁸⁴. Efectivamente, en la conducción de las hostilidades las normas del *ius in bello* son las que mejor se adaptan a la situación, las más eficaces al tomar en consideración las singularidades de las contiendas armadas y las más útiles, al erigirse como una voluntad de los Estados. Cuestión diferente es que los tribunales internacionales a la hora de determinar la vulneración de un derecho humano apliquen sus normas vinculantes, entre las que no se encuentra el DIH, siempre que el Estado no haya suspendido sus obligaciones ni haya reconocido la concurrencia de un conflicto armado, pero ello no significa que no deban interpretarla en todo caso y que la posible vulneración del derecho humano constituya también una vulneración del DIH.

5.1.2 Concepto

La conducción de las hostilidades no ha sido definida convencionalmente⁸⁵, sin embargo, la doctrina considera que comprende la elección y uso por las partes contendientes de los medios (armas) y métodos (táctica) puestos a su disposición para debilitar al enemigo⁸⁶. A colación de esta definición –la cual es aceptada generalmente por la doctrina–, se aprecia la vinculación existente entre la finalidad del uso de la fuerza en el contexto de un conflicto armado, a saber, el debilitamiento del enemigo, y la manera en que debe llevarse a cabo esta actuación, es decir, los medios o armas y métodos o formas en las que se puede atacar al enemigo para ponerlo fuera de combate. Sea como fuere, no cabe duda que dentro de la conducción de las hostilidades juegan un rol relevante tanto los *ataques* como los *actos de hostilidad*, comportamientos ambos propios del DIH que deben determinarse al amparo de esta rama del derecho internacional y que, sin perjuicio de su similitud, a nuestro juicio, ostentan un matiz diferente, con fundamento en lo siguiente:

- a) En relación al término «ataque», el apartado 1.º del art. 49 del PAI lo define como aquellos «actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos», formando parte del derecho con-

⁸⁴ Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, párr. 25.

⁸⁵ *Amici Curiae* del Profesor Roger O'Keefe, ICC-01/04-02/06 A2, de 1 de agosto de 2020, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, párr. 6.

⁸⁶ MELZER, N. «Targeted killing...», *op. cit.*, p. 269; DINSTEIN, Y. «The conduct...», *op. cit.*, p. 1.

suetudinario esta definición⁸⁷, pudiendo, incluso, entenderse como ataque toda acción de combate dirigida a debilitar al enemigo⁸⁸, por lo que comprendería una multitud de comportamientos violentos, como pudiera ser la colocación de una mina o aparato explosivo, actos de sabotaje contra bienes militares, etc. Estos actos de violencia solamente pueden dirigirse contra los combatientes, personas que participan directamente en las hostilidades y objetivos militares del adversario; en síntesis, contra aquellas personas y bienes del adversario o que están en territorio bajo su control, pues de lo contrario lo más probable es que nos hallásemos frente a un crimen de guerra, dado que las personas fuera de combate, las personas civiles y los bienes civiles gozan de inmunidad, *ex* apartado 1.º del art. 41 del PAI, apartado 3.º del art. 51 del PAI y apartado 1.º del art. 52 del PAI.

- b) El término «actos de hostilidad» no está definido en norma internacional alguna⁸⁹, aunque forma parte del lenguaje usado en las normas del *ius in bello*, a la vista de su inclusión en los art. 53 del PAI, art. 16 del PAII y art. 4 de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 14 de mayo de 1954. Su contenido se nos antoja más amplio que el «ataque» definido convencionalmente, pues los actos de hostilidad pueden dirigirse contra cualquier persona o bien, no siendo necesario que sean del adversario, a diferencia del «ataque», el cual está limitado al adversario. Así pues, la diferencia entre ambos conceptos estriba en que los actos de violencia propios de los ataques son contra personas o bienes adversarios, mientras que los actos de violencia propios de los actos hostiles son contra cualquier persona o bien, sin necesidad de que sean adversarios.
- c) Las diferencias apuntadas entre el término «ataque» y «actos de hostilidad» adquieren una relevancia notable en el campo del derecho penal internacional, el cual, actualmente, se caracteriza por su

⁸⁷ *Amici Curiae* del Profesor Roger O'Keefe, ICC-01/04-02/06 A2, de 1 de agosto de 2020, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, párr. 3.

⁸⁸ PILLOUD, C., *et al.*, *op. cit.*, párr. 1880.

⁸⁹ DOMENECH OMEDAS, J.L. «Acciones hostiles y objetivos militares. Los principios de igualdad, distinción, precaución y proporcionalidad». *Derecho Internacional Humanitario*, 3.ª Edición, Coords.: RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. Valencia: Tirant Lo Blanch 2017, p. 354; RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades». *Derecho Internacional Humanitario*, 3.ª Edición, Coords.: RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. Valencia: Tirant Lo Blanch 2017, pp. 784 y ss.

pleno y absoluto respeto al principio de legalidad. Efectivamente, si acudimos al Estatuto de Roma podemos observar que en relación a los crímenes de guerra contra bienes culturales el art. 8.2.b) ix) –relativo a conflictos armados internacionales– y art. 8.2.e) iv) –relativo a conflictos armados de carácter no internacional–, castigan el «dirigir intencionalmente ataques» contra los mismos, lo que comporta que nos hallamos ante una actuación propia de la conducción de las hostilidades. Sin embargo, la destrucción de bienes culturales al margen de la conducción de las hostilidades solamente se halla tipificada para los conflictos armados internacionales, *ex art. 8.2.a) iv)*, al indicar castigar «la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente». Esto significa que, en principio, en los conflictos armados de carácter no internacional aquellas conductas que tengan por objeto destruir un bien cultural (siendo un acto de hostilidad) sin que nos hallemos ante el paradigma de la conducción de las hostilidades no pueden ser castigados en aplicación del art. 8.2.e) iv) del ER. Pensemos en un grupo armado organizado que tiene el control de una parte del territorio y destruye bienes religiosos o culturales que están bajo su poder o protección, sin que medie ataque alguno contra el adversario, tal comportamiento con base en el Estatuto de Roma *prima facie* no podría ser castigado. Esto es lo que ha sucedido en el *caso Bosco Ntaganda* ante la CPI, pues los hechos imputados al acusado consistentes en la destrucción de una iglesia, al margen de la conducción de las hostilidades, no fueron considerados como el crimen de guerra tipificado en el art. 8.2.e) iv) del ER, pues dicho comportamiento no se considera un ataque, atendiendo a la definición dada por el apartado 1.º del art. 49 del PAI⁹⁰. Por otro lado, tampoco podemos olvidar que la CPI en el *caso Al Faqi Al Madhi* por hechos semejantes acaecidos en una contienda armada no internacional condenó al acusado con base en el meritado art. 8.2.e) iv) del ER, consistiendo dichos hechos en la destrucción de mausoleos y otros bienes culturales situados en Mali en territorio bajo el control del grupo armado al que pertenecía aquél⁹¹, siendo

⁹⁰ Sentencia de la CPI (Sala de Primera Instancia) de 8 de julio de 2019, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02, párr. 1142.

⁹¹ Sentencia de la CPI (Sala de Primera Instancia) de 27 de septiembre de 2016, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Madhi*, ICC- 01/12-01/15.

esta decisión notablemente criticada por algún autor⁹². En suma, sin perjuicio de que la CPI deberá resolver esta cuestión, pues ante dos supuestos semejantes se han adoptado soluciones diferentes, lo que no cabe duda es que el derecho penal internacional trata de manera diferente los ataques y los actos de hostilidad en relación a los bienes culturales.

De otra parte, si acudimos a la posición adoptada por los tribunales domésticos, la Corte Suprema de Israel ha sostenido que la conducción de las hostilidades se relaciona con aquella situación en la cual las partes están combatiendo una contra la otra empleando medios y métodos para atacar objetivos militares⁹³. Así pues, atendiendo a todo lo anterior, la conducción de las hostilidades no es otra cosa que el recurso a la violencia armada por las partes contendientes para debilitar a la parte adversaria, llevándose a cabo ello mediante el empleo de medios y métodos de combate. La conducción de las hostilidades es la manera en la que se llevan a cabo los enfrentamientos armados entre las partes contendientes, sin perjuicio de que también abarque la neutralización de aquellas personas que participan directamente en las hostilidades sin pertenecer a fuerza armada o grupo armado organizado alguno.

5.1.3. Naturaleza.

Las normas relativas a la conducción de las hostilidades deben calificarse como *lex specialis* dentro del complejo ordenamiento del derecho internacional humanitario, dado que no todas las normas humanitarias tienen como propósito regular la manera en que debe usarse la fuerza⁹⁴. A modo de ejemplo, las garantías fundamentales previstas en el art. 75 del PAI se encuentran estrechamente vinculadas con las normas de derechos humanos, por lo que esta norma dentro del entramado normativo del DIH podría calificarse como *lex generalis*. Sin embargo, el conjunto de normas relativas a la conducción de las hostilidades no encuentra similitud alguna con otras normas internacionales, de hecho, tales normas han sido pensadas y elaboradas para regular el uso de la fuerza letal en una situación de violencia armada particular y concreta, a saber, el conflicto armado. Los Estados han querido que en este

⁹² SCHABAS, W. «Al Madhi has been convicted of a crime he did not commit». *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 49, núm. 1. 2017, pp. 75 y ss.

⁹³ Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 30 de abril de 2018, HCJ 3003/2018, 3250/2018, párr. 39.

⁹⁴ MELZER, N. «Targeted killing...», *op. cit.*, p. 269.

contexto de violencia armada sean de aplicación estas normas, las cuales instituyen unas prohibiciones peculiares que no tienen por qué guardar relación con las normas de los derechos humanos, aun siendo conscientes de que estas últimas siguen vigentes en un conflicto armado.

5.2. MANTENIMIENTO DEL ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA (*LAW ENFORCEMENT*)

5.2.1. Concepto

El derecho internacional no ha definido el concepto de *law enforcement*, sin embargo, atendiendo a diferentes resoluciones emanadas de organismos internacionales podemos sostener que dicho paradigma no es otra cosa que el conjunto de medidas adoptadas por el Estado o por otro órgano u organización que ostenta el control *de facto* de un territorio para mantener el orden y la seguridad pública⁹⁵. Estas medidas tendrán por objeto principal garantizar los derechos y libertades de las personas, la tranquilidad pública, el respeto de la ley y el orden público y la prevención y represión de la delincuencia. Este conjunto de medidas normalmente es llevado a cabo por cuerpos gubernamentales de naturaleza policial, pero no hay objeción alguna en que las Fuerzas Armadas también las realicen, siempre y cuando estén debidamente formados y equipados para ello. Una muestra de ello lo tenemos en nuestro ordenamiento jurídico, pues en el apartado 3.º del art. 15 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la defensa nacional, se enumera como misión de las Fuerzas Armadas, junto con las instituciones del Estado y las Administraciones públicas, la preservación de la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe o calamidad u otras necesidades públicas, pudiendo realizarse en consecuencia operaciones que tengan por finalidad apoyar a las fuerzas y cuerpos de seguridad en la lucha contra el terrorismo y colaborar con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, calamidad, catástrofe u otras necesidades públicas, de

⁹⁵ Las principales resoluciones son el Código Europeo de Ética de la Policía del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 19 de septiembre de 2001; el Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Res. 34/1969, de 17 de diciembre; y los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 1990, *cfr.* MELZER, N. «Conceptual distinction and overlaps between law enforcement and the conduct of hostilities». *Handbook of the International Law Military Operations*. Eds.: GILL, T.D. y FLECH, D. Oxford: University Press 2010, pp. 33 y ss.

conformidad a lo establecido en la legislación vigente, *ex art.* 16 de la ley orgánica referenciada *ut supra*⁹⁶.

5.2.2. Fuentes

Las acciones de *law enforcement* encuentran su origen tanto en el derecho doméstico como en el derecho internacional, bien en las normas de derechos humanos bien en las propias normas humanitarias. Si bien es cierto que normalmente se ha vinculado al paradigma de *law enforcement* con las normas de derechos humanos, no lo es menos que el DIH tácitamente también comprende este concepto. Una muestra de ello son las medidas de control o de seguridad que pueden adoptarse respecto de las personas protegidas en caso de un conflicto armado internacional, *ex art.* 27 del CGIV o las medidas de internamiento o residencia forzosa, *ex art.* 41 y 42 del CGIV, las cuales solamente pueden adoptarse en aras de salvaguardar la seguridad de la potencia ocupante. Asimismo, las obligaciones de la potencia ocupante de mantener el orden y seguridad en los territorios ocupados bajo su control –obligación convencional contenida en el art. 43 del Convenio de la Haya de 1907, la cual ha cristalizado en derecho consuetudinario– se erige como la mejor muestra de que las normas humanitarias también comprenden supuestos de *law enforcement*, no pudiendo reconducirse todo uso de la fuerza a la conducción de las hostilidades.

5.2.3. Contexto en el que opera el paradigma de law enforcement

Con carácter general, será en tiempo de paz donde tengan lugar las medidas de mantenimiento del orden y seguridad pública, tal es así que las principales normas humanitarias expresamente indican que en situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos que no son conflictos armados, el DIH no resulta de aplicación, *ex apartado* 3 del art. 1 del

⁹⁶ En este sentido, tenemos que recordar que la lucha terrorista contra el IRA llevado a cabo en el Reino Unido corrió a cargo principalmente de la Royal Army, quienes a pesar de ser fuerza armada, tenían unas reglas de enfrentamiento específicas que se fundamentan en los principios de *law enforcement* y no de conducción de las hostilidades, lo que ratifica la posibilidad de que las Fuerzas Armadas, al margen de la conducción de las hostilidades pueden realizar otra serie de operaciones en las que el uso de la fuerza no tenga que ser letal y como *prima ratio*, *cf.*: HAINES, S. «Northern Ireland 1968-1998». *International Law and the classification of conflicts*. Ed.: WILMSHURST, E. Oxford: University Press 2012, p. 137.

PAII y apartado 2.º del art. 1 de la Convención de Ginebra de 1980 sobre armas convencionales. Lo anterior significa, sencillamente, que las normas humanitarias no son aplicables allá donde no acontezca un conflicto armado. Pero este axioma no puede trasladarse *mutatis mutandi* a una situación de conflicto armado, pues en este contexto de violencia armada resultan aplicables tanto el DIH como las normas de derechos humanos, no siendo extraño pues que cohabiten en esta situación de violencia armada tanto el paradigma de conducción de las hostilidades como el de *law enforcement*.

En el contexto de un conflicto armado no todo el uso de la fuerza lo es en relación con la conducción de las hostilidades, pues habrá otra serie de situaciones que deban ser gobernadas bajo el paradigma de *law enforcement*, el cual, principalmente, se fundamenta en las normas domésticas, en las de derechos humanos y en las normas humanitarias que puedan resultar aplicables, produciéndose así una convergencia entre las normas del *ius in bello* y las de derechos humanos. En este sentido, la Corte Suprema de Israel ha reconocido esta realidad en los conflictos armados, no teniendo reparo alguno en considerar que dentro de estos contextos de violencia armada coexisten dos paradigmas sobre el uso de la fuerza, el de la conducción de las hostilidades y el de *law enforcement*⁹⁷. La coexistencia de estos dos paradigmas comporta forzosamente una interacción normativa que no puede desconocerse, y que además ha sido reconocida en las normas humanitarias, ya que, por un lado, el art. 72 del PAI establece que las disposiciones de la Sección III sobre el trato a las personas en poder de una parte en conflicto completan las normas relativas a la protección de las personas civiles en poder de una parte en conflicto, enunciadas en el IV Convenio de Ginebra de 1949, así como las demás normas aplicables de derecho internacional referentes a la protección de derechos humanos fundamentales durante los conflictos armados internacionales y, por otro lado, en el Preámbulo del Protocolo Adicional II de 1977 se estipula que «los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental». Por su parte, la Corte Interamericana ha ratificado estas posturas llegando a sostener que durante un conflicto armado la persona se halla protegida tanto por la norma humanitaria, siendo esta más específica, como por la de derechos humanos, ante lo cual se produce una convergencia de normas internacionales que amparan a dicha persona⁹⁸.

⁹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 30 de abril de 2018, HCJ 3003/18, HCJ 3250/18, *Yesh Din v. Military Advocate General*, párr. 39.

⁹⁸ Sentencia de la CIDH de 23 de noviembre de 2004, caso *Hermanas de Serrano Cruz contra El Salvador*, párr. 112 y 116; *cf.* APONTE CARDONA, A., *op. cit.*, p. 158.

Las situaciones en las que debe aplicarse uno u otro paradigma no están perfectamente definidas ni reguladas en el DIH, más bien lo contrario, pero ello no puede servir de obstáculo para deducir que, principalmente, el paradigma de *law enforcement* será de aplicación en aquellas situaciones o contextos en los que se ejerce un control sobre el terreno o las personas. Pensemos en los territorios bajo ocupación militar, en la detención de personas en conflictos armados no internacionales, en las actuaciones de mantenimiento del orden público a causa de disturbios o tensiones internas que acontecen en territorios bajo algún control *de facto*, o en controles policiales o *checkpoints*. Sin ánimo de ser exhaustivos o absolutos en la afirmación, es en estos contextos y situaciones en donde el paradigma de *law enforcement* resulta más ajustado a la realidad y, por ende, a derecho, toda vez que en estas acciones no se pretende debilitar al enemigo, por lo que el uso de la fuerza debe partir de las premisas propias de las normas de derechos humanos, vislumbrándose más aptas para tenerse en consideración junto con las normas humanitarias que puedan resultar igualmente de aplicación, todo ello sin perjuicio de que una situación de mantenimiento del orden público puede degenerar en una situación de conducción de las hostilidades atendiendo a los sucesos que acontezcan, resultando pues de aplicación las normas del *ius in bello*⁹⁹.

5.2.4. Uso de la fuerza

En relación con el uso de la fuerza, y como bien indicó la Corte Suprema de Israel, lo característico del paradigma de *law enforcement* es que la fuerza letal solamente puede usarse como último recurso, todo ello bajo los principios de necesidad y proporcionalidad propios de las normas de derechos humanos analizados anteriormente¹⁰⁰. Asimismo, precisando ta-

⁹⁹ Estas situaciones han tenido lugar principalmente en Israel, a consecuencia del control fronterizo con la franja de Gaza, en donde existe un muro que grupos armados organizados como Hamas han intentado superar, lo que ha ocasionado que las fuerzas gubernamentales recurran a la fuerza para impedirlo. Estas situaciones se regulan mediante normas de *law enforcement*, pero el devenir de los acontecimientos, caracterizado porque tales grupos armados intentan sobrepasar el muro con actos de fuerza y empleando a la población civil, a fin de cometer actos terroristas en Israel, determina que se pueda recurrir a la fuerza, incluida la letal, para evitarlo, al ponerse en riesgo la vida de la población de Israel y la de los propios agentes estatales. Concretamente, las reglas de enfrentamiento en estas situaciones permiten el uso de armas de fuego contra las piernas de los asaltantes del muro, cuando ya no hay alternativa alguna de evitar el asalto y no se han atendido las advertencias pronunciadas, cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 30 de abril de 2018, HCJ 3003/18, HCJ 3250/18, Yesh Din v. Military Advocate General, párr. 57.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párr. 40.

les cuestiones este tribunal nacional en el caso «Ankonina case» –relativo al uso de la fuerza letal para efectuar un arresto o impedir la huida de un detenido durante un *checkpoint* situado en la franja de Gaza– ha sostenido lo siguiente:

«(...) Se debe evitar arrebatarse una vida humana o dañar la integridad física cuando esto no se corresponda razonablemente con el alcance del peligro que se intenta prevenir, incluso cuando se trata de la captura del delincuente (...) es apropiado que una respuesta que pueda dañar la vida o la integridad corporal se limite a circunstancias en las que exista una preocupación razonable de manera que abstenerse de aplicar una medida extrema conducirá a una resolución que cree un peligro de la naturaleza descrita anteriormente, por parte de quienes intentan arrestarlo o impedir su fuga»¹⁰¹.

Este presupuesto de riesgo o amenaza para la vida propia o de terceros ha sido requerido también por este tribunal nacional en el contexto de una revuelta ocurrida en el distrito de Shfaram (Israel), sosteniendo lo siguiente:

«(...) de acuerdo con la ley, los policías están autorizados para cumplir con su deber, mantenerse firmes y no retroceder y, por lo tanto, “si en consecuencia sus vidas o cuerpos están en peligro, estarán justificados para utilizar los medios que consideren necesarios para evitar el peligro” y para vencer a los alborotadores, incluido el uso de armas de fuego, incluso si esto pudiera provocar la muerte u otros daños corporales a cualquiera de los mismos (...). Sin embargo, resulta necesario afirmar que incluso en estas condiciones, uno nunca debe justificar el acto de un tiroteo de manera intencional o indiferente por parte de la policía (...) el cual no guarda relación alguna con la fuerza razonable¹⁰²».

Llegados a este punto, consideramos pertinente hacer una pausa sobre la cuestión de los *checkpoints* militares, los cuales suelen practicarse en territorios bajo algún tipo de control militar. Con carácter general este operativo militar debe considerarse como una medida de mantenimiento del orden y seguridad pública, siempre y cuando su finalidad no sea el debilitar al enemigo, por ejemplo mediante el cerco del territorio en donde

¹⁰¹ Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 1990, In CrimA 486/88 Ankonina v. The Chief Military Prosecutor, IsrSC 44(2), pp. 371 y 372.

¹⁰² Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 1971, In CA 751/68 Ra'ed v. The State of Israel, IsrCS 25(1), p. 216.

se encuentran, el cual debe efectuarse mediante estos controles militares. Si los *checkpoints* se implementan para evitar la comisión de delitos o para controlar el trasiego de personas y materiales que puedan poner en riesgo la seguridad de los territorios, probablemente nos hallamos ante una acción de *law enforcement*, la cual debe analizarse bajo el prisma de una serie de normas tanto humanitarias como de derechos humanos. Lo que no cabe duda es que no nos hallaríamos ante una acción de combate tendente a debilitar al enemigo.

6. CONCLUSIONES

Dentro del contexto de violencia armada propio de un conflicto armado coexisten dos paradigmas sobre el uso de la fuerza, el de la conducción de las hostilidades y el de *law enforcement*, los cuales se fundamentan en normas diferentes. El primero tendrá a las normas humanitarias como principal fuente mientras que el segundo tendrá a las normas domésticas, de derechos humanos y del DIH. Ello comporta que ante una misma situación puedan resultar de aplicación diversas normas, las cuales pueden complementarse o converger o, de lo contrario, excluirse, a causa de que el resultado de la aplicación de una u otra sea totalmente opuesto. Cómo identificar y calificar las situaciones de violencia en las que debe aplicarse uno u otro paradigma es una de las grandes tareas del asesor jurídico de las fuerzas armadas o de cualquier jurista versado en derechos humanos o en DIH. Sea como fuere, de lo que no cabe duda es que la aplicación de las normas de derechos humanos en el contexto de un conflicto armado ya no puede considerarse una utopía, sino más bien una realidad que opera principalmente en las actuaciones de mantenimiento del orden y seguridad pública, pudiendo incluso informar en otros contextos propios de la conducción de las hostilidades cuando no hay duda alguna de que el enemigo ha quedado bajo una penuria militar en la que ninguna amenaza ostenta ni ninguna ventaja militar se obtiene por su neutralización, siendo más bien una realidad la posibilidad de que se lleven a cabo otra serie de actuaciones que no comporten un uso de la fuerza letal. Este uso de la fuerza restringido redundará en un reforzamiento de la norma humanitaria por medio de las normas de derechos humanos, siendo ello una realidad y no una utopía, así como una muestra de la convergencia y complementariedad de las normas del DIH y del DIDH.

Otra realidad es que el privilegio del combatiente aplicable en conflictos armados internacionales se halla presente en la conducción de las

hostilidades, pero no así en las actuaciones de *law enforcement*, por lo que si el uso de la fuerza resulta contrario a derecho nos hallaremos ante un comportamiento antijurídico merecedor del reproche penal o disciplinario oportuno. De igual manera, en los conflictos armados de carácter no internacional el reconocimiento de la beligerancia se erige como una utopía, pero ello no puede elevarse como un dogma que impida a las partes contendientes formular acuerdos especiales mediante los que se reconozca lo que hemos venido a denominar como *beligerancia restringida y sui generis*, consistente en considerar que las acciones armadas de los grupos armados organizados respetuosas con el DIH no sean constitutivas de delito de conformidad con el derecho doméstico, hallando su mejor justificación en el hecho de que el derecho internacional, a la vista de lo contenido en el Estatuto de Roma, no ha criminalizado en este tipo de contienda armada los actos de guerra contra las fuerzas gubernamentales, a excepción del crimen de guerra de matar a traición a un combatiente adversario, sin perjuicio de recordar que el apartado 5.º del art. 6 del PAII cuando invita a las autoridades que se hallen en el poder a conceder las amnistías más amplias posibles por motivos relacionados con el conflicto armado, indirectamente nos conduce al concepto referenciado *ut supra*.

Por último, la *praxis* judicial de los tribunales internacionales de derechos humanos incide en el hecho de que en los conflictos armados de carácter no internacional en los que no ha habido una suspensión de las obligaciones emanadas de los convenios de derechos humanos la norma aplicable para determinar (dentro del ámbito de competencias del tribunal) la vulneración de un derecho humano es el DIDH, sin perjuicio de que los tribunales interpreten las normas del DIH a fin de valorar la situación fáctica, produciéndose así un mecanismo de complementariedad de normas tendente a proteger a las personas víctimas de los conflictos armados, siendo esto, más que una utopía, una realidad.

LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES: DE VERSALLES A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Miguel Ángel Encinar del Pozo
Magistrado

Resumen

El presente artículo analiza la evolución de los tribunales penales internacionales, desde el Tratado de Versalles hasta la creación de la Corte Penal Internacional. Además, se centra en algunas de las cuestiones polémicas que se plantean sobre la competencia de la citada Corte y sus relaciones con las jurisdicciones nacionales.

Palabras clave: jurisdicción, tribunales penales internacionales, Corte Penal Internacional.

Abstract

This article analyzes the evolution of international criminal tribunals from the Treaty of Versailles to the creation of the International Criminal Court (ICC). In addition, it focuses on some of the controversial questions raised about the jurisdiction of the ICC and its relationship with national jurisdictions.

Keywords: jurisdiction, international criminal tribunals, International Criminal Court.

SUMARIO

1. Introducción. 2. La evolución histórica de los Tribunales Penales Internacionales. 2.1. Los antecedentes: el final de la Primera Guerra Mundial. 2.1.1. El Tratado de Versalles. 2.1.2. El Tratado de Sèvres. 2.2. Los orígenes: los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial. 2.2.1. Los «juicios de Núremberg». 2.2.2. Los «juicios de Tokio». 2.3. Hacia una jurisdicción universal: los tribunales penales internacionales de la ONU. 2.3.1. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY). 2.3.2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). 2.4. La creación de la Corte Penal Internacional. 2.5. De los tribunales penales internacionales a los tribunales penales «internacionalizados». 3. La Corte Penal Internacional. 3.1. Introducción. 3.2. El carácter permanente. 3.3. La jurisdicción y competencia de la Corte. 3.3.1. Límites por razón de la materia. 3.3.2. Límites por razón del tiempo. 3.3.3. Límites por razón del territorio y de las personas. 3.4. La relación con las jurisdicciones nacionales. 3.4.1. Modelos de relación. 3.4.2. Los criterios de determinación. 4. La situación actual de la Corte. 4.1. Actividad general. 4.2. La oposición de EE. UU.

1. INTRODUCCIÓN

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la ONU en el año 1948, inmediatamente después de los horrores padecidos en la Segunda Guerra Mundial, supuso la plasmación de un ideal compartido: que todos los ciudadanos del mundo fueran iguales en derechos con independencia de su raza, religión, nacionalidad o cultura. A ella le siguieron otras proclamaciones de derechos de ámbito transnacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales o más recientemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Con independencia del valor jurídico de estas declaraciones y las instancias creadas para su aplicación, no habrá una eficaz protección de los derechos y libertades a nivel mundial si no existe un órgano que persiga y juzgue su vulneración mediante la comisión de delitos. A tal aspiración responde la creación de la Corte Penal Internacional, tras un largo proceso de 80 años iniciado al final de la Primera Guerra Mundial.

2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

La instauración de tribunales de ámbito supranacional que pudieran juzgar los delitos que repugnan a la comunidad internacional en su conjunto ha debido superar las mismas dificultades a las que se ha enfrentado el propio derecho penal internacional: en primer lugar, la reticencia de los Estados que consideraban tales tribunales como una injerencia contraria a su soberanía; y, en segundo lugar, la concepción del derecho internacional público, según la cual solo los Estados son los sujetos de ese derecho. Conforme a estas consideraciones, la responsabilidad penal individual es un elemento extraño que tenía difícil encaje en tal ámbito.

2.1. LOS ANTECEDENTES: EL FINAL DE LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL

En el imaginario colectivo, el origen de los tribunales penales internacionales se sitúa en los llamados «juicios de Núremberg», pero lo cierto es que el germen de un enjuiciamiento de tal tipo se halla en los tratados firmados al final de la Primera Guerra Mundial: los tratados de Versalles y de Sèvres.

2.1.1. El Tratado de Versalles

El Tratado de Versalles fue firmado el 28 de junio de 1919 entre los países aliados y Alemania y entró en vigor el 10 de enero de 1920.

En el citado Tratado se estableció la posibilidad de que el *Kaiser* Guillermo II fuera enjuiciado por un tribunal especial. Así, su art. 227 señalaba lo siguiente:

- 1) Las potencias aliadas y asociadas acusan a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, por ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los Tratados.
- 2) Un tribunal especial se constituirá para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa. El tribunal se compondrá de cinco jueces, nombrados por cada una de las siguientes potencias: Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón.

- 3) Las potencias aliadas y asociadas dirigirán al Gobierno de los Países Bajos una solicitud rogándole la entrega del ex emperador, a efectos de que sea juzgado.

Además, el Tratado de Versalles recogía la posibilidad de que otras personas pudieran ser enjuiciadas por hechos cometidos en la Primera Guerra Mundial. En este caso, se trataba de un enjuiciamiento ante los tribunales militares de las potencias aliadas y asociadas. Las normas recogidas eran las siguientes:

- 1) El Gobierno alemán reconoce la libertad a las potencias aliadas y asociadas de poner a disposición de sus tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra (art. 228, párrafo primero). De tal modo que (art. 229):
 - 1.1) Los autores de hechos cometidos contra los súbditos de alguna de las potencias aliadas y asociadas serán puestos a disposición de los tribunales militares de esa potencia.
 - 1.2) Los autores de hechos cometidos contra los súbditos de varias de las potencias aliadas y asociadas serán puestos a disposición de tribunales militares, que se compondrán de miembros de los tribunales que pertenezcan a las potencias interesadas.
- 2) El Gobierno alemán deberá entregar a las potencias aliadas y asociadas, o a la que entre ellas le dirija solicitud a tal efecto, a todas las personas que, habiendo sido acusadas de cometer un acto contrario a las leyes y costumbres de la guerra, les sean especificadas nominalmente o por el grado, función o el empleo que desempeñaban por orden de las autoridades alemanas (art. 228, párrafo segundo).
- 3) El Gobierno alemán se compromete a suministrar todos los documentos e informaciones de cualquier naturaleza y cuya presentación se considere necesaria para garantizar el pleno conocimiento de los hechos delictivos, el descubrimiento de los culpables y la apreciación exacta de las responsabilidades (art. 230).

La aplicación práctica de estas normas tuvo un escaso alcance. A Guillermo II no se le pudo juzgar, dado que se refugió en Holanda y no fue entregado por las autoridades de este país, pese a la petición de extradición cursada. Allí falleció en 1941.

En cuanto a otras personas responsables, el enjuiciamiento no se produjo ante los tribunales militares, como preveía el Tratado. Por las potencias aliadas se solicitó la extradición de aproximadamente 900 personas. Alemania se negó y tramitó más de 1700 procesos contra posibles responsables, pero solo se dictaron 9 sentencias por el Tribunal Supremo del

Reich, en los conocidos como «juicios de Leipzig». El resultado fue que solo 10 personas resultaron condenadas y no llegaron a cumplir totalmente las penas impuestas.

Pese a ello, cabe destacar que el Tratado de Versalles supuso la primera vez que un tratado internacional recogía la responsabilidad penal individual en el derecho internacional, a enjuiciar mediante un tribunal de ámbito supranacional. Ello supuso un importante precedente para el futuro, sobre todo para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial¹.

2.1.2. El Tratado de Sèvres

El Tratado de Sèvres fue el tratado de paz entre el Imperio otomano y los países aliados de la Primera Guerra Mundial (a excepción de Rusia y Estados Unidos). Fue firmado el 10 de agosto de 1920 y no entró en vigor al no ser ratificado.

En este Tratado se señalaba (art. 230) que el Gobierno turco se comprometía a entregar a las potencias aliadas a las personas responsables de las masacres cometidas durante el estado de guerra en el territorio del Imperio turco. Con esta norma se pretendía juzgar a los responsables del llamado «genocidio armenio» que se inició en 1915. Para tal enjuiciamiento, indicaba que las potencias aliadas se reservaban el derecho a designar un tribunal y, para el caso de que la Sociedad de las Naciones hubiera creado un tribunal competente para ocuparse de dichas masacres, las potencias aliadas se reservaban el derecho de llevar a los acusados ante dicho tribunal.

2.2. LOS ORÍGENES: LOS JUICIOS POSTERIORES A LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial sacudieron las conciencias de las sociedades occidentales y algunos responsables de las mismas fueron juzgados en los juicios de Núremberg y Tokio.

Ya en la Conferencia de Moscú, celebrada en octubre de 1943, los gobiernos de los Estados Unidos, Gran Bretaña, Unión Soviética y China declararon («Declaración de Moscú») que cuando llegara a concederse un armisticio a cualquier gobierno que pudiera haberse establecido en Alemania, los funcionarios y subalternos alemanes y afiliados al partido nazi que fueran responsables

¹ OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal para crímenes internacionales*. Las Rozas (Madrid): 2008, p. 116.

de las atrocidades, asesinatos en masa y ejecuciones cometidas en los países que habían invadido o a los que hubieran asentido a los mismos, serían entregados a los países en donde cometieron sus abominables actos, para ser juzgados y castigados de acuerdo con las leyes de dicho países. Pero, a continuación añadía que, la declaración anterior no afectaba al caso de los criminales alemanes cuyos delitos y culpas carecieran de localización geográfica, que serían juzgados y castigados en conjunto por los gobiernos aliados².

2.2.1. Los «juicios de Núremberg»

El día 8 de agosto de 1945, Gran Bretaña, Estados Unidos, Francia y la Unión Soviética firmaron, en Londres, el Acuerdo sobre la persecución y castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del Eje. Este Acuerdo establecía un Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de los criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieran una localización geográfica particular³ (art. 1). La constitución, jurisdicción y funciones de ese Tribunal se recogían en un anexo al Acuerdo (art. 2). Ese anexo conforma el Estatuto de un Tribunal Militar Internacional⁴ para el

² Una cuestión históricamente debatida es cuándo surgió la idea de enjuiciar a los criminales de guerra nazis y si esa fue la única posibilidad planteada. La idea de un juicio posterior a la guerra se atribuye a Molotov (ministro soviético de Asuntos Exteriores), quien la propuso en 1942 y que luego fue plasmada en la Declaración de Moscú de octubre de 1943. Sobre otras alternativas al juicio, es objeto de polémica si los dirigentes de las potencias aliadas valoraron otras medidas más drásticas, como la ejecución sumaria de los dirigentes nazis. Parece ser que esta posibilidad se debatió por el Gobierno británico, poniendo sobre la mesa la elaboración de un listado de entre 50 y 100 dirigentes nazis; y también Roosevelt se inclinó por ella en algún momento, siguiendo las tesis de Morgenthau (secretario del Tesoro) frente a las de Stimson (secretario de Guerra). El propio Churchill relata en sus memorias lo sucedido en la Conferencia de Teherán celebrada entre Churchill, Roosevelt y Stalin entre el 28 de noviembre y el 1 de diciembre de 1943. Relata que en la cena del día 29 de noviembre, Stalin sugirió que si al final de la guerra se conseguía rodear a 50.000 oficiales del ejército nazi habría que aniquilarlos para acabar con el poder militar de Alemania, a lo que Churchill respondió que nunca aceptaría esa idea; si bien Roosevelt dijo que los aliados no deberían acabar con la vida de 50.000 oficiales, pero sí con la vida de 40.000. El propio hijo de Roosevelt, que estaba presente, aclaró que su padre no dijo estar dispuesto a acabar con la vida de 40.000 oficiales, sino con la vida de 49.500. Con más detalle, CHURCHILL, W. *The Second World War. Closing the ring*. 1951, pp. 373 y 374; y GELLATELY, R. *Introducción a GOLDENSOHN, L., Las entrevistas de Nuremberg*. Madrid: 2004, pp. 10 a 13.

³ El Acuerdo de Londres de 1945 estableció que la creación del Tribunal Militar Internacional no era incompatible con la posibilidad de enjuiciamiento por los tribunales nacionales (art. 4), dado lo previsto en la Declaración de Moscú.

⁴ Este Estatuto ha sido calificado como el «acta de nacimiento del derecho penal internacional», véase WERLE, G. y JESSBERGER, F. *Tratado de derecho penal inter-*

enjuiciamiento de los principales criminales de guerra del Eje (art. 1 del Estatuto) cuya sede permanente se fija en Berlín, indicando que el primer juicio se celebraría en Núremberg y cualquier juicio posterior se llevaría a cabo en los lugares que el Tribunal decidiera (art. 22 del Estatuto). El citado Tribunal se compondría de cuatro miembros, nombrados por cada una de las potencias firmantes (art. 2 del Estatuto), los cuales elegirían un presidente entre ellos [art. 4, letra a) del Estatuto]. Las decisiones se tomarían por mayoría, teniendo voto de calidad el presidente en caso de empate [art. 4, letras b) y c) del Estatuto].

El Estatuto fijaba la competencia del citado Tribunal para enjuiciar los delitos que eran definidos en el art. 6 del mismo. Se trataba de los siguientes:

- 1) Crímenes contra la paz, consistentes en la planificación, preparación, iniciación y desarrollo de una guerra de agresión o una guerra en violación de los tratados, acuerdos o garantías internacionales.
- 2) Crímenes de guerra, consistentes en librar una guerra contraviniendo las leyes o usos de la misma (que pretende proteger fundamentalmente a la población de los países enemigos).
- 3) Crímenes contra la humanidad, consistentes en los actos contra la población civil, antes o durante la guerra (que se puede cometer contra la población de los países enemigos, pero también contra la población del propio país⁵).

El Tribunal podía juzgar a personas físicas, definidas en el art. 1 del Estatuto como «los principales criminales de guerra del Eje europeo», e imponerles la pena de muerte o cualquier otro castigo que determinara como justo (art. 27 del Estatuto). También podía, en el juicio de un miembro individual de cualquier grupo u organización, declarar que ese grupo u organización era una organización delictiva (art. 9 del Estatuto).

Este Tribunal inició sus sesiones (conocidas como «los juicios de Núremberg») en octubre de 1945 y dictó sentencia en octubre y noviembre de 1946. De los 22 acusados, 12 fueron condenados a muerte⁶, 3 a cadena

nacional, 3.ª ed. Valencia:2017, p. 42; o como «la partida de nacimiento del DPI», véase OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal...*, *op. cit.*, p. 121.

⁵ OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal...*, *op. cit.*, p. 122.

⁶ Göring, von Ribbentrop, Keitel, Kaltenbrunner, Rosenberg, Frank, Frick, Streicher, Jold, Seyss-Inquart y Bormann. Fueron ejecutados el 16 de octubre de 1946, excepto Bormann (que fue juzgado en ausencia) y Göring, que se suicidó en la cárcel unas horas antes de la ejecución ingiriendo una cápsula de cianuro que, al parecer, le proporcionó un soldado estadounidense; véase «I gave Göring his poison pill, says American». *The Telegraph*. 8 de febrero de 2005.

perpetua⁷, 4 a penas de prisión⁸ y 3 resultaron absueltos⁹. Además, 4 organizaciones fueron declaradas organizaciones criminales¹⁰.

Los «juicios de Núremberg» han recibido críticas desde el punto de vista político y jurídico¹¹. Políticamente, han sido tildados de justicia de «vencedores sobre vencidos», sin que se llevaran a cabo procesos para dilucidar los posibles crímenes de guerra cometidos por los aliados¹². Desde el punto de vista jurídico, se han calificado por algunos autores como un «derecho de ocupación»¹³ (más que un derecho internacional) y plantean dudas desde dos perspectivas: i) desde la del principio de legalidad y su garantía de existencia de «ley previa» al hecho; y ii) desde la del derecho al juez predeterminado por la ley antes de la comisión del hecho punible¹⁴.

Estas críticas ya se pusieron de manifiesto por la doctrina española de la época. Para QUINTANO, el defecto fundamental que se puede achacar a los juicios es el olvido del principio de legalidad, si bien «*es seguramente disculpable en virtud de las insuperables circunstancias*» en que se desarrollaron; en la medida en que hubo que optar entre la impunidad o un cierto sacrificio de la dogmática¹⁵. Por otra parte, JIMÉNEZ DE ASÚA afirma, sin ambages, que se trata de juicios desarrollados ante tribunales «*creados para juzgar y penar hechos que se declaran delitos con posterioridad a su perpetración y por un tribunal organizado después de cometidos*»¹⁶.

⁷ Hess, Funk y Raeder.

⁸ Dönitz, von Schirach, Speer y von Neurath.

⁹ Schacht, von Papen y Fritzsche.

¹⁰ La Gestapo, el SD, las SS y las Waffen-SS.

¹¹ Al respecto, PIGNATELLI Y MECA, F. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y textos complementarios*. Madrid: 2003, p. 12.

¹² Esta cuestión es polémica, si tenemos en cuenta hechos como la utilización sistemática de la agresión sexual contra las mujeres, a medida que distintos territorios iban siendo liberados de la dominación nazi; lo sucedido en Katyn –zona de Polonia dominada por la URSS desde el principio de la guerra–; o «acciones de guerra» difícilmente explicables desde la óptica de la estrategia militar –como el bombardeo de Dresde–. Por otra parte, actos de innegable gravedad y crueldad se produjeron no solo durante la guerra sino en los años inmediatamente posteriores; al respecto, LOWE, K. *Continente salvaje. Europa después de la Segunda Guerra Mundial*. 2015.

¹³ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Madrid: 1955, p. 99.

¹⁴ Sobre estas críticas, véase la STEDH *Kononov contra Letonia*, de 17 de mayo de 2010, en la que se indica que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg no fue una legislación criminal *ex post facto* y que antes de su promulgación los crímenes de guerra ya estaban definidos como actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra y el derecho internacional había definido los principios básicos y una amplia gama de actos que constituían estos crímenes.

¹⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de derecho penal. Tomo II. Filosofía y ley penal*, 4.ª ed. Buenos Aires: 1964, p. 1271. Este autor realiza un detallado estudio de

En todo caso, su importancia es incuestionable porque, desde ellos, la responsabilidad penal individual de un sujeto activo de un «crimen internacional» pasa a ser objeto del derecho internacional¹⁷.

2.2.2. Los «juicios de Tokio»

La exigencia de responsabilidad penal a los criminales de guerra japoneses se determinó por el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, que no fue creado por un acuerdo internacional, sino por un Decreto del general Mac Arthur de 19 de enero de 1946. Los crímenes que definía su estatuto eran los mismos que en el caso de Núremberg, si bien ambos tribunales diferían en la composición, ya que estuvieron presentes jueces de más nacionalidades (estaban representados los once Estados frente a los que Japón había declarado la capitulación).

El Tribunal juzgó a 28 dirigentes japoneses, sin incluir al Emperador¹⁸. El Tribunal inició sus sesiones en mayo de 1946 y dictó sus sentencias en noviembre de 1948, incluyendo 7 condenas a muerte, 16 condenas a prisión perpetua y 2 condenas a prisión (de los tres dirigentes restantes, 2 de ellos murieron durante el juicio y un tercero no fue finalmente acusado)¹⁹.

2.3. HACIA UNA JURISDICCIÓN UNIVERSAL: LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES DE LA ONU

Acabada la Segunda Guerra Mundial, se iniciaron las labores de codificación de los crímenes de derecho internacional y se firmaron varios tratados sobre la materia, como el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y los Convenios de Ginebra de 1949.

Además, anteriormente se había dictado la Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado²⁰, de 20 de diciembre de 1945, sobre el castigo de personas

las posiciones de la doctrina española y extranjera sobre el particular (*op. cit.*, pp. 1271 a 1279).

¹⁷ OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal...*, *op. cit.*, pp. 124 y 125.

¹⁸ La razón de su exclusión se debe a las condiciones en que se produjo la capitulación de Japón y se le concedió inmunidad.

¹⁹ Con más detalle, JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 1215 a 1217; y FRASCHINA, A.V. *Análisis comparativo de la competencia de los distintos tribunales penales internacionales e internacionalizados*. Palma de Mallorca: 2008, pp. 17 y 18.

²⁰ Este órgano actuaba como órgano legislativo en la Alemania de postguerra.

que sean culpables de haber cometido crímenes de guerra, crímenes contra la paz o crímenes contra la humanidad, que recogía el modelo de Núremberg para unificar los juicios por parte de los tribunales militares contra los criminales de guerra²¹. En virtud de esta norma se celebraron los procesos conocidos como «juicios sucesivos al juicio de Núremberg», que se siguieron contra médicos, jueces²², personal administrativo de los campos de concentración, titulares de industrias²³ o miembros de tropas de asalto, entre otros (es decir, frente a los no considerados como «grandes criminales» de guerra por hechos cometidos en su territorio o contra sus ciudadanos²⁴).

Sin embargo, durante décadas se abandonó la idea de instaurar tribunales penales internacionales y los procesos a través de órganos judiciales nacionales fueron excepcionales (con algunos casos muy conocidos, como el juicio a Eichmann en Israel). Por ello, hasta comienzos de la década de los noventa del siglo xx la situación era paradójica: los fundamentos jurídicos del derecho penal internacional se encontraban ampliamente afianzados, pero faltaba la disposición y capacidad de los Estados y de la comunidad internacional para dar vida a estos principios y aplicarlos mediante tribunales²⁵.

En esta situación se produjeron los conflictos de Yugoslavia y Ruanda y se produce un relanzamiento de los tribunales penales internacionales con la creación de los tribunales penales internacionales de la ONU en relación con ambos supuestos²⁶. Se trata de tribunales *ad hoc* y su creación no obedece a un tratado internacional, sino a dos resoluciones de Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Este método de creación obedeció a la necesidad de abordar con urgencia la situación de vulneración de los derechos humanos que se estaba produciendo en ambos países, a la que no se podía fácilmente responder mediante el «método clásico» de elabo-

²¹ Con más detalle, VIVES CHILLIDA, J. «La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad». *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*. 2003, pp. 329 a 383, esp. pp. 348 a 350.

²² Este proceso, celebrado en 1947, se conoce como el «juicio de los jueces» y se siguió contra 16 acusados, que habían actuado como funcionarios del Ministerio de Justicia o como jueces y fiscales en órganos judiciales del régimen nazi. La sentencia (United States of America v. Josef Altstoetter, et al. -Case 3-) condenó a varios de ellos a penas de prisión de diversa duración. En este juicio se inspira la película «¿Vencedores o vencidos?», dirigida por Stanley Kramer, en la que Spencer Tracy interpreta el papel de un juez estadounidense jubilado que acude a Núremberg para juzgar a varios jueces alemanes. Entre estos, el rol principal corresponde a Burt Lancaster.

²³ Como I.G. Farben, Krupp o Roehling.

²⁴ OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal...*, op. cit., p. 122.

²⁵ WERLE, G. y JESSBERGER, F. *Tratado...*, op. cit., p. 127.

²⁶ PIGNATELLI Y MECA, F. *El Estatuto de la Corte...*, op. cit., p. 13.

ración y aprobación de un tratado, abierto al posterior proceso de firma y ratificación por los Estados²⁷.

2.3.1. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)

Se creó por la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un tribunal internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia.

La Resolución recoge su Estatuto, que indica que se crea como un tribunal internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz (art. 1). Los delitos que puede perseguir son violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 3), violación de las leyes o usos de la guerra (art. 4), el genocidio (art. 5) y crímenes de lesa humanidad (art. 6).

Este Tribunal ha procesado a más de 160 personas y ha dictado su última sentencia de instancia el día 22 de noviembre de 2017, condenando a Ratko Mladic a la pena de cadena perpetua, por los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y por violación de las leyes o usos de la guerra. El Tribunal finalizará su actividad el día el 31 de diciembre de 2017²⁸.

2.3.2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)

Se creó por la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un tribunal inter-

²⁷ FRASCHINA, A. V. *Análisis comparativo...*, *op. cit.*, p. 27.

²⁸ Una vez finalice su actividad, los procesos pendientes se conocerán por el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales. Este órgano fue establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 1966 (2010), de 22 de diciembre de 2010, para concluir la labor iniciada por el TPIY y el TPIR. El Mecanismo está integrado por dos subdivisiones que corresponden a los dos tribunales. La subdivisión del TPIR, ubicada en Arusha (Tanzania), comenzó a funcionar el 1 de julio de 2012. La subdivisión del TPIY está situada en La Haya y comenzó sus actividades el 1 de julio de 2013.

nacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda.

La Resolución recoge su Estatuto, que indica que se crea como un tribunal internacional con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994 (art. 1). Los delitos que puede perseguir son el genocidio (art. 2), los crímenes de lesa humanidad (art. 3) y las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios (art. 4).

Este Tribunal finalizó su actividad en 2015.

2.4. LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Tras la Segunda Guerra Mundial, el artículo VI del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 ya indicaba que las personas acusadas de genocidio serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o «ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción».

Después de diversos trabajos infructuosos, entre los meses de junio y julio de 1998, se celebró en Roma una conferencia convocada por la ONU para la elaboración del estatuto para una Corte Penal Internacional. De manera que el 17 de julio de 1998 se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 21 Estados se abstuvieron y 7 Estados se opusieron (Estados Unidos, China, Israel, Irak, Libia, Yemen y Qatar rechazaron el Estatuto). Tras las ratificaciones necesarias, el Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002.

España firmó el Estatuto el 18 de julio de 1998 y se procedió a su ratificación por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁹.

²⁹ En la ratificación se contiene una declaración en el sentido siguiente: «España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española». Esta declaración se introdujo ante la previsión de que la Corte pudiera imponer la pena de reclusión a perpetuidad (art. 77.1, letra b, del Estatuto), ya que al momento de ratificar el Estatuto esa pena no existía en nuestro ordenamiento.

El Instrumento de ratificación es de fecha 19 de octubre de 2000. Posteriormente, se promulgó la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

2.5. DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES A LOS TRIBUNALES PENALES «INTERNACIONALIZADOS»

Se trata, en este caso, de una especie de «tribunales híbridos» en el sentido siguiente: son tribunales penales nacionales del país donde se cometieron los crímenes pero que cuentan con elementos de «internacionalización» en su composición mixta (en cuanto a jueces o fiscales) o en el derecho aplicable. Al igual que el TPIY y el TPIR son tribunales *ad hoc* para tratar una situación específica y por un periodo determinado³⁰.

Como ejemplos de tribunales de este tipo en el que hay componentes que no son nacionales, cabe citar:

- 1) El Tribunal Especial para Sierra Leona. Se estableció en el año 2002 tras el fin de la guerra civil en este país, mediante un acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Sierra Leona. En este caso, un número de jueces es nombrado por el secretario general de Naciones Unidas y otros por el Gobierno de Sierra Leona. Concluyó su actividad en 2013 y los procesos pendientes los ha asumido el Tribunal Residual Especial para Sierra Leona.
- 2) El Tribunal Especial para el Líbano. Creado en el año 2007, a solicitud del Gobierno del Líbano, por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Tiene su sede en Holanda. La Sala de Primera Instancia del Tribunal consta de dos jueces internacionales y un juez libanés; y la Sala de Apelaciones se compone de tres jueces internacionales y dos libaneses.
- 3) Las Salas Especiales de Camboya. Creadas para la investigación de los crímenes cometidos bajo el régimen de Pol Pot. En este caso, las salas de primera instancia constan de tres jueces camboyanos y dos jueces internacionales, y los procedimientos de apelación se deciden por cuatro jueces camboyanos y tres jueces internacionales. Ahora bien, por lo menos un juez «internacional» en cada sala debe votar a favor en cada decisión adoptada.

Hay también experiencias de este tipo en Timor Oriental, Senegal o Kosovo.

³⁰ Para un análisis comparativo entre todos estos tribunales y la Corte, GEISS, R. y BULINCKX, N. «Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 861. Marzo de 2006.

3. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

3.1. INTRODUCCIÓN

Como ya se ha dicho, la Corte fue creada por el Estatuto de Roma, hecho el 17 de julio de 1998. Su creación ha supuesto un hito en la implementación de una jurisdicción internacional que no permita la impunidad de los autores de los crímenes execrables que el propio Estatuto contempla y define (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión).

La Corte es una organización internacional³¹ permanente e independiente, cuya finalidad es la persecución de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, con carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. De tal manera que opera como una jurisdicción global que actúa allí donde los Estados implicados no pueden o no estén dispuestos a actuar respecto de hechos que conciernen y repugnan a la comunidad internacional en su conjunto.

Su creación era necesaria tras las experiencias de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, que consistieron en tribunales para conflictos específicos. Pero no podemos olvidar las múltiples cuestiones de carácter sustantivo y procesal que su régimen jurídico implica y que ponen en juego la propia legitimación de la Corte.

La plasmación de los delitos en el Estatuto, con la facultad reconocida en el mismo de que sus elementos sean definidos por la Asamblea de los Estados parte, a fin de ayudar a la Corte a interpretarlos y aplicarlos, plantea cuestiones relacionadas con el principio de legalidad y tipicidad, especialmente dada la diversidad de sistemas jurídicos estatales.

El carácter complementario de la Corte exige un uso cuidadoso y exquisito de su mecanismo de activación³². Si bien este mecanismo se ejerce por el fiscal de la Corte, este puede actuar de oficio o a instancia de un Estado parte o del Consejo de Seguridad, por lo que se debe evitar la impresión de que nos hallamos ante una justicia de «vencedores contra vencidos» o de «países ricos frente a países pobres».

Por otra parte, la diversidad de sistemas sustantivos y procesales de los Estados parte exigirá una adecuada coordinación con la Corte en materias tales como la definición de tipos penales, aplicación del principio de *non*

³¹ PIGNATELLI Y MECA, F. *El Estatuto de la Corte...*, *op. cit.*, p. 15.

³² Véase, AMBOS, K. «Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y *Realpolitik*». *Política criminal*, n.º 4. 2007, pp. 1 a 16, esp. pp. 3 a 5.

bis in idem o ejecución de penas (especialmente, en este último caso, si alguna de las penas que recoge el Estatuto no está prevista en la legislación nacional); o, en otro orden de cosas, en ámbitos como la investigación de hechos en el propio territorio, la cooperación y auxilio judicial o la detención y entrega de personas a la Corte.

En cuanto al sistema de cooperación diseñado, se mueve entre un sistema de «cooperación vertical», en el que la misma no depende de la decisión soberana de los países involucrados, sino que están obligados a cooperar (como es el caso de los tribunales *ad hoc* establecidos por el Consejo de Seguridad de la ONU, con los que existe una obligación de cooperar, que resulta directamente del efecto vinculatorio de las resoluciones del Consejo de Seguridad) y un sistema de «cooperación horizontal», en el que la misma se produce entre «Estados soberanos iguales» y depende de la decisión voluntaria del Estado en cuestión. Como decíamos, el Estatuto contiene un «régimen mixto de cooperación», que es menos vertical que el de los tribunales *ad hoc* pero que va más allá de una cooperación simplemente horizontal: está basado en un tratado internacional y no puede ser impuesto por el Consejo de Seguridad, de manera que se debe hacer una distinción entre la obligación general de cooperar de los Estados parte y la obligación limitada de los Estados que no son parte del Tratado³³.

Sobre la entrega de personas, es una materia especialmente polémica, dado que ante la Corte no se puede oponer ningún tipo de cargo oficial o inmunidad reconocida por las legislaciones estatales o el derecho internacional. Ello ha dado lugar a que entre los más de 120 países que han ratificado el Estatuto de Roma no se encuentren aún algunas de las primeras potencias políticas y económicas mundiales, que priman el «proteccionismo» de sus nacionales frente a la Corte (veremos, posteriormente, que este es el caso de EE. UU.). Este es, sin duda, uno de los factores que debilita su jurisdicción y su aspiración de globalidad.

Como se observa, el camino iniciado en Roma en 1998 está por recorrer en muchos de sus tramos y se debe avanzar en el mismo, dejando atrás la idea de que la Corte supone una cesión de soberanía por parte de los Estados, para ir vislumbrando la meta que supone la consolidación de una verdadera «jurisdicción universal».

³³ Al respecto AMBOS, K. «Enjuiciamiento de crímenes...», *op. cit.*, pp. 5 a 11.

3.2. EL CARÁCTER PERMANENTE

El artículo 1 del Estatuto de Roma indica:

«Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional («La Corte»). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdiccionales penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto».

La Corte se define como una «institución permanente». Con ello se quiere decir que es un foro permanente para la aplicación directa del derecho penal internacional, pero no significa que esté concebida como un tribunal penal mundial con competencia universal, sino como un tribunal «de emergencia y de reserva»³⁴. Así se pone de manifiesto en: i) el hecho de que la Corte tiene limitada su jurisdicción y competencia por medio de diversos criterios; y ii) que tiene carácter complementario (no exclusivo ni excluyente) respecto a las jurisdicciones nacionales.

3.3. LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LA CORTE

La Corte tiene limitado su conocimiento mediante la aplicación de diversos criterios: i) por razón de la materia; ii) por razón del tiempo; iii) por razón del territorio; y iv) por razón de las personas.

3.3.1. Límites por razón de la materia

Se recogen en los arts. 5 a 8 bis del Estatuto. Conforme a ellos, la competencia de la Corte se limitará a «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto». Como tales se define el genocidio (art. 6), los crímenes de lesa humanidad (art. 7), los crímenes de guerra (art. 8) y el crimen de agresión (art. 8 bis) –este último introducido en el año 2010, tras el acuerdo alcanzado en Conferencia de Revisión en Kampala³⁵.

³⁴ WERLE, G. y JESSBERGER, F. *Tratado...*, *op. cit.*, p. 183.

³⁵ En su momento, se valoró la posibilidad de incluir también los delitos de terrorismo internacional y tráfico de drogas, si bien finalmente no se incluyeron; cfr. VILLÁN DURÁN, C. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: 2006, p. 518.

Debe tenerse presente que, en este punto, no solo es relevante la materia concreta, sino también la gravedad de los hechos. Ello porque si los hechos no son de «gravedad suficiente» la Corte puede decidir inadmitir el asunto (art. 17.1, letra d). Esta regla de exclusión parece basada en consideraciones de economía procesal, con el fin de evitar una sobrecarga de trabajo, pero lo cierto es que no se recogen criterios claros para fijar esa «gravedad suficiente»³⁶.

En definitiva, la Corte no conoce de todos los crímenes que atenten contra cualquier interés de la comunidad internacional, sino solo contra los que atacan los intereses que se consideran fundamentales; y, de entre ellos, no conoce de todos los crímenes posibles, sino que conoce de los más graves³⁷.

3.3.2. Límites por razón del tiempo

La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto (que se produjo el 1 de julio de 2002)³⁸; y si un Estado se hace parte después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto respecto de ese Estado, a menos que este haya hecho una declaración en sentido contrario (artículos 10 y 12).

3.3.3. Límites por razón del territorio y de las personas

La competencia de la Corte se circunscribe, por regla general, a crímenes cometidos en el territorio de un Estado parte o por un nacional de un Estado parte (así se deriva del art. 12.2), siempre que los responsables sean

³⁶ WERLE, G. y JESSBERGER, F. *Tratado...*, *op. cit.*, p. 197.

³⁷ Cfr. CARDONA LLORENS, J. «Los estatutos de los tribunales penales internacionales y los crímenes internacionales: ¿tipificación o delimitación competencial?», en CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (coords.). *Nuevos desafíos del derecho penal internacional: terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Madrid: 2009, pp. 193 a 203, esp. p. 199.

³⁸ Ahora bien, debe tenerse presente que el art. 124 del Estatuto permite que un Estado, al hacerse parte, podrá declarar que, durante un periodo de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra, cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio.

mayores de 18 años –la limitación de edad se contiene en el art. 26–. Se siguen así los principios de territorialidad y de personalidad activa.

Estas reglas generales tienen excepciones, como son las siguientes:

- 1) Un Estado que no sea parte del Estatuto puede aceptar la jurisdicción de la Corte (art. 12.3).
- 2) Con independencia del lugar de comisión del delito y la nacionalidad del autor, la Corte es competente cuando el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas inicia el procedimiento (art. 12.2, *sensu contrario*). En este caso, la competencia de la Corte deriva de la autoridad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que según el derecho internacional puede adoptar medidas vinculantes respecto de cualquier Estado miembro de Naciones Unidas, en orden a asegurar la paz³⁹.

Desde el punto de vista subjetivo, no hay limitación de la competencia de la Corte por razón del carácter oficial del posible responsable. Es decir, no existe la inviolabilidad o inmunidad de jurisdicción. Al respecto, el art. 27 del Estatuto señala:

«1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá «per se» motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimientos especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella».

Esta regla es una de las más contestadas por los países contrarios a la Corte, en la medida en que impide negar la entrega a la misma de sus propios nacionales en los que concurran estas circunstancias⁴⁰.

³⁹ WERLE, G. y JESSBERGER, F. *Tratado...*, *op. cit.*, p. 187.

⁴⁰ Especialmente beligerantes se han mostrado los Estados Unidos, los cuales, interpretando la posible contradicción entre el art. 27 y el art. 98 del Estatuto, han ido celebrando tratados bilaterales posteriores a la entrada en vigor de la competencia de la Corte, en los que se pacta la no-extradición de sus nacionales, con el fin de que los países firmantes de esos tratados no entreguen a la Corte a ciudadanos estadounidenses bajo su custodia.

3.4. LA RELACIÓN CON LAS JURISDICIONES NACIONALES

3.4.1. Modelos de relación

Es factible que la jurisdicción nacional y la internacional pueden pugnar por conocer de un asunto, si tenemos en cuenta que ninguno de los tribunales penales internacionales creados o proyectados hasta la fecha ha sido diseñado con la finalidad de asumir en exclusiva la totalidad de los crímenes de derecho internacional⁴¹. Si ello es así, la relación entre ambas jurisdicciones se puede organizar de diversas maneras:

- 1) Exclusividad del tribunal internacional. Es el modelo seguido en los juicios de Núremberg, ya que el tribunal internacional era el único que podía juzgar a los principales criminales nazis y solo para otros criminales se preveía la competencia de las otras jurisdicciones.
- 2) Primacía del tribunal internacional. Es el modelo seguido en los tribunales internacionales de la antigua Yugoslavia y Ruanda, ya que pueden concurrir con las jurisdicciones nacionales pero tenían prioridad sobre ellas, por cuanto podían solicitar a las mismas que declinaran un procedimiento en su favor⁴².

⁴¹ SÁNCHEZ LEGIDO, A. *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*. Valencia: 2004, p. 305.

⁴² El artículo 9 del Estatuto del TPIY indica:

«1. El Tribunal Internacional y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia a partir del 1 de enero de 1991.

2. El Tribunal Internacional tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional podrá pedir oficialmente a los tribunales nacionales que convengan en la competencia del Tribunal Internacional de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional».

A su vez, el artículo 8 del Estatuto del TPIR indica:

«1. El Tribunal Internacional para Ruanda y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda por violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

2. El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales de todos los Estados miembros. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional para Ruanda podrá presentar oficialmente a los tribunales nacionales una petición de inhibitoria de jurisdicción de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional para Ruanda».

- 3) Subsidiariedad de jurisdicciones. Es el modelo seguido en el caso de la Corte, ya que el art. 1 del Estatuto indica que tiene «carácter complementario» respecto a las jurisdiccionales penales nacionales. Ello supone que la Corte no sustituye a las jurisdicciones penales, de modo que si un Estado investiga o persigue adecuadamente un crimen de derecho internacional la misma carece de competencia. Ahora bien, la determinación de si esa persecución existe efectivamente a nivel interno es decisión exclusiva de la Corte.

3.4.2. Los criterios de determinación

Surgen del contenido del art. 17 del Estatuto (que lleva por rúbrica «Cuestiones de admisibilidad»). Conforme con este precepto, la Corte no será competente cuando:

- 1) El asunto ya ha sido objeto de decisión por una jurisdicción nacional. Aquí caben dos posibilidades:
 - 1.1.) Que el asunto haya sido decidido sin juicio; esto es, que haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate (art. 17.1, letra b).
 - 1.2) Que el asunto haya sido decidido tras el oportuno juicio; esto es, que la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia (art. 17.1, letra c).
- 2) El asunto esté aún en trámite ante una jurisdicción nacional; esto es, que sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él (art. 17.1, letra a).

A su vez, estas reglas tienen excepciones, de manera que aun cuando concurren estas circunstancias, la Corte tiene competencia conforme a los criterios siguientes:

- 1) Si el asunto ya ha sido objeto de decisión por una jurisdicción nacional sin celebración de juicio, la Corte es competente si tal decisión ha obedecido a que el Estado no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo (art. 17.1, letra b).
- 2) Si el asunto ya ha sido objeto de decisión por una jurisdicción nacional tras el oportuno juicio, la Corte tiene competencia conforme a los criterios siguientes (art. 20.3):
 - 2.1) Si el proceso ya seguido obedece al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte.

- 2.2) Si el proceso ya seguido no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.
- 3) Si el asunto esté aún en trámite ante una jurisdicción nacional, la Corte tiene competencia si el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo (art. 17.1, letra a).

Como ya se ha indicado, es la propia Corte la que decide si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado por parte de la jurisdicción nacional. Para lo cual debe tener en cuenta los criterios del art. 17.2 y 3 del Estatuto, que son los siguientes:

- 1) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte.
- 2) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
- 3) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
- 4) A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Como se puede deducir, el Estatuto confiere a la Corte un papel revisor y fiscalizador de las condiciones del ejercicio de la jurisdicción nacional en el caso concreto. De esta manera se opera conforme a un principio de subsidiariedad «condicionada» y «tutelada»⁴³: i) la instancia inicialmente competente para la persecución son las jurisdicciones nacionales (subsidiariedad de la Corte); ii) la Corte solo actúa cuando concurre la condi-

⁴³ SÁNCHEZ LEGIDO, A. *Jurisdicción universal...*, *op. cit.*, pp. 308 a 310.

ción de que aquellas no están actuando de manera efectiva para el castigo de los culpables en el caso de constatarse su culpabilidad (subsidiariedad «condicionada»)⁴⁴; y iii) es la propia Corte la que, en última instancia, controla que su competencia ceda ante el ejercicio del *ius puniendi* estatal (subsidiariedad «tutelada»).

Este mecanismo de relación con las jurisdicciones nacionales es sumamente polémico y ha sido uno de los aspectos más criticados por los Estados que se han opuesto a la existencia de la Corte, por entender que es una facultad contraria a su soberanía y que puede suponer una vulneración del principio de *non bis in idem*.

El propio Estatuto es consciente de las dificultades que pueden surgir en este ámbito, de manera que recoge normas para equilibrar la situación en los arts. 18 y 19, como son: i) la previa notificación al Estado interesado de que la Fiscalía ha iniciado una investigación o se propone hacerlo; ii) la posibilidad de ese Estado de presentar información ante la Corte; iii) el establecimiento de un régimen amplio de impugnación de la decisión de admisibilidad de un asunto, incluyendo la posibilidad de que se impugne por el Estado que tenga jurisdicción en la causa, porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes.

Debe ponerse de manifiesto la similitud de los criterios recogidos en los art. 17 y 20 del Estatuto con los también recogidos en el art. 23.5 de la LOPJ, tras la reforma por Ley Orgánica 1/2014 de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Conforme a tal precepto, cuando se pretenda aplicar la jurisdicción española a supuestos de delitos cometidos en el extranjero en virtud del principio de justicia universal del art. 23.4 LOPJ se debe ponderar, conforme a criterios similares a los del Estatuto, si el otro Estado ha estado en disposición de investigar y/o enjuiciar efectivamente el hecho; para lo cual señala que esa ponderación deberá llevarla a cabo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Tal similitud ha permitido a la Sala de lo Penal interpretar los criterios del Estatuto. Así, el Auto de 1 de julio de 2015 (Causa 20271/2015) señala:

⁴⁴ La Corte «se mantiene al margen» si el Estado que tiene jurisdicción investiga los crímenes seriamente y castiga a los responsables. Las razones fundamentales de esta forma de proceder son: i) es una tarea de los Estados enjuiciar los «delitos internacionales», especialmente si fueron cometidos en su territorio; y ii) se debe reconocer que la Corte nunca podrá –en términos de capacidad procesal– sustituir a los Estados en esta tarea; AMBOS, K. «Enjuiciamiento de crímenes...», *op. cit.*, pp. 11 y 12.

«Se atribuye, así, a esta Sala, la competencia para realizar una ponderación, similar a la que el art. 17 del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, atribuye a la misma para decidir sobre la admisibilidad o no de las pretensiones formuladas. (...) La primera de las normas citadas [se refiere al art. 17 del Estatuto] establece y regula, respecto a la Corte Penal Internacional, el principio de complementariedad respecto a las jurisdicciones penales nacionales, de manera que la Corte, según lo expuesto, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando sea objeto de investigación o enjuiciamiento por el Estado que tenga jurisdicción sobre él o cuando haya sido objeto de investigación por dicho Estado y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate. No obstante lo cual, el propio artículo le reconoce la posibilidad de que si entiende que dicho Estado no está dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no puede realmente hacerlo, la Corte asuma su investigación. Se le reconoce de esta forma lo que se ha denominado una cierta facultad de «tutela y supervisión», sobre las jurisdicciones penales nacionales, en los delitos de su competencia; con la necesaria ponderación que implica el ejercicio de dicha facultad, que exigirá que la Corte se pronuncie sobre la Administración de Justicia de otros Estados o sobre la intención de sus autoridades.

»El artículo 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional consagra, por su parte, la institución de la cosa juzgada, pero con determinadas excepciones en la línea señalada por el artículo anterior

»El apartado cinco del artículo 23 de la LOPJ, según la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo), atribuye a esta Sala de lo Penal, como decíamos, la realización de un juicio de ponderación similar al que los artículos citados atribuyen a la Corte Penal Internacional».

Como se observa, la Sala de lo Penal es consciente de lo delicado que es revisar la actuación de la jurisdicción de otro Estado y ha puesto de manifiesto el cuidado con el que se debe llevar a cabo. Muestra de ello, también, es el Auto de 20 de octubre de 2015 (Causa 20092/2015), en el que se indica:

«Lo que ahora procede por tanto dilucidar, y este es el objetivo de esta resolución, es si el principio de justicia universal ha de quedar desplazado por el de subsidiariedad previsto en el apartado cinco del mismo artículo, conforme al cual los tribunales españoles carecerían de jurisdicción para investigar los delitos de los que fue víctima A. si se hubiera iniciado un procedimiento para su investigación y enjuicia-

miento en el lugar en el que se cometieron o en el Estado de nacionalidad de la persona a quien se impute la comisión, siempre que dicho procedimiento revelara realmente una disposición de actuar por parte de dicho Estado; pues si no lo hiciera y así se determinara por esta Sala, los tribunales españoles tendrían jurisdicción para investigarlos en aplicación del principio de justicia universal.

»Asimismo, tal como decíamos en el auto de 1 de julio de 2015 (cuestión de competencia núm. 20271/2015) o en el de 20 de abril del mismo año (cuestión de competencia núm. 20962/2014), al hacer esta valoración habrá de tenerse en cuenta que la misma supone “enjuiciar” la actuación de la Administración de Justicia de otro Estado, lo que no está exento de dificultades y puede conllevar el análisis de cuestiones complejas, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista político-diplomático e incluso histórico, que exigen a este Tribunal prudencia en su ejercicio».

4. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA CORTE

4.1. ACTIVIDAD GENERAL

Desde el inicio de sus actividades, la Corte ha tramitado un total de 27 causas, en relación con 45 sospechosos o acusados. Se han abierto investigaciones en 13 situaciones: Afganistán, Bangladesh/Myanmar, Burundi, Côte d’Ivoire, Darfur (Sudán), Georgia, Kenia, Libia, Malí, República Centroafricana I y II, República Democrática del Congo y Uganda.

El 10 de julio de 2012, dictó su primera sentencia condenatoria, imponiendo a Thomas Lubanga una pena de 14 años de prisión por el reclutamiento y utilización de niños soldado en la región de Ituri (República Democrática del Congo) entre septiembre de 2002 y agosto de 2003⁴⁵. La sentencia fue recurrida y el recurso fue desestimado por sentencia de 1 de diciembre de 2014. Tras cumplir la totalidad de su condena, el Sr. Lubanga fue puesto en libertad el 15 de marzo de 2020.

⁴⁵ LÓPEZ MARTÍN, A.M. «Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: caso The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012». *Revista Española de Derecho Internacional*, julio-diciembre, 2013, pp. 209 a 226.

En 2016, la Corte decidió su primera causa relativa a la destrucción de bienes culturales (ataques contra monumentos históricos y edificios dedicados a la religión en Tombuctú). Esta fue también la primera causa en que el acusado, Ahmad Al-Faqi Al-Mahdi, admitió su culpabilidad. Fue declarado culpable el 27 de septiembre de 2016 y condenado a nueve años de prisión.

4.2. LA OPOSICIÓN DE EE. UU.

Estados Unidos votó negativamente en contra del Estatuto de Roma durante la Conferencia de Plenipotenciarios de 1998. Las razones principales fueron la previsión de un fiscal que pudiera actuar *motu proprio* –posibilidad con la que no se mostraba de acuerdo– y la pretensión de mantener el veto del Consejo de Seguridad para la investigación de determinados supuestos, lo que no fue admitido.

Clinton firmó el Estatuto de Roma el 31 de diciembre de 2000 (último día en que era posible), pero Bush, el 6 de mayo de 2002, «anuló» la firma de Clinton, iniciando una serie de medidas políticas de oposición a la Corte, para obtener inmunidad ante su competencia. Algunas de esas medidas han sido las siguientes.

En primer lugar, cabe destacar la celebración de tratados bilaterales posteriores a la entrada en vigor de la competencia de la Corte, en los que se pacta la no-extradición de sus nacionales, con el fin de que los países firmantes de esos tratados no entreguen a la Corte a ciudadanos estadounidenses bajo su custodia (se conocen como acuerdos bilaterales de inmunidad). Conforme con estos acuerdos, los EE. UU. exigen a los Estados firmantes que envíen directamente a Estados Unidos a todo ciudadano estadounidense cuya comparecencia haya sido solicitada por la Corte.

Además, se dictó la *American Servicemembers' Protection Act* (ASPA). Es una norma aprobada por el Congreso en agosto de 2002 para restringir la cooperación de EE. UU. con las misiones de mantenimiento de la paz, pues se condiciona a que se garantice la inmunidad de los funcionarios estadounidenses frente a la Corte. Incluso admite la posibilidad de utilizar «cualquier medio necesario» para liberar a ciudadanos estadounidenses que estén bajo la custodia de la Corte en su sede de La Haya (de ahí que se la conozca como la «ley de invasión de La Haya»).

En esta línea, se enmarca la llamada «enmienda Nethercutt». En diciembre de 2004, el Congreso de EE. UU. adoptó esta enmienda, como parte de la *US Foreign Appropriations Bill*. Autoriza la suspensión de los fondos de apoyo económico para los países que hayan ratificado el Estatuto de la Corte pero que no han firmado un acuerdo bilateral de inmunidad con los EE. UU.

La situación de conflicto con la Corte se relajó con la «Administración Obama», ya que EE. UU. cesó sus contactos con otros países para celebrar acuerdos bilaterales de inmunidad e, incluso, extendió su programa de recompensas a personas buscadas por la Corte⁴⁶.

Sin embargo, esta «tregua» se ha roto en 2020 por las sanciones de la «Administración Trump». En junio de 2020, el presidente de EE. UU., Donald Trump, dictó una orden (*Executive Order on Blocking Property of Certain Persons Associated with the International Criminal Court*) mediante la que aprobaba una serie de medidas contra la Corte y su personal⁴⁷.

La citada orden tiene su origen en la solicitud presentada por la fiscal jefe de la Corte (Fatou Bensouda), en el año 2017, para iniciar un procedimiento por posibles crímenes de guerra cometidos por miembros del ejército de EE. UU. y de la CIA en Afganistán. La Sala de Cuestiones Preliminares II denegó la autorización; pero, en marzo de 2020, la Sala de Apelaciones accedió a la solicitud de la fiscal. Ante esta decisión, se dictó la orden del presidente Trump, que tilda de «ilegítima» la jurisdicción de la Corte respecto a los ciudadanos estadounidenses implicados en la investigación (si bien, no olvidemos que Afganistán es Estado parte del Estatuto de Roma) y aprueba las restricciones para el órgano y su personal.

En este momento, la Corte no ha iniciado investigación alguna, ya que está evaluando la información que el propio Gobierno afgano le ha remitido sobre los hechos.

En aplicación de la citada orden, en septiembre de 2020, los EE. UU. anunciaron sanciones concretas contra la fiscal jefe de la Corte, Fatou Bensouda, a la que se ha incluido en una lista denominada *SDN*⁴⁸ (compuesta por personas y entidades relacionadas con el terrorismo y el tráfico de drogas). Ello le supone limitaciones de sus bienes y actividades comerciales en EE. UU. y la restricción de entrada en el país.

En el año 2021, el nuevo presidente de EE. UU., Joe Biden, dejó sin efecto estas sanciones⁴⁹

⁴⁶ «Expanded U.S. Program Includes Rewards for Information Leading to Arrest of ICC Suspects». *IRJC*, 22 de abril de 2013.

⁴⁷ Entre otras, el bloqueo de propiedades y bienes en EE. UU. y la suspensión de la entrada en dicho país de funcionarios de la Corte y sus familiares inmediatos.

⁴⁸ *Specially Designated Nationals And Blocked Persons List (SDN) Human Readable Lists*.

⁴⁹ Véase, «Ending Sanctions and Visa Restrictions against Personnel of the International Criminal Court», comunicado de prensa del Secretario de Estado Antony J. Blinken (disponible en <https://www.state.gov>).

LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS ALUMNOS EN LA ENSEÑANZA MILITAR DE FORMACIÓN

José Miguel Ruiz-Cabello Santos
Teniente coronel auditor

Resumen

El presente estudio analiza el alcance y límites de la potestad disciplinaria que se ejerce sobre los alumnos de los centros docentes militares de formación durante su periodo académico, así como las peculiaridades que este régimen presenta respecto del resto de militares profesionales. Igualmente, se pretende distinguir la infracción puramente académica de la disciplinaria, a pesar de la delgada línea que separa ambas contravenciones y de los escasos pronunciamientos, al respecto, formulados por la jurisprudencia patria. Por último, analizaremos brevemente el tratamiento dado a los alumnos de la Guardia Civil por su legislación específica.

Palabras clave: alumno, régimen disciplinario, potestad sancionadora, infracción académica.

Abstract

This study analyses the scope and limits of the disciplinary power exercised on students of military training schools during their academic period, as well as the peculiarities that this regime presents with respect to the rest of the professional military. Similarly, the aim is to

distinguish purely academic and disciplinary infringement, despite the thin line between the two contravenes and the few pronouncements, in that regard, made by the country case-law. Finally, we will briefly discuss the treatment given to Civil Guard students for their specific legislation.

Keywords: student, disciplinary regime, sanctioning power, academic infraction.

SUMARIO

1. Introducción. 2. El régimen disciplinario actual: evolución histórica legislativa. 3. El tratamiento de los alumnos en la ley de régimen disciplinario 8/2014, de 4 de diciembre. 3.1. La condición de «alumno» a los efectos de aplicación del régimen disciplinario. 3.2. Las sanciones de posible imposición al alumno de formación. 3.3. La competencia sancionadora sobre los alumnos de los centros docentes. 3.4. Criterios particulares de ejecución de las sanciones. 3.5. La potestad disciplinaria respecto del personal concurrente a los cursos de la enseñanza militar de perfeccionamiento y altos estudios de la defensa nacional. 4. El tratamiento del consumo de drogas y otras sustancias prohibidas. 5. La anotación de las sanciones disciplinarias: especialidades. 6. Las denominadas infracciones académicas. 7. El tratamiento del alumno en el régimen disciplinario de la guardia civil. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Sin llegar al extremo de las palabras contenidas en los versos de CALDERÓN DE LA BARCA, que se referían a que «aquí la más principal hazaña es obedecer, y el modo en como ha ser es ni pedir ni rehusar...», *la disciplina*¹ debe ser, en todos los integrantes de los Ejércitos, un valor esencial y básico, una regla de actuación que inspira nuestro comportamiento diario como miembros de la milicia. Esta idea formulada desde antaño por las diferentes normas ordenancistas que disciplinaban a los ejércitos patrios, se pone de reflejo, en la actualidad, en nuestras Reales Ordenanzas aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero (RROO), y que se constituyen en un verdadero código de conducta de la Institución militar, en el que se definen los principios

¹ La disciplina es uno de los pilares sobre los que se asienta la Institución militar; constituyéndose en exigencia del principio de subordinación, e implicando el máximo respeto y obediencia en toda relación de un miembro de las FAS con sus superiores. Es medio esencial para alcanzar la máxima eficacia en el logro de los fines constitucionalmente asignados a los Ejércitos –art. 8 CE–.

éticos y las reglas de comportamiento de todos sus integrantes², entre los que la disciplina destaca sobremanera.

Ya lo señala el Decálogo del Cadete de la Academia General Militar, en su numeral II, pues es obligación moral de todos aquellos alumnos que han pasado por sus aulas:

«Tener un gran espíritu militar, reflejado en su vocación y disciplina».

No cabe duda de que el periodo docente es el punto de partida para pulir al buen militar y al perfecto profesional³, y ha de abarcar todos los ámbitos propios de su comportamiento, futuras misiones y capacidades, comenzando por impregnar la disciplina como *modus vivendi* y valor de cohesión de las Fuerzas Armadas. Es, si cabe, en los periodos de formación militar donde la incidencia de este estricto régimen de conducta debe observarse de forma más escrupulosa, pudiendo dar lugar en caso de contravención, incluso, a la baja del alumno del respectivo centro docente, con la consiguiente pérdida, en la mayoría de las ocasiones, de la recién alcanzada condición militar⁴.

La formación sobre los diferentes aspectos de la vida militar, entre los que se incluye la disciplina, desde la incorporación a las Fuerzas Armadas (FAS), refuerza la idea vocacional de la milicia, debiendo ponerse a disposición del recién llegado todos los elementos que le permitan valorar

² La disciplina aparece mencionada en varios preceptos, lo que da idea de su importancia:

Artículo 7. Características del comportamiento del militar.

«Ajustará su comportamiento a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad, indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción».

Artículo 8. Disciplina.

«La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas».

Artículo 44. De la disciplina.

«La disciplina, en cuanto conjunto de reglas para mantener el orden y la subordinación entre los miembros de las Fuerzas Armadas, es virtud fundamental del militar que obliga a todos por igual. La adhesión racional del militar a sus reglas garantiza la rectitud de conducta individual y colectiva y asegura el cumplimiento riguroso del deber. Es deber y responsabilidad del militar practicar, exigir y fortalecer la disciplina».

³ En expresión del Preámbulo de la LCM, «El objetivo es, partiendo de un buen ciudadano, acrecentar sus valores como tal durante su permanencia en las Fuerzas Armadas, convertirlo en un excelente servidor público y hacerlo militar, es decir, depositario de la fuerza y capacitado y preparado para usarla adecuadamente».

⁴ No todas las bajas de los centros docentes militares y la pérdida de la condición de alumno conllevan la baja en las FAS, pues según el artículo 71.5 LCM señala que: «Al causar baja los alumnos perderán su condición militar, salvo que la tuvieran antes de ser nombrados alumnos...» (por ejemplo, personal que accede a la formación por promoción interna).

su estancia y permanencia en ellas. El objetivo de este intenso periodo académico inicial es claro: el individuo debe acceder a la carrera militar con plena garantía de éxito y plena conciencia de la idiosincrasia de la Institución militar. Así, la exposición de motivos de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar (LCM), parte de una visión romántica del asunto al expresar que:

«Esta ley tiene muy en cuenta que quien se incorpora a las Fuerzas Armadas adquiere condición de militar y queda sujeto a un régimen específico. El objetivo es, partiendo de un buen ciudadano, acrecentar sus valores como tal durante su permanencia en las Fuerzas Armadas, convertirlo en un excelente servidor público y hacerlo militar...».

Ese alumno adquiere tal condición cuando, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, se presenta en el centro docente militar y firma el documento de incorporación, momento a partir del cual pasa a pertenecer a la Institución. Es cierto que ese estatus militar alcanzado no le hace profesional efectivo, pero sí sujeto activo y pasivo del régimen de derechos y deberes de los que gozan los demás miembros de las FAS, con sujeción plena a las leyes penales y disciplinarias militares –arts. 3.7 y 67 LCM–. Es precisamente esa afectación por la normativa disciplinaria objeto de estudio en el presente trabajo.

Dentro de las normas que configuran el estatuto del militar, goza de especial relevancia la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los miembros de las FAS (LODD), que hace alusiones a los alumnos a lo largo de su articulado. Así, los considera sujetos activos plenos de esta pléyade de derechos, libertades y deberes –art. 2–, incluyendo entre ellos el de la participación en las actividades de formación desarrolladas en el ámbito de la enseñanza militar –art. 19–⁵.

El art. 20.1 LODD impone la obligación de transmitir al recién llegado los aspectos básicos de la Institución, entre los que se encuentra el régimen disciplinario, al señalar que:

«El que ingrese en las Fuerzas Armadas será informado del régimen jurídico aplicable a sus miembros, en particular de los deberes y

⁵ Cuando hablamos de derechos y deberes de los alumnos, entre los que se incluye el de la formación, hay que tener en cuenta el elenco que se recoge en los artículos 15 a 18 de la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, por la que se aprueba el Régimen del alumnado y cuyo incumplimiento puede dar lugar a la comisión de infracciones académicas o disciplinarias, según su entidad y gravedad.

compromisos que asume, así como de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico».

Con esta prevención legal, la Administración militar está obligada a comunicar al alumno cuales son los límites que marcan el estricto cumplimiento de sus deberes y las consecuencias jurídicas (académicas, disciplinarias y penales) en caso de contravención.

Por último, en esta somera visión de las disposiciones estatutarias, las RROO fijan la idea de que el alumno debe esforzarse para alcanzar la plena competencia profesional, adquiriendo una sólida formación moral, intelectual, humanística y técnica, actualizando y perfeccionando su formación, para lo que deberá aprovechar al máximo los medios y oportunidades que le proporcionan las FAS en los ámbitos de la enseñanza, instrucción y adiestramiento –arts. 24 y 128–.

Hecha esta alusión, si quiera breve, el conjunto de reglas y disposiciones que enmarcan la posición de este colectivo y la relación jurídico-pública que los relaciona con las FAS, damos paso al núcleo del trabajo. A través de sus epígrafes iremos desgranando algunos temas particulares sobre el tratamiento y respuesta que la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS) da a los alumnos de los centros docentes militares de formación (CDMF) y a las infracciones en que pudieran incurrir a lo largo de su periodo educativo.

Ya desde la exposición de motivos de la LORDFAS se alude a dos importantes novedades legislativas que pueden afectar a este personal. De una parte, (a) se introduce, por primera vez, la sanción económica con pérdida de retribuciones en el ámbito disciplinario militar, excluyendo de su aplicación a los alumnos, para los que, sin embargo, reserva, la sanción de privación de salida de 1 a 8 días –artículo 11 en relación con el art. 13–, y, por otra, (b) se incorporan reglas específicas para poder fijar la competencia sancionadora sobre los alumnos de los centros docentes militares de formación –art. 33⁶–.

Entrando en las disposiciones de la ley, el artículo 2.3 consagra sendas ideas básicas recurrentes en toda la normativa disciplinaria militar patria:

⁶ Para comprender mejor la distribución competencial propuesta por este precepto, habrá que acudir a la (a) estructura general de los centros docentes militares de formación que actualmente fija la Orden DEF/85/2017, de 1 de febrero, por la que se aprueban las normas sobre organización y funciones, régimen interior y programación de los centros docentes militares y la (b) estructura propia y peculiar de cada centro.

(a') la sujeción de este personal a la norma rituarial militar⁷, y (b') el tratamiento de las infracciones académicas al margen de la LORDFAS. En tal sentido, ese precepto señala:

«Los alumnos de los centros docentes militares de formación... están sujetos a lo previsto en esta ley. Las infracciones de carácter académico en la enseñanza de formación no están incluidas en el régimen disciplinario militar, y se sancionarán de acuerdo con sus normas específicas».

Pero si de los sujetos activos estamos hablando, no se nos puede olvidar que el personal de la Guardia Civil, durante la realización de su fase formativa en centros docentes de las FAS (por ejemplo, en la AGM⁸) está afecto a esta Ley Disciplinaria militar, según lo dispuesto en su disposición adicional quinta⁹. También lo están los reservistas voluntarios durante su periodo de formación.

Enmarcado el personal que abarca el concepto de alumno, las referencias que la LORDFAS hace a este colectivo son escuetas (como lo hacía su predecesora), pero sí que inciden en algunos de los aspectos más importantes del proceso sancionador, como puede ser el modo del cumplimiento de las sanciones, anotaciones y cancelaciones de estas, criterios para dar proporcionalidad en su imposición, sanciones propias del alumno, etc. Afortunadamente, en el nuevo texto se han eliminado las referencias que, en la legislación anterior, para determinados tipos disciplinarios, se hacían al militar profesional como sujeto activo de infracción¹⁰. En la actualidad, las infracciones disciplinarias se aplican a todo el personal militar por igual, incluido a quien ostenta la condición de alumno.

No obstante, esta LORDFAS mantiene una nomenclatura que, a nuestro juicio, no es la más adecuada. Así, cuando se alude a «alumnos de los centros docentes militares de formación» debería utilizar-

⁷ Previsión reiterada en el artículo 67 LCM y artículo 25.1 de la Orden DEF/368/2017.

⁸ El acceso a la Escala de Oficiales de la Guardia Civil se regirá por las normas establecidas para el ingreso en Escalas Superiores de los Cuerpos Generales de los Ejércitos. La formación para este ingreso tiene una duración de 5 cursos académicos y se imparte en dos centros de enseñanza:

- Academia General Militar del Ejército de Tierra, ubicada en Zaragoza (2 cursos).
- Academia de Oficiales de la Guardia Civil, ubicada en Aranjuez (Madrid) (3 cursos).

⁹ «También será de aplicación al personal de la Guardia Civil durante su fase de formación militar como alumno en centros docentes de formación de las Fuerzas Armadas».

¹⁰ Valga como ejemplo el art. 17 de la derogada LO 8/98 que recogía las infracciones disciplinarias extraordinarias que daban pie a la incoación de un expediente gubernativo y que solo podían ser cometidas por militares profesionales.

se la más acertada fórmula de «los alumnos de la enseñanza militar de formación»¹¹. Con ello evitarían interpretaciones erróneas o forzadas, ya que en los centros de formación¹² se pueden impartir enseñanzas de

¹¹ El uso de esta terminología puede resultar, a priori, baladí, pues, por ejemplo, denominar a la Academia de Logística (Calatayud) como «centro docente militar» o como «centro docente militar de formación» parecería no generar mayor controversia. Sin embargo, genera ciertas dudas de aplicación normativa. Así, cuando la LORDFAS hace referencia al alumnado (y, por ende, al régimen aplicable al mismo) cita, textualmente, de «los alumnos de los centros docentes militares de formación» –arts. 2.3, 13, 14.2, 18, 20, 21.3, 22.3 y 33–. En este sentido, hay que tener en cuenta que hay muchos centros duales (en el ET, sin ir más lejos, todos tienen ese carácter, excepto la Escuela de Guerra y la Escuela Militar de Montaña y Operaciones Especiales) pero que, por los criterios expuestos tienen la consideración de centros docentes militares de formación. En el ejemplo propuesto al inicio, la ACLOG, es un centro en el que se desarrollan enseñanzas de formación y perfeccionamiento, pero que, por mor de la nomenclatura aplicable, tiene la consideración de «centro docente militar de formación». En idénticos términos se expresan el CPM y la LCM.

La cuestión a debate es: si a los alumnos de la enseñanza de perfeccionamiento que, durante su periodo formativo, están destinados en centros de formación ¿se les aplican estos preceptos?, ¿todos los alumnos de esos centros pueden ser sancionados con privación de salida –art. 13 LORDFAS–, con independencia del carácter de la formación que cursen?, ¿se les puede imponer sanción económica, a pesar de estar vedada por disposición del artículo 14.2 LORDFAS?

Con una interpretación literal de la ley –artículo 3.1 Código Civil–, parecería que sí, aunque atendiendo al espíritu de la norma, la respuesta, entendemos, debe ser negativa. La cuestión se hubiera solventado si el legislador, en lugar de calificar a los alumnos por el centro de adscripción (alumnos de los centros docentes militares de formación), lo hubiera hecho por la enseñanza que cursan (alumnos de la enseñanza militar de formación).

Esta expresión que aconsejamos se ha tenido en cuenta a la hora de redactar el capítulo V –artículos 25 y 26– de la Orden DEF/368/2017, por la que se aprueba el Régimen del alumnado, pues ya hace referencia a «los alumnos de la enseñanza de formación...». Por tanto, ahora, si realizamos una interpretación sistemática de todas las normas expuestas, podemos dar una respuesta negativa a las cuestiones planteadas *ut supra*. Es decir, a pesar de su consideración de alumnos, no se les pueden aplicar los artículos de la LORDFAS referidos a ellos, lo mismo que tampoco es de aplicación el artículo 33 de dicho cuerpo legal, intitolado «Competencia sancionadora sobre los alumnos de los centros docentes militares de formación», a centros como la Escuela de Guerra (ET) en la que solo se imparte enseñanza de perfeccionamiento, a pesar de que cuente, en su estructura, con un director, subdirector, jefaturas de Estudios, etc.

¹² Los centros docentes militares vienen relacionados en el ANEXO de la Orden DEF/85/2017, de 1 de febrero.

1. ESTADO MAYOR DE LA DEFENSA:

a) Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (altos estudios de la defensa nacional).

b) Escuela Superior de las Fuerzas Armadas (altos estudios de la defensa nacional).

c) Escuela Militar de Emergencias (perfeccionamiento).

2. EJÉRCITO DE TIERRA:

a) Academia General Militar (formación/perfeccionamiento).

b) Academia de Infantería (formación/perfeccionamiento).

c) Academia de Caballería (formación/perfeccionamiento).

d) Academia de Artillería (formación/perfeccionamiento).

e) Academia de Ingenieros (formación/perfeccionamiento).

-
- f) Academia de Logística (formación/perfeccionamiento).
 - g) Escuela Superior Politécnica del Ejército de Tierra (formación/perfeccionamiento).
 - h) Academia de Aviación de Ejército de Tierra (formación/perfeccionamiento).
 - i) Academia General Básica de Suboficiales (formación/perfeccionamiento).
 - j) Centro de Formación de Tropa N.º 1 (formación/perfeccionamiento).
 - k) Centro de Formación de Tropa N.º 2 (formación/perfeccionamiento).
 - l) Escuela de Guerra del Ejército (perfeccionamiento).
 - m) Escuela Militar de Montaña y Operaciones Especiales (perfeccionamiento).
3. ARMADA (teniendo en cuenta la modificación operada por la Orden DEF/577/2019 y la Instrucción 17/2019):
- a) Escuela Naval Militar (ENM) (formación).
 - b) Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Armas Navales (ETSIAN) (formación/perfeccionamiento).
 - c) Escuela de Dotaciones Aeronavales «Capitán de Navío Cardona» (EDAN) (formación/perfeccionamiento).
 - d) Escuela de Suboficiales de la Armada (ESUBO) (formación/perfeccionamiento).
 - e) Escuela de Especialidades «Antonio de Escaño» (ESCAÑO) (formación/perfeccionamiento).
 - f) Escuela de Infantería de Marina «General Albacete y Fuster» (EIMGAF) (formación/perfeccionamiento).
 - g) Escuela de Especialidades Fundamentales de la Estación Naval de la Graña (ESEN-
GRA) (formación/perfeccionamiento).
 - h) Centro de Estudios Superiores de Intendencia de la Armada (CESIA) (perfeccionamiento).
 - i) Escuela de Guerra Naval (EGN) (perfeccionamiento).
 - j) Escuela de Estudios Superiores (EES) (perfeccionamiento).
 - k) Escuela de Hidrografía «Alejandro Malaspina» (ESHIDRO) (perfeccionamiento).
 - l) Escuela de Submarinos «Almirante García de los Reyes» (ESUBMAR) (perfeccionamiento).
 - m) Escuela Militar de Buceo de la Armada (EMB) (perfeccionamiento).
 - n) Centro de Instrucción y Adiestramiento de la Flota (CIA) (perfeccionamiento).
4. EJÉRCITO DEL AIRE:
- a) Academia General del Aire (formación/perfeccionamiento).
 - b) Ala 23 (formación/perfeccionamiento).
 - c) Grupo de escuelas de Maticán (formación/perfeccionamiento).
 - d) Ala 78 (formación/perfeccionamiento).
 - e) Escuela de Técnicas de Seguridad, Defensa y Apoyo (formación/perfeccionamiento).
 - f) Escuela de Técnicas de Mando, Control y Telecomunicaciones (formación/perfeccionamiento).
 - g) Escuela de Técnicas Aeronáuticas (formación/perfeccionamiento).
 - h) Escuela Militar de Paracaidismo «Méndez Parada» (formación/perfeccionamiento).
 - i) Academia Básica del Aire (formación/perfeccionamiento).
 - j) Escuadrón de Enseñanza de Automoción (formación/perfeccionamiento).
 - k) Centro Cartográfico y Fotográfico del Ejército del Aire (formación/perfeccionamiento).
 - l) Centro de Guerra Aérea (perfeccionamiento).
5. SUBSECRETARÍA DE DEFENSA:
- a) Academia Central de la Defensa (formación y perfeccionamiento).
 - b) Escuela Militar de Estudios Jurídicos (formación y perfeccionamiento).
 - c) Escuela Militar de Intervención (formación y perfeccionamiento).
 - d) Escuela Militar de Sanidad (formación y perfeccionamiento).

perfeccionamiento¹³, siendo que a este último grupo de alumnos no se le aplican las peculiaridades que vamos a exponer a continuación.

Para finalizar esta breve introducción, hay que recordar que para el análisis de esta materia es inexcusable tener presente el desarrollo reglamentario efectuado por la Orden DEF/368/2017, que dedica el capítulo V –arts. 25 y 26– a las especificidades del régimen disciplinario del alumno. Por tanto, al estudiar la cuestión es fundamental acudir a las previsiones contenidas en ambas normas.

2. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO ACTUAL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y LEGISLATIVA

Todas las leyes de personal militar del periodo constitucional vigente han considerado a este colectivo afecto, desde su incorporación a filas a través de los diferentes mecanismos existentes, a la legislación punitiva militar¹⁴.

Incluso antes, la Ley de 17 de julio de 1945, por la que se aprobaba el Código de Justicia Militar, hacía extensiva la competencia de la jurisdicción militar, por razón de la persona a «Los Alumnos de las Academias de los Ejércitos de Tierra, Mar o Aire se considerarán militares a estos efectos desde la fecha de su ingreso y durante su permanencia en las mismas, y solo serán juzgados con arreglo a este Código cuando no pueda castigarse el hecho como infracción de la disciplina escolar según los Reglamentos, salvo que tengan categoría militar propia» (art. 13).

Centraremos nuestro estudio analizando los diferentes hitos que, tras la Constitución española de 1978, han conformado el estado legislativo actual de la materia:

e) Escuela de Músicas Militares (formación y perfeccionamiento).

f) Escuela Militar de Idiomas (perfeccionamiento).

g) Escuela Militar de Ciencias de la Educación (perfeccionamiento).

h) Sección de Enseñanza Ecuestre (perfeccionamiento).

6. CUARTO MILITAR DE S. M. EL REY:

a) Centro de Formación de la Guardia Real (formación).

¹³ Según el artículo 43.2 LCM «la enseñanza en las Fuerzas Armadas comprende la enseñanza de formación, la enseñanza de perfeccionamiento y la de altos estudios de la defensa nacional».

¹⁴ Nos referimos a Ley 17/1989, de 19 de julio, del Régimen del personal militar profesional, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de personal de las Fuerzas Armadas y la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

A.- La Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

En este texto se separa, por primera vez, la materia disciplinaria de la penal, rompiendo el sistema unitario establecido en el Código de Justicia Militar de 1945.

Esta Ley solo contemplaba, inicialmente, a los alumnos de manera residual. Así, remitía al personal que cursaba sus estudios en las academias y escuelas de formación de las FAS a unos *reglamentos disciplinarios específicos*¹⁵, señalando a tal efecto, el párrafo tercero del artículo 3 que:

«A los alumnos de las Academias y Escuelas de formación de Oficiales, Suboficiales, y Clases de Tropa y Marinería se les aplicarán sus Reglamentos disciplinarios específicos, los cuales deberán adecuarse a lo regulado en la presente Ley con inclusión de las infracciones de carácter escolar».

Estos reglamentos que debían adecuarse a los principios de la propia ley disciplinaria, sin embargo, nunca lo hicieron.

B.- La Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar.

Esta norma legal sí fijaba como sujetos activos de posibles ilícitos penales a los que «cursen estudios como alumnos en las Academias o Escue-

¹⁵ La reglamentación se hacía por un conjunto de normas dispares que quedaron derogadas tras la publicación de la Orden Ministerial 43/1993, de 21 de abril: (1) Orden de 17 de julio de 1945, del Ministerio del Aire, por la que se aprueba el Reglamento Provisional para el Régimen Interior de la Academia General del Aire; (2) Orden de 21 de enero de 1946, del Ministerio del Ejército, por la que se aprueba, con carácter provisional, el Proyecto de Reglamento para el Régimen Interior de las Academias Militares de las Armas de Infantería, Caballería, Artillería, Ingenieros y Cuerpo de Intendencia; (3) Orden de 30 de noviembre de 1955, del Ministerio del Ejército por el que se aprueba el Reglamento Provisional para el Régimen Interior de la Academia General Militar; (4) Orden de 6 de diciembre de 1976, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de los Centros de Formación de Oficiales de la Escala Especial del Ejército de Tierra; (5) Orden 1236, de 13 de octubre de 1977, del Ministerio de Defensa por la que se aprueba el Reglamento de la Escuela Naval Militar; (6) Orden Delegada 518/1980, de 29 de julio, del Ministerio de Defensa, por la que se aprueba el Reglamento de la Escuela de Oficiales de la Armada; y (7) Orden 179/1981, de 3 de diciembre, por la que se aprueba el Reglamento para el Funcionamiento de la Academia General Básica de Suboficiales del Ejército de Tierra.

las militares», por lo que no planteaba dudas la aplicación de esta en los casos de comisión de delitos militares –art. 8.3 CPM–¹⁶.

C.- La Ley 17/1989, del Régimen del Personal Militar Profesional.

Señalaba en el artículo 55 que los que ingresan en los centros docentes militares de formación «estarán sometidos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares, sin que estén vinculados por una relación de servicios de carácter profesional».

Según disponía el artículo 57.2, el sometimiento al régimen disciplinario se concretaba, en análogos términos a los marcados en la LO 12/85, en los denominados *reglamentos disciplinarios específicos* de los centros docentes militares de formación, los cuales debían adecuarse a lo regulado en aquélla.

Sin embargo, ese mismo precepto añadía dos previsiones que, aún hoy, se siguen recogiendo en la normativa vigente:

- a) Las sanciones disciplinarias impuestas a los alumnos se cumplirían en el propio centro y sin perjuicio de la participación de aquél en las actividades académicas.
- b) En ningún caso las sanciones por infracciones de carácter académico podrían suponer para el alumno la privación o restricción de libertad¹⁷.

D.- Esa falta de regulación al respecto de los alumnos de los centros docentes de formación de que adolecía la LO 12/85, fue subsanada a través de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar.

Esa norma legal incorporó en su disposición adicional décima, una modificación de la disposición adicional tercera de la LO 12/85, sometiendo a los alumnos de los centros militares de formación al régimen disciplinario militar, con algunas peculiaridades que ya fijaba la Ley 17/1989.

En la referida disposición se establecía:

«Tercera. 1. Los alumnos de los centros docentes militares de formación estarán sujetos a lo previsto en esta Ley, teniendo en cuenta que las sanciones por infracciones disciplinarias militares se cumplirán en el propio centro y sin perjuicio de la participación del alumno en

¹⁶ Evidentemente, sobra añadir que la condición de militar no profesional del culpable se tendría en cuenta para la imposición de la pena en una extensión menor –art. 35 CPM–.

¹⁷ Dado que, como venimos comentando, el alumno queda sometido a un doble régimen: el disciplinario (infracciones disciplinarias) y el académico (infracciones académicas).

las actividades académicas y que el expediente disciplinario que se incoe por falta grave podrá tener como resultado la baja del alumno en el centro docente militar. La potestad para imponer dicha sanción corresponderá al Secretario de Estado de Administración Militar. Contra dicha sanción se podrá interponer recurso ante el Ministro de Defensa.

»2. Las infracciones de carácter académico no están incluidas en el Régimen Disciplinario Militar. Dichas infracciones y las correspondientes sanciones, que no podrán suponer para el alumno restricción o privación de libertad, se determinarán en las normas de régimen interior de los centros docentes militares que apruebe el Ministro de Defensa».

E.- La Orden Ministerial 43/1993, sobre Régimen del Alumnado de los Centros Docentes Militares de Formación.

En desarrollo de las previsiones legales del artículo 41.2¹⁸ de la Ley 17/89 y de la disposición adicional tercera de la LO 12/85, se publica la precitada Orden Ministerial.

Esta OM estaba dirigida a:

- a) Los *alumnos de los tres Ejércitos y escalas* –oficiales y suboficiales–.
- b) Los *alumnos de cuerpos comunes* –disposición adicional–.
- c) Al *personal de tropa y marinería* les será de aplicación lo referido en la Orden Ministerial 43/93 por indicación expresa de la disposición adicional única de la Orden Ministerial 42/2000, de 28 de febrero, sobre directrices generales de los planes de estudios para la enseñanza militar de formación de los militares profesionales de tropa y marinería.

Por lo que a nuestro estudio se refiere, la OM 43/93 se sustenta en el doble sistema punitivo: las *infracciones de carácter académico* –de las que hace una expresa regulación– y las genuinas *faltas disciplinarias*.

Recogía en su capítulo V –arts. 23 y 24– los criterios para la aplicación del régimen disciplinario a los alumnos, debiendo advertir que las referencias hechas a la LO 12/85, se extendieron a la LO 8/98. Las previsiones establecidas en el artículo 24 estaban recogidas en la LORDFAS, por lo que no vamos a hacer mención especial a las mismas.

¹⁸ Ese precepto disponía que el ministro de Defensa aprobaría las normas generales que habían de regular el régimen interior de los centros docentes militares de formación.

F- La Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Esta ley mantiene ese sistema dual de infracciones reseñado, conteniendo algunas peculiaridades respecto a los alumnos de la enseñanza militar de formación tanto en la tipificación de algunas infracciones, como en la imposición y cumplimiento de las sanciones.

No obstante, como ya hemos hecho puesto de manifiesto, fijaba infracciones que solo podían ser realizadas por el personal militar profesional lo que excluía *ab initio* a los alumnos.

G.- La Ley 39/2007, de la Carrera Militar.

La LCM determina, siguiendo a sus antecesoras, que los alumnos de los centros docentes militares de formación, tras la incorporación a los mismos y la firma, si procede, de un documento al efecto, adquieren la condición militar, sin que la vinculación sea una relación de servicios de carácter profesional, «quedando sujetos al régimen de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares» –art. 67–¹⁹.

Igualmente, respecto de la materia disciplinaria que nos ocupa, el texto legal se reafirma en la duplicidad del régimen sancionador en los términos ya expuestos, que deberá quedar reflejado en las normas de régimen interior de cada centro. Esas normas tienen como uno de sus objetivos principales compatibilizar las exigencias de la formación militar y la progresiva adaptación del alumno al medio militar, con las requeridas para la obtención de titulaciones del sistema educativo general –art. 69–.

Para ello, existirán unas normas generales de régimen interior, aprobadas por el ministro de Defensa que servirán de marco al que deberán ajustarse los diferentes centros formativos²⁰.

Señala el artículo 69 que las infracciones académicas de la enseñanza de formación no están incluidas en el régimen disciplinario militar y serán

¹⁹ El engaño o manipulación de los documentos aportados por el interesado con el objetivo de cumplimentar los requisitos fijados en los procesos selectivos –por ejemplo, referidos a la titulación necesaria para concurrir– puede dar lugar, no solo a la baja en el proceso/curso en cuestión, sino también a un delito de deslealtad (amen de una posible falsedad documental). En estos términos se han pronunciado la STS 5.ª 284/2019, de 11 de febrero (desestimación del recurso de casación) y STMT 1.º 81/2018, de 8 de mayo (condena).

²⁰ Esa disposición tiene su desarrollo en la Orden DEF/85/2017, de 1 de febrero, por la que se aprueban las normas sobre organización y funciones, régimen interior y programación de los centros docentes militares. En ella se define el régimen interior como el conjunto de normas o procedimientos de actuación que establecen su organización y funcionamiento, que serán aprobadas por el director de Enseñanza correspondiente a propuesta del director del centro –art. 29– y que han de tener un contenido mínimo –art. 30–.

sancionadas con arreglo a lo que se determine en el régimen interior de los centros docentes en los que se cursen los estudios. Esas normas de régimen interior serán aprobadas por el ministro de Defensa.

El artículo 71.2, al referirse a la baja de los alumnos señala que ésta podrá producirse, entre otras causas, por la imposición de una sanción disciplinaria de baja en el centro docente militar de formación por falta grave o separación del servicio o resolución de compromiso por falta muy grave, de acuerdo con lo dispuesto en la LORDFAS²¹.

H.- La LORDFAS vigente incluye, en términos análogos a la legislación precedente, a los alumnos como sujetos pasivos del régimen disciplinario con las peculiaridades que a lo largo del presente trabajo desgranaremos.

I.- La Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. Cuyos preceptos son de aplicación a los alumnos de los centros docentes militares de formación y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de la Guardia Civil.

J.- Termina este elenco normativo la reciente Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, por la que se aprueba el Régimen del Alumnado de la Enseñanza de Formación (OrdenDEF).

Esta norma se aplica a todo tipo de alumnos, sean de acceso a las escalas de oficiales y suboficiales, como para tropa y marinería al derogar tanto la Orden Ministerial 43/1993 como la Orden 42/2000, que regulaban esas dos modalidades de alumnado.

Esta OrdenDEF cumplimenta ese mandato legal y regula, de manera más detallada, el régimen jurídico de las infracciones académicas en sus artículos 19 a 24 y el régimen disciplinario –arts. 25 y 26–.

²¹ Este apartado del artículo 71 de la LCM fue modificado por la LO 8/2014, pues con la redacción originaria era causa de baja del centro docente militar de formación «la imposición de sanción disciplinaria por falta grave de acuerdo con lo dispuesto en la LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las FAS». Esa redacción inicial había provocado la adopción de resoluciones de baja de alumnos por el simple hecho de haber sido sancionados por falta grave, independientemente de la sanción impuesta, lo que provocó alguna sentencia contraria de los TSJ (en concreto el de Aragón) al entender que era desproporcionada la baja en el centro docente militar de formación en relación con los hechos por los que el alumno había sido condenado (delito contra la seguridad vial). Con esta nueva redacción, mucho más acorde con el espíritu del legislador, solo se causará baja cuando la sanción impuesta implique, per se, la pérdida de la condición de alumno.

Es loable el paso adelante que esta norma da respecto a su predecesora en la distinción, en ocasiones poco clara, entre las infracciones académicas y las disciplinarias. No obstante, más adelante volveremos a incidir sobre esta materia dada su importante trascendencia en el régimen de vida diario de los alumnos.

K.- Recordemos, por último, que el artículo 69.3 LCM daba la competencia al ministro de Defensa para aprobar las normas de régimen interior de los centros docentes militares de formación.

Esta previsión se concreta en la Orden DEF/85/2017, de 1 de febrero, por la que se aprueban las normas sobre organización y funciones, régimen interior y programación de los centros docentes militares.

De toda la normativa expuesta se concluye que los alumnos que ingresen en los centros docentes militares de formación (incluidos los de los centros universitarios de la defensa) se incorporan a las Fuerzas Armadas (con la firma de un documento, salvo aquellos que ya tuvieren la condición militar previa) por lo que quedan sometidos a una relación jurídico pública especial y de carácter temporal, si bien con aspiraciones de permanencia, que no les confiere *ab initio* la condición de profesionales, pero que les supone quedar sujetos al mismo régimen de derechos y deberes que los restantes miembros de las FAS y a las leyes penales y disciplinarias militares.

3. EL TRATAMIENTO DE LOS ALUMNOS EN LA LEY DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO 8/2014, DE 4 DE DICIEMBRE

3.1. LA CONDICIÓN DE «ALUMNO» A LOS EFECTOS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Si la premisa indiscutible con la que venimos trabajando es que el alumno es sujeto activo del régimen disciplinario, esa posición académica y el desarrollo de sus actividades en centros docentes militares de formación y en otras unidades, centros u organismos donde se encuentren completando su formación, deberán ser tenidos especialmente en consideración en la aplicación de los preceptos de la ley, teniendo en cuenta el valor formativo de las advertencias o amonestaciones verbales –art. 22.2 LORDFAS–.

Desglosando este precepto, encontramos varias cuestiones de interés:

I) Por un lado la consideración de la condición de alumno a los efectos de graduar la imposición de una sanción:

En idéntico sentido se expresa la OrdenDEF al señalar que «a) Se tomará en consideración especialmente la condición de alumnos de sus destinatarios inmediatos y el desarrollo de sus actividades en centros docentes militares de formación y en otras unidades, centros u organismos donde se encuentren completando su formación» –art. 26.a–.

Ninguna de esas dos normas especifica en qué consiste esa «consideración» a la hora de aplicar la potestad disciplinaria, pero no cabe duda de que hacen referencia a mantener incólume la formación, de tal manera que el alumno sancionado debe continuar con las actividades docentes con normalidad, sin perjuicio de que, fuera del horario lectivo, tenga obligaciones asociadas al castigo impuesto. Además de esto, en la gradación de cada sanción que realice el mando competente deberá tener presente el tiempo de formación que puede llevar el alumno y su aclimatación a la vida militar²². Así, no será lo mismo, a

²² Al respecto de la proporcionalidad que se ha de tener en cuenta a la hora de aplicar las sanciones disciplinarias a los alumnos de los CDMF, es interesante tener en cuenta lo dicho en la STS 5.^a 1995/2008, de 7 de mayo. Traemos a colación, por su relación al caso, el Fundamento Jurídico Tercero:

«TERCERO. - 1.- Aunque la problemática suscitada a propósito de la proporcionalidad e individualización en sentido estricto de la sanción ya ha sido aludida en el fundamento precedente, nos ocupamos ahora con mayor detenimiento del examen y decisión del motivo correspondiente (tercero) del escrito del Ilmo. Sr. Abogado del Estado, lo que constituye la cuestión medular a que se contrae el presente recurso. Es total el desacuerdo de la parte recurrente con la sentencia de instancia, lo cual no resta mérito al esfuerzo argumental que en la misma (FD. III) hace el Tribunal de instancia, para desarrollar su convencimiento sobre los términos del ajuste o adecuación de la sanción a la gravedad del hecho, según las circunstancias del autor y la afectación de la disciplina conculcada con aquella actuación de la que fue protagonista el reiterado alférez-alumno. El tribunal a quo se decantó por estimar la alegación realizada en la instancia por el sancionado, y en consecuencia resolvió que la sanción impuesta no era proporcional concluyendo con la procedencia de su sustitución por la de arresto en su máxima duración temporal. Tres fueron las razones en que se basó el tribunal para llegar a esta conclusión: a) La existencia de la atenuante de arrepentimiento puesto de manifiesto por el infractor, y que no fue tenida en cuenta por la autoridad sancionadora; b) Asimismo la no toma en consideración de la atenuante específica y cualificada consistente en ser el sancionado alumno del centro militar de formación (art. 6. pfo. segundo LO. 8/1998); y c) Falta de motivación suficiente para justificar la elección de la más grave de las sanciones previstas para corregir la infracción. La Abogacía del Estado sostiene a lo largo de su Recurso que la opción sancionadora fue la adecuada, en términos de la debida proporcionalidad, a la extrema gravedad del comportamiento del alférez-alumno; así como que no estaba probado el arrepentimiento del autor ni era correcta la interpretación que en la sentencia se hace acerca de la existencia de una circunstancia de atenuación específicamente prevista para los alumnos que incurran en responsabilidad disciplinaria. El representante de la Administración defiende la suficiencia de la motivación expuesta el efecto en la resolución sancionadora de la Sra. subsecretaria del Ministerio de Defensa.

2.- Al dar respuesta a este apartado de la pretensión casacional, lo primero que debemos decir es que la calificación como grave del ilícito disciplinario se mantiene en la sentencia en los mismos términos en que quedaron tipificados en aquella resolución administrativa, es decir, se cometió la falta grave consistente en “Hacer reclamaciones, peti-

ciones o manifestaciones contrarias a la disciplina”, a que se refiere el art. 8.18 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. No se ha llegado a poner en duda la valoración de la conducta ni la negativa incidencia que esta tuvo sobre el valor disciplina, sino el acierto de aquella resolución, confirmada en alzada, que concluyó el expediente disciplinario imponiendo la más grave de las sanciones que en el régimen disciplinario está prevista para las infracciones realizadas por alumnos de los centros militares de formación, cuando la subsecretaría pudo decantarse por la corrección alternativa de arresto. El tribunal sentenciador sostiene que concurren en el hecho dos circunstancias atenuantes no tenidas en cuenta por quien decidió el expediente, y, además, considera que la motivación utilizada para justificar la respuesta disciplinaria resulta insuficiente teniendo en cuenta la extrema gravedad de esta y su carácter irreversible. Hemos dicho ya que la sala no comparte el criterio expuesto en la sentencia sobre que el art. 6 pfo. segundo LO. 8/1998 establezca una atenuante específica y cualificada por la condición del infractor, sino que se trata de una regla especial sobre proporcionalidad e individualización de las sanciones a imponer a quienes reúnan la reiterada condición de alumnos de centros de formación militar, cuya eficacia se despliega en la graduación de las correcciones derivadas de hechos ejecutados en el desarrollo de las actividades que se realicen en tales centros. En cuanto al arrepentimiento apreciado como atenuante, también hemos dicho que existe base probatoria en el procedimiento para que el tribunal así lo haya ponderado si bien que, añadimos ahora, la expresada particularidad no está expresamente prevista como tal atenuante de la responsabilidad en la Ley Disciplinaria, pudiendo valorarse en todo caso como un dato o elemento integrado en el conjunto de “circunstancias que concurren en los autores” a que se refiere el art. 6 pfo. primero, esto es, a efectos de la concreta individualización.

3.- Resta por verificar la corrección de la sentencia, único objeto de este recurso, cuando en la misma se tacha la motivación empleada por la autoridad sancionadora de insuficiente y falta de la debida adecuación al caso, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del autor y la extrema severidad de la reacción disciplinaria. Distinto es el parecer del recurrente que encuentra colmado el deber de motivación con el contenido del informe propuesta procedente de la Asesoría Jurídica General del Ministerio (hojas n.º 15 y 16) que integra a este efecto la resolución por la remisión expresa que en esta se hace a dicho informe propuesta. Pasando a la calidad argumentativa de la motivación controvertida, esta debe considerarse, en cuanto a la primera parte de los razonamientos que se utilizan, excesivamente abierta por las afirmaciones genéricas que contiene sobre los deberes que resultan exigibles a quienes se encuentran en su periodo de formación militar, lo que lleva a estimar “inoportuno el mantenimiento del expediente dentro del sistema educativo castrense, dada su conducta antidisciplinaria objetivamente considerada”, lo que “evidencia (sigue el razonamiento) una manera de conducirse absolutamente incompatible con la pertenencia a las Fuerzas Armadas al implicar una actitud que no se compeade con los principios de jerarquía y subordinación propios de la Institución y, menos aún, con el valor esencial de la disciplina militar”. La segunda parte de las razones esgrimidas, destinadas a ponderar las circunstancias personales del autor, no son jurídicamente asumibles en la medida en que tienden a justificar la medida adoptada en función de la ejemplaridad que la misma ha de causar en el ámbito en que la actuación indisciplinada se produjo; y así se dice: “El alférez-alumno Ricardo no es un alumno cualquiera sino que es el número uno de su promoción, circunstancia esta que, unida a los rasgos específicos de su personalidad, como carácter dominante y enérgico, hace que el desarrollo de este caso esté siendo seguido con especial atención por todos los alumnos de la Academia, al tratarse de una actuación pública del alumno más emblemático, de forma que esa especial personalidad y las circunstancias en que se produjeron los hechos, en presencia de los mandos de la Academia y de visitantes civiles, hacen que el reproche disciplinario al autor de aquellos hechos debe ser significativamente más enérgico que la sanción de arresto que propone el instructor del expediente,

efectos de proporcionar castigos, sancionar a un alumno de 5.º curso de academia que a uno de 1.º, como tampoco debe serlo aplicar un correctivo a un

cuya final imposición llevaría, en opinión del director de la Academia, a una sensación de impunidad nada conveniente en un centro militar de formación de esas características”.

4.- Decididamente la sentencia recurrida debe mantenerse también en este extremo, porque los razonamientos transcritos solo en apariencia cumplen el esencial deber de motivar, que como obligación constitucional (art. 120.3 CE.) también resulta exigible en las resoluciones administrativas de carácter sancionador (nuestras sentencias 26.01.2004; 08.07.2004; 15.07.2004; 20.09.2004; 02.11.2004; 22.12.2004; 21.01.2005 y 09.03.2005, entre otras). A través de las afirmaciones que se hacen sobre la inoportunidad de continuar el expedientado en el sistema educativo castrense, su incompatibilidad con la pertenencia a las Fuerzas Armadas y que la actitud reprochable no se compadece con los principios de la Institución, se emiten juicios apodícticos, por incontrovertibles, que no descansan en la valoración pormenorizada de los hechos; ni en lo que concierne a las circunstancias del autor la Resolución se adentra en el grado de culpabilidad que presidió su comportamiento desplazando esta pauta culpabilística, que forma parte del art. 6 de la Ley Disciplinaria y es módulo insoslayable para graduar la responsabilidad exigible, (nuestras sentencias 23.10.2000; 17.01.2002; 26.01.2004; 17.02.2006 y 06.02.2008, y de la Sala 3.ª de este Tribunal Supremo, con carácter general, 30.12.2004; 25.01.2006 y 24.04.2007), que en el caso se sustituye por criterios tan ajenos a dicho elemento subjetivo como resulta de conferir al castigo eficacia instrumental al servicio de la ejemplaridad, el aviso o la advertencia para situaciones similares, descartándose finalmente la sanción de arresto propuesto por el instructor para evitar “una sensación de impunidad” en el centro en que los hechos ocurrieron.

Coincidimos con el tribunal de instancia en que “no es posible limitar la conducta reprochada a la mera lectura de la carta, prescindiendo del contexto en el que tal acción se produjo, de ahí el esfuerzo descriptivo de las circunstancias concurrentes efectuado en esta sentencia” (FD. I), y asimismo se conviene en que una justificación realizada en estos términos no es asumible. Las sanciones no se conciben en función de su ejemplaridad derivada del rigor del castigo, sino por su adecuación a la norma lo que conlleva un primer juicio de la procedencia de su imposición y luego el de proporcionalidad en la concreción al caso y a la persona del autor. Los hechos que dieron lugar al expediente se enmarcan necesariamente dentro de las características de la ocasión en que tuvieron lugar, formando parte de una sucesión de actos programados con criterios más bien festivos y jocosos, antes que los estrictos del ámbito castrense con lo que los límites de lo tolerable desde el punto de vista de la disciplina no quedaban desde el principio bien definidos, lo que explica que el acto se presentara con el título dicho “El circo de la Academia del Aire”, el que se disfrazaran con atuendos propios de payasos los alféreces-alumnos o consintieran los mandos del centro en ser lanzados al aire por aquellos, con realización de otros “actos similares de relajado jolgorio”, como en la sentencia se declara probado. Con la organización de la actividad se dio lugar a una situación de confianza en cuanto a la permisividad de ciertas conductas, que resultan inusuales en el desenvolvimiento de las actividades ordinarias de un centro de esta clase, de lo que se aprovechó el expedientado para manifestarse en términos incuestionablemente inapropiados.

La sanción de baja en el centro es la más gravosa de las que pueden imponerse a los alumnos en formación militar, equiparable *mutatis mutandis* a la separación del servicio que solo está prevista con carácter extraordinario para las faltas muy graves cometidas por los militares de oficio. Sus consecuencias irreparables, unido a la previsión de alternativas sancionadoras, hacía necesaria una especial y reforzada motivación (vid. recientemente SSTC. 21/2008, de 31 de enero y 29/2008, de 20 de febrero y de esta sala 24.04.2007 y 25.05.2007), justificadora en términos de razonabilidad del porqué de la elección excluyendo cualquiera otra de las posibles respuestas disciplinarias.

Con desestimación del recurso de la Abogacía del Estado».

alumno de un centro de formación de tropa en la fase de formación general militar (primer mes) o en la fase de formación específica (una vez jurada bandera y firmado el compromiso inicial que lo liga como profesional a las FAS).

Pues, en los términos expuestos por nuestro Alto Tribunal, «no se trata de propiciar en la ocasión ningún escarmiento, a través de la ejemplaridad del castigo aplicado a los responsables de las faltas cometidas en el contexto de la enseñanza militar...sino, en todo caso, que la corrección sea proporcionada a la ilicitud que representa la infracción, de manera que compense el desvalor jurídico de la acción y la culpabilidad del autor, según dijimos antes, conforme a criterios que resulten válidos y extrapolables a situaciones análogas en el ámbito de la enseñanza en centros militares, en que la condición de alumno conlleva la toma en consideración de modelos y pautas de conducta peculiares, pero que no equivale necesariamente a circunstancia personal de atenuación de la responsabilidad» (STS 5.^a 195/2018, de 10 de enero).

Por último, hay que traer a colación que, tal y como indica el apartado c del artículo 26 de la OrdenDEF, el especial régimen de vida de los alumnos no podrá suponer merma alguna en los derechos a la presunción de inocencia, de información de la acusación disciplinaria, defensa del infractor, audiencia previa, utilización de medios de prueba adecuados y derecho a interponer los recursos correspondientes. Con estas previsiones se pretenden evitar abusos que pudieran venir derivados de la posición dominante de profesores o alumnos más antiguos y que desvirtuaran el derecho a la defensa del eslabón más débil de la cadena, en este caso el alumno novel.

II) El artículo 22.2 LORDFAS también hace alusión a las «amonestaciones verbales» (y su valor formativo), que no tienen consideración, en ningún caso, de sanciones disciplinarias –art. 12 LORDFAS²³– pero que tampoco pueden confundirse con las «correcciones verbales» de posible aplicación a consecuencia de la comisión de infracciones académicas, a que se refiere el artículo 20 de la OrdenDEF²⁴.

²³ El artículo 12 LORDFAS proclama que «la reprensión (que es una sanción que se puede imponer al autor de una falta leve) es la reprobación disciplinaria expresa que, por escrito, dirige el superior con competencia disciplinaria para imponerla a un subordinado para su anotación en la hoja de servicios. No constituye sanción disciplinaria la advertencia o amonestación verbal que, para un mejor cumplimiento de las obligaciones, pueda hacerse en el ejercicio del mando».

²⁴ El artículo 20 Orden DEF señala, en su inciso 1, que «en ningún caso las infracciones de carácter académico darán lugar a la imposición de alguna de las sanciones previstas en el Régimen Disciplinario». Añade ese precepto que este tipo de infracciones se corregirán con amonestaciones verbales o escritas.

Las primeras tienen relación directa con el deber de corrección que todo militar asume ante comportamientos de los de inferior empleo, le estén o no subordinados²⁵ –art. 30 LORDFAS–, estando orientadas al mejor cumplimiento de las obligaciones de aquéllos, aunque no tienen trascendencia disciplinaria. Las segundas, ajenas a la LORDFAS, pero no al mantenimiento de la disciplina académica, pueden tener consecuencias en el plano escolar (pero no en el disciplinario).

Tampoco pueden confundirse la «repreñión» (de imposición por falta leve *ex art.* 12 LORDFAS), con las «amonestaciones escritas» de la OrdenDEF, pues las primeras son auténticas sanciones disciplinarias (que se realizan por escrito y se anotan en la hoja de servicios), mientras que las segundas entran de lleno en el ámbito académico. Es cierto que el contorno delimitador entre unas y otras es difícil, aunque nos remitimos a lo expuesto al tratar las infracciones académicas.

3.2. LAS SANCIONES DE POSIBLE IMPOSICIÓN AL ALUMNO DE FORMACIÓN

Otro aspecto relevante de la materia que nos ocupa son las sanciones que se pueden imponer a los alumnos y que vienen marcadas, con carácter general, por el artículo 11 LORDFAS. Debemos tener presente, llegado este punto, las peculiaridades más importantes frente al régimen general establecido en la Ley y aplicable a los militares profesionales:

- A) La LORDFAS establece algunas modalidades sancionadoras propias para quien ostenta la condición de alumno, tal y como ocurre en el supuesto de la privación de salida –art. 13– o la baja en el centro docente militar de formación –art. 18–.
- B) Por el contrario, hay otras sanciones que no son, en ningún caso, aplicables a los alumnos por mor del tenor literal de la Ley, siendo ejemplos de ello la sanción económica –art. 14–, la pérdida de destino –art. 17– o la suspensión de empleo –art. 19–.

El artículo 26, letra a), *in fine* de la OrdenDEF²⁶ trata estas restricciones en idénticos términos.

²⁵ Sobre la distinción entre el deber de coacción y el ejercicio del *ius puniendi*, conviene acudir a la STS 5.ª, de 22 de abril de 2008.

²⁶ Precepto que en su literalidad señala que «...no es aplicable al alumnado la sanción económica ni las de suspensión de empleo y pérdida de destino y las demás sanciones disciplinarias se cumplirán en el propio centro y sin perjuicio de la participación del alumno en las actividades académicas, lo que deberá extenderse a los arrestos cautelar y preventivo».

C) Por último, encontramos sanciones que, de ser impuestas a los alumnos, deben ser moduladas en su aplicación, conllevando consecuencias propias:

(i) Así, los *arrestos por falta grave y muy grave* (art. 16 LORDFAS) deberán ser cumplidos por aquéllos en el propio centro docente militar de formación, participando en las actividades académicas y permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo (art. 60.3, in fine LORDFAS).

Por lo que respecta al cumplimiento del *arresto por falta leve*, según el artículo 15 LORDFAS, se cumplirá en el domicilio del sancionado o en el lugar de su unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento que se señale en la resolución sancionadora. ¿Esto significa que un alumno en régimen de externado podría cumplir esta sanción en su domicilio?

La respuesta se extrae del compendio de normas que regulan el estatuto jurídico del alumno y debe ser negativa pues, a pesar de que el citado art. 60.3 parece referirse exclusivamente a las condiciones de cumplimiento de los arrestos por falta grave y muy grave, el art. 26.a de la OrdenDEF sí señala que «...las demás sanciones disciplinarias se cumplirán en el propio centro y sin perjuicio de la participación del alumno en las actividades académicas, lo que deberá extenderse a los arrestos cautelar y preventivo», lo que abarca todas las modalidades de arresto.

Pero es que, a mayor abundamiento, la cuestión queda resuelta definitivamente por la Instrucción 32/2018, de 30 de mayo, del subsecretario de Defensa, por la que se regula el régimen de externado de los alumnos de la enseñanza de formación, al disponer el artículo cuarto, apartado 4 que «el cumplimiento de una sanción disciplinaria que implique arresto o privación de salida será motivo de retiro temporal del disfrute del régimen de externado, recuperándose el citado régimen una vez cumplida la correspondiente sanción».

(ii) La sanción de *separación del servicio* que llevará aparejada, además, la baja en dicho centro, con pérdida tanto de la condición de alumno como del empleo militar que hubiere alcanzado con carácter eventual (art. 20).

(iii) La resolución de compromiso, cuya imposición llevará aparejada la baja en dicho centro, con pérdida tanto de la condición de alumno como el empleo militar que hubiere alcanzado con carácter eventual (art. 21). Supuesto este que se da en los alumnos de la escala de tropa y marinería que, una vez superada la fase de

formación señalada en la convocatoria, firman el compromiso inicial, obteniendo el empleo de soldados o marineros concedido por el jefe del Estado Mayor respectivo, aun cuando continúan como alumnos cursando la fase de formación específica –art. 78 LCM y art. 4 Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería (LTyM)²⁷–. Más adelante volveremos a incidir con la cuestión.

Estos preceptos hay que ponerlos en relación inmediata con el artículo 71 de la LCM que, en la parte que nos interesa, señala que:

- La imposición de sanción disciplinaria de baja en el centro docente militar de formación por falta grave o separación del servicio o resolución de compromiso por falta muy grave implican la baja del alumno.
- Al causar baja, el alumno pierde su condición de militar, salvo que la tuviere antes de ser nombrado como tal (supuestos de cambio de cuerpo o escala o promoción interna), resolviéndose el compromiso inicial de quien lo hubiere firmado –supuesto previsto para el personal de tropa y marinería quienes tras un periodo de formación general firman un compromiso inicial, aunque siguen ostentando la condición de alumnos durante el periodo de formación específica a pesar de haberse incorporado a su escala tras la concesión del empleo por el jefe del Estado Mayor respectivo–.
- Los alumnos que hayan ingresado por la vía del artículo 57.1 de la LCM (ingreso a la Escala de Oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina, y Cuerpos Comunes) causarán baja en el centro universitario de la defensa correspondiente.

D) A la hora del cumplimiento de las sanciones de arresto y privación de salida, el artículo 26.e) de la OrdenDEF establece una limitación tem-

²⁷ Para esclarecer esta cuestión hay que acudir al artículo 30 del Real Decreto 35/2010, de ingreso y promoción y ordenación de la enseñanza militar de formación en las FAS, que dispone en el apartado 4 que «La condición de militar de tropa y marinería se adquiere al incorporarse a la escala, una vez superada la parte del periodo de formación determinado en la convocatoria de las pruebas selectivas, cuya duración mínima se indica en el artículo 26.2, y firmado el compromiso inicial regulado en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería. La especialidad fundamental se adquiere una vez superada la totalidad de la formación militar general, específica y de especialidad fundamental». Por remisión, el artículo 26 señala que la enseñanza de formación de los militares de tropa y marinería requerirá la superación de un plan de estudios de tres fases: la formación militar general, específica y de especialidad fundamental. Añade el apartado 2 de ese precepto que «la formación militar general y parte de la específica se impartirá en un periodo mínimo de ocho semanas, que deberá superar el aspirante para suscribir el compromiso inicial y obtener la condición de militar de tropa y marinería».

poral pues ningún alumno estará obligado a permanecer ininterrumpidamente en el centro docente y sus dependencias, por espacio superior a dos meses. Ello supone una modulación a la regla general fijada en el artículo 64 LORDFAS que determina que «si la suma de los arrestos excede de cuatro meses no se cumplirá el tiempo que sobrepase dicho límite».

Por tanto, *las sanciones que se pueden imponer a los alumnos* de los centros docentes militares de formación son:

3.2.1. Por falta leve:

- **REPRENSIÓN POR ESCRITO** (art. 12). Como ya hemos indicado al principio de este capítulo, no se debe confundir esta modalidad de sanción con la amonestación escrita que los directores y subdirectores jefes de estudios pueden dirigir a los alumnos que se prevén en el artículo 22 de la Orden DEF/368/2017 para las infracciones académicas más graves o contumaces.
- **PRIVACIÓN DE SALIDA DEL CENTRO, DE UNO A OCHO DÍAS** (art. 13), que supone la permanencia del alumno sancionado dentro del recinto académico, fuera del horario de actividades. Debe estar localizado, y cumplir el horario establecido, debiendo acudir a los actos/formaciones fijados. Cuidado aquí con la aplicación de determinados «refuerzos académicos» que acompañan a las amonestaciones verbales y que podrían derivar, con su mal uso, en privaciones de salida encubiertas.
- **ARRESTO DE UNO A CATORCE DÍAS EN EL CENTRO POR FALTA LEVE** (art. 14). El sancionado tiene su libertad restringida, debiendo permanecer durante el tiempo que dure el arresto en el lugar designado a tal efecto, debiendo participar en todas las actividades académicas que se lleven a cabo y cumpliendo el horario establecido. Ya hemos señalado que, en todo caso, el lugar de cumplimiento debe ser el CDMF (art. 26.a OrdenDEF).

3.2.2. Por falta grave y muy grave:

- **ARRESTO DE QUINCE A SESENTA DÍAS POR LA COMISIÓN DE UNA FALTA GRAVE O MUY GRAVE** (art. 16). Consiste en la privación de libertad durante el tiempo que dura la sanción, cum-

pliéndose en el propio centro, y sin perjuicio de la participación del arrestado en todas las actividades académicas, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo. Deberán cumplir con el horario establecido para ello (art. 60.3, *in fine*).

Es importante tener en cuenta que, según dispone el artículo 26, letra e) de la Orden DEF/368/2017, se impone un límite máximo de tiempo acumulado de estas sanciones pues las circunstancias de ejecución de arresto y privación de salida no permitirán que ningún alumno resulte obligado a permanecer ininterrumpidamente en el centro y sus dependencias, por espacio superior a dos meses.

- BAJA EN EL CENTRO DOCENTE MILITAR DE FORMACIÓN (art. 18). Supondrá la pérdida de la condición de alumno y la del empleo militar que hubiere alcanzado con carácter eventual, sin perjuicio de conservar el empleo militar que tuviere antes de ser nombrado como tal.

Téngase en cuenta que nos encontramos ante una medida disciplinaria castrense y no ante una consecuencia administrativa aparejada a la pérdida de la condición de alumno. Tanto la LCM –art. 71– como la OrdenDEF –art. 31– recogen las causas de la pérdida de la condición de alumno, entre las que se encuentra «la imposición de una sanción disciplinaria de baja en el centro docente militar de formación por falta grave...». Esta situación no exige la tramitación de un expediente complementario de baja, al margen del disciplinario (art. 36 OrdenDEF).

Esta sanción requerirá unas condiciones especiales:

- a) Solo podrá ser impuesta por el subsecretario de Defensa (art. 33.3 LORDFAS y art. 26.g OrdenDEF).
- b) Requiere, con carácter previo a su adopción, el informe no vinculante del director de centro (art. 58.2 LORDFAS y art. 26.g OrdenDEF).
- c) Consecuentemente, es recurrible en alzada ante el ministro de Defensa (art. 26.g OrdenDEF).
- d) El recurso contencioso-disciplinario militar²⁸ se interpondrá ante el Tribunal Militar Central, salvo que la resolución hubiese sido reformada en vía administrativa por el ministro de Defensa.

²⁸ El artículo 73 LORDFAS dispone que «las resoluciones adoptadas en los recursos de alzada y de reposición pondrán fin a la vía disciplinaria y contra ellas podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar en los términos previstos en las normas procesales militares».

- SEPARACIÓN DEL SERVICIO (art. 20), que para los alumnos de los centros docentes militares de formación lleva aparejada (i) la baja en el referido centro, (ii) la pérdida de la condición de alumno y (iii) la pérdida del empleo eventual que hubiere obtenido.
- RESOLUCIÓN DE COMPROMISO (art. 21), que produce efectos idénticos a los señalados para la separación del servicio²⁹.

No obstante, respecto estas dos últimas sanciones se produce una evidente paradoja. Se supone, y la anterior ley de régimen disciplinario así lo entendía, que la penalidad más grave para un alumno es la baja en el centro docente militar de formación –siendo además que esta lleva anudada la baja en las FAS para aquellos que no tuvieren la condición militar previa *ex* artículo 71.5 LCM– y solo podía ser impuesta por el subsecretario de Defensa. La LORDFAS vigente mantiene esa previsión en idénticas condiciones en el artículo 18 en relación con el art. 33.3. Sin embargo, con la previsión legal de los artículos 20 y 21 LORDFAS (separación del servicio y resolución de compromiso) los jefes de los estados mayores pueden acordar esas sanciones para los alumnos de los centros docentes militares de formación, lo que implica la baja en el centro docente militar.

Varias cuestiones surgen al hilo de estos preceptos:

- Cuando se habla de resolución de compromiso, el precepto está orientado al personal que mantiene una relación profesional temporal, es decir, al militar de complemento o al de tropa y marinería que, conforme a su legislación propia (Ley 8/2006), firma un compromiso inicial, con

²⁹ La STS 105/2018, de 10 de enero de 2018 (Sala 5.ª) analiza la sanción de resolución de compromiso impuesta por el JEME a un caballero alférez cadete de la Academia General Militar al considerarlo autor de una falta muy grave prevista en el artículo 8.12 de la LORDFAS, como consecuencia de las vejaciones y agresiones reiteradas a compañeros. Entiende que la respuesta disciplinaria se «atiene a la legalidad sancionadora en términos de absoluta proporcionalidad, y en lo que se refiere a la adecuación al caso aparece motivada, tanto en la resolución del general JEME, como en la decisión del recurso de alzada y, sobre todo, en la sentencia recurrida en términos convincentes en aplicación razonada de los criterios de graduación previstos en el reiterado art. 22 LO 8/2014», añadiendo que «no se trata de propiciar en la ocasión ningún escarmiento, a través de la ejemplaridad del castigo aplicado a los responsables de faltas cometidas en el contexto de la enseñanza militar, como ya dijimos en nuestra sentencia de 7 de mayo de 2008, sino en todo caso que la corrección sea proporcionada a la ilicitud que representa la infracción, de manera que compense es desvalor jurídico de la acción y la culpabilidad del autor, según dijimos antes, conforme a criterios que resulten válidos y extrapolables a situaciones análogas en el ámbito de la enseñanza en centros docentes militares, en el que la condición de alumno conlleva la toma en consideración de modelos y pautas de conducta peculiares, pero que no equivale necesariamente a circunstancia personal de atenuación de la responsabilidad».

sus sucesivas prórrogas, pudiendo llegar a adoptar un compromiso de larga duración hasta los 45 años.

¿El documento de incorporación a las FAS que firma el alumno que ingresa por acceso directo a la formación para la escala de oficiales/suboficiales y al que alude el artículo 67 LCM se debe considerar *compromiso* en los términos del artículo 21 LORDFAS?

Hay que tener en cuenta que los únicos alumnos que firman un «compromiso» son los que ingresan para incorporarse a las escalas de tropa y marinería (momento en el que, además, adquieren la condición de militares profesionales, tal y como señala el artículo 78 LCM), pues los demás (acceso a las escalas de oficiales/suboficiales/complemento) se limitan a firmar un documento de incorporación a las FAS –art. 67 LCM–. No obstante, la respuesta parece ser afirmativa en tanto en cuanto ya se ha producido alguna sanción de resolución de compromiso impuestas por el JEME a un caballero alférez cadete de la enseñanza militar de formación (AGM) y ha sido confirmada, tanto por el Tribunal Militar Central como por el Tribunal Supremo (STS 105/2018, de 10 de enero), aunque es cierto que sin entrar a valorar el tipo de sanción utilizada.

En estos casos de alumnos para las escalas de oficiales/suboficiales, entendemos que hubiera sido más adecuada la imposición de una sanción de separación del servicio, dejando la resolución del compromiso para los alumnos de tropa, una vez firmado este.

- La otra novedosa cuestión es que, si bien es cierto que el JEME puede imponer la sanción de resolución de compromiso, esta lleva aparejada *ex* artículo 21.3 LORDFAS la pérdida de la condición de alumno, con la baja en el centro. Esta última decisión administrativa, derivada de la primera, se entendería que solo puede ser acordada por la Subsecretaría de Defensa.

Este problema ha sido tratado por la ASEJUGEN en informe de abril de 2016, dado que el Mando de Personal del ET (MAPER) consideró que correspondía a la Subsecretaría de Defensa llevar a efecto la baja en el centro docente militar de formación.

La ASEJUGEN concluye que:

«III. Una interpretación armonizada de la referida normativa con la nueva Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que prevé, como hemos visto, la baja en el centro docente como un efecto asociado a la imposición de la novedosa sanción de resolución de compromiso, conduce a la conclusión –sin entrar en el fondo de la conformidad a derecho

de dicha sanción, que ha de dirimirse en los correspondientes recursos administrativos o jurisdiccionales—, de que la publicación de dicha baja debe realizarse por los órganos con cometidos específicos en materia de enseñanza en el ámbito de las Fuerzas Armadas, si bien al tratarse de una consecuencia directa de una resolución sancionadora adoptada por el JEME, no se precisa una resolución motivada de pérdida de la condición de alumno, sino de un simple acto de ejecución de aquélla».

Añade que, a efectos prácticos, «IV. No se trata pues de dictar una resolución de pérdida de la condición de alumno con arreglo a lo dispuesto en el art. 71 de la Ley de la Carrera Militar y el capítulo VIII de la antes citada Orden Ministerial 43/1993, sino de ejecutar una sanción impuesta por una autoridad disciplinaria —el general de ejército jefe del Estado Mayor del Ejército (JEME)—, cuya potestad y competencia no ha sido discutida por el expediente, para lo que es suficiente con la publicación del acto en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa en términos análogos a los previstos en el artículo 41.c) de la repetida Orden 43/1993».

Por último, entiende la ASEJUGEN, que esa resolución no es susceptible de recurso separadamente del que interponga contra la resolución sancionadora dictada en el expediente disciplinario por falta muy grave.

Esta tesis puede ser discutible dado que, al encontrarnos en el trámite de la ejecución de sanción, cualquier autoridad con competencia material suficiente y de menor jerarquía administrativa podría acordar la baja, no siendo preciso que fuera el subsecretario de Defensa.

3.3. LA COMPETENCIA SANCIONADORA SOBRE LOS ALUMNOS DE LOS CENTROS DOCENTES

La determinación de las autoridades y mandos con potestad disciplinaria sobre los alumnos de los centros docentes militares de formación se fija en el artículo 33 LORDFAS. En este caso se sigue el sistema contemplado en los apartados 1 a 6 del artículo 32, incluyendo, en los apartados correspondientes, a los jefes de Estudios e Instrucción, jefes de entidad tipo batallón o similar, jefes de unidades de encuadramiento

de entidad compañía o similar. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 26, letra b de la Orden DEF/368/2017.

AUTORIDAD	SANCIÓN A IMPONER
Ministro de Defensa	Todas las sanciones, excepto la de baja en el centro docente
SUBDEF, JEMAD, JEME, AJEMA, JEMA	Todas las sanciones excepto separación del servicio, quedando reservada la baja en el centro docente al subsecretario No se aplica la suspensión de empleo
DIGEREM, TGMADOC, generales/almirantes directores de enseñanza, Generales directores de los centros docentes	Todas las sanciones por falta leve y grave, pero no se aplica ni la sanción económica ni la pérdida de destino
Directores de los centros (coroneles/capitanes de navío) y jefes de unidades centros y organismos en que los alumnos completen su formación	Todas las sanciones por falta leve, pero no se aplica la sanción económica
Jefes de estudio e instrucción y jefes de batallón de alumnos	Reprensión, arresto hasta 5 días, privación de salida hasta 8 días si son jefes de estudios e instrucción y hasta 6 días si son jefes de batallón de alumnos
Jefes de unidades de encuadramiento de entidad compañía de alumnos	Reprensión, arresto hasta 3 días y privación de salida hasta 4 días

Esta misma estructura competencial se ha de aplicar en la resolución de los recursos de alzada interpuestos por los alumnos de los CDMF, por disposición expresa del artículo 69.1, *in fine*, LORDFAS.

3.4. CRITERIOS PARTICULARES DE EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES

Como ya hemos puesto de manifiesto, partimos de la peculiaridad que supone el hecho de que todas las sanciones de arresto se cumplirán en el

propio centro docente (tras la fijación en la resolución del lugar concreto donde se han de cumplir) y sin perjuicio de la participación del alumno en las actividades académicas –art. 60.3–. Añade el artículo 26 de la OrdenDEF que estas dos circunstancias descritas se extienden a los arrestos cautelares y preventivos que pudieran aplicarse a los alumnos. Esta previsión es lógica si no se quiere alterar el régimen académico del sancionado, causándole perjuicios colaterales derivados de su ausencia (breve o prolongada) del centro o su inasistencia a las actividades escolares, con la consiguiente pérdida de horas lectivas y las más que probables baja o repetición del curso académico. Efectos, en todo caso, no deseados por el legislador.

La cuestión, sin embargo, no es baladí, habiéndose generado una serie de problemas prácticos que la normativa disciplinaria no regula de manera expresa, y que es necesario aclarar. Así:

3.4.1. Una de las dificultades que se han planteado en el caso del cumplimiento de los arrestos impuestos por faltas leves es el lugar en que se han de ejecutar.

El art. 47.1 LORDFAS alude en la resolución sancionadora se expresarán «...las circunstancias de su cumplimiento...», pero si no se fija el lugar exacto o, simplemente, se indica que se cumplirá «en Unidad», el arrestado se podrá mover libremente por toda ella sin incurrir en la infracción de quebrantamiento de arresto –art. 7.39 LORDFAS–.

Este supuesto no se da en la sanción de privación de salida porque la definición legal establece que supondrá «...la permanencia del sancionado, fuera de las horas de actividad académica, en el centro o unidad donde esté completando su formación...» –art. 13 LORDFAS–.

En el caso de la imposición de sanción de arresto por falta grave o muy grave, será la autoridad sancionadora la que ha de fijar en su resolución el lugar señalado para el cumplimiento, que evidentemente debe reunir las condiciones de habitabilidad y vigilancia propias de la entidad de la sanción a cumplir –art. 60.3 LORDFAS–.

Para dar respuesta a ese problema se debe, por un lado, fijar expresamente en el Libro de Normas de Régimen Interior del centro docente el lugar para el cumplimiento de cada tipo de arresto³⁰, en los términos del

³⁰ Para ver cómo se trata la cuestión, traemos como ejemplo algunas normas de régimen interior propias de centros militares de formación:

A.- EJÉRCITO DE TIERRA.

artículo 30 de la OrdenDEF y, por otro, reflejar esa circunstancia expresamente en la resolución sancionadora.

3.4.2. Otra de las incidencias que se han venido dando, consiste en el alumno al que, una vez impuesta la sanción de arresto, pierde esa condición antes de iniciar su cumplimiento o durante el mismo.

Llegados a este punto se pueden plantear varios supuestos:

(A) Que el alumno solicite voluntariamente la baja en el centro de formación.

Prima facie, se ha de tener en cuenta que al perder la condición de militar se deja de estar sujeto a la ley disciplinaria militar. El artículo 61 de la LORDFAS prevé la posibilidad de que el individuo pretenda enervar la acción disciplinaria mediante la renuncia a tal condición, en posible fraude de la ley (STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, de 1 de diciembre de 1997).

Así, dispone el precepto que:

- Respecto a los militares profesionales de carrera, su solicitud de renuncia no surtirá efecto en tanto no finalice el cumplimiento de la

La NORMAS DEL CURSO 2018/19 de la AGM al tratar en el apartado 3.8.3. «Arresto por falta leve», indican que:

«En el caso de cumplirse en el propio centro docente de formación, este se cumplirá en el interior del recinto de la AGM y en los lugares y condiciones que a continuación se señalan.

- Los CC/DC,s, cumplirán las sanciones de “arresto por falta leve” en el aula PN para primer curso y PF-1 para segundo curso, salvo que por indicación expresa se establezca otro lugar de cumplimiento.
- Los arrestados no están autorizados a utilizar el ordenador, el teléfono móvil y el MP3 en el aula.
- Los CAC/DAC,s. y los CC/DC,s que estén ya encuadrados orgánicamente en tercer y cuarto curso cumplirán la sanción, salvo que se disponga lo contrario, en su propia camareta».

B.- EJÉRCITO DEL AIRE.

Las Normas de Régimen Interior para los Alumnos de la Enseñanza de Formación del EA (categoría de oficial/suboficial, agosto de 2014), señalan en el apartado 7.1.3 que:

«El alumno sancionado con un arresto deberá permanecer en el interior de su escuadrilla/alojamiento o lugar que se señale al efecto, sin perjuicio de su participación en las actividades académicas. Asimismo, acudirán a todas las formaciones que se realicen y a la 2.^a comida».

C.- CUERPOS COMUNES.

El capítulo XV del Libro del Alumno de Formación de la Academia Central de la Defensa (Curso 2017/18) hace referencia al cumplimiento del arresto por falta leve, que se cumplirá en la Academia, con limitación de los movimientos a ciertos lugares.

sanción impuesta. Esta circunstancia se da en el supuesto de alumnos de cambio de cuerpo o escala ya que previamente a su incorporación al centro docente tenían esa condición adquirida (ejemplo, suboficial que accede por promoción a la enseñanza de oficiales)³¹.

- En relación con los militares que mantienen una relación de servicios profesionales de carácter temporal –como hemos visto, caso de los pertenecientes a la escala de tropa y marinería que no han concluido con su periodo formativo–, la imposición del arresto supone que la fecha de finalización o resolución del compromiso se retrasará hasta que se cumpla. Una vez cumplido el arresto, si la duración de este hubiera excedido del tiempo de servicio que al momento de su imposición le restare al sancionado, se resolverá su compromiso³².

Ahora bien, ¿qué ocurre con los alumnos y su solicitud de baja? Partimos de la base de que estos pueden solicitar la baja a petición propia, correspondiéndole al ministro de Defensa determinar los supuestos en los que se deba resarcir y fijar las cantidades teniendo en cuenta el coste de la formación recibida, siempre que esta sea superior a dos años –art. 71.1 LCM– (esos plazos académicos tan amplios solo se dan en la formación de futuros oficiales y suboficiales).

La LORDFAS se refiere a «la imposición de sanción de arresto», por lo que no basta para provocar esos efectos la mera tramitación de un expediente disciplinario –cuyas consecuencias finales no se conocen hasta que no haya resolución–. Sin embargo, la respuesta respecto de los alumnos hay que buscarla, no en la ley disciplinaria, sino en el artículo 32 de la Orden DEF/368/2017, por la que se aprueba el régimen del alumnado al señalar que «la concesión de la baja a petición propia estará siempre supe-ditada a la no existencia de expediente disciplinario o de resarcimiento al Estado y no se concederá en tanto no hayan surtido efecto las eventuales consecuencias de dichos expedientes».

En este caso, se habla de expediente disciplinario y no de una sanción de arresto impuesta, por lo que basta la tramitación de este para impedir que la solicitud de baja sea efectiva.

³¹ El militar de carrera puede renunciar a tal condición en los términos previstos en el artículo 117 LCM y previo resarcimiento económico al Estado, en los términos previstos en la Orden 91/2001.

³² Los militares de tropa y marinería, dentro de los tres primeros años de compromiso, podrán solicitar la baja en las FAS, en los términos que reglamentariamente se establezca –art. 118 LCM–.

(B) Otro caso curioso se da con los alumnos que, al pasar de una fase a otra de su formación, cambian de centro de enseñanza, pero no de estatus, por lo que deberán continuar con el cumplimiento del arresto en idénticas condiciones (valga como ejemplo el paso de la AGM a las diferentes academias donde se imparten las especialidades).

Y ello porque las sanciones, una vez notificadas al expedientado, son inmediatamente ejecutivas comenzando a cumplirse el mismo día en que se haga efectiva la comunicación al infractor –art. 60 LORDFAS–. Por tanto, el tiempo transcurrido desde la notificación le es de abono para la liquidación total del correctivo. Esto significa, en la práctica, que cualquier anomalía durante el periodo de cumplimiento, no imputable al expedientado, no impide la inclusión de ese tiempo dentro del cómputo total de efectivo cumplimiento.

También surge la incidencia cuando, una vez dictada la resolución por el mando con competencia sancionadora sobre el alumno, este se incorpora a otra unidad distinta, ajena a esa cadena de mando docente y una vez que ha concluido su estatus de alumno (por ejemplo, el militar de tropa y marinería que firma su compromiso inicial, a pesar de seguir siendo alumno, ya tiene fijado su destino una vez concluya su periplo formativo).

Hay varias soluciones según la casuística que acabamos de exponer:

- a.- Una de ellas es la comunicación al nuevo destino de la existencia del arresto, manteniéndose la situación más beneficiosa para el sancionado, cual es el cumplimiento de este en unidad –art. 60.3 LORDFAS– (conservando su naturaleza de falta grave por lo que no puede participar en las actividades de esta). Con ello se evitan los problemas burocráticos de tener que solicitar el ingreso en establecimiento disciplinario militar, con la consiguiente agravación de la situación jurídica del individuo. No obstante, el inconveniente es doble, ya que, por un lado, los días de incorporación al destino son computables para la liquidación del correctivo, y, por otro, se hace recaer en la nueva unidad la responsabilidad de custodia del sancionado en condiciones adecuadas para el cumplimiento de este tipo de arresto³³.
- b.- Otra posible solución práctica consistiría en mantener en el centro docente al sancionado hasta el cumplimiento total del arresto, pero las resoluciones administrativas de los mandos de personal (en el

³³ La Orden Ministerial 97/1993, de 30 de septiembre, aprueba las instrucciones del Régimen Interior de los Establecimientos Disciplinarios Militares, incluyendo las condiciones de cumplimiento de la sanción de arresto por falta grave.

caso de personal de tropa y marinería), como ya hemos indicado, suelen fijar la fecha de incorporación al nuevo destino, por lo que se hace inviable.

3.4.3. Por último, recordar nuevamente la previsión contenida en el apartado e) del artículo 26 de la OrdenDEF cuando señala que «las circunstancias de ejecución de las sanciones de arresto y privación de salida, no permitirán que ningún alumno resulte obligado a permanecer ininterrumpidamente en el centro o sus dependencias, por espacio superior a dos meses».

3.5. LA POTESTAD DISCIPLINARIA RESPECTO DEL PERSONAL CONCURRENTE A LOS CURSOS DE LA ENSEÑANZA MILITAR DE PERFECCIONAMIENTO Y ALTOS ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL

Como bien sabemos, a la luz del artículo 43.2 LCM, hay que diferenciar tres modalidades de enseñanza en las Fuerzas Armadas: (1) la denominada de formación, (2) la de perfeccionamiento y (3) la de altos estudios de la defensa nacional. A pesar de que en el presente trabajo nos estamos refiriendo a las peculiaridades durante la primera de ellas, en este apartado vamos a aludir someramente a las otras dos, dados los problemas disciplinarios que en esta cuestión particular se pueden originar en dichos periodos formativos.

Teniendo en cuenta que el artículo 33 LORDFAS se refiere la potestad sancionadora en relación con los alumnos de los centros docentes militares de formación, debemos referirnos en el presente epígrafe, si quiera brevemente, a los alumnos que cursan sus estudios en centros de las *enseñanzas militares de perfeccionamiento y altos estudios de la defensa nacional*, a los que no se hace mención en la Ley Disciplinaria.

La estructura de los centros docentes variará según la enseñanza que se imparta en ellos, encontrándonos con: (a) *centros de formación* –art. 50 LCM, por ejemplo las tradicionales Academia de Artillería, de Infantería, de Logística, la Academia General Básica de Suboficiales–, (b) los *centros universitarios de la defensa* –art. 51 LCM, tales como la Academia General Militar, Academia General del Aire, la Escuela Naval o la Escuela Central de la Defensa–, (c) los *centros donde se desarrollan los altos estudios de la defensa nacional* –art. 52 LCM, que se reducen al Centro

Superior de Estudios de la Defensa (CESEDEN) y la Escuela Superior de las FAS (ESFAS)– y (d) aquellos en que se imparte la *enseñanza militar de perfeccionamiento* –art. 53 LCM–. Todos ellos, según la LCM, reciben la denominación única de «centros docentes militares». Corresponde al director del centro en que se impartan esos cursos la competencia disciplinaria genérica asignada a los jefes de unidad, centro u organismo en virtud de lo dispuesto en el artículo 54.2 LCM. No obstante, dependiendo de la modalidad formativa que se imparta, el director tendrá competencia en virtud del artículo 33, apartados 3 y 4³⁴ o del artículo 34³⁵, ambos de la LORDFAS.

En este mismo sentido, la Orden DEF/85/2017, de 1 de febrero, por la que se aprueban las normas sobre organización y funciones, régimen interior y programación de los centros docentes militares los incluye a todos, sin distinción, en esa denominación genérica de «centros docentes militares» –art. 2–³⁶. Al director, que será militar de carrera, le corresponden las competencias de carácter general, militar y disciplinario asignadas a los jefes de las unidades de las Fuerzas Armadas –art. 6–.

A mayor abundamiento, cada centro docente tendrá unas normas de régimen interior en las que se deberán contemplar, entre otras cuestiones básicas, «... las infracciones de carácter académico y sus correcciones correspondientes, así como aquellas faltas disciplinarias y sanciones disciplinarias que se consideren de aplicación» –art. 30–.

Ahora bien, en este trabajo nos estamos refiriendo a los alumnos de la enseñanza militar de formación, ¿pero qué estatus, a efectos disciplinarios, tienen los militares que cursan enseñanzas de perfeccionamiento o altos estudios de la defensa nacional?

³⁴ Por ejemplo, general director de la Escuela de Guerra del Ejército o coronel director de la Escuela Politécnica del ET.

³⁵ Caso del general director de la Academia General Militar o coronel director de la Academia de Infantería, por ejemplo.

³⁶ Artículo 2. Clasificación de los centros docentes militares.

1. En función del tipo de enseñanza que se imparta, los centros docentes militares se clasifican en centros docentes militares de formación, de perfeccionamiento y de altos estudios de la defensa nacional.
2. Cuando en un centro docente militar se imparta tanto enseñanza de formación como de perfeccionamiento, este se clasificará como centro docente militar de formación.
3. Cuando en un centro docente militar se imparta tanto enseñanza de altos estudios de la defensa nacional como de perfeccionamiento, este se clasificará como centro docente militar de altos estudios de la defensa nacional.
4. La enseñanza de formación, la enseñanza de perfeccionamiento y la enseñanza de altos estudios de la defensa nacional se impartirán en los centros docentes militares que se detallan en el anexo.

Desde el punto de vista del centro docente, no parecería haber problema en que su director pudiera tener competencias disciplinarias sobre los alumnos que cursan sus estudios en ellos, sea cual sea la enseñanza por recibir. El art. 72 LCM señala, refiriéndose al personal que asiste a estos cursos, que estará en servicio activo y añade que «...la convocatoria del curso regulará si conservan o causan baja en el destino de origen, con arreglo a las normas generales de provisión de destinos».

El Real Decreto 339/2015, de 30 de abril, por el que se ordenan las enseñanzas de perfeccionamiento y de altos estudios de la defensa nacional (desarrollado por la Orden DEF/464/2017, de 19 mayo, por la que se aprueban las normas que regulan la enseñanza de perfeccionamiento y de altos estudios de la defensa nacional) remite a la convocatoria para señalar la situación administrativa en que quedan los concurrentes al mismo y, lo que es más importante, si pierden o no destino pasando, en este último caso, a tenerlo en el centro de formación.

En este último supuesto no hay ningún inconveniente en la aplicación de la normativa disciplinaria por el director del centro docente, por lo que no hay, en jerga militar, *casus belli*.

Pero si no se pierde el destino originario, estamos ante *una comisión de servicio*, bien expresa –art. 99.3 LCM y el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional³⁷– bien tácita, puesto que, aun cuando nada se diga en la convocatoria, todo desplazamiento del lugar habitual de trabajo al centro de enseñanza que implique la salida del término municipal tiene la consideración de comisión de servicio dando lugar a la correspondiente indemnización –art. 7 del RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón de servicio–. Se trata de evitar supuestos como el que se narra en Manual de «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998)»³⁸ en los que cuatro alumnos (oficiales) «...llegaron tarde a una formación académica y hubo que poner en marcha cuatro cadenas disciplinarias distintas con resultados sancionadores totalmente diferentes que abarcaron desde la prescripción de la falta o la inexistencia de sanción a la imposición de un leve y fuerte arresto, respectivamente. Casos como el comentado producen como efecto indeseable y

³⁷ Sin embargo, el Reglamento de destinos del personal militar profesional, aprobado por Real Decreto 456/2011, de 1 de abril, no contempla, en los artículos dedicados a las comisiones de servicio, expresamente esta situación –arts. 28 a 30–.

³⁸ VV.AA. *Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998)*. Capítulo intitulado «TITULARES DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA», autor José Luis Doménech Omedas –pp. 786/787–. Centro de Publicaciones del Ministerio de Defensa, junio, 2000.

nocivo un aumento de la abstención disciplinaria». La solución propuesta fue que se diera el carácter de comisión de servicio a la realización de cursos sin pérdida de destino, precisando que durante el tiempo de la comisión, se pasaría a depender disciplinariamente del mando de la unidad en la que prestaban tal comisión.

Esta cuestión es más compleja de lo que a primera vista parece (pues va a depender de la duración del curso) lo que motivó el pronunciamiento de la Asesoría Jurídica General tras consulta planteada por la Subdirección General de Ordenación y Política de Enseñanza. Así, mediante Informe de 18 de noviembre de 2013 (Ref. 402/17, núm. 13008983), se responde a la pregunta sobre la competencia disciplinaria respecto a los alumnos que no estando destinados en centros docentes militares realizan cursos o seminarios en estos, y pertenecen a distintos Ejércitos o a los Cuerpos Comunes (por ejemplo, el curso de operaciones especiales que realiza personal de los tres Ejércitos, pero que se desarrolla en las instalaciones de la Escuela Militar de Montaña y Operaciones Especiales o el curso de piloto de helicópteros del ET, que tiene fases que se desarrollan en la Base Aérea de Armilla).

El informe señaló que, tanto la LORDFAS como la LORDGC, utilizan el criterio de la dependencia orgánica para atribuir la competencia disciplinaria. Por todo ello, «se concluye claramente de lo expuesto, que la competencia disciplinaria sobre los alumnos de cursos o seminarios que no se encuentren destinados o encuadrados por la propia convocatoria en los centros militares de formación, corresponde a sus mandos naturales, entendiendo por tales aquellos que ejercen mando en la unidad, centro u organismo en que se encuentran destinados y tienen atribuida potestad disciplinaria».

En definitiva, los mandos de los centros docentes militares respecto de tales alumnos únicamente podrán, ante la comisión de infracciones disciplinarias, dar parte disciplinario a quien tenga competencia –con arreglo a las normas generales– o, si se trata de faltas que requieran por su naturaleza y circunstancias una acción inmediata para mantener la disciplina, ordenar el arresto cautelar del infractor en la unidad o lugar que se designe durante el periodo máximo de 48 horas, en espera de la posterior decisión de la autoridad o mando con potestad disciplinaria, a quien dará cuenta de la disposición adoptada, de modo inmediato –art. 31 LORDFAS–.

Todo ello, con independencia de que el alumno pueda causar baja en el curso, cuando las bases contempladas en la resolución de convocatoria especifiquen como motivo la comisión de infracciones disciplinarias.

4. EL TRATAMIENTO DEL CONSUMO DE DROGAS Y OTRAS SUSTANCIAS PROHIBIDAS

El consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas es un mal endémico de la sociedad moderna y golpea, por igual, a todas las capas de la ciudadanía. Las FAS no dejan de ser un reflejo de la colectividad de la que se nutre de personal, aunque dada la especial misión que desempeñan y el riesgo profesional que se asume en todas sus actividades (agravadas en el caso de misiones internacionales), el tratamiento de esta cuestión ha tenido una especial relevancia que ha derivado en la elaboración de diferentes planes generales de prevención de drogas en el seno de Ministerio de Defensa³⁹. Los diferentes programas a implementar (coordinación, prevención, intervención, cooperación y evaluación) parten de una premisa: la incompatibilidad del consumo de drogas con la función militar.

Dentro de los denominados programas de «prevención» se incluye, por un lado, la necesidad de optimizar la selección del personal para lo que se habla, en el apartado noveno, letra c, de «establecer un proceso específico que permita, durante el periodo de formación general militar, dar de baja a los casos positivos de consumo de drogas, antes de la firma del compromiso inicial. Esta actuación se extenderá a los centros de formación de cuadros de mando durante la totalidad del periodo de formación». Por otro, se habla en el apartado décimo de medidas formativas incluyendo en el currículo de los centros docentes militares de formación materias relacionadas con la formación básica en la prevención de drogodependencias.

Ese proceso específico de baja aparece recogido en el artículo 33, párrafo 5 de la Orden DEF/368/2017, del Régimen del Alumnado, cuando señala que «La detección del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas..., será motivo suficiente para la iniciación de expediente de baja que se producirá cuando se confirme una efectiva insuficiencia de condiciones psicofísicas⁴⁰», que se tramitará en la forma prevenida en el art. 42 de esa misma norma. Es aplicable a todo tipo de alumnos de la enseñanza de formación con independencia de la escala a la que se pretenda acceder.

³⁹ Se encuentra actualmente vigente el II Plan General de Prevención de Drogas en las FAS de febrero de 2010.

⁴⁰ Esa insuficiencia de condiciones psicofísicas viene incluida en el cuadro médico de exclusiones regulado en la Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, dentro de las causas psiquiátricas, numeral 10, que dispone «trastornos mentales y del comportamiento debidos al consumo de sustancias psicótropas o drogas,...., así como la evidencia de abuso de las mismas o su detección analítica en el reconocimiento».

Ahora bien, ¿ese procedimiento se inicia sistemáticamente cuando se detecte un primer consumo?, ¿ese expediente es compatible con la aplicación de la normativa disciplinaria al alumno? ¿Qué ocurre cuando el alumno de tropa ya se encuentra en la fase de formación específica y ha firmado el compromiso inicial?

Son cuestiones complejas que trascienden del plano disciplinario o penal. Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente punitivo se hace necesario ver la evolución de la cuestión. En la LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las FAS se daba el supuesto curioso de que una infracción tan relevante para el buen orden del régimen del alumnado como era el consumo con habitualidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas recogida como falta disciplinaria extraordinaria –art. 17.3⁴¹–, quedaba circunscrita al personal militar profesional, quedando su comisión, en principio, vedada al alumno del centro docente militar de formación.

No obstante, había que distinguir dos casos opuestos:

- a) Por un lado la tropa y marinería que, a pesar de mantener la condición de alumno, firmaban el primer compromiso profesional una vez concluida la fase de formación militar general, por lo que, a partir de ese momento, podían incurrir en la comisión de esa infracción, aun cuando siguieran ostentando la condición de alumnos, pues se encontraban cursando la fase de formación específica⁴². Este caso no planteaba problemas prácticos por cuanto, transcurrido el primer mes, adquirirían la condición de militares profesionales, amén de que en el breve periodo de formación general era imposible dar tres positivos. En consecuencia, sobre ellos caía todo el peso de la ley disciplinaria si durante los meses que duraba la formación militar

⁴¹ Ese artículo 17.3 disponía que procedía la incoación de expediente gubernativo por «Embriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad. Se entenderá que existe habitualidad cuando se tuviere constancia de tres o más episodios de embriaguez o consumo de las sustancias referidas en un periodo no superior a dos años».

⁴² El artículo 78 de la LCM dispone que «la condición de militar de tropa y marinería se adquiere al incorporarse a una escala una vez superado el periodo de formación determinado en la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a tal condición y firmado el compromiso inicial regulado en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, que establece las modalidades de relación, las renovaciones y ampliaciones y el compromiso de larga duración». Añade y concreta el artículo 4 de la LTyM que «la condición de militar de tropa y marinería se adquiere al obtener el empleo de soldado o marinero concedido por el jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, una vez superado el periodo de formación establecido en la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a tal condición y firmado el compromiso inicial que se establece en el artículo 7, y en cuya virtud quedará incluido en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda».

alcanzaban los tres resultados positivos. En todo caso, esa circunstancia (resultados positivos) les acompañaba durante los dos años de relación con las FAS, por lo que eran acumulativos a los que pudieran dar con posterioridad a incorporarse a sus destinos.

- b) Si planteaba polémica el segundo supuesto, mucho más injusto, porque hablamos del acceso, tras un periodo formativo de 5 o 3 años a las escalas de oficiales y suboficiales, en el que, hasta el nombramiento de teniente/sargento no adquirían la condición de profesionales⁴³. Durante esas etapas formativas mucho más largas, sí que podían darse reiterados positivos a consumos de sustancias prohibidas por lo que era necesario dar una respuesta a esa habitualidad. Sin embargo, no era de aplicación el inciso 3 del artículo 17.

Se buscaron diferentes respuestas legales para el personal del Ejército de Tierra por parte de la ASEJUMADOC:

- (i) Una de ellas fue la de utilizar en casos de positivo a consumo de drogas la fórmula de la incoación de un expediente personal extraordinario que fija el artículo 71.2, c) LCM («carencia de las cualidades en relación con los principios constitucionales y las reglas de comportamiento del militar a los que se refiere el artículo 64.1.d) y f) acreditada en expediente personal extraordinario, mediante resolución motivada y previa audiencia del interesado»).

No obstante la DIGEREM rechazó, a partir del año 2012, la viabilidad de utilización de esta fórmula, optando, para esos supuestos, por la utilización del expediente de pérdida de condiciones psicofísicas con resultados bastante controvertidos⁴⁴.

⁴³ El artículo 76.1 de la LCM señala que «la condición de militar de carrera se adquiere al incorporarse a una escala de oficiales o de suboficiales con la obtención del primer empleo militar, una vez superado el plan de estudios correspondiente y obtenida la titulación exigida».

⁴⁴ Inicialmente y dada la falta de concreción del artículo 71 LCM, la DIEN del ET propuso a la DIGEREM la posibilidad de incoar el expediente personal extraordinario por contravención de las reglas de comportamiento del militar a aquel alumno para el acceso a la escala de oficiales/suboficiales que diera positivo a consumo de drogas tóxicas en, al menos, dos ocasiones durante su permanencia en el centro docente (periodos de formación de 5 o 3 años) y para el alumno de acceso a la escala de tropa que diera un positivo durante su etapa de formación general/especial (periodos de 2 a 9 meses), en base a la tolerancia cero en el consumo de drogas.

Además, se contaba con un impedimento añadido, pues la DIEN del ET no podía aplicar la baja por el apartado 3.c.10 de la Orden PRE/2622/2007 a los alumnos del CEFOT 2 (San Fernando) que daban, durante su periodo formativo en prueba analítica realizada al efecto, un positivo a drogas o psicotrópicos, dadas las reticencias de los Servicios Psiquiátricos del Hospital de San Carlos (San Fernando, Cádiz), que entendían que el referido

(ii) Otra de las soluciones aportadas por MADOC fue proponer, tras

precepto exigía la existencia de un trastorno mental o del comportamiento o una evidencia de abuso, y ello era imposible de determinar con un solo resultado positivo.

Por tanto, si la DIEN del ET no podía utilizar el cuadro médico de exclusiones y tampoco la legislación disciplinaria, había que intentar hacer uso del expediente personal extraordinario. Con ello, se pretendían evitar casos como el de un sargento alumno que adquirió su condición efectiva a pesar de dar el tercer positivo un mes antes de la entrega de despachos, sin que fuere posible concluir el expediente gubernativo inmediatamente iniciado en esa fecha, con el consiguiente perjuicio a la disciplina y a la eficacia de las propias FAS. Para argumentar la decisión se acudió al art. 83.3 LCM, art. 25 RROO y arts. 4, 14.1 y 35.1.a de la OM 43/93, que hacían referencia a la preparación física, atención y cuidado de la salud, y prevención de las conductas que atentaran contra ella, y al deber de todo militar de conocer y cumplir dichas obligaciones.

La posición inicial fue favorable, siempre que, además de la ingesta de sustancias prohibidas hubiera otros elementos que acreditaran la escasa o nula aclimatación a los valores militares (informes personales, infracciones disciplinarias, etc.).

Sin embargo, a partir del año 2012, la DIGEREM se mostró contraria a la utilización de esta vía procedimental, recomendando la INCOACIÓN DE UN EXPEDIENTE DE PÉRDIDA DE CONDICIONES PSICOFÍSICAS (Oficio 455/OR 1, de 7 de febrero de 2.012). Para ello, se dieron los siguientes argumentos:

«1. Los motivos por los que se puede dar de baja a un alumno, en el centro docente militar de formación, vienen reflejados en el artículo 71.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.

»Dado que los casos que se reflejan en los artículos 71.2.c) y 64.1d) y f) de la citada Ley 39/2007, de 19 de noviembre, por los que se puede abrir el expediente personal extraordinario, en relación con los principios constitucionales y las reglas de comportamiento del militar, no incluyen el consumo o tenencia de drogas o estupefacientes, no parece viable que se pueda aplicar la apertura del citado expediente.

»Por otro lado, la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación, señala en el apartado 3.c.10, como causa de exclusión la detección analítica de sustancias psicotrópicas o drogas; en virtud de su disposición adicional primera, sería posible la apertura de un expediente de pérdida de condiciones psicofísicas.

»2. En cuanto a lo expuesto como medidas complementarias para la erradicación del consumo de drogas en los centros docentes militares, y su inclusión en las convocatorias de los procesos selectivos cuya responsabilidad es del Ministerio de Defensa, se ha consultado a la Asesoría Jurídica General de este Ministerio, la cual se muestra contraria a incluirlas en dichas convocatorias.

»Por otra parte, la sugerencia de incluir en la convocatoria de cualquier proceso selectivo, para el personal procedente de civil, la posibilidad de baja en el proceso selectivo por no poder acreditar las condiciones psicofísicas (tribunal médico) de aquel personal que de positivo en alguna analítica de detección, se cree que no es necesario dado que ya está reflejado en la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación».

En lo que a la utilización del expediente personal extraordinario, la posición de la DIGEREM y de la ASEJUGEN se basaba en el criterio elaborado por el TSJ de Madrid, que venía desestimando recursos contenciosos interpuesto por personal que había causado baja en las FAS por resolución del SUBSEDEF, por aplicación del apartado 3.c.10 de la Orden PRE/2622/2007, tras haber dado positivo en consumo de drogas (ver sentencias 675/2012, de 17 de septiembre, 516/2012, de 22 de junio, y 642/2012, de 31 de julio, de la Sala de lo Contencioso, Sección 8.^a).

los cambios normativos oportunos, incluir expresamente el supuesto en

El problema surgió cuando el TSJ de Andalucía (Sección Segunda, sede Sevilla), en sentencia de 26 de octubre de 2012, estima parcialmente el recurso contencioso 1116/2011, declarando el derecho del actor a proseguir las pruebas formativas, a pesar de haberse detectado un positivo a cocaína, por entender, textualmente, que:

«Es claro que al recurrente solo se le practica un análisis y del mismo se infiere el consumo de cocaína; sin embargo, ni se realizan contranálisis, ni se acuerda un seguimiento de la posible adicción al consumo antes y después de la realización de la prueba, como tampoco se acredita que padezca una situación constatable de dependencia o que su comportamiento, hasta entonces correcto y acreditativo de una aceptable puntuación, haya sufrido alteraciones determinantes de una disminución de sus condiciones psicofísicas. El término “su detección analítica” no puede tomarse en su sentido estricto desconectado de todos los demás factores acreditativos de “trastornos mentales y del comportamiento debidos al consumo de sustancias psicotrópicas o drogas”. La decisión de la Administración resulta así precipitada, inmotivada, carente de la sólida fundamentación que requiere. Con independencia de la primera actitud expresada por el actor, de aquietarse a lo que la Administración acuerda, son los propios servicios de esta quienes ponen de manifiesto la necesidad de confirmar ese estado de perturbación mental que solo con una ingesta no puede en modo alguno producirse, salvo que se acredite que tuvo puntualmente un comportamiento inadecuado por su consecuencia, lo que en modo alguno ha acaecido».

La contradicción argumental de ambos TSJ estaba servida, por lo que, en parte, se veía afectada la posición de la DIGEREM. Seguíamos, en ese momento, igual, es decir, sin poder aplicar para estos casos el expediente personal extraordinario del artículo 71.2.c) LCM, pero tampoco el expediente por carencia de cualidades psicofísicas del artículo 71.2.a) LCM.

Ante el recurso de casación interpuesto por los Servicios Jurídicos del Estado, el Tribunal Supremo zanja el conflicto mediante la STS 1428/2014, de 26 de marzo (Sala de lo Contencioso, Sección 7.^a) –desestimación del recurso de casación–. En la parte que nos interesa, los contundentes argumentos aparecen recogidos en el FUNDAMENTO DE DE-RECHO SEXTO, que dice; textualmente:

«En cuanto al fondo del asunto la cuestión se centra, en definitiva, en una cuestión de interpretación del sentido jurídico de la expresión “o su detección analítica” contenida en el n.º 10 del anexo de la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación. Al respecto deberá analizarse si dicha “detección analítica”, basta por sí sola, y sin necesidad de ningún otro elemento adicional, tesis que es la sostenida por el abogado del Estado en su recurso; o si dicha detección debe ser interpretada en el contexto superior de todo el apartado 10 de la Orden citada y de la Ley 39/2007, en cuanto acreditativo de insuficiencia de condiciones psicofísicas (art. 71.2.a), alternativa por la que entendemos que se ha decantado la sentencia recurrida.

»En el umbral de ese análisis debemos precisar que no se suscitaba la cuestión que aquí se suscita, si la norma que nos ocupa, en el marco de la legalidad superior en la que debe insertarse, regulase el consumo de drogas y la detección analítica de tal consumo como requisito impeditivo para el acceso a los centros militares de formación de alumnos, o, consecuentemente, como causa de pérdida de tal condición, en tanto que elemento diferenciado de las condiciones psicofísicas, aunque tal elemento impeditivo del acceso entrañase un mayor rigor que el que pudiera atribuirse a tal consumo una vez que la condición de militar profesional ha sido ya adquirida.

»Pero no nos encontramos en tal situación normativa, sino en la de una norma con rango de orden ministerial, dictada como desarrollo reglamentario de una norma de rango de ley, para la regulación de las aptitudes psicofísicas necesarias para el acceso a los centros

de formación militar. Por tanto, el marco legal superior es la clave ineludible para fijar el sentido jurídicamente aceptable de la normativa inferior de desarrollo.

»A partir de tal planteamiento inicial debemos precisar que en el caso actual la normativa en cuya virtud se ha dictado la resolución recurrida en el proceso está constituida por la Ley 39/2007, en concreto su artículo 71, la Orden Ministerial 43/1993, de 21 de abril, sobre Régimen del Alumnado de los Centros Docentes Militares de Formación, en concreto artículos 36.2, 38 y 41 y la Orden PRE/2622/2007, antes citada, en concreto la disposición adicional primera de dicha Orden y el número 10 del anexo del mismo, incluido en el apartado C. »Neurología y Psiquiatría, subapartado Psiquiatría.

»Dicho apartado 10 es del tenor literal siguiente:

»“Trastornos mentales y del comportamiento debidos al consumo de sustancias psicotrópicas o drogas, incluido el alcohol, así como la evidencia de abuso de las mismas o su detección analítica”.

»No está de más en el examen crítico del cuadro normativo en el que debemos situarnos detenemos en la observación hecha por el demandante recurrido, de que la Orden 2622/2007 se dictó como desarrollo de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, no de la Ley 39/2007, que derogó a aquella, observación con la que parece poner en duda la aplicabilidad de la Orden.

»La Orden en cuestión tiene como título habilitante, según se lee en su parte preliminar, “las facultades conferidas en la disposición final primera del Real Decreto 1735/2000, de 20 de octubre, por la que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción de las Fuerzas Armadas”, que fue derogado por el Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción de ordenación de la enseñanza de formación de las Fuerzas Armadas (disposición derogatoria única 1 y 3).

»Es preciso destacar que este RD 35/2010, que entró en vigor (disposición final quinta) el día 17 de enero de 2010, contiene en su disposición transitoria sexta una expresa previsión según la cual “La Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación, modificada por la Orden PRE/528/2009, de 2 de marzo, será de aplicación a todos los procesos de selección”. Tal disposición solventa la duda que el recurrido suscita acerca de que la Orden 2622/2007, no es de desarrollo de la Ley 39/2007, sino de la Ley 17/1999, debiendo aceptarse por tanto sin vacilación que dicha Orden, por el intermedio del RD 35/2010, tiene perfecta cobertura en el art. 71.3 de la Ley 39/2007.

»Fijado el cuadro normativo en el que debemos movernos, para la interpretación del n.º 10 de la Orden 2622/2007 hemos de atenernos a los criterios de interpretación establecidos en el art. 3 del Código Civil, según los cuales “el sentido propio de las palabras” es solo el primer criterio a atender; pero debe serlo en “relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas” (las normas). En el caso actual deben resultarse, como criterios de interpretación, el del contexto de la norma, constituido de forma inmediata por todo el n.º 10 de la Orden, y mediatamente, pero de modo esencial, por el art. 71 de la Ley 39/2007; el de la realidad social del momento, y el del espíritu y finalidad de la norma a interpretar, que el art. 3 CC exalta como criterio fundamental.

»Sobre el particular debe advertirse que la finalidad de la norma que nos ocupa es la de regular supuestos de condiciones psicofísicas para el desempeño de la profesión militar, criterio que fija la pauta para decidir si el inciso final del n.º 10 de la Orden puede interpretarse como enunciador de algo diferenciado de las condiciones psicofísicas, lo que no dudamos en rechazar.

»A partir de ahí, y por exigencias del contexto en que se inserta el inciso cuestionado, este debe ser interpretado en el sentido de que la detección de la droga debe considerarse en relación con la pérdida de la capacidad psicofísica, y no como elemento determinante por sí solo de la pérdida de la capacidad sin una comprobación solvente de ese efecto.

»Solo interpretada así, la previsión normativa discutida puede considerarse ajustada al art. 71.2 y 3 de la Ley 39/2007, que habilita al ministro para determinar un cuadro de condiciones psicofísicas, habilitación legal que no cubriría la posibilidad de regular una condición de acceso a la condición de alumno o de pérdida de ella (ex disposición adicional primera de la Orden), no referida a una condición de capacidad psicofísica, sino ligada a una determinada conducta sin reflejo en dichas condiciones psicofísicas.

»Si tal fuera lo que supone el inciso cuestionado, la Orden Ministerial, al establecer un requisito no establecido en la Ley, resultaría contraria a esta, lo que nos situaría en el supuesto del art. 6 LOPJ (inaplicación) y además, según lo dispuesto en el art. 27.3 de la LJCA nos obligaría a declarar la ilegalidad del precepto. Pero no cabe llegar a un resultado tan extremo, cuando el precepto es susceptible de una interpretación adecuada a derecho, que es la que consideramos que ha llevado a cabo la sentencia recurrida. Y es aquí, en el marco de tal interpretación posible, donde entra en juego el elemento contextual que antes se destacó.

»Resulta claro que en el número 10 de la Orden, de tan reiterada cita, antes transcrito, el centro de gravedad de la norma debe situarse en la referencia a “Trastornos mentales y del comportamiento”, siendo las previsiones posteriores descripción de manifestaciones determinadas de estos trastornos. Es conceptualmente significativa al respecto la expresión “debidos al”.

»No se nos oculta que la siguiente expresión “así como” en pura literalidad puede ser enunciado de un supuesto legal distinto, añadido al anterior, y no condicionado por él. Pero si se interpretase así, nos encontraríamos ante el enunciado de un supuesto desconectado de las condiciones psicofísicas, con lo que desembocaríamos en la dificultad de justificar su validez jurídica en los términos que acabamos de indicar.

»Por ello debemos de optar por una interpretación que salve tal dificultad, a la que se llega si el supuesto problemático (“así como...”) no se aísla de su contexto inmediato (“...debidos al consumo de sustancias psicotrópicas, o drogas, incluido el alcohol...”), y se considera como una especificación de ese supuesto.

»Por otra parte no resulta ni gramaticalmente correcto que la expresión “su detección analítica”, separada de la que precede (“así como la evidencia de abuso de las mismas”) por la conjunción disyuntiva o, no se considere formando parte de una misma oración, cuyo enunciado global es el de “así como la evidencia de abuso de las mismas o su detección analítica”, sino que se pretenda hacer de la “detección analítica” un supuesto aislado del supuesto anterior, lo adecuado gramaticalmente no hubiera sido la separación de los dos supuestos por la conjunción disyuntiva “o”, sino haber utilizado otro modo de expresión gramatical.

»Hemos, pues, de partir de que nos hallamos ante un supuesto legal único (“...así como la evidencia de abuso de las mismas o su detección analítica”) con toda la dificultad que tal supuesto en su conjunto suscita, en los términos que ya indicamos, lo que obliga a superarla por la vía interpretativa que estamos exponiendo.

Llegados a este punto, en el supuesto global que acabamos de enunciar, el centro de gravedad es indudable que lo constituye el concepto del “abuso de las mismas” (las drogas), en relación con el cual la conjunción disyuntiva “o” despliega su función en el contraste entre la evidencia del abuso y la detección analítica del mismo.

»A partir de aquí hemos de resaltar que el consumo de drogas sin más no es la conducta a la que se refiere el supuesto que analizamos, sino que en él se incluye un elemento limitativo constituido por el “abuso”.

»Obviamente un hipotético uso no abusivo queda fuera del supuesto. Y siendo ello así, resulta contrario a toda lógica discernible e incluso a un obligado criterio antidiscriminatorio (ex art. 14 y 9.2 CE), que ese mismo uso, jurídicamente inocuo en cuanto causa de pérdida de las condiciones psicofísicas necesarias para el ingreso en el centro de formación como alumno, cuando es constatable por la apreciación directa del mismo por su evidencia,

pueda operar en cambio como causa de pérdida de dichas condiciones, cuando es desvelado por una “detección analítica”. Un elemental criterio de lógica jurídica obliga a entender que el factor determinante a considerar, en cuanto integrante del supuesto afectado, debe ser el uso o, en su caso, el abuso, y no el medio de constatación del mismo externo a las condiciones psicofísicas del sujeto.

»Entendemos que es esta la única interpretación jurídicamente aceptable del inciso cuestionado, y que en todo caso, por exigencias del contexto y de los límites de la habilitación reglamentaria más detrás referenciados, todo el supuesto global en el que el inciso se inserta en cuanto supuesto añadido (“así como...”) al que le precede debe, a su vez, estar condicionado por el que, al iniciar la exégesis total de la norma, calificábamos de centro de gravedad de la misma, como ya dejamos dicho antes.

»Fijada esa interpretación, y partiendo de la alegación del recurrido, referida en el fundamento de derecho anterior, en la que aludía, y así la transcribimos, al informe del asesor jurídico general de la Defensa, obrante a los folios 13 y 14 del expediente, debemos avanzar por nuestra parte un paso más, para traer a colación en la misma línea de análisis de datos del expediente no cuestionados (para lo que habilita el art. 88.3 LJCA), el informe del Servicio Farmacéutico de San Fernando, obrante a los folios 25 y 26 del expediente en el que en el apartado de “conclusiones” se dice lo siguiente:

»“A la vista de lo relatado, y según la normativa en vigor, literatura bibliográfica consultada, tras el primer positivo a cocaína obtenido en análisis de cribación inicial realizado en el Laboratorio de Análisis de Drogas del Servicio Farmacéutico de San Fernando y posterior detección de presencia de benzoilecgonina en el Laboratorio de Referencia de las Fuerzas Armadas para análisis de drogas, y toda vez que a fecha actual no se ha realizado contraanálisis, se puede afirmar que en el caso particular de la muestra n.º NUM000, tomada el día 24 de agosto de 2010 al sargento alumno D. Fabio (NUM001), se evidencia un consumo de cocaína y que existiría por tanto validez legal en el resultado final de POSITIVO A COCAINA.

»Sin embargo, no es posible determinar con total seguridad, solo con un análisis realizado, ni la dosis consumida, ni la frecuencia de consumo (habitual u ocasional), ni el tiempo pasado desde el consumo hasta la fecha de análisis”.

»Sobre tales bases fácticas no es posible afirmar que, con la única detección analítica, en la que se ha sustentado la decisión aquí recurrida, haya quedado acreditado el supuesto legal de abuso del consumo de drogas, y menos que, a partir de tal no demostrado abuso, haya quedado acreditado el supuesto de pérdida de condiciones psicofísicas.

»A tales datos hemos de añadir, para reforzar la conclusión negativa anterior, también como elementos del expediente, el dato de que, reclamados por el demandante los análisis precedentes y posteriores al que ha dado lugar a la decisión impugnada, acreditativos de que no consumía drogas, tales análisis, pese a su reclamación y a su incuestionable importancia para el caso, no constan unidos al expediente, ni han sido negados en el proceso, lo que refuerza la falta de acreditación del supuesto normativo de pérdida de condiciones psicofísicas, así como el dato, no despreciable, de que el expediente se inició con carácter disciplinario, y se recondujo madrugadoramente al de pérdida de condiciones psicofísicas, sin duda ante la evidencia de que por aquella vía inicial carecía de viabilidad.

»En otro orden de consideraciones la afirmación en el motivo de casación de que “la mera detección analítica del consumo de drogas... no constituye novedad alguna, puesto que es el mismo criterio seguido en las leyes disciplinarias de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1988, de 2 de diciembre) y de la Guardia Civil (Ley Orgánica 12/2007 de 22 de octubre), en que se configura el consumo de drogas como infracción de riesgo, no siendo necesario según reiteradísima jurisprudencia de la Sala Quinta, que se haya dado lugar a una infracción de otras normas sin perjuicio de que en tal caso constituyan ilícitos disciplinarios distintos”, no resulta especialmente feliz, pues del examen de dichas normas no se extrae la consecuencia que el abogado del Estado pretende al aludir a ellas.

las convocatorias de los diferentes procesos selectivos de ingreso como causa de exclusión automática (positivo en consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con las correspondientes garantías legales daba lugar a la baja en el centro docente), pero tampoco fue tomada en consideración por la DIGEREM.

(iii) Finalmente, tras la solicitud a MADOC de comentarios al proyecto de ley orgánica de régimen disciplinario se advirtió al Ministerio de Defensa sobre esta cuestión. El legislador toma en consideración esta opción a través de un doble mecanismo regulador:

- Por un lado, la LO 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las FAS, cuando recoge la falta muy grave de «consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas durante el desempeño del servicio o de forma reiterada fuera de él» (art. 8.8 LORDFAS) sin hacer distinción entre los que ostentan la condición de profesionales y el resto. Por tanto, el alumno entra de lleno en la autoría de la infracción y puede ser castigado con cualquiera de las sanciones previstas en la ley para esa falta, excepto la de suspen-

»En cuanto a la Ley Orgánica 8/1998, debe significarse que en ella el simple consumo de drogas no está tipificado como infracción en el elenco de las que se describen en artículos 7 (faltas leves) y 8 (faltas graves). La única previsión referente a drogas es la contenida en el número 9 del artículo 8 (“la introducción, tenencia y consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves, establecimientos o cualesquiera lugares militares, y, asimismo, el consumo de las citadas sustancias fuera de dichos lugares, aeronaves y lugares militares, cuando se realicen vistiendo uniforme o públicamente, cuando afecte a la imagen de la Institución Militar, siempre que estas conductas no constituyan infracción más grave o delito”), tipo de infracción que incluye unas circunstancias limitativas, que llevan a la conclusión contraria a la que sorprendentemente propone el abogado del Estado. Según el tipo de infracción referida, el simple consumo, sin más, de droga no resulta incluíble en el mismo si no se dan además en él las circunstancias concretas descritas en el tipo.

»Y en cuanto a la Ley Orgánica 12/2007 al margen de que no sea aplicable al caso, tampoco en la descripción de faltas en sus artículos 7, 8 y 9, podría encontrarse la mínima base de apoyo de la tesis del abogado del Estado.

»Por lo demás, tampoco la descomprometida referencia a la “reiteradísima jurisprudencia de la Sala Quinta”, sin concreción individualizada a ninguna sentencia, resulta atendible, y más bien se vuelve en contra de la tesis del abogado del Estado. Basta al respecto referirnos a la Sentencia de 16 de junio de 2008, dictada en el recurso 106/2007, F.D. Segundo, para evidenciar que el mero consumo de droga, sin la concurrencia de los elementos previstos en el art. 8.22 de la Ley no es constitutivo de infracción.

»Dicha sentencia, referida a un alumno de la Guardia Civil, es exponente de una línea jurídica contraria a la que el abogado del Estado pretende.

»Ha de concluirse por todo lo razonado que la argumentación del motivo único del recurso de casación no desvirtúa la correcta fundamentación de la sentencia recurrida, debiendo desestimarse el recurso».

Volvíamos al punto de partida inicial, pues ni se podía utilizar el expediente personal extraordinario ni la vía de la pérdida de condiciones psicofísicas estaba expedita.

sión de empleo (art. 11 LORDFAS). En consecuencia, puede ser arrestado de 31 a 60 días (art. 16 LORDFAS), se le podrá separar del servicio (art. 20 LORDFAS) o resolver el compromiso (art. 21 LORDFAS). En estos dos últimos supuestos el alumno causará baja del centro docente militar de formación, con pérdida tanto de la condición de alumno como del empleo militar que hubiere alcanzado con carácter eventual.

Para que se dé el supuesto es necesario que se produzca una conducta reiterada, es decir, realizada en tres o más ocasiones en el plazo de dos años, computados de fecha a fecha desde la comisión del primero (art. 10 LORDFAS). De esta forma se cubre la posible producción de resultados positivos durante los largos periodos de formación en el caso de acceso a oficiales y suboficiales.

- Por otro, la Orden DEF/368/2017, a la que ya hemos hecho alusión, contempla este supuesto específico en el artículo 33.5, intitulado «Baja por insuficiencia de condiciones psicofísicas». En este caso, esa efectiva insuficiencia de condiciones se supone que vendrá determinada por el correspondiente dictamen de la Sanidad Militar conforme a las condiciones exigidas para su ingreso en el respectivo centro docente o bien las exigidas para su progresión en el correspondiente plan de estudios⁴⁵. El procedimiento de baja aparece desarrollado en el artículo 42 de la OrdenDEF y exige, en todo caso, que se dé audiencia al interesado.

Por lo que respecta a los alumnos de la enseñanza de perfeccionamiento y altos estudios de la defensa nacional impartidos en el ámbito del Ejército de Tierra, al ser cursos temporalmente cortos y que afectan a militares profesionales en su totalidad, se ha implementado en las bases de las convocatorias la posibilidad de que se pueda causar baja en el centro docente (así ocurre en los cursos de operaciones especiales o piloto de helicópteros) norma trigésima de la Orden DEF/464/2017, de 19 de mayo, por la que se aprueban las normas que regulan la enseñanza de perfeccionamiento y de altos estudios de la defensa nacional.

⁴⁵ Ello en base a la Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación. Disposición adicional quinta, pérdida de la condición de alumno: «El cuadro médico de exclusiones que se aprueba será de aplicación en los procedimientos de pérdida de la condición de alumno a causa de las condiciones psicofísicas».

5. LA ANOTACIÓN DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS: ESPECIALIDADES

Temporalmente hablando, y aun cuando ya había sido tratada por la normativa anterior, el planteamiento de esta cuestión en los términos vigentes lo introdujo el artículo 80 LCM (año 2007), al indicar en su apartado 3, que:

«Las faltas de carácter académico y las disciplinarias leves de los alumnos de la enseñanza de formación limitarán sus efectos al periodo escolar y no figurarán en la hoja de servicios del interesado».

Por su parte, la Ley Orgánica 8/98 señalaba, a este respecto, que «las anotaciones por falta leve de los alumnos de los centros de formación se cancelarán, en todo caso, cuando se incorporen a su escala».

¿Las faltas leves cometidas por los alumnos durante su formación se anotaban? Esta aparente contradicción entre normas había que interpretarla a favor de la anotación de las faltas leves en la hoja de servicios operando una cancelación «de oficio» cuando los alumnos se incorporaren a su escala respectiva (oficiales/suboficiales/tropa y marinería), entre otros argumentos porque la Ley Disciplinaria era orgánica y, por tanto, de distinto rango normativo que la Ley de la Carrera Militar. Pero es que, además, desde un punto de vista práctico, si se evitaba la anotación de las faltas leves en la hoja de servicios del alumno se impedía de *facto* la posible aplicación a estos de la falta grave de acumulación de faltas leves sancionadas con arresto, pues el artículo 7.41 LORDFAS exige para que se dé el tipo disciplinario que estén anotadas y no canceladas (antiguo artículo 8.37 de la Ley Orgánica 8/98).

En la vigente LORDFAS, el tratamiento de esta materia hay que buscarlo en el artículo 64 que preceptúa que «todas las sanciones disciplinarias definitivas en vía disciplinario se anotarán en la hoja de servicios del sancionado...». Pero, añade el párrafo 2, que «en las hojas de servicio de los alumnos de los centros docentes militares de formación, únicamente se anotarán las sanciones disciplinarias impuestas por faltas muy graves, graves y las leves sancionadas con arresto».

El periodo de vida de estas anotaciones se recoge en el artículo 65, cuyo párrafo 3 señala que:

«En todo caso, las anotaciones por faltas leves y graves de los alumnos de los centros docentes militares de formación serán cancela-

das de oficio cuando los alumnos causen baja en el referido centro o se incorporen a su escala una vez finalizada su formación».

La previsión de la LORFAS establece:

A.- En la hoja de servicios del alumno se anotarán las sanciones por falta muy grave, grave y solo aquellas leves sancionadas con arresto, siempre que sean definitivas (firmes) en vía disciplinaria. A sensu contrario no se anotarán las reprensiones escritas y las privaciones de salida.

Esta anotación de las faltas leves sancionadas con arresto sí permite la aplicación del artículo 7.41 LORDFAS –antiguo artículo 8.37 de la LO 8/98–, a contrario de lo que parecía inferirse del tenor literal del artículo 80.3 LCM⁴⁶.

Ahora bien, el problema que se ha planteado en alguna ocasión es la instrucción de expedientes disciplinarios por la falta grave de acumulación de faltas leves sancionadas con arresto, anotadas y no canceladas, a militares mientras tienen la condición de alumnos de formación. El supuesto que generaba inconvenientes se daba cuando la orden de incoación se producía, temporalmente, cuando el expedientado tenía tal condición, y la tramitación del expediente se prolongaba una vez perdida la misma, por conclusión del periodo formativo, con la consiguiente incorporación a su escala (momento en el que su hoja de servicios debe estar limpia de faltas leves).

Sin embargo, la infracción está consumada con la comisión de la cuarta falta leve sancionada con arresto, aunque durante la tramitación del expediente se eliminen de la hoja de castigos. Se podría emplear el criterio del *in dubio pro reo*/administrado, archivando el expediente, puesto que si el interesado en la fase de prueba pide que se incorpore la copia certificada de la hoja de servicios, esta estaría limpia.

B.- Las anotaciones por faltas leves (sancionadas con arresto) y graves se cancelarán de oficio cuando los alumnos causen baja en el centro/se incorporen a su escala una vez terminada la formación.

En desarrollo de estos preceptos, el Real Decreto 719/2017, de 14 de julio, sobre anotación y cancelación de notas desfavorables en la documentación militar personal, señala en su artículo 1.2 que en la documentación militar personal de todo miembro de las Fuerzas Armadas se harán constar las siguientes notas:

⁴⁶ Véase, ad exemplum, la STS 2219/2014, de 26 de mayo, en la que se analiza la sanción de baja en el centro docente militar de formación impuesta por la subsecretaría de Defensa a un caballero cadete de la AGM al que el TGMADOC le abre un expediente disciplinario por una falta grave del artículo 8.37 al cometer una falta leve teniendo anotadas y no canceladas doce faltas sancionadas con arresto.

«A) Todas las sanciones disciplinarias una vez que sean definitivas en vía disciplinaria...»

Respecto del ámbito de aplicación el art. 2.3 del RD no ofrece atisbo de dudas:

«A los alumnos de los centros docentes militares de formación... les será de aplicación, excluidas las infracciones académicas, que se registrarán por sus normas específicas».

Queda por ver qué tratamiento se le da al alumno de la enseñanza de formación, que no varía, de la línea trazada por los artículos 64 y 65 LOR-DFAS:

- i. En las hojas de servicios de los alumnos de los centros docentes militares de formación, únicamente se anotarán las sanciones disciplinarias impuestas por faltas muy graves, graves y las leves sancionadas con arresto –art. 3.3–.
- ii. En todo caso, las anotaciones por faltas leves y graves de los alumnos serán canceladas de oficio cuando los alumnos causen baja en el referido centro o se incorporen a su escala una vez finalizada su formación, y no se incorporarán a la hoja de servicios del interesado, sin que pueda certificarse sobre ellas –art. 4.4–.

A la luz de la legislación expuesta y a los efectos de poder cancelar las anotaciones por falta leve sancionadas con arresto y las faltas graves, la pregunta sería ¿Cuándo un alumno causa baja en el centro o se incorpora a su escala?

Antiguamente la tropa y marinería era la única categoría que no se incorporaba a escala alguna por lo que en tal caso era obligatoria mantener la anotación. En la actualidad, sin embargo, tenemos:

- a) Los *militares de carrera –oficiales y suboficiales–* cuando superen los planes de estudios, accederán a la escala correspondiente con la obtención del primer empleo militar –art. 59 y 76 LCM–.

El artículo 76.1 LCM señala «la condición de militar de carrera se adquiere al incorporarse a una escala de oficiales o de suboficiales con la obtención del primer empleo militar, una vez superado el plan de estudios correspondiente y obtenida la titulación exigida».

- b) La *tropa y marinería* cambia esta situación, pues tanto en la Ley de la Carrera Militar como en la Ley de Tropa y Marinería, ya se habla de escala.

El artículo 75.5 LCM dispone: «La carrera militar de los miembros de las escalas de tropa y marinería, comenzará con un compromiso inicial...».

El artículo 78 del mismo cuerpo legal, cuando dispone que «la condición de militar de tropa y marinería se adquiere al incorporarse a una escala una vez superado el periodo de formación determinado en la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a tal condición y firmado el compromiso inicial que se establece en la Ley 8/2006...».

Por lo que respecta a la baja en el centro docente militar de formación, no basta con que el alumno cause baja en un centro militar para pasar a otro donde va a seguir desarrollando el mismo proceso formativo, para luego volver al de origen. Ese es el ejemplo de los alumnos de la AGM que pasan, a los efectos de su especialización, a academias específicas (academias de Artillería, Infantería, Caballería e Ingenieros).

Por «baja» han de entenderse alguna de las causas previstas en el artículo 71 LCM:

- A petición propia.
- Insuficiencia de condiciones psicofísicas.
- No superar dentro de los plazos establecidos, las pruebas previstas en los planes de estudios.
- Carencia de cualidades en relación con los principios constitucionales y las reglas de comportamiento del militar a los que se refiere el artículo 64.1.d) y f) acreditada en expediente personal extraordinario, mediante resolución motivada y previa audiencia del interesado.
- Imposición de sanción disciplinaria de baja en el centro docente militar de formación por falta grave o separación del servicio o resolución de compromiso por falta muy grave, de acuerdo con lo dispuesto en la LORDFAS.
- Imposición de condena en sentencia firme por delito doloso, teniendo en consideración el tipo de delito y la pena impuesta, previa tramitación de un expediente administrativo con audiencia del interesado.
- Pérdida de la nacionalidad española o, en el supuesto de extranjeros, la de origen sin adquirir la española u otra de las que permitan el acceso a la condición de militar de complemento o de militar de tropa y marinería.
- Incumplimiento, en contra de lo declarado por el interesado, de las condiciones del artículo 56 para optar a la convocatoria para el ingreso en el correspondiente centro docente militar de formación.

No obstante, dado que la consecuencia de baja en el centro es la pérdida de la condición de militar esta previsión solo tendrá efectividad en aquellos que no perdieran tal condición por haber ostentado una antes de ser nombrado alumno –art. 71.5 LCM– (promoción interna, cambio de cuerpo o escala, etc.).

6. LAS DENOMINADAS INFRACCIONES ACADÉMICAS

A lo largo del trabajo hemos hecho alusión a la cohabitación de un doble sistema sancionador aplicable, en exclusiva, a los alumnos de los centros docentes militares de formación. Esa fórmula dual aludida diferencia infracciones disciplinarias/académicas y aparece consagrada en todas las leyes disciplinarias y de personal aprobadas en el Ministerio de Defensa en las últimas décadas. Sin embargo, como tendremos ocasión de exponer, el problema surge cuando se trata de deslindar ambas figuras sancionadoras, a veces de difícil distinguo, lo que ha provocado la intervención de los órganos jurisdiccionales para esclarecer conceptos.

6.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CUESTIÓN.

Realizando una sistemática puramente cronológica, traemos a colación el artículo 3 de la LO 12/1985, de Régimen Disciplinario de las FAS, que disponía:

«A los alumnos de las Academias y Escuelas de formación de Oficiales, Suboficiales, y Clases de Tropa y Marinería se les aplicarán sus Reglamentos disciplinarios específicos, los cuales deberán adecuarse a lo regulado en la presente Ley con inclusión de las infracciones de carácter escolar»⁴⁷.

⁴⁷ Los reglamentos aludidos consistían en un conjunto de normas dispares que quedaron derogadas tras la publicación de la OM 43/1993: (1) Orden de 17 de julio de 1945, del Ministerio del Aire, por la que se aprueba el Reglamento Provisional para el Régimen Interior de la Academia General del Aire; (2) Orden de 21 de enero de 1946, del Ministerio del Ejército, por la que se aprueba, con carácter provisional, el Proyecto de Reglamento para el Régimen Interior de las Academias Militares de las Armas de Infantería, Caballería, Artillería, Ingenieros y Cuerpo de Intendencia; (3) Orden de 30 de noviembre de 1955, del Ministerio del Ejército por el que se aprueba el Reglamento Provisional para el Régimen Interior de la Academia General Militar; (4) Orden de 6 de diciembre de 1976, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de los Centros de Formación de Oficiales de la Escala Especial del Ejército de Tierra; (5) Orden 1236, de 13 de octubre de 1977, del

Estos reglamentos debían adecuarse a los principios de la propia ley disciplinaria, sin embargo nunca lo hicieron.

El siguiente paso lo encontramos en el artículo 57.2 de la Ley 17/1989, de Régimen de Personal Militar Profesional (LRPMP), en el que el sometimiento del alumno al régimen disciplinario se concretaba, en análogos términos a los marcados en la Ley Orgánica 12/85, a través de los denominados *reglamentos disciplinarios específicos* de los centros docentes militares de formación, que debían adecuarse a lo regulado en aquélla.

Sin embargo, ese mismo precepto añadía dos previsiones que, aún hoy, se siguen recogiendo en la normativa vigente:

- 1) Las sanciones disciplinarias impuestas a los alumnos se cumplirían en el propio centro y sin perjuicio de la participación de aquellos en las actividades académicas.
- 2) En ningún caso las sanciones por infracciones de carácter académico podrían suponer para el alumno la privación o restricción de libertad.

Esa falta de regulación de que adolecía la LO 12/85, fue subsanada por la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, que incorporó, en su disposición adicional décima, una modificación de la disposición adicional tercera de la LO 12/85, corrigiendo las lagunas detectadas y sometiendo a los alumnos de los centros militares de formación al régimen disciplinario militar, con algunas peculiaridades ya establecidas en la LRPMP.

Así, la referida disposición, tras la reforma señalada, establecía:

«1. Los alumnos de los centros docentes militares de formación estarán sujetos a lo previsto en esta Ley, teniendo en cuenta que las sanciones por infracciones disciplinarias militares se cumplirán en el propio centro y sin perjuicio de la participación del alumno en las actividades académicas y que el expediente disciplinario que se incoe por falta grave podrá tener como resultado la baja del alumno en el centro docente militar. La potestad para imponer dicha sanción corresponderá al Secretario de Estado de Administración Militar. Contra dicha sanción se podrá interponer recurso ante el Ministro de Defensa.

Ministerio de Defensa por la que se aprueba el Reglamento de la Escuela Naval Militar; (6) Orden Delegada 518/1980, de 29 de julio, del Ministerio de Defensa, por la que se aprueba el Reglamento de la Escuela de Oficiales de la Armada; y (7) Orden 179/1981, de 3 de diciembre, por la que se aprueba el Reglamento para el Funcionamiento de la Academia General Básica de Suboficiales del Ejército de Tierra.

»2. Las infracciones de carácter académico no están incluidas en el Régimen Disciplinario Militar. Dichas infracciones y las correspondientes sanciones, que no podrán suponer para el alumno restricción o privación de libertad, se determinarán en las normas de régimen interior de los centros docentes militares que apruebe el Ministro de Defensa».

Pues bien, en desarrollo de las previsiones legales tanto del artículo 41.2⁴⁸ de la LRPMP como de la disposición adicional tercera de la LO 12/85, se publica la Orden Ministerial 43/1993, sobre régimen del alumnado de los centros docentes militares de formación. Esta OM estaba dirigida a:

- a) Los *alumnos de los tres ejércitos y escalas* –oficiales y suboficiales–.
- b) Los *alumnos de cuerpos comunes* –disposición adicional–.
- c) Al *personal de tropa y marinería* les será de aplicación lo referido en la Orden Ministerial 43/93 por indicación expresa de la disposición adicional única de la Orden Ministerial 42/2000, de 28 de febrero, sobre directrices generales de los planes de estudios para la enseñanza militar de formación de los militares profesionales de tropa y marinería.

Por lo que a nuestro estudio se refiere, la OM 43/93 se sustentaba en el doble sistema: (1) las *infracciones de carácter académico* y (2) las genuinas *faltas disciplinarias*. De tal manera que dedicaba el capítulo IV a las infracciones de carácter académico⁴⁹ y el capítulo V al régimen disciplinario.

⁴⁸ Ese precepto disponía que el ministro de Defensa aprobaría las normas generales que habían de regular el régimen interior de los centros docentes militares de formación.

⁴⁹ CAPÍTULO IV De las infracciones de carácter académico

Artículo 17. Definición.

Se considerará infracción de carácter académico toda acción u omisión que, dolosa o imprudentemente, quebrante alguno de los deberes de este carácter señalados en el artículo 16 del presente Régimen del Alumnado y no constituya falta de disciplina ni sea, en concreto, objeto de una evaluación o calificación.

Artículo 18. Sanciones académicas.

1. *En ningún caso las infracciones de carácter académico darán lugar a la imposición de alguna de las sanciones previstas en el Régimen Disciplinario.*

2. *Las infracciones de carácter académico se sancionarán con amonestaciones verbales o escritas. Las verbales podrán ser públicas o privadas. Las escritas, acompañadas de su motivación, serán siempre privadas.*

Artículo 19. Competencia y procedimiento para pronunciar amonestaciones verbales.

1. *Son competentes para pronunciar amonestaciones verbales los respectivos directores y jefes de estudios de los centros docentes militares de formación y, en relación con quienes sean sus alumnos, los profesores de tales centros y quienes tengan a su cargo la función de completar la formación de dichos alumnos en unidades, centros u organismos del Ministerio de Defensa.*

La Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas mantenía el sistema dual de infracciones reseñado, conteniendo algunas peculiaridades respecto a los alumnos de la enseñanza militar de formación. El artículo 3.3 indicaba que:

2. *Advertido por alguno de los anteriores un comportamiento infractor con arreglo al artículo 17 del presente Régimen del Alumnado, procederá de inmediato la amonestación verbal y pública de quien lo hubiera observado.*

3. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando atendidas la naturaleza de la infracción y las circunstancias en que haya tenido lugar, fuere viable pronunciar la amonestación de manera privada, se realizará de este modo con carácter inmediato o bien con posterioridad que no implique desvinculación con el comportamiento infractor, según el caso.*

4. *El profesorado civil de los centros docentes militares de formación, sin perjuicio de su facultad de corregir las infracciones académicas que observe en sus alumnos, notificará al Jefe de Estudios, por el conducto establecido, toda conducta impropia que observare en cualquiera de los alumnos del centro.*

Artículo 20. Competencia para dirigir amonestaciones escritas y casos en que proceden.

1. *Son competentes para dirigir amonestaciones escritas a los alumnos, los respectivos directores y jefes de estudios de los centros docentes militares de formación.*

2. *Las amonestaciones escritas se reservarán para casos de gravedad o contumacia en las infracciones académicas, que el Director o Jefe de Estudios conozcan por sí o a través de comunicación formal que les hagan quienes ostentan competencia para pronunciar las verbales.*

Artículo 21. Efectos de las amonestaciones.

1. *Las amonestaciones verbales agotarán sus efectos en la reconvencción en que consistan, salvo por lo que concierne a poder fundamentar amonestaciones escritas durante el mismo curso académico en que se hayan producido las orales.*

2. *Las amonestaciones escritas, en cambio, se tomarán en cuenta a la hora de realizar los informes personales de los alumnos con arreglo a lo que establece el apartado 3 del artículo 28 del presente Régimen del Alumnado, siempre y cuando dichos informes estén referidos al mismo curso académico en que se produjeron las amonestaciones escritas.*

3. *Excepto en lo que sea preciso para los efectos establecidos en los dos apartados anteriores, no se realizarán anotaciones ni, por tanto, cancelaciones de las infracciones de carácter académico y de sus sanciones. Las realizadas a tales efectos se cancelarán, en sus respectivos casos, cuando estos efectos se produzcan y, en todo caso, al inicio del siguiente curso académico al que se efectuaron o, si se trata del último, a su conclusión.* Artículo 22. Reclamación frente a amonestaciones escritas.

1. *Los alumnos objeto de amonestación escrita dispondrán de un plazo de tres días hábiles, a contar desde el siguiente al de su recepción, para presentar ante el Director del centro correspondiente o, caso de ser este quien la haya dirigido, para remitir al Director de Enseñanza respectivo, escrito de descargo en relación con los hechos y las circunstancias que la motivaron, y en solicitud de que no sea tomada en cuenta en el informe personal a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior. Al escrito de descargo se unirá copia de aquél mediante el cual se hubiera formulado, motivadamente, la amonestación de que se trata.*

2. *Antes de que dicho informe personal sea emitido, el Director del centro o, en su caso, el Director de Enseñanza decidirá si procede o no acceder a lo solicitado de él y, seguidamente, lo comunicará a los interesados, sin que su resolución pueda ser objeto de ulterior reclamación*

«Los alumnos de los centros docentes militares de formación estarán sujetos a lo previsto en esta Ley. Las infracciones de carácter académico en la enseñanza de formación no están incluidas en el régimen disciplinario militar, y se sancionarán de acuerdo con sus normas específicas».

Posteriormente, la Ley 17/1999, de Régimen de Personal de las FAS (LRPFAS), fue más allá y dispuso, en el artículo 81.2, que:

«Las infracciones de carácter académico en la enseñanza de formación no están incluidas en el régimen disciplinario militar y serán sancionadas, exclusivamente, con amonestaciones verbales o escritas, de acuerdo con lo que se determine en las normas generales que regulen el régimen interior de los centros docentes militares de formación que apruebe el Ministro de Defensa».

Por lo que respecta a la legislación vigente, el art. 69.2 LCM es más parco en su redacción, ya que señala:

«Las infracciones de carácter académico en la enseñanza de formación no están incluidas en el régimen disciplinario militar y serán sancionadas con arreglo a lo que se determine en el régimen interior de los centros docentes en los que cursen estudios».

Por último, en este repaso legislativo, llegamos a la vigente LORDFAS que no difiere prácticamente en nada de su predecesora –art. 2.3–:

«Los alumnos de los centros docentes militares de formación... están sujetos a lo previsto en esta Ley. Las infracciones de carácter académico en la enseñanza de formación no están incluidas en el régimen disciplinario militar, y se sancionarán de acuerdo con sus normas específicas».

Del análisis de la normativa precitada partimos de una premisa fundamental: las infracciones académicas no tienen la consideración, en ningún caso, de contravenciones disciplinarias y, consecuentemente, no pueden ser sancionadas como tales. Son ataques o incumplimientos del régimen genuino del alumnado, pero que no tienen la entidad, ni siquiera, de infracciones disciplinarias de carácter leve, por lo que no pueden ser corregidas como tales, dejando el margen de su corrección a simples amonestaciones

verbales o escritas. Será el régimen interior de cada centro docente el que fijará las conductas y las sanciones a aplicar en el supuesto de la comisión por parte de un alumno de un quebranto de esta naturaleza –art. 69 LCM en relación con el artículo 2.3 LORDFAS–.

Sin embargo, esta cuestión no es baladí. Para hacerse una idea de la problemática surgida, dada la parquedad del artículo 69.2 LCM –en relación a su antecedente el art. 81.2 LRPFAS– y la remisión que efectúa a las normas de régimen interior, algunos CDMF del ámbito del ET han venido sancionando tradicionalmente comportamientos que pudieran ser considerados infracciones académicas como si fueran disciplinarias, aplicando la sanción de privación de salida (por falta leve) y dando lugar, consiguientemente, a la acumulación de infracciones leves (falta grave), bordeando los límites y el espíritu del ordenamiento jurídico vigente.

Ello ha derivado, como luego tendremos ocasión de exponer, en excesos a la hora de interpretar y aplicar la normativa disciplinaria, incluso a comportamientos que tenían un mejor encaje en el régimen académico.

6.2. EL TRATAMIENTO ACTUAL DE ESTE TIPO DE INFRACCIONES.

La vigente Orden DEF/368/2017 es mucho más completa que su antecesora, la Orden Ministerial 43/1993, regulando la cuestión en los artículos 19 y siguientes. Estamos en presencia de un régimen disciplinario, si se quiere, de segundo escalón que se aplica en atención a las conductas académicas realizadas y la entidad (gravedad) de las mismas, y que es subsidiario de los regímenes disciplinario y penal.

De una comparación somera de ambas disposiciones, comprobamos que la vigente es mucho más detallista, de tal manera que:

- a. Parte de una definición mucho más sencilla de la infracción académica (actos contrarios), que incluye actividades extraescolares, pero sin esas connotaciones cuasi penales que fijaba la norma derogada (acciones u omisiones dolosas o imprudentes).
- b. Actualmente se incluye una enumeración no cerrada (*numerus apertus*) de comportamientos considerados como infracción académica y que deben ser incorporados como tal en el régimen interior (RI) de los CDMF. Ello garantiza los principios de tipicidad y seguridad jurídica a la hora de fijar las contravenciones escolares e imponer las sanciones.
- c. Aunque las correcciones ante la comisión de una infracción académica son las mismas en ambas disposiciones (amonestaciones

verbales o escritas), la vigente OrdenDEF permite que la amonestación verbal pueda llevar aparejadas las que denomina «correcciones académicas», consistentes en recargo de tareas y actividades. Con ello se da carta de naturaleza y validan determinadas «tradiciones» propias de los CDMF que se aplicaban como mecanismo de reconvencción del alumno. En todo caso, estas correcciones complementarias deben venir expresamente recogidas en el RI.

Analizando el contenido del capítulo IV de la OrdenDEF, encontramos:

I) El primero de esos artículos –art. 19– marca el *concepto de este tipo de contravenciones*, dónde deben ser recogidas y, dando un paso hacia adelante, determina algunos comportamientos que, *ad exemplum*, deben ser considerados como tales y de inclusión obligatoria en el RI.

i.- Tienen la consideración de infracciones académicas:

- Cualquier acto contrario a los deberes señalados en el artículo 18⁵⁰ de este Régimen del Alumnado y a las normas de régimen interior del centro.
- Realizados por los alumnos en el desarrollo de sus actividades académicas o durante la realización de actividades extraescolares.

⁵⁰ En concreto, esos deberes académicos referidos, inherentes a su condición de alumnos:

a) Seguir las actividades docentes con diligencia y aprovechamiento y aplicarse, de igual modo, a las tareas de investigación que les correspondan.

b) Dedicarse a la formación que reciba en el centro docente militar y realizar el trabajo intelectual y físico que se espera de ellos.

c) Atender las orientaciones de los profesores y tutores respecto de su aprendizaje.

d) Participar activamente en las clases teóricas y prácticas, en la instrucción y adiestramiento y en las demás actividades orientadas a su formación.

e) Tomar parte en las actividades escolares de transmisión, adquisición y comprobación de los saberes, conocimientos, aptitudes y habilidades profesionales, procurando que se realicen de la forma más adecuada y con arreglo a las instrucciones recibidas.

f) Cooperar en la formación de sus compañeros, incluso mediante el empleo, en su caso, del ascendiente derivado de su antigüedad o experiencia.

g) Cuidar y usar debidamente los bienes, equipos, instalaciones o recinto del centro y de las unidades, buques, centros y organismos que colaboren en la formación.

h) Abstenerse de la utilización o cooperación en procedimientos fraudulentos en las pruebas de evaluación, en los trabajos que se realicen o en documentos oficiales del centro.

i) Abstenerse de la realización de novatadas o trato desconsiderado con otros alumnos.

j) Cooperar con los responsables, profesores y demás personal del centro, al logro de la mayor calidad y eficacia de la enseñanza.

k) Participar de forma activa y responsable en las reuniones de los órganos para los que haya sido elegido.

l) Cualesquiera otros que, en relación con su condición de alumnos, se deriven de este Régimen del Alumnado.

- Y que no constituyan falta disciplinaria ni sean, en concreto, objeto de evaluación o clasificación.
- ii.- El LNRI deberá incluir un apartado específico en el que se enumeren, se establezca la corrección aplicable en caso de contravención, se fije el sistema para su castigo y se determine cuándo la reiteración de estos comportamientos pase a tener trascendencia disciplinaria⁵¹.
- iii.- Los siguientes comportamientos tienen, *ab initio*, la calificación de infracciones académicas:
 - a) Llevar a cabo actuaciones relacionadas con el fraude en exámenes, controles u otras actividades académicas.
 - b) Adulterar cualquier documento oficial, documento de asistencias, correcciones de pruebas o trabajos de investigación.
 - c) Realizar actos o manifestaciones de desconsideración leves hacia el profesor o condiscípulos en los lugares en que se cumpla la labor académica.
 - d) Alterar de forma leve el orden en las aulas, laboratorios y otras áreas destinadas a la enseñanza, al estudio, la investigación o la instrucción.
 - e) Replicar de forma injustificada y descortés.
 - f) Incurrir en demora en el exacto cumplimiento de las correcciones académicas impuestas.

Queda claro, pues así lo admite también el precepto, que la consideración de tales comportamientos como infracciones académicas va a depender de las circunstancias que concurran, caso por caso.

II) Respecto a las *correcciones aplicables* –art. 20–, se sigue el criterio de la norma derogada, pues:

1. En ningún caso las infracciones de carácter académico darán lugar a la imposición de alguna de las correcciones previstas en la LORDFAS.

A pesar de esta tradicional advertencia, en los CDMF no se consideraban suficientemente «punitivas» para el alumno las amonestación verbales o escritas, por lo que se solían tratar contravenciones meramente académicas como disciplinarias,

⁵¹ Esta circunstancia también se recoge expresamente en el artículo 30 de la Orden DEF/85/2017, de 1 de febrero, por la que se aprueban las normas sobre organización y funciones, régimen interior y programación de los centros docentes militares, al referirse al contenido mínimo del LNRI.

- b'. Las amonestaciones escritas quedan reservadas a los directores/subdirectores jefes de estudios, para casos de gravedad o contumacia en las infracciones académicas.
 - c'. Los profesores civiles de los CDMF podrán corregir las infracciones académicas observadas, notificándolo al subdirector jefe de estudios.
 - d'. Las medidas correctoras de carácter académico se notificarán al subdirector jefe de estudios o el responsable de los alumnos durante el periodo de prácticas en unidades.
- IV) *Efectos y constancia* de estas infracciones –art. 22–. La norma diferencia entre:
- a''. Las amonestaciones verbales y las correcciones que las acompañan quedarán agotadas con la reconvención y la realización de la actividad en que consistan.
 - b''. Las amonestaciones escritas se tendrán en cuenta a la hora de realizar los IPA⁵³ del alumno del curso académico en el que se produjo la amonestación escrita.
 - c''. Se utilizarán impresos normalizados en los que se contendrá:
 - La infracción apreciada por el profesor.
 - La corrección impuesta.
 - La conformidad/disconformidad del corregido.
 - La firma en prueba de que queda enterado.
 - d''. Esa documentación se eliminará tras la finalización del plan de estudios.
- V) Por último, se recogen *las reclamaciones* ante las amonestaciones escritas –art. 24–, con arreglo a los siguientes criterios:
- El alumno tiene un plazo de tres (3) días hábiles, a partir del día siguiente al de su recepción.
 - Se dirigirá al superior jerárquico de quien impuso la corrección. Si fue el director del centro, resolverá el director de Enseñanza respectivo.

⁵³ El Informe Personal del Alumno (IPA) es la calificación de unos conceptos predefinidos que permitan apreciar, a través de la observación del alumno a lo largo de su proceso de formación, sus cualidades, méritos, aptitudes, competencia y forma de actuación profesionales como futuro militar profesional. Consta de nueve (9) conceptos predefinidos, relativos a la actitud, aptitud y desempeño del alumno, que deberán ser evaluados por parte de los mandos directos del alumno. Cada uno de los conceptos tendrá una valoración que oscilará entre cero (0) y diez (10) puntos. La calificación final del IPA será la media aritmética de las valoraciones asignadas a cada concepto. En algunos casos, una nota inferior a cinco (5) supone la no superación de una fase formativa (v.gr. la FFMG) o puede ser tenida en cuenta para la nota final del curso.

- La resolución, que se basará en si el comportamiento se tiene o no en cuenta en el IPA, no será susceptible de ulterior recurso, salvo los administrativos o jurisdiccionales contra el resultado de la evaluación.

Pues bien, a pesar de esta completa reglamentación, el problema que surge *ab initio* con estas infracciones es la dificultad de deslindarlas de las faltas disciplinarias, lo que se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones sobre todo cuando ha de aplicarse la falta grave de acumulación de faltas leves –art. 8.37 LORDFAS–, momento en el que se comprueba que muchas de las infracciones sancionadas como leves, en realidad, debieron serlo como académicas (por ejemplo, quedarse dormido o llegar tarde a clase).

Al ser sanciones firmes, y consentidas por el infractor no se pueden someter a revisión por el mando superior.

Esta dificultad aplicativa se ponía de manifiesto, por ejemplo, en el apartado 3.2 del Documento n.º 14 de las Normas del Curso de la AGM (página 92) –hoy derogadas– que, al respecto, indicaban: «...siendo conscientes de la dificultad de delimitar, en la formación militar, las consideradas infracciones académicas respecto a las faltas disciplinarias, se deberá tener en cuenta por los profesores encargados de corregirlas que dichas infracciones académicas serán siempre las producidas por la condición de alumno del infractor, con total y absoluta independencia de su condición militar y, que en ningún caso podrán dar lugar a la imposición de alguna de las sanciones previstas en el régimen disciplinario.

«No obstante, son expresamente reprobables las bajas calificaciones en exámenes, la demostración de escaso interés en clase, el plagio de fuentes, la copia en exámenes o la no presentación en tiempo y forma de prácticas o trabajos».

Este tratamiento, no obstante, fue puesto en tela de juicio por la Asesoría Jurídica General de la Defensa al pronunciarse, mediante Informe de 24 de julio 2012, en la resolución de un expediente disciplinario a un alumno de la AGM incoado por acumulación de faltas leves y al que el instructor solicitó, como sanción, la baja en el centro docente militar de formación⁵⁴, al señalar que:

⁵⁴ La LO 8/1998, de 2 de diciembre, recogía en el artículo 8.37 la infracción grave de «Cometer falta leve, teniendo anotadas y no canceladas al menos tres faltas sancionadas con arresto». Dentro de las posibles sanciones a aplicar, el artículo 9.2, preveía la «Baja en el centro docente militar de formación y en otros centros de formación».

«Es importante detenernos en este tipo de infracciones (académicas) porque a la vista del procedimiento, no puede afirmarse con seguridad que esa importante distinción aparezca siempre claramente delimitada en las resoluciones sancionadoras en este y otros centros militares docentes de formación, si se advierte que según manifiesta el comandante promotor del parte (folio 15), el mismo alumno ha sido sancionado disciplinariamente por exponer en clase un tema que no tenía que ver con la materia o por tirar bolitas de papel a sus compañeros de clase, o tal y como hemos visto ahora (folio 123), por pintar un muñeco en la pizarra, actuaciones sin duda, significativas de una considerable inmadurez en el alumno, que ha de ser corregido en su proceso formativo, pero que no agrede intereses jurídicos específicamente militares, como para justificar la adopción de medidas privativas de libertad».

Añade que:

«Es necesario en este punto, remitirnos a la Orden 43/1993, de 21 de abril, sobre régimen del alumnado de los centros militares docentes de formación, cuando establece en su artículo 17 que “...se considerará infracción de carácter académico toda acción u omisión que, dolosa o imprudentemente, quebrante alguno de los deberes de este carácter señalados en el artículo 16 del presente Régimen del Alumnado y no constituya falta de disciplina ni sea, en concreto, objeto de una evaluación o calificación” y que entre esos deberes, señala expresamente el artículo 16: “a) Seguir las actividades docentes con diligencia y aprovechamiento y aplicarse, de igual modo, a las tareas de investigación que les correspondan”, así como “d) Participar activamente en las clases teóricas y prácticas, en la instrucción y adiestramiento y en las demás actividades orientadas a su formación”».

Para terminar señalando que:

«Esta consideración se trae a colación, si no para cuestionar en su totalidad la aplicación que se hace en este y otros centros de formación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, respecto a un personal que todavía no pertenece a ellas, si al menos para recordar (1) la ligereza con la que se imponen sanciones disciplinarias privativas de libertad, (2) la voluntaria dejación del ejercicio de las facultades de impugnación que hacen los alumnos –debido al exigente programa de

actividades al que están sujetos–, (3) la más que probable omisión de la utilización del régimen sancionador académico y (4) de un precepto de obligado cumplimiento como es el artículo 6 *in fine* de la LORDFAS, que obliga a una especial sensibilidad en cuanto a la proporcionalidad de las sanciones aplicables a los alumnos».

Desde un punto de vista jurisdiccional ha habido pronunciamientos al respecto, que conviene tener en cuenta para clarificar el deslinde entre infracciones académicas y disciplinarias. No obstante, hemos de reconocer que no hay una línea delimitadora clara y uniforme, sino que hay que estar al caso por caso.

La primera ocasión en que un órgano jurisdiccional entró de lleno en la materia fue la STMT 3.º 283/2013 (Barcelona), de 15 de octubre. En la misma se analizaron tres supuestas infracciones disciplinarias cometidas por un alumno de la AGM: (a) no asistir a una conferencia del director del centro, lo considera infracción académica, (b) la falta de respeto a un superior –interrumpirle mientras hablaba–, es tomado como infracción disciplinaria, y (c) el descuido en el aseo personal es entendido como infracción disciplinaria –manteniendo la privación de salida impuesta–.

La sentencia puso de manifiesto:

«Así, discrepamos de que las infracciones académicas tengan carácter residual con respecto a las disciplinarias, como afirman las resoluciones disciplinarias impugnadas de la lectura del mencionado artículo 17, pues no existe prevalencia alguna entre unas y otras. Ambas amparan bienes jurídicos distintos. Las académicas los deberes como alumnos de la enseñanza militar de formación como menciona el artículo 16 ya citado; y las faltas disciplinarias militares los deberes de esos mismos alumnos como militares, comprendidos en el elenco normativo que menciona el artículo 1.º de la Ley Disciplinaria, y que podemos resumir en los antes reseñados de subordinación, lealtad, servicio, y dignidad de la Institución, en definitiva, la disciplina militar. Podríamos afirmar, en general, que la infracción de deberes únicamente académicos no lesiona y no constituye falta disciplinaria del régimen sancionador castrense».

La STS Sala 5.ª 2453/2014, de 16 de junio, volvió a tratar el supuesto expuesto en la precitada sentencia en vía casacional (desestimación de la casación):

«3.- La sala coincide con el tribunal sentenciador y con la parte recurrida, en que no existe necesariamente una relación de subsidiariedad entre la norma sobre régimen del alumnado y la reguladora del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, sino que, antes bien, la Orden 43/1993 debe considerarse norma especial de aplicación preferente respecto de las situaciones que regula enmarcadas sobre todo en el contexto del régimen interior de los centros docentes.

»Acierta el tribunal de instancia cuando marca la línea diferencial entre una y otra clase de infracciones en función del bien jurídico tutelado, lo que sirve para determinar el sentido y alcance de la norma cuando se presentan aparentes concursos de normas, de manera que la calificación como disciplinaria de la infracción prima en los casos en que se quebranten o pongan en peligro bienes esencialmente militares, tales como la relación jerárquica y la subordinación, la unidad y la cohesión interna que se resienten cuando quiebra la disciplina esencial para el funcionamiento de los ejércitos y el cumplimiento por estos de las misiones que les encomiendan la Constitución y las leyes, esto es, el propio funcionamiento de lo que la STC 60/1991, de 14 de marzo, denomina la organización bélica del Estado (vid. el precedente representado por nuestra Sentencia 07.05.2008); pero el nivel de reproche puede no ser tan intenso cuando no se comprometen aquellos principios esenciales, mediante comportamientos de sujetos que aun teniendo la condición de militares se encuentran todavía incursos en un proceso selectivo, en que su formación como aspirantes a profesionales de las Fuerzas Armadas es el elemento decisivo a tener en cuenta en su concreta actuación.

»4.- El art. 16 de la reiterada OM 43/1993, establece una serie de deberes inherentes a la condición de alumno de los centros docentes, tales como: a) seguir las actividades docentes con diligencia y aprovechamiento y aplicación, de igual modo, las tareas de investigación que les corresponda; d) participar activamente en las clases teóricas y prácticas, en la instrucción y adiestramiento y en las demás actividades orientadas a su formación; y e) tomar parte en las actividades escolares de transmisión, adquisición y comprobación de los saberes, conocimientos, aptitudes y habilidades profesionales, procurando que se realice de la forma más adecuada y con arreglo a las instrucciones recibidas.

»Por su parte el art. 17 de la tan mencionada OM considera infracción de carácter académico “toda acción u omisión que, dolosa o imprudentemente, quebrante alguno de los deberes de este carácter se-

ñalados en el art. 16 del presente régimen del alumnado y no constituya falta de disciplina ni sea, en concreto, objeto de una evaluación o calificación”.

»Finalmente, el art. 18 declara que “en ningún caso las infracciones de carácter académico darán lugar a la imposición de alguna de las sanciones previstas en el Régimen Disciplinario.

»5.- La conceptualización de acto de servicio (ex art. 15 del Código Penal Militar) de una conferencia o lección programada como de obligada asistencia para los alumnos de un centro de formación militar, a efectos de integrar el tipo disciplinario establecido en el art. 7.9 LO 8/1998, constituye una interpretación extensiva del elemento objetivo de la norma de remisión integradora de aquel tipo disciplinario en blanco, sobre todo si se conecta al requisito típico según el cual dichos actos de servicio habrán de tener relación “con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos y que legalmente les corresponden”. Funciones y cometidos que en el caso de que se trata vienen referidos al seguimiento de las actividades docentes y a participar en las clases teóricas y prácticas, cuyo incumplimiento adquiere relevancia en los aspectos académicos, en que se concreta la antijuridicidad del hecho y la culpabilidad del autor.

»6.- Se afecta en el caso el derecho a la legalidad sancionadora proclamada por el art. 25.1 CE, en su complemento de tipicidad en la medida en que la interpretación efectuada por la Administración de la norma disciplinaria, no se atiene a la previsibilidad y grado de certeza exigibles para la adecuación de los comportamientos sin riesgo de incurrir los destinatarios del mandato en infracciones carentes de la suficiente taxatividad (Sentencia de esta Sala 05.03.2013; y las que en ella se citan tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional)».

Al margen de esta doctrina general acogida por nuestro Alto Tribunal –y que sin duda ha influido en la redacción de la actual OrdenDEF–, ha habido pronunciamientos sobre comportamientos concretos que marcan la pauta a la hora de delimitar infracciones: STMT 1.º (Madrid) 74/2016, de 20 de octubre –falta leve, pues la frase en cuestión, proferida durante el servicio, a pesar de ser una expresión que reúne las características de una patochada de patio de colegio, reviste la potencialidad ofensiva suficiente para poder integrar un tipo disciplinario–; STMT 1.º (Madrid) 124/2016, de 20 de julio –falta leve consistente en dormir en la cama sin sábanas, pues se contravienen las norma de régimen interior–; STMC 161/2017, de 16 de abril –falta muy grave, novatadas que se convierten en hostiga-

miento o acoso a un compañero. Baja en el CDMF–; STMT 4.º (Coruña) 30/2017, de 7 de febrero –incomparecencia de un alumno a una revista, acto obligatorio del servicio. Falsedad documental para justificar la acción. Condena por delito de deslealtad–; STMT 1.º (Madrid) 180/2017, de 28 de marzo –descuido en el aseo y normas de uniformidad, infracción disciplinaria–; STMT 1.º (Madrid) 179/2017, de 28 de marzo –portar bolsa no reglamentaria durante el paseo, incumplimiento de normas de uniformidad del alumno y de régimen interior, infracción disciplinaria–; STMT 1.º (Madrid) 32/2017, de 18 de enero –quedarse dormido en los baños, en un saco de dormir y durante el horario de paseo, infracción disciplinaria–; STMT 1.º (Madrid) 10/2017, de 18 de enero –pelo mal cortado, infracción disciplinaria– y STS Sala 5.ª 105/2018, de 10 de enero –moobing a compañero alumno, baja en el CDMF–.

Con ese posicionamiento del Tribunal Supremo se procedió a una revisión del tratamiento de las infracciones académicas en el ámbito de la enseñanza de formación en el Ejército de Tierra auspiciado por el MADOC, y consistente en la aplicación rigorista de la ley a efectos de determinar, caso por caso, cuándo estábamos en presencia de una transgresión meramente escolar y cuándo ante una genuinamente disciplinaria.

Hoy en día, con la OrdenDEF en vigor desde 2017, la situación se ha esclarecido, al menos en lo que se refiere a la tipificación de las infracciones académicas. Aun así, hay comportamientos que bordean el campo disciplinario e, incluso, penal –v. gr. la alteración documental– y que implicarán un estudio caso por caso.

No obstante, a nuestro juicio esta nueva norma ha dado carta de naturaleza a sanciones tradicionales que se venían usando en los CDMF de los tres ejércitos, al admitir los «recargos de tareas y físicos» de aplicación junto a las amonestaciones verbales. Esta opción no debe estar exenta de crítica por lo que habrá de estar muy atento a la aplicación de estos, evitando abusos y privaciones de salida encubiertas, remediando daños y efectos colaterales no deseados. Quizás se podría haber utilizado otras fórmulas menos invasivas a la libertad individual y a la integridad física del alumno, no en vano estamos hablando de infracciones levisimas (por ejemplo, se podrían haber incorporado actuaciones más acordes con el régimen académicos tales como trabajos en beneficio de la comunidad, en este caso académica, ser durante un mes tutor forzoso en una materia en que saque buenas notas el sancionado de otro alumno de igual o inferior curso que tiene problemas; participar voluntaria/forzosamente en actividades extraescolares que organice o en las que participe la academia; ser tutor/protector de uno de primer año para evitar novatadas o tratos vejatorios, etc.).

Por otro lado, tampoco se hace mención de la costumbre de imponer recargos colectivos, que vulneran el principio de presunción de inocencia e individualización de la sanción. En todo caso, dada la novedad, habrá que estar atentos al régimen de aplicación de estos recargos.

Dada la novedad de esta materia, resulta muy interesante recoger las pautas que se dan en los ejércitos, para lo cual incorporamos las referencias que se hacen en los diferentes RI⁵⁵.

⁵⁵ EJÉRCITO DE TIERRA: La Norma 12/18 DIEN (agosto, 2018) sobre NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DEL RÉGIMEN INTERIOR DE LOS CENTROS DOCENTES MILITARES DE FORMACIÓN recoge el apartado 4.2.3.7. «Incentivos, infracciones, correcciones académicas y procedimiento para llevarlas a cabo»;

«Estarán recogidas en el RI siguiendo los siguientes criterios:

»Los directores/jefes de los centros docentes fijarán, previa aprobación por parte del director de Enseñanza, los criterios e incentivos relativos al rendimiento académico que limiten el régimen de ausencias de los alumnos.

»Las infracciones de carácter académico en la enseñanza de formación no están incluidas en el régimen disciplinario militar y serán corregidas con arreglo a lo que se determine en el régimen interior de los centros docentes en los que se cursen estudios.

»Se consideran infracción de carácter académico cualquier acto contrario a los deberes señalados en el artículo 18 del Régimen del Alumnado (Orden DEF/368/2017, de 4 de abril) y a las normas de régimen interior del centro realizados por los alumnos en el desarrollo de sus actividades académicas o durante la realización de actividades extraescolares y no constituya falta disciplinaria ni sea, en concreto, objeto de una evaluación o calificación...

»Se contemplarán, además de las amonestaciones verbales y amonestaciones escritas, aquellas correcciones académicas que en el centro se puedan adoptar junto a las primeras, con indicación del personal docente con competencia para aplicarlas, debiendo figurar entre ellas, la realización de trabajos conforme a la infracción cometida, así como el refuerzo de instrucción militar o educación física. Todo ello de acuerdo a lo recogido en el capítulo III de la Orden DEF/368/2017, del Régimen del Alumnado».

Plasmando esos criterios, las NORMAS DEL CURSO 2018/19, de la AGM, disponen al respecto:

«2. RÉGIMEN DE INFRACCIONES ACADEMICAS EN LA AGM

»2.1. INFRACCIONES ACADÉMICAS (art.19)

»Se considerará infracción de carácter académico cualquier acto contrario a los deberes señalados en el artículo 18 del Régimen del Alumnado (Orden DEF/368/2017, de 4 de abril) y a las normas de régimen interior del centro realizados por los alumnos en el desarrollo de sus actividades académicas o durante la realización de actividades extraescolares y no constituya falta disciplinaria ni sea, en concreto, objeto de una evaluación o calificación.

»Toda vez que las correcciones por las infracciones académicas, como luego se señalará, son las amonestaciones verbales, reservándose las amonestaciones escritas para los casos de gravedad o contumacia, en este centro docente militar de formación se clasifican las infracciones académicas en leves y graves.

»2.1.1. Infracciones académicas leves (corregibles con amonestación verbal). Aquellos actos dolosos o negligentes, realizados por los alumnos en el desarrollo de sus actividades académicas o durante la realización de actividades extraescolares, siempre que no constituya falta disciplinaria ni sea, en concreto, objeto de una evaluación o calificación, ni aparezcan tipificadas como falta académica grave, y que estén incluidas en alguna de las siguientes conductas:

- El pequeño retraso injustificado a clase o a alguna actividad docente programada.

-
- Las que supongan no seguir las actividades académicas con diligencia y aprovechamiento. A modo exclusivamente ejemplificativo, entre las conductas infractoras a incluir en este apartado se encontrarán las siguientes: el estar adormilado durante el desarrollo de la actividad docente, la realización de otras actividades ajenas a la concreta actividad académica que se esté desarrollando, las faltas de atención o distracción, las faltas de interés, el molestar o distraer al resto de los compañeros.
 - No aplicarse con diligencia y aprovechamiento en las tareas de investigación que les correspondan.
 - El no dedicarse a la formación que reciban en el centro docente militar y a realizar el trabajo intelectual y físico que se espera del alumno.
 - El no atender las orientaciones de los profesores y tutores respecto de su aprendizaje.
 - El no participar activamente en las clases teóricas y prácticas, en la instrucción y adiestramiento y en las demás actividades (escolares o extraescolares) orientadas a su formación.
 - El no tomar parte en las actividades escolares de transmisión, adquisición y comprobación de los saberes, conocimientos, aptitudes y habilidades profesionales, así como el no procurar que estas se realicen de la forma más adecuada y con arreglo a las instrucciones recibidas.
 - El no cooperar debidamente en la formación de sus compañeros, empleando incluso, en su caso, el ascendiente derivado de su antigüedad o experiencia.
 - El no cuidar o no usar debidamente los bienes, equipos, material, instalaciones o el recinto del centro y de las unidades, buques, centros y organismos que colaboren en la formación.
 - El alterar de forma leve el orden en las aulas, laboratorios y otras áreas destinadas a la enseñanza, al estudio, la investigación o la instrucción.
 - La utilización de vocabulario soez, vulgar o inadecuado.
 - La realización de actos o manifestaciones de leve desconsideración hacia el profesor o los condiscípulos en los lugares en los que se desarrolle o cumpla la labor académica (escolar o extraescolar).
 - El faltar levemente a la verdad en la dación de novedades.
 - Plagiar total o parcialmente un trabajo, exposición, tarea o actividad académica encomendada.
 - La no presentación de los trabajos, exposiciones, tareas o actividades académicas encargadas o su no presentación en plazo, así como la presentación de estos sin el suficiente trabajo investigador, búsqueda documental o sin cumplir los demás requisitos y condiciones establecidos por el profesor o profesores.
 - El realizar actos o manifestaciones de desconsideración leves hacia el profesor o condiscípulos en los lugares en que se cumpla la labor académica
 - El replicar de forma injustificada y descortés a los profesores.
 - El realizar manifestaciones de disgusto o desagrado o el adoptar o mostrar cualquier comportamiento o actitud descortés.
 - El no cooperar con los responsables, profesores y demás personal del centro, al logro de la mayor calidad y eficacia de la enseñanza.
 - El no participar de forma activa y responsable en las reuniones de los órganos para los que haya sido elegido.
 - Las leves faltas de compostura o el pequeño descuido en la policía o aseo personal.
 - Incurrir en demora en el exacto cumplimiento de las correcciones académicas impuestas.
 - Cualesquiera otras que, en relación con su condición de alumnos, se deriven de este Régimen del Alumnado, constituyan infracción de un deber académico o de las normas de régimen interior del centro. En este caso habrá de señalarse expresamente

cuál sea el deber académico o la norma de régimen interior del centro que haya sido incumplida.

»2.1.2. Infracciones académicas graves (aquellas que se corrigen con amonestación escrita) Aquellos actos dolosos o negligentes, realizados por los alumnos en el desarrollo de sus actividades académicas o durante la realización de actividades extraescolares, siempre que no constituya falta disciplinaria (ni delito) ni sea, en concreto, objeto de una evaluación o calificación, y que estén incluidas en alguna de las siguientes conductas:

- El retraso prolongado o la ausencia injustificada a clase o a alguna actividad docente programada.
- La realización de novatadas o el trato desconsiderado con otros alumnos de cursos inferiores.
- El llevar a cabo actuaciones relacionadas con el fraude en exámenes y controles o utilizar o cooperar en el uso de procedimientos fraudulentos en las pruebas de evaluación.
- El adulterar cualquier documento oficial, documento de asistencia, correcciones de pruebas o de trabajos de investigación. – El incumplimiento de las correcciones impuestas junto a la amonestación verbal por la comisión de infracciones académica leve.
- La contumacia o reiteración en la comisión de infracciones académicas leves. Se entiende por contumacia o reiteración los siguientes comportamientos:
 - o La comisión una infracción académica cuando con anterioridad el mismo alumno infractor hubiere sido corregido en dos ocasiones por la comisión de igual infracción académica durante el mismo curso académico.
 - o La comisión de una quinta infracción académica leve cuando con anterioridad a ella se haya corregido al alumno infractor por otras cuatro infracciones académicas leves durante el mismo curso académico. Si el comportamiento detectado (por ejemplo, el fraude en un ejercicio de evaluación), conlleva una calificación (por ejemplo, un suspenso en el ejercicio de evaluación en el que el fraude se ha detectado), en ningún caso, podrá dar lugar a considerar cometida infracción académica, al haber sido dicha conducta objeto de evaluación o calificación. La comisión de dos infracciones académicas graves durante el mismo curso escolar se estimará como constitutivo de la falta leve disciplinaria militar tipificada en el apartado 14 del art 6 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas: “La falta de interés en la instrucción o preparación personal”.

»2.2. TIPOS DE CORRECCIONES (art 20).

»En ningún caso las infracciones de carácter académico darán lugar a la imposición de alguna de las sanciones previstas en el Régimen Disciplinario.

»Las correcciones que hayan de aplicarse por el incumplimiento de los deberes y las normas de régimen interior habrán de tener un carácter educativo y formador, deberán garantizar el respeto a los derechos del resto de los alumnos y procurarán la mejora en las relaciones de todos los miembros del centro docente militar.

»Las infracciones de carácter académico se corregirán con amonestaciones verbales o escritas. Las verbales podrán ser públicas o privadas. Las escritas acompañadas de su motivación serán siempre privadas y podrán ser objeto de reclamaciones.

»Junto a las amonestaciones verbales se podrá imponer al infractor recargo en tareas y actividades que, relacionadas directamente con la naturaleza de la infracción, supongan una intensificación del adiestramiento o un aumento del esfuerzo o tiempo dedicado al estudio de la asignatura, según el contexto en el que se produjo la infracción y conforme a lo establecido en el régimen interior de los centros.

»Determinando, a su vez, el art 14-6 que los directores de los centros docentes militares podrán limitar la participación de los alumnos de la enseñanza de formación en actividades extraescolares adicionales (voluntarias) en función de su progresión en los estudios, comportamiento, rendimiento académico y otras circunstancias personales, incluida la corrección a infracciones de carácter académico.

»Las medidas señaladas en los dos párrafos precedentes (los recargos de tareas y actividades y la limitación de participación en actividades extraescolares voluntarias) se conocerán como medidas correctoras que podrán acompañar a la amonestación verbal y serán exclusivamente las recogidas en este documento. Por tanto, en esta AGM, las correcciones por las infracciones académicas serán las siguientes:

»2.2.1. Amonestaciones verbales: públicas o privadas.

»Las amonestaciones verbales, podrán venir acompañadas, según el contexto en el que se produjo la infracción, por las siguientes medidas correctoras:

- La realización de una exposición o trabajo relacionado con la asignatura o materia en cuyo ámbito se produjo la infracción académica y/o con la infracción cometida. Trabajo o exposición cuya preparación no suponga un trabajo adicional de preparación de más de cinco horas.
- La repetición de un trabajo o exposición que se haya efectuado sin cumplir las condiciones exigidas.
- La concesión de una prórroga para presentar un trabajo o exposición cuando no ha sido presentado o expuesto en el plazo inicialmente marcado, pudiendo llevar aparejada dicha prórroga que el trabajo o exposición a presentar con la prórroga suponga, sobre el inicialmente encargado, un trabajo adicional de preparación que no sea superior a cinco horas.
- La no participación del infractor en algunas actividades extraescolares adicionales (voluntaria).
- Cualquiera otra que se estime oportuna y, previamente haya recibido la aprobación del general director.

»El control de cumplimiento de tales medidas correctoras corresponderá al profesor (o quien tenga a su cargo la función de completar la formación de los alumnos en las UCO) que amonestó y acordó la medida correctora, salvo que dicha medida correctora hubiese sido propuesta por un profesor del CUD, en cuyo caso será dicho profesor del CUD quien efectúe el control de cumplimiento de tal corrección.

»Del incumplimiento de la medida correctora impuesta, al poder ello constituir infracción académica grave, se dará cuenta inmediata, y por el medio más rápido posible, al jefe del batallón en el que orgánicamente se encuadre el alumno para, en su caso, seguir el procedimiento marcado en el apartado. Los profesores del CUD, además informarán de todo ello a la Dirección del CUD.

»2.2.2. Amonestaciones escritas.

»2.3. COMPETENCIAS Y PROCEDIMIENTO PARA REALIZARLAS (arts.21 y 22).

»2.3.1. Amonestaciones verbales.

»2.3.1.1. Competencia.

»Son competentes para pronunciar amonestaciones verbales, los siguientes profesores de la Academia General Militar:

- El director de la Academia.
- El subdirector jefe de Estudios.
- Los jefes de los diferentes departamentos de enseñanza de la AGM.
- Los profesores jefes de unidad tipo batallón, compañía y sección en que estén encuadrados los alumnos.
- Los oficiales profesores de la guardia de orden de las unidades de alumnos.

- El oficial profesor, comandante de la guardia de seguridad, cuando esta se realice con alumnos.
- El resto de los profesores militares o civiles en relación con quienes sean sus alumnos.
- Y quienes tenga a su cargo la función de completar la formación de los alumnos en unidades, centros u organismos del Ministerio de Defensa.

»Los profesores del Centro Universitario de la Defensa (CUD) en la AGM no tienen competencia para corregir las infracciones académicas con arreglo a la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, pudiendo hacerlo, en su caso, conforme a la normativa general universitaria o a la propia de la Universidad de Zaragoza.

»Si consideran, no obstante, que alguna conducta de algún alumno es constitutiva de una infracción académica con arreglo al régimen interior de la AGM y a las normas de curso de la AGM o pueden ser constitutiva de falta disciplinaria militar lo pondrán en conocimiento, de forma inmediata y por el medio más rápido posible, del jefe del batallón en que esté encuadrado el alumno, informando de todo ello a la Dirección del CUD.

»El profesor del CUD, al informar de la posible comisión de una infracción académica (o disciplinaria), además de proporcionar los datos identificativos del infractor, de los hechos ocurridos y de la posible infracción cometida, propondrá, en caso de tratarse de una infracción académica de carácter leve (aquellas que conllevan amonestación verbal) qué medida correctora debe resultar aplicable, así como los extremos de la misma (trabajo o exposición a realizar, etc.).

»El jefe del batallón comunicará al profesor del CUD la corrección adoptada y, en su caso, la medida correctora impuesta.

»2.3.1.2. Procedimiento.

»El profesorado con competencia para realizar amonestaciones verbales a los alumnos podrá hacerlas de forma pública o privada.

»Las amonestaciones serán públicas cuando la infracción se haya cometido de forma pública o haya tenido una trascendencia pública y se realizará de manera inmediata por el profesor con competencia para ello que haya observado un comportamiento infractor por parte de un alumno.

»Cuando, atendidas la naturaleza de la infracción y las circunstancias en que haya tenido lugar, fuera viable pronunciar la amonestación de manera privada, se realizará de este modo con carácter inmediato si es posible; de no ser posible hacerlo de modo inmediato, lo hará con posterioridad, siempre que ello no implique desvinculación con el comportamiento infractor.

»Junto a la amonestación verbal, el profesor de la Academia General Militar (o encargado de completar la formación del alumno en las UCO) podrá imponer alguna de las medidas correctoras recogidas en la letra A) del apartado 2.2.

»Para amonestar e imponer las medidas correctoras se utilizarán los modelos normalizados.

»El modelo normalizado, en el que conste la infracción cometida, la amonestación verbal efectuada y la posible medida correctora impuesta, será notificado por el profesor (o encargado de completar la formación del alumno en las UCO) que amonestó y/o corrigió, siguiendo el cauce reglamentario pero por el medio más rápido posible, al subdirector jefe de Estudios de la AGM.

»En el seno interno de la Academia, dicha notificación podrá ser sustituida por la anotación de los datos identificativos del infractor y del profesor que amonestó, de la fecha, de la infracción cometida, de la posible medida correctora impuesta, etc., en la relación de infracciones que para la gestión de estas pueda implementar la Jefatura de Estudios de la Academia. El profesorado civil de la AGM, sin perjuicio de su facultad de corregir las infracciones académicas que observe en sus alumnos, notificará al subdirector jefe de Estu-

dios, por el conducto de sus jefes de departamento, toda conducta impropia que observare en cualquiera de los alumnos del centro.

»2.3.2. Amonestaciones escritas.

»2.3.2.1. Competencia. Son competentes para dirigir amonestaciones escritas a los alumnos:

- El director de la Academia.
- El subdirector jefe de Estudios de la Academia.

»2.3.2.2. Procedimiento.

»Cuando se detecte que un alumno ha cometido una infracción académica grave, el jefe de sección en que se encuentre encuadrado el alumno elevará, con el VºBº del jefe de la compañía y del jefe del batallón, y de la manera más rápida posible, propuesta motivada al subdirector jefe de Estudios o al director de la Academia, para que estos, si así lo consideran procedente efectúen la amonestación escrita al alumno.

»Las amonestaciones escritas se reservarán para casos de gravedad o contumacia en las infracciones académicas, que el director o el subdirector jefe de Estudios de la Academia conozcan por sí o a través de las propuestas motivadas que se canalicen a través de los jefes de batallón de alumnos.

»Las amonestaciones escritas serán siempre privadas y deberán estar motivadas.

»2.4. EFECTOS DE LAS AMONESTACIONES (art. 23).

»2.4.1. Las amonestaciones verbales y demás correcciones agotarán sus efectos en la reconvencción en que consistan, o en la realización de la actividad impuesta, salvo por lo que concierne a poder fundamentar amonestaciones escritas durante el mismo curso académico en que se hayan producido las anteriores. Efectos que se agotarán cuando el alumno haya cumplimentado debidamente la medida correctora impuesta. El control del cumplimiento de tal medida correctora corresponderá al profesor que impuso tal medida. En caso de que tal medida no se cumplimente puede dar lugar a una infracción académica de carácter grave.

»2.4.2. Las amonestaciones escritas, en cambio, se tomarán en cuenta a la hora de realizar los informes personales de los alumnos (IPA) establecidos en las norma de evaluación, siempre y cuando dichos informes estén referidos al mismo curso escolar en que se produjeron las amonestaciones escritas.

»2.4.3. Los amonestados no estarán autorizados a participar en competiciones deportivas salvo autorización expresa del jefe de Estudios.

»2.5. RECLAMACIÓN FRENTE A AMONESTACIONES ESCRITAS (art. 24).

»2.5.1. Los alumnos objeto de amonestación escrita dispondrán de un plazo de tres días hábiles, a contar desde el siguiente al de su recepción, para presentar ante el superior jerárquico del que impuso la corrección, o en caso de haber sido el director de la Academia, remitir al director de Enseñanza, Instrucción, Adiestramiento y Evaluación del ET, escrito de descargo en relación con los hechos y las circunstancias que la motivaron, y en solicitud de que no sea tomada en cuenta en el informe personal (IPA).

»2.5.2. Al escrito de descargo se unirá copia de documento en el que se hubiera formulado, motivadamente, la amonestación de que se trata.

»2.5.3. Antes de que dicho informe personal sea emitido, el director de la AGM, o el director de Enseñanza, en ser este último quien deba resolver la reclamación, decidirá si procede o no acceder a lo solicitado y, seguidamente, lo comunicará a los interesados, sin que su resolución pueda ser objeto de ulterior reclamación, sin perjuicio de los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan contra el resultado de la evaluación en la que se haya utilizado el IPA afectado por la amonestación escrita.

»2.6. IMPRESOS NORMALIZADOS (art. 23-3).

»La Academia pondrá a disposición de los alumnos impresos normalizados, en los que el profesor consignará sucintamente la infracción apreciada y la corrección impuesta y, el corregido, su conformidad o disconformidad y su firma, en prueba de quedar enterado.

»2.7. CONSERVACIÓN DOCUMENTAL Y ANOTACIÓN.

»2.7.1. Los impresos normalizados, cumplimentados con la correspondiente amonestación efectuada al infractor, se conservarán junto con la documentación del alumno, a los simples efectos de constancia y se eliminarán a la finalización del plan de estudios.

»2.7.2. Además de ello se podrá anotar la infracción académica en la relación de infracciones que para la gestión de estas pueda implementar la Jefatura de Estudios de la Academia. También a los simples efectos de constancia, eliminándose las relativas al alumno al finalizar este el correspondiente plan de estudios».

ARMADA: Tomaremos como referencia el LORI de la ENM, que recoge esta materia en la INSTRUCCIÓN NÚM. 15115 DEBERES, INFRACCIONES Y SANCIONES ACADÉMICAS, disponiendo al respecto, tras definir que son «deberes de los alumnos»:

«3. INFRACCIONES ACADÉMICAS.

»Se considerará infracción de carácter académico cualquier acto contrario a los deberes señalados en el artículo 18 del Régimen del Alumnado y a las normas de régimen interior del centro realizados por los alumnos en el desarrollo de sus actividades académicas o durante la realización de actividades extraescolares y no constituya falta disciplinaria ni sea, en concreto, objeto de una evaluación o calificación. Además, las infracciones que, en sí mismo consideradas, y atendiendo a la condición de alumno del infractor, no revistan entidad disciplinaria, pueden adquirirla cuando atendiendo a su entidad o reiteración, así como inclusión en alguno de los tipos de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, queden afectados bienes esencialmente militares, tales como la disciplina, la relación jerárquica, la subordinación, la unidad y la cohesión interna o las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar, siempre que las correcciones académicas no resulten eficaces para la reconducción del infractor.

»A estos efectos se entiende que una conducta es reiterada cuando se realiza en tres o más ocasiones en el periodo de un año, que se computará de fecha a fecha desde la comisión de la primera infracción, aunque los hechos aislados hayan sido objeto de corrección académica.

»Sin quedar limitadas a estas, se pondrá especial atención en la observación de las siguientes infracciones académicas, que son consideradas como tal siempre que no sean constitutivas de delito o de falta disciplinaria:

a) Llevar a cabo actuaciones relacionadas con el fraude en exámenes, controles u otras actividades académicas.

b) Adulterar cualquier documento oficial, documento de asistencias, correcciones de pruebas o trabajos de investigación.

c) Realizar actos o manifestaciones de desconsideración leves hacia el profesor o discípulos en los lugares en que se cumpla la labor académica.

d) Alterar de forma leve el orden en las aulas, laboratorios y otras áreas destinadas a la enseñanza, al estudio, la investigación o la instrucción.

e) Replicar de forma injustificada y descortés.

f) Incurrir en demora en el exacto cumplimiento de las correcciones académicas impuestas.

g) Falta de atención o aplicación durante el desarrollo de una clase, ejercicio o actividad académica programada.

h) Falta de la debida diligencia en el cuidado del armamento, material, o equipo que tengan a su cargo, sin perjuicio de la obligación de resarcir, en su caso los daños causados.

i) Cualquier otra que suponga contravención de los deberes académicos señalados en la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, por la que se aprueba el Régimen del Alumnado de la enseñanza de formación. El precepto infringido debe constar en el documento de imposición de la corrección que se notifique al alumno.

»4. CORRECCIONES ACADÉMICAS.

»Las infracciones de carácter académico se corregirán con amonestaciones verbales o escritas. Las verbales podrán ser públicas o privadas. Las escritas acompañadas de su motivación serán siempre privadas y podrán ser objeto de reclamaciones.

»Junto a las amonestaciones verbales se podrá imponer al infractor recargo en tareas y actividades que, relacionadas directamente con la naturaleza de la infracción, supongan una intensificación del adiestramiento o un aumento del esfuerzo o tiempo dedicado al estudio de la asignatura, según el contexto en el que se produjo la infracción. Estos recargos en tareas y actividades incluirán la realización de trabajos conforme a la infracción cometida, así como el refuerzo de instrucción militar o educación física.

»Las correcciones deben de ser impuestos mediante un sistema basado en la justicia, el deber de corrección y la disciplina, y para conseguirlo debe de llevarse un control de las correcciones impuestas por cada mando, especialmente cuando estos sean alumnos. Este control servirá además para exigir al sancionado el cumplimiento del correctivo impuesto y, si fuera necesario, ser empleado como prueba para procesos disciplinarios posteriores por incumplimiento del correctivo.

»4.1. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO DE CORRECCIÓN.

»1. Son competentes para efectuar correcciones el C.N. comandante director, el C.F. subdirector jefe de Estudios, los directores de departamento, los profesores en relación con sus alumnos y los mandos de brigada, además de los oficiales encargados de completar su formación en otras unidades, en periodos de prácticas o embarque, salvo en aquellos casos en que el régimen del alumnado o la presente Instrucción limite la competencia para su imposición a determinados mandos o autoridades. Los brigadieres e instructores podrán realizar la correspondiente propuesta de imposición de un correctivo al mando con competencia en el ámbito disciplinario académico, previa dación del parte correspondiente o puesta en conocimiento, sin perjuicio de que se ejercite el deber de corrección verbal respecto a las infracciones que observasen en alumnos de inferior empleo, de conformidad con lo previsto para todo militar en el art. 30 de la Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

»2. Advertido por alguno de los anteriores un comportamiento infractor procederá de inmediato a la corrección.

»3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando atendidas la naturaleza de la infracción y las circunstancias en que haya tenido lugar, fuere viable efectuar la corrección de manera privada, se realizará de este modo con carácter inmediato o bien con posterioridad siempre que no implique desvinculación con el comportamiento infractor, según el caso.

»4. Cualquier medida correctora de carácter académico que sea adoptada será registrada según lo detallado más adelante, para su posterior notificación al subdirector jefe de Estudios o al designado como responsable de los alumnos durante sus periodos de prácticas en unidades.

»5. El profesorado civil, sin perjuicio de su facultad de corregir las infracciones académicas que observe en sus alumnos, notificará al subdirector jefe de Estudios, por el conducto establecido, toda conducta impropia que observare en cualquiera de los alumnos del centro.

»4.2. AMONESTACIONES VERBALES.

»Consistirá en la comunicación al alumno corregido de la falta apreciada y su anotación por parte del corrector. La acumulación de amonestaciones verbales de un mismo tipo podrá dar lugar a una amonestación escrita o la iniciación de un proceso sancionador, de acuerdo con lo indicado en el precedente apartado 3. Por este motivo cobra gran importancia la anotación de la amonestación con la mayor exactitud posible.

»4.3. AMONESTACIONES ESCRITAS.

»Quedan reservadas para los casos más graves dentro de las infracciones académicas y pueden ser impuestas solamente por el comandante director y el subdirector jefe de Estudios.

»Las amonestaciones escritas se tomarán en cuenta a la hora de realizar los informes personales de los alumnos, referidos al mismo curso académico en el que se produjeron dichas amonestaciones.

»Los alumnos objeto de amonestación escrita dispondrán de un plazo de tres días hábiles, a contar desde el siguiente al de su recepción, para presentar ante el superior jerárquico del que impuso la corrección, escrito de descargo en relación con los hechos y las circunstancias que la motivaron, y en solicitud de que no sea tomada en cuenta en el informe personal.

»Para llevar a cabo el control de las correcciones (amonestaciones y recargos), todos los alumnos dispondrán de un impreso normalizado para anotar el motivo, la fecha y corrección impuesta, junto al nombre del profesor que lo impuso. El alumno firmará el impreso, como prueba de que queda enterado de la corrección. Este impreso será entregado al profesor que impuso el correctivo, para su posterior entrega al comandante de brigada del alumno, por el conducto habitual.

»4.4. RECARGO EN TAREAS Y ACTIVIDADES.

»Los recargos deben de ser impuestos de forma individual: un mando, un alumno, un recargo.

»El recargo se cumplimentará en el momento que determine el mando que lo impone, o si no se especifica en el primer momento libre del corregido, entendiéndose este como el primer momento en que no tenga que acudir a un acto horario obligatorio y esté en disposición de ejecutar el correctivo y llegar a tiempo al siguiente acto horario.

»Tras cumplir el recargo, el alumno sancionado dará la orden cumplida al mando o profesor que lo haya impuesto, en el primer momento libre que tenga para hacerlo.

»Los recargos podrán ser ordenados a los alumnos de una brigada por sus mandos naturales. Además, el profesor de servicio en el ejercicio de sus funciones podrá imponer recargos a los alumnos de todas las brigadas. En cualquier caso, notificará al comandante de brigada del alumno corregido el recargo impuesto y la causa que lo motivó.

»Los recargos que se pueden imponer son los siguientes:

»4.4.1. Trabajo de refuerzo.

Consistirá en la realización de un trabajo académico sobre un tema específico conforme a la infracción cometida. Será impuesto por un profesor, estableciendo la extensión del trabajo y el plazo de entrega.

»4.4.2. Refuerzo de educación física.

»Podrá ser alguno de los siguientes:

- Carrera puntual: consistirá en ir corriendo hasta alguno de los puntos característicos de la ENM (palo de señales, muelle de torpedos, puerta de portocelo) y el posterior regreso al punto de partida. Dependiendo del alcance de la falta se podrá ordenar uno u otro, valorando la distancia a correr en cada caso. Para realizar estas carreras se puede emplear la uniformidad que se esté utilizando en el primer momento libre, si es compatible con la carrera.

- Actividad deportiva: consistirá en realizar un circuito conocido dentro del recinto de la ENM (estrella o pista militar sin escalas ni gallinero) o flexiones en una o varias series (de 20 repeticiones cada serie). Se podrá imponer la realización de una o varias repeticiones del circuito, atendiendo a la gravedad de la falta cometida, con un máximo de tres. Para la realización de este recorrido se empleará uniformidad de deporte.

»4.4.3. Refuerzo de instrucción militar y marinera.

»Podrá ser alguno de los siguientes.

- Tareas de orden cerrado: consistirá en el ensayo repetitivo de movimientos o posiciones de orden cerrado. El mando que la imponga especificará el tiempo de duración del refuerzo.
- Tareas de instrucción marinera: consistirá en la realización de alguna tarea de esta materia, como subir y bajar de la cofa. El alumno deberá cumplir las precauciones de seguridad habituales en estas actividades.
- Tareas cuarteleras: consistirá en la realización de una tarea habitual en el ámbito cuartelero, por haberlas realizado mal o no haberlas realizado, para fomentar los hábitos de orden y policía, o en su caso, de rapidez. Estas tareas son hacer la cama, vaciar y reordenar la taquilla o la estantería, o realizar prácticas de cambio de uniformidad.
- Uniformidad y policía: consistirá en la presentación de un elemento de uniformidad o armamento en un estado de policía correcto, por haberlo tenido mal anteriormente. La presentación puede ser única o periódica (p.ej.; presentar nudo de la corbata a diana, o machete del fusil 3 días seguidos).

»4.4.4. Estudio de refuerzo tutorizado. De acuerdo a lo establecido en la IRI 15151.

»4.5. MEDIDAS PARA GARANTIZAR EL ORDEN EN EL AULA, EJERCICIO O ACTIVIDAD DOCENTE.

»De acuerdo con lo establecido en el art. 20.5 de la Orden de la “referencia”, y a fin de garantizar de forma inmediata el orden en el aula o en una actividad académica por el docente (militar o civil) que la dirija, cuando la naturaleza de la infracción así lo requiera, y sin perjuicio de la imposición de la ulterior sanción disciplinaria que en su caso proceda, se podrán acordar por el profesor las medidas definidas a continuación:

»4.5.1. La expulsión del aula por el profesor que imparta la clase o ejercicio.

»4.5.2. La expulsión del aula ordenando que el supuesto infractor comparezca ante el jefe de estudios o jefe de instrucción del centro, o quien les sustituya.

»4.5.3. Ordenar por el profesor que imparta la clase o ejercicio la comparecencia ante el jefe de estudios o jefe de instrucción del centro, o quien les sustituya.

»4.6. RESARCIMIENTO O REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS.

»De acuerdo con lo establecido en el art. 20.5 de la Orden de la “referencia”, sin perjuicio, en su caso, y atendiendo a la entidad de la infracción, del procedimiento disciplinario militar que proceda, como medida reparadora; o bien como corrección accesoria por la comisión de la infracción definida en el apartado 3 h) de esta Instrucción, se podrá acordar asimismo que el alumno tenga que resarcir los daños causados en el ámbito de su actividad académica cuando se haya apreciado responsabilidad por dolo o negligencia por la comisión asesora designada a tal efecto, o a la vista de lo determinado en resolución de un procedimiento disciplinario militar».

En la resolución sancionadora se especificará si el resarcimiento consistirá en una restitución de los gastos o perjuicios económicos ocasionados o la realización de una actividad que contribuya a reparar el daño causado al material, equipamiento o instalaciones del centro.

Este tipo de medida reparadora o corrección accesoria solo podrá ser acordada mediante resolución motivada del comandante director o subdirector, jefe de Estudios de la ENM, previa audiencia al interesado, y atendiendo a su situación personal y económica, de conformidad con lo especificado en el apartado siguiente.

EJÉRCITO DEL AIRE: La normativa general, plasmada en las Normas de Régimen Interior para los Alumnos de la Enseñanza de Formación del Ejército del Aire (categoría oficial o suboficial) –agosto, 2014–, publicadas por la Dirección de Enseñanza del Mando de Personal del EA, regulan esta cuestión en el APARTADO 7.2, RÉGIMEN ACADÉMICO. Tras la nueva redacción que la OrdenDEF da a la materia en 2017, nos interesa

conocer que señalan las NORMAS DE RÉGIMEN INTERIOR DE LA AGA (PO 60-40, 9.ª Revisión de 30/08/2017).

Vienen dispuestas en el APARTADO 8.2, RÉGIMEN ACADÉMICO.

«Se considera infracción de carácter académico toda acción u omisión que, dolosa o imprudentemente, quebrante alguno de los deberes, normas u obligaciones de carácter académico, contemplados en el artículo 18 de la O.M. 368/2017 y en estas normas de régimen interior y no constituya falta de disciplina ni sea, en concreto, objeto de una evaluación o calificación. (Anexo C).

»En ningún caso las infracciones de carácter académico darán lugar a la imposición de alguna de las sanciones previstas en el Régimen Disciplinario. Las correcciones que hayan de aplicarse por el incumplimiento de los deberes y las normas de régimen interior habrán de tener un carácter educativo y formador, deberán garantizar el respeto a los derechos del resto de los alumnos y procurarán la mejora en las relaciones de todos los miembros del centro docente militar.

»Las infracciones de carácter académico se corregirán con amonestaciones verbales o escritas. Las verbales podrán ser públicas o privadas. Las escritas acompañadas de su motivación serán siempre privadas y podrán ser objeto de reclamaciones.

»Junto a las amonestaciones verbales se podrá imponer al infractor recargo en tareas y actividades que, relacionadas directamente con la naturaleza de la infracción, supongan una intensificación del adiestramiento o un aumento del esfuerzo o tiempo dedicado al estudio de la asignatura, según el contexto en el que se produjo la infracción y conforme a lo establecido en el régimen interior de los centros.

»Cualquier medida correctora de carácter académico que sea adoptada se notificará al subdirector jefe de Estudios o al designado como responsable de los alumnos durante sus periodos de prácticas en unidades/CDMF.

»El profesorado civil de los centros docentes militares, sin perjuicio de su facultad de corregir las infracciones académicas que observe en sus alumnos, notificará al subdirector jefe de Estudios, por el conducto establecido, toda conducta impropia que observare en cualquiera de los alumnos del centro.

»Las faltas de carácter académico, así como las medidas correctoras se incluyen en el Anexo C.

»8.2.1 Amonestaciones verbales.

»Son competentes para pronunciar amonestaciones verbales el director de la Academia y el jefe de Estudios, directores de departamentos y los profesores y quienes tengan a su cargo completar su formación en la Academia, unidades, centros u organismos del Ministerio de Defensa.

»Advertido por alguno de los anteriores un comportamiento infractor procederá de inmediato a la corrección por cualquiera de los medios a su disposición otorgados por esta norma.

»No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando atendidas la naturaleza de la infracción y las circunstancias en que haya tenido lugar, fuere viable efectuar la corrección de manera privada, se realizará de este modo con carácter inmediato o bien con posterioridad siempre que no implique desvinculación con el comportamiento infractor, según el caso.

»Las amonestaciones verbales quedarán registradas por escrito en las oficinas de cada curso, a los solos efectos de controlar la reincidencia en la comisión de falta de los alumnos, lo que podría derivar en amonestaciones escritas o en sanciones disciplinarias.

»8.2.2 Amonestaciones escritas.

»Las amonestaciones escritas se reservarán para los casos de gravedad o contumacia en las infracciones académicas. Se tomarán en cuenta a la hora de realizar los informes

personales de los alumnos, pero solamente durante el curso académico en que se hayan producido aquellas, no debiendo ser anotadas en el expediente académico.

»Son competentes para pronunciar amonestaciones escritas el Director de la Academia y el Jefe de Estudios, que lo harán cuando conozcan por sí la infracción, o a través de alguno de los profesores.

»Los alumnos objeto de amonestación escrita tendrán un plazo de tres (3) días hábiles a partir del siguiente a su recepción, para presentar ante el director del centro correspondiente o, caso de ser este el que la haya dirigido, remitir al director de Enseñanza, escrito de descargo en relación con los hechos y circunstancias que la motivaron y para que no conste en su informe personal. Al escrito de descargo se unirá copia de la amonestación escrita que lo originó.

»La resolución que adopte el director del centro correspondiente, o el director de Enseñanza, será comunicada al interesado y no podrá ser objeto de ulterior reclamación.

»Las amonestaciones escritas, se tomarán en cuenta a la hora de realizar los informes personales de los alumnos establecidos en las normas de evaluación, siempre y cuando dichos informes estén referidos al mismo curso académico en que se produjeron las amonestaciones escritas.

»En el anexo G se incluye el modelo de impreso normalizado para amonestaciones escritas, en los que el profesor consignará sucintamente la infracción apreciada y la corrección impuesta y el corregido, su conformidad o disconformidad y su firma, en prueba de quedar enterado.

»8.2.3 Recargo en tareas y actividades.

»Los profesores propondrán al jefe del Escuadrón de Alumnos los recargos en tareas y actividades que estimen oportuno, relacionadas con la naturaleza de la infracción que haya detectado/informado. El Jefe del Escuadrón, tras asegurarse de que las actividades propuestas no interfieren con actividades docentes regladas, establecerá las actividades de recargo. En caso de que existan problemas de coordinación con otros departamentos/escuelas de vuelo en la aplicación de estos recargos de actividades, será el jefe de Estudios quien decidirá.

»Durante la estancia en las diferentes escuelas de especialización, será el jefe de Estudios de los diferentes CDMF quien establecerá los recargos en tareas y actividades».

CUERPOS COMUNES: En este caso debemos acudir al Libro del Alumno de Formación de la Academia Central de la Defensa (Curso 2017-18), que trata esta materia en el CAPÍTULO XV. SANCIONES DISCIPLINARIAS E INFRACCIONES ACADÉMICAS.

«2. INFRACCIONES ACADÉMICAS.

»Se considerará infracción de carácter académico cualquier acto contrario a los deberes académicos establecidos en el presente documento y a las normas de régimen interior de la Academia, realizados por los alumnos en el desarrollo de sus actividades académicas o durante la realización de actividades extraescolares y no constituya falta disciplinaria ni sea, en concreto, objeto de evaluación o calificación.

»Además, las infracciones que, en sí mismo consideradas, y atendiendo a la condición de alumno del infractor, no revistan entidad disciplinaria, pueden adquirirla cuando atendiendo a su entidad o reiteración, así como su inclusión en alguno de ellos tipos de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, queden afectados bienes esencialmente militares, tales como la disciplina, la relación jerárquica, la subordinación, la unidad y la cohesión interna o las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar, siempre que las correcciones académicas no resulten eficaces para la reconducción del infractor.

»Sin quedar limitadas a estas, se pondrá especial atención en la observación de las siguientes infracciones académicas, que son consideradas como tal siempre que no sean constitutivas de delito o de falta disciplinaria:

- Llevar a cabo actuaciones relacionadas con el fraude de exámenes, controles u otras actividades académicas.
- Adulterar cualquier documento oficial, documento de asistencia, correcciones de pruebas o trabajos de investigación.
- Realizar actos o manifestaciones de desconsideración leves hacia el profesor o condiscípulos en los lugares en que se cumpla la labor académica.
- Alterar de forma leve el orden en las aulas, laboratorios y otras áreas destinadas a la enseñanza, el estudio, la investigación o la instrucción.
- Replicar de forma injustificada y descortés.
- Incurrir en demora en el exacto cumplimiento de las correcciones académicas impuestas.
- Falta de atención o aplicación durante el desarrollo de una clase, ejercicio o actividad académica programada.
- Falta de la debida diligencia en el cuidado del armamento, material, o equipo que tengan a su cargo, sin perjuicio de la obligación de resarcir, en su caso los daños causados.
- Cualquier otra que suponga contravención de los deberes académicos señalados en la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, por la que se aprueba el Régimen del Alumnado de la enseñanza de formación. El precepto infringido debe constar en el documento de imposición de la corrección que se notifique al alumno.

»3. CORRECCIONES ACADÉMICAS.

»Las infracciones de carácter académico se corregirán con amonestaciones verbales o escritas. Las verbales podrán ser públicas o privadas. Las escritas acompañadas de su motivación serán siempre privadas y podrán ser objeto de reclamaciones.

»Junto a las amonestaciones verbales se podrá imponer al infractor recargo en tareas y actividades que, relacionadas directamente con la naturaleza de la infracción, supongan una intensificación del adiestramiento o un aumento del esfuerzo o tiempo dedicado al estudio de la asignatura, según el contexto en el que se produjo la infracción. Estos recargos en tareas y actividades incluirán la realización de trabajos conforme a la infracción cometida, así como el refuerzo de instrucción militar o educación física.

»Las correcciones deben ser impuestas mediante un sistema basado en la justicia, el deber de corrección y la disciplina, y para conseguirlo debe de llevarse un control de las correcciones impuestas por cada mando, especialmente cuando estos sean alumnos. Este control servirá además para exigir al sancionado el cumplimiento del correctivo impuesto y, si fuera necesario, ser empleado como prueba para procesos disciplinarios posteriores por cumplimiento del correctivo.

»- Principios aplicables al Régimen disciplinario Académico.

»La aplicación del régimen disciplinario académico respetará los principios básicos del derecho y procedimiento sancionador, en especial, el principio de responsabilidad individual, culpabilidad así como proporcionalidad en la imposición de las correcciones, guardando la debida adecuación con la entidad y circunstancias del infractor, la forma y grado de culpabilidad del infractor, así como la reiteración de la conducta sancionable, siempre que no se hayan tenido en cuenta por el régimen del alumnado o la presente instrucción al describir la infracción disciplinaria, ni sean de tal manera inherentes a la falta que sin la concurrencia de ellos no podría cometerse.

»Especialmente, para la imposición de las correcciones consistentes en recargo de tareas y actividades o en refuerzo de instrucción militar o educación física ha de tenerse en cuenta especialmente la situación psicofísica del interesado, el estricto cumplimiento de prevención de riesgos y demás prevenciones aplicables en evitación de cualquier riesgo personal en la ejecución de las actividades ordenadas.

»Dichos correctivos han de guardar relación con la naturaleza de la infracción cometida.

»- Competencia y procedimiento de corrección.

»Son competentes para efectuar correcciones el director de la Academia, el coronel subdirector jefe de Estudios, los directores de las escuelas y de los departamentos, todos los profesores en relación con sus alumnos, los jefes de batallón y compañías, además de los oficiales encargados de completar su formación en otras unidades, en periodos de prácticas o embarque, salvo en aquellos casos en que el régimen del alumnado o las presentes normas limiten la competencia para su imposición a determinados mandos o autoridades.

»Cuando la infracción académica sea advertida por alguna autoridad docente con competencia, procederá a su inmediata corrección, y posteriormente la comunicará la infracción (sic) y la medida correctora al subdirector jefe de Estudios, o en su caso, al responsable de los alumnos durante el periodo de prácticas en unidades.

»Atendida la naturaleza de la infracción y las circunstancias en que haya tenido lugar, en lo posible se corregirá a los alumnos en privado, siempre que no implique desvinculación con el comportamiento infractor.

»Cualquier medida correctora de carácter académico que sea adoptada será registrada según lo detallado más adelante, para conocimiento del subdirector jefe de Estudios o al designado como responsable de los alumnos durante sus periodos de prácticas en unidades y su anotación correspondiente.

»El profesorado civil, sin perjuicio de su facultad de corregir las infracciones académicas que observe en sus alumnos, notificará al subdirector jefe de Estudios, por conducto reglamentario, toda conducta impropia que observare en cualquiera de los alumnos del centro.

»- Amonestaciones verbales.

»Consistirán en la comunicación al alumno corregido de la falta apreciada y su anotación por parte del corrector. La acumulación de amonestaciones verbales de un mismo tipo podrá dar lugar a una amonestación escrita o a la iniciación de un procedimiento sancionador. Por este motivo cobra gran importancia la anotación de la amonestación con la mayor exactitud posible.

»- Amonestaciones escritas.

Quedan reservadas para los casos más graves dentro de las infracciones académicas y pueden ser impuestas solamente por el director y el subdirector jefe de Estudios.

»Las amonestaciones escritas se tomarán en cuenta especialmente a la hora de realizar los informes personales de los alumnos (IPA), referidos al mismo curso académico en el que se produjeron dichas amonestaciones.

»Los alumnos objeto de amonestación escrita dispondrán de un plazo de tres días hábiles, a contar desde el siguiente al de su recepción, para presentar ante el superior jerárquico del que impuso la corrección, escrito de descargo en relación con los hechos y las circunstancias que la motivaron, y en solicitud de que no sea tomada en cuenta en el informe personal.

»- Recargo de tareas y actividades.

»Los recargos deben ser impuestos de forma individual: un mando, un alumno, un recargo.

»El recargo se cumplimentará en el momento que determine el mando que lo impone o, si no se especifica, en el primer momento libre del corregido, entendiéndose este como el primer momento en que no tenga que acudir a un acto de régimen interior obligatorio y esté en disposición de ejecutar el correctivo y llegar a tiempo al siguiente acto.

»Tras cumplir el recargo, el alumno sancionado dará la orden cumplida al mando o profesor que lo haya impuesto, en el primer momento libre que tenga para hacerlo.

»Los recargos podrán ser ordenados a los alumnos de una compañía por sus mandos orgánicos. Además, el profesor en servicio en el ejercicio de sus funciones podrá imponer recargos en tareas o actividades a los alumnos de ambas compañías. En cualquier caso, notificará al jefe de compañía del alumno corregido el recargo impuesto y la causa que lo motivó.

»Los recargos que se puede imponer son los siguientes:

»- Trabajo de refuerzo.

»Consistirá en la realización de un trabajo académico sobre un tema específico conforme a la infracción cometida. Será impuesto por un profesor, estableciendo la extensión del trabajo y el plazo de entrega.

»- Refuerzo de educación física.

»Podrá ser alguno de los siguientes:

»Carrera puntual: consistirá en realizar a la carrera algún recorrido interior en la ACD y el posterior regreso al punto de partida. Dependiendo del alcance de la falta se podrá ordenar uno u otro, valorando la distancia a correr en cada caso. Para realizar estas carreras se puede emplear la uniformidad que se esté utilizando en el primer momento libre, si es compatible con la carrera.

»Actividad deportiva: consistirá en realizar un circuito conocido dentro del recinto de la Academia o flexiones en una o varias series (de 20 repeticiones cada serie). Se podrá imponer la realización de una o varias repeticiones del circuito, atendiendo a la gravedad de la falta cometida, con un máximo de tres. Para la realización de este recorrido se empleará uniformidad de deporte.

»- Refuerzo de instrucción militar.

»Podrá ser alguno de los siguientes:

»Tareas de orden cerrado: consistirán en el ensayo repetitivo de movimientos o posiciones de orden cerrado. El mando que la imponga especificará el tiempo de duración del refuerzo.

»Tareas cuarteleras: consistirán en la realización de una tarea habitual en el ámbito cuartelero, por haberlas realizado mal o no haberlas realizado, para fomentar los hábitos de orden y policía, o en su caso, de rapidez. Estas tareas son hacer la cama, vaciar y reordenar la taquilla o la estantería, o realizar prácticas de cambio de uniformidad.

»Uniformidad y policía: consistirá en la presentación de un elemento de uniformidad o armamento en un estado de policía correcto, por haberlo tenido mal anteriormente. La presentación puede ser única o periódica (p.ej.: presentar nudo de la corbata a diana).

»- Estudio de refuerzo: tutorizado.

»- Medidas para garantizar el orden en el aula, ejercicio o actividad docente.

»De acuerdo con lo establecido en el art- 20.5 de la Orden de la Ref., y a fin de garantizar de forma inmediata el orden en el aula o en una actividad académica por el docente (militar o civil) que la dirija, cuando la naturaleza de la infracción así lo requiera, y sin perjuicio de la imposición de la ulterior sanción disciplinaria que en su caso proceda, se podrán acordar por cualquier profesor las medidas definidas a continuación:

»La expulsión del aula por el profesor que imparta la clase o ejercicio.

»La expulsión del aula ordenando que el supuesto infractor comparezca ante el subdirector jefe de Estudios o el jefe del Batallón, o quien les sustituya.

»Ordenar por el profesor que imparta la clase o ejercicio la comparecencia posterior ante el subdirector jefe de Estudios o el jefe del batallón, o quien les sustituya.

»- Control de amonestaciones y recargos.

»Para llevar a cabo el control de las correcciones (amonestaciones y recargos), todos los alumnos dispondrán en su expediente en el batallón, de un impreso normalizado para anotar el motivo, la fecha y corrección impuesta, junto al nombre del profesor que lo impuso. El alumno firmará el impreso, como prueba de que queda enterado de la corrección.

7. EL TRATAMIENTO DEL ALUMNO EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL

A pesar de que esta materia se regula por una ley propia del Instituto Armado, en concreto, por la LO 12/2007, de 22 de octubre (LORDGC), ya hemos hecho una breve alusión al régimen disciplinario de los alumnos de la Guardia Civil, al hablar del sujeto activo de la LORDFAS.

No conviene olvidar que, por mor del sistema educativo militar, los futuros oficiales de la Guardia Civil pasan los dos primeros años de su formación en la AGM. Esta estancia en un centro propio de la FAS se contempla en la LORDFAS, cuando señala, en su disposición adicional quinta, que:

«También será de aplicación al personal de la Guardia Civil durante su fase de formación militar como alumno en centros docentes de formación de las Fuerzas Armadas».

Pues bien, salvo la referencia a este periodo educativo, para el resto de la carrera del guardia civil le es de aplicación su propia normativa⁵⁶. El tratamiento que en esta norma se da al alumno es, a nuestro juicio, de una sistemática mucho más adecuada a la que se contempla en la LORDFAS, ya que concentran, en un solo precepto, todas las particularidades aplicables al alumno.

Así, en análogos términos con la ley rituarial militar, se recoge a este personal como sujeto de la ley –art. 2.2–:

«Los alumnos de los centros docentes de formación de la Guardia Civil estarán sujetos a lo previsto en esta ley en la medida en que les sea de aplicación, sin perjuicio de la observancia de las normas específicas de carácter académico»⁵⁷.

Este impreso será entregado al profesor que impuso el correctivo quien lo entregará posteriormente al jefe de la compañía del alumno».

⁵⁶ Normativa entre la que se encuentra el Real Decreto 131/2018, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación de la enseñanza en la Guardia Civil o el Real Decreto 728/2017, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de adquisición y pérdida de la condición de guardia civil y de situaciones administrativas del personal de la Guardia Civil.

⁵⁷ Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil (LRPGC) regula la condición de alumno, señalando en el artículo 47.1 que: «Al hacer su presentación, quienes ingresen en los centros docentes de formación de la Guardia Civil firmarán un documento de incorporación a la Guardia Civil, según el modelo aprobado por el Ministerio de Defensa previo informe del Ministerio del Interior, salvo aquéllos que ya pertenezcan a dicho Cuerpo, y serán nombrados alumnos».

Dicho esto, ya hemos señalado que el legislador aglutina en un solo precepto el régimen particular del que gozan los alumnos del Benemérito Instituto, disponiendo en el artículo 18, que:

«1. La aplicación del régimen disciplinario a los alumnos de los centros docentes de formación de la Guardia Civil se regirá por las normas contenidas en este artículo.

»2. A aquellos alumnos del centro docente que ya fueran miembros de la Guardia Civil les resultarán de aplicación las sanciones previstas con carácter general en el artículo 11, si bien las sanciones de separación del servicio, suspensión de empleo y pérdida de destino conllevarán la pérdida de la condición de alumno en el centro docente, que tendrá, para estos casos, el carácter de accesoria.

»3. Al resto de los alumnos solo se les podrá imponer las sanciones siguientes:

a) Por la comisión de faltas graves y muy graves:

Suspensión de haberes y servicios de cinco a veinte días.

Baja como alumno en el centro docente.

b) Por la comisión de faltas leves:

Reprensión.

Suspensión de haberes y servicios de uno a cuatro días.

»4. La incoación de procedimiento penal o expediente disciplinario a un alumno podrá impedir, teniendo en cuenta la naturaleza y la gravedad de los hechos, que el interesado sea declarado apto en el curso académico correspondiente. Mientras no sea firme en vía penal o disciplinaria la resolución que en aquellos procedimientos se dicte, y sin perjuicio de los efectos que de esta se pudieran derivar, podrá acordarse motivadamente que quede en suspenso el primer empleo obtenido por el alumno y, consecuentemente, su condición de guardia civil.

»5. Las sanciones se cumplirán sin perjuicio de la participación del alumno en las actividades de carácter académico.

»6. La sanción de baja como alumno del centro docente supone la pérdida de la condición de alumno del centro y del empleo que hubiera alcanzado con carácter eventual, sin que afecte a la condición de guardia civil que pudiera tener antes de ser nombrado alumno.

»7. La sanción de suspensión de haberes y servicios conlleva la pérdida de las retribuciones correspondientes a los días objeto de sanción y la suspensión de servicios por el mismo periodo».

De la lectura de este precepto se puede observar que, a diferencia de la LORDFAS, a estos alumnos sí que les es de aplicación la sanción económica, llamando la atención que la simple incoación de un expediente disciplinario pueda llevar aparejada la declaración de «no apto» en el curso académico que se estuviere cursando, sin esperar al eventual resultado del mismo.

Por el contrario, es causa de extinción de la responsabilidad disciplinaria (art. 20.2), el que durante la sustanciación de un procedimiento sancionador el interesado deje de estar sometido a la LORDGC, y se procederá a dictar resolución ordenando el archivo del expediente con invocación de su causa. Es evidente, que en el caso del alumno se dejará de estar sujeto a la ley cuando se cause baja, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 LRPGC⁵⁸.

Si el expediente se instruye por falta muy grave y el interesado volviera a quedar sujeto a la Ley Disciplinaria, se acordará la reapertura del procedimiento, siempre que no hayan transcurrido cuatro años desde que se hubiera producido la causa que motivó el archivo de las actuaciones.

Respecto a la competencia sancionadora, recogida a partir del artículo 26 LORDGC, se señala expresamente en el artículo 31 que son competentes para imponer sanciones a los alumnos, las siguientes autoridades o mandos:

⁵⁸ Son causas de BAJA, en análogos términos a su homónimo de la LCM, según el artículo 48 LRPGC:

a) A petición propia. En este caso, el ministro del Interior determinará los supuestos en los que se deba resarcir económicamente al Estado y establecerá las cantidades, teniendo en cuenta el coste de la formación recibida en la estructura docente de la Guardia Civil, o en su caso, en la de las Fuerzas Armadas, siempre que esta sea superior a dos años.

b) Por insuficiencia de las condiciones psicofísicas que para los alumnos se hayan establecido.

c) Por no superar, dentro de los plazos fijados, las pruebas y materias previstas en los planes de estudios correspondientes.

d) Por carencia de las cualidades profesionales en relación a los principios, valores y código de conducta a los que se refiere el artículo 44, párrafos a) y b), acreditadas con la obtención, en dos ocasiones, de una calificación negativa en las evaluaciones periódicas que a este efecto se realicen, de acuerdo con el procedimiento que se establezca en las normas de régimen interior de los centros docentes de formación.

e) Por imposición de sanción disciplinaria por falta grave o muy grave de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre.

f) Por sentencia condenatoria por delito doloso, teniendo en consideración el tipo de delito y la pena impuesta, previa tramitación de un expediente administrativo con audiencia del interesado.

g) Por pérdida de la nacionalidad española.

h) Por incumplimiento, en contra de lo declarado por el interesado o pérdida después de la declaración, de las condiciones que establece el artículo 33 para optar a la convocatoria para el ingreso en el correspondiente centro docente de formación.

1. La competencia para imponer la sanción de baja en centro docente de formación corresponderá al subsecretario de Defensa, previo informe del director del centro.

2. Corresponderán al general jefe de Enseñanza de la Guardia Civil, a los directores de los centros docentes de formación del Instituto, a los jefes de unidad, centro u organismo en que los alumnos estén completando su formación, y a los jefes de Estudios y demás mandos con categoría de oficial de dichos centros docentes y unidades, la potestad y competencias sancionadoras establecidas en el artículo 29⁵⁹ y en los números 1, 2, 3 y 4 del artículo 30⁶⁰ de esta Ley.

Las anotaciones por falta leve de los alumnos de los centros de formación de la Guardia Civil se cancelarán, en todo caso, cuando se incorporen a la Escala correspondiente. Por lo que respecta a las demás anotaciones, permanecerán en su Hoja de Servicios, procediéndose a la cancelación de estas de oficio, transcurridos los plazos fijados en el artículo 71⁶¹.

⁵⁹ Artículo 29 LORDGC. Competencias de los oficiales generales con mando sobre unidad, centro u organismo de la Guardia Civil

«Los Oficiales Generales con mando sobre Unidad, Centro u Organismo de la Guardia Civil podrán imponer a los miembros del Cuerpo que estén a sus órdenes, las sanciones por faltas leves y graves, excepto la pérdida de destino».

⁶⁰ Artículo 30 LORDGC. Competencias de otros mandos

«Los mandos de la Guardia Civil tienen competencia para imponer las siguientes sanciones:

1. Los Oficiales Jefes de Zona, de Servicio, Organismo, Jefatura o Dirección de Centro Docente de Formación, Comandancia, Sector, Grupo de Reserva y Seguridad, Jefes de Estudio de Centros Docentes de Formación y los de Unidad Centro u Organismo de categoría similar, a los miembros del Cuerpo que estén a sus órdenes, todas las sanciones por faltas leves.

2. Los Oficiales Jefes de Compañía, Subsector de Tráfico, Unidad Orgánica de Policía Judicial o Unidad de categoría similar, a los miembros de la Guardia Civil que estén a sus órdenes, reprensión y pérdida de hasta dos días de haberes.

3. Los Oficiales Comandantes de Puesto Principal, Jefes de Sección, Destacamento de Tráfico, o Unidad de categoría similar, a los miembros de la Guardia Civil que estén a sus órdenes, reprensión y pérdida de un día de haberes.

4. Los Suboficiales Comandantes de Puesto, Jefes de Destacamento de Tráfico, Grupo de Investigación o Unidad de categoría similar, a los miembros de la Guardia Civil que estén a sus órdenes, reprensión».

⁶¹ a) Cuatro años, cuando se trate de sanciones por faltas muy graves.

b) Dos años, cuando se trate de sanciones por faltas graves.

c) Seis meses, cuando se trate de sanciones por faltas leves.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El elenco normativo propio de la profesión militar es enormemente amplio, regulando la «carrera militar» desde el ingreso del ciudadano hasta la finalización de la misma, que se produce, en condiciones normales, con el pase a retiro. Esta modalidad de servidor público, tan especializada, goza del estatuto jurídico más completo de cuantos componen la función pública, completando, las posibles lagunas existentes en el mismo, con las disposiciones generales del EBEP, en los términos del artículo 5 LCM.

En todo caso, que nos encontramos ante una reglamentación propia, que abarca los más diversos aspectos y que se ve reforzada por disposiciones que garantizan su adecuado cumplimiento (LORDFAS y CPM) se infiere, no solo de las argumentaciones técnicas expuestas en el presente trabajo, sino de la propia dicción de algunos textos normativos, como el artículo 1 de la LODD que se refiere expresamente a la existencia del «estatuto» de los miembros de las FAS.

Pues bien, dentro de ese marco estatutario completo y complejo, el alumno de los CDMF compone una categoría de personal que, si bien le es de aplicación el esquema normativo general, goza de unas peculiaridades derivadas, sin duda, de la necesaria y progresiva adaptación a la vida militar.

SEGUNDA.- El tratamiento en la normativa disciplinaria del personal en régimen de alumnado significa que el legislador ha tenido presente las particularidades que deben derivarse de la permanencia en estos en los CDMF y que, en la medida de lo razonable, hay que salvaguardar el normal desenvolvimiento de los procesos formativos para que la aplicación de la disciplina no penalice doblemente al alumno, imposibilitándole, de facto, el desarrollo normal del curso.

Por ello entran en juego, por un lado, sanciones propias y peculiares como la privación de salida y, por otro, que el arresto no impida la asistencia a las actividades curriculares diarias del sancionado. Con el mismo carácter rehabilitatorio encontramos la eliminación de las notas desfavorables cuando, acabada la fase de formación, se pasa a la respectiva escala, teniendo como objeto hacer borrón y cuenta nueva en la carrera profesional del militar, obviando las pequeñas infracciones disciplinarias que se pudieran haber producido a lo largo del proceso de madurez académica.

TERCERA.- Por otro lado, la introducción dentro del epígrafe de las «infracciones académicas» de la posibilidad de que, junto a las amonestaciones verbales, se impongan recargos y tareas físicas, permite, de fac-

to, que se introduzcan comportamientos y actuaciones (en muchos casos asimilados a lo largo del tiempo en la vida cotidiana de nuestros CDMF). En tal sentido, hubiera sido aconsejable, al igual que se ha hecho con una enumeración no taxativa de comportamientos considerados como infracción académica, haber plasmado una lista ejemplificativa de estos recargos y tareas. En todo caso, ante esto hay que estar vigilantes para evitar abusos e invasiones no permitidas de la libertad individual. Todo ello, haciéndolo compatible con el régimen educativo al que debe quedar sometido el alumno.

CUARTA.- Otra cuestión que no hubiera estado de más corregir, es la utilización reiterada en nuestros textos legales (LCM, LORDFAS, CPM) de la expresión «alumnos de los centros docentes militares de formación». Ya hemos expuesto a lo largo del trabajo la problemática que ello conlleva, cuando tenemos en cuenta que en la mayoría de nuestros CDMF se desarrollan varias modalidades de enseñanza. Quizás es más acertada la denominación «alumnos de la enseñanza militar de formación» pues, en todo caso, se ajusta más a la realidad y evitaría algún que otro equívoco.

QUINTA.- Hay una breve reseña al régimen disciplinario de los alumnos de la Guardia Civil. Lo cierto es que la LORDGC es, sistemáticamente hablando, más correcta en el tratamiento del alumnado al concentrar, en un solo precepto, el artículo 18, todas las peculiaridades propias de este personal.

En todo caso, como se ha expuesto en el trabajo, los alumnos de la escala de oficiales de la Guardia Civil pasan los dos primeros años de su formación en la AGM (ET), quedando sujetos a la norma rituarial militar durante ese periodo de tiempo –art. 2.2 LORDFAS–.

BIBLIOGRAFÍA

- ESCRIBANO TESTAUT, P. «La carrera militar tras la Ley 17/1999». *Revista española de derecho militar* n.º 71. Madrid: enero-junio, 1998, pp. 49 y ss.
- GALLEGO ANABITARTE, A. «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho». *Revista de Administración pública* n.º 34. Madrid: Instituto de Estudios políticos, enero-abril 1961, p. 11.
- GOMEZ MARTÍNEZ, R. *El estatuto jurídico-constitucional del militar de carrera en España. Antecedentes, fundamento y situación actual*.

Tesis doctoral. Granada: Editorial de la Universidad de Granada 2009, pp. 342 y 343.

GUAITA, A. *Derecho Administrativo Especial I*. Zaragoza: 1969, p. 67.

LOPÉZ BENITEZ, M. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid: Editorial Civitas 1994, pp. 161 y ss.

VV.AA. *Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998)*. Capítulo intitulado «TITULARES DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA», autor José Luis Doménech Omedas –pp. 786/787–. Centro de Publicaciones del Ministerio de Defensa, junio 2000.

EN DEFENSA DEL ESTADO: LAS ATRIBUCIONES LEGALES DEL EJÉRCITO EN SITUACIONES DE CRISIS 1812-1939

Joaquín Gil Honduvilla
Coronel Auditor

Resumen

La protección extraordinaria del Estado a lo largo de los años del constitucionalismo está íntimamente ligada a la intervención del Ejército en la vida política de un país, que como España, ha vivido desde el inicio del siglo XIX en una constante convulsión política hasta bien entrado el siglo XX. Desde la Guerra de Independencia (1808-1814) hasta la Guerra Civil española (1936-1939) se producen diversos intentos de encajar legalmente el papel de lo militar en el ámbito político y normativo, concretando el papel que debía jugar la institución castrense en aquellos momentos en los que el Estado se encontraba en peligro por causas externas o internas. El instrumento que adecuaba esta función son las distintas leyes de orden público aprobadas durante los años a los que se dedica este trabajo.

Palabras claves: Estado, constitución, Ejército, alarma, excepción, sitio, guerra.

Abstract

The extraordinary protection of the state over the years of constitutionalism is intimately linked to the intervention of the Army in the political life of a country, which, like Spain, has lived since the beginning of the ni-

nineteenth century in a constant political uproulsion until well into the twentieth century. From the War of Independence (1808-1814) to the Spanish Civil War (1936-1939) there are various attempts to legally fit the role of the military in the political and normative sphere, specifying the role that the Castrense institution should play at a time when the State was in danger for external or internal causes. The instrument that suited this function are the different law enforcement laws passed during the years to which this work is engaged

Keywords: State, constitution, army, alarm, exception, siege, war.

SUMARIO

Introducción; 2. Antecedentes; 3. Derecho comparado; 4. El derecho español antes de la Constitución de 1812; 5. De la Constitución de 1812 a la de 1869; 6. De la constitución de 1876 a 1931; 7. La Segunda República; 8. La Guerra Civil; 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objeto analizar los mecanismos con los que se dotó el Estado en situaciones en las que las autoridades políticas eran incapaces de mantener la normalidad social con los poderes ordinarios con los que estaban dotadas a lo largo de todo el siglo XIX y en los primeros años del siglo XX. Eran estas circunstancias de riesgo o peligro para la supervivencia de la unidad política del país, o de riesgos en la sociedad que exigían medidas de acción extraordinarias, aunque no en pocas ocasiones estos mecanismos fueron empleados para sofocar meras alteraciones del orden público, de gran intensidad. Algunas veces estos peligros podían tener un origen externo, guerras con otros Estados o conflictos armados en zonas bajo control (Protectorado español de Marruecos), pero otras nacían de inercias internas, de alteraciones del orden, o por el surgimiento de fuerzas desintegradoras que emergían dentro del propio Estado. En otras ocasiones eran el resultado de corrientes de opinión política que pretendían un cambio de régimen, no por medios pacíficos y democráticos, sino a través del ejercicio de la fuerza. Esto nos llevará a tener que estudiar un problema histórico como es el de la intervención endémica del Ejército español durante el periodo acotado en cuestiones propias de la paz interior del Estado. Funciones que no eran propias de la institución y para las que no estaba originariamente preparado. Tam-

poco toda intervención de «lo militar» en la vida del país ha estado siempre dirigida al mantenimiento o decapitación del gobierno de la nación. Quizás de menor trascendencia histórica, pero no de menor utilidad ha sido la presencia de unidades militares en la lucha contra enfermedades o epidemias.

De este modo, estos mecanismos no pueden ser entendidos como una cuestión del pasado, ya remoto, y la más vigente realidad que llevamos viviendo desde el año 2020, así nos lo está demostrando. Por mucho que en el actual régimen democrático sean excepciones las intervenciones del Estado que supongan una restricción de derechos y libertades fundamentales del individuo, la especial situación generada por la pandemia del COVID 19 ha vuelto a estos mecanismos excepcionales de protección a la más vigente actualidad. En el año 2020, debido a la pandemia de coronavirus, se ha declarado el estado de alarma en tres ocasiones: el estado de alarma nacional de 14 de marzo a junio Real Decreto 463/2020; el estado de alarma declarado para la Comunidad de Madrid, de 9 de octubre, Real Decreto 900/2020; y el estado de alarma nacional de 25 de octubre de 2020, Real Decreto 926/2020.

Pero no solo pandemias y enfermedades han alterado el devenir pacífico de nuestra política. La primera vez que fue empleado este mecanismo durante el actual régimen fue durante la crisis de los controladores aéreos, Real Decreto 1673/2010, por el que se militarizó a los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA, decisión tomada, siendo presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero.

Además de los estados de alarma declarados, desde 2017, en razón de la declaración de independencia de la comunidad de Cataluña, se han generado propuestas por partidos políticos, como es el caso de VOX, presentadas en el Congreso de los Diputados, por las que solicitaba la aplicación del estado de excepción en dicha región, propuestas, que al final, no han sido aprobadas¹.

Por todo ello, por la vigencia de este tema, es por lo que es interesante conocer cómo ha sido la evolución histórica de los mecanismos con los que se ha dotado el Estado a lo largo de los intensos años que van desde el final de la Guerra de Independencia hasta el final de la Guerra Civil, años de continuas crisis sociales y políticas que han permitido un uso, a veces desmedido, de unas facultades con las que se dota el Estado, y que en muchos casos ha significado la presencia de fuerzas militares en la calle.

¹ «Vox urge a Sánchez a aplicar el estado de excepción en Cataluña». abc.es.

2. ANTECEDENTES

Toca introducirnos en una cuestión compleja desde el punto de vista histórico y desde el punto de vista jurídico, la incardinación de la institución militar dentro de los mecanismos establecidos constitucionalmente para la seguridad del Estado, o lo que es lo mismo, la protección extraordinaria del Estado. Intentaremos analizar las misiones constitucionales conferidas a la institución castrense en la defensa del Estado y el uso que de las mismas se hizo a lo largo de los años a los que se dedica este estudio.

Se va a plantear como tesis de trabajo la idea de que el ejercicio de estas funciones determinó el desarrollo de una «voluntad institucional» que excedía de las verdaderas facultades y competencias que las leyes les conferirían. En este sentido, podemos decir que a lo largo de los primeros años del siglo xx el Ejército se va a consolidar como un nuevo sujeto dentro del ámbito de las relaciones políticas. Esta consolidación nace como consecuencia de la personalización de las misiones encomendadas a la institución militar. Es decir, intentaremos dar respuesta a una cuestión compleja, que no es otra que analizar cómo pudo una institución, como era la militar, creerse depositario de unos valores y de unas funciones pertenecientes al Estado, como eran la seguridad y la defensa a ultranza de la paz interior, y cómo esas atribuciones marcarán la participación política de la institución hasta 1936 y tras la Guerra Civil, durante buena parte del siglo xx.

Y decimos que el tema es problemático porque tendremos que jugar con deducciones más que con realidades fácticas. Con creencias más que con situaciones, por mucho que estas ilusiones nacieran de normas jurídicas del más alto nivel. Y es así porque a lo largo de estas líneas intentaremos conocer la «voluntad del Ejército», cuando como institución perteneciente al Estado, dicha institución debería carecer de voluntad y de criterios propios.

Así pues, si las limitaciones de los derechos políticos de los militares afectaban a cada uno de los miembros de la institución como personas físicas e individualmente, es decir, como ciudadanos, uno de los problemas más complejos que tendremos que lidiar en este artículo es con la conformación de una voluntad institucional, más allá de las voluntades de cada uno de los miembros, voluntad que se hizo valer en muchos momentos de los años objeto de estudio. En este sentido, asistiremos a la deformación de la institución militar al ser entendida como persona jurídica con voluntad propia, más allá de sus propias capacidades.

En el periodo histórico que vamos a tratar el Ejército entendió su misión más allá de sus propias competencias y funciones, hasta llegar a lo largo de los treinta primeros años del siglo xx a influir en el cuerpo legis-

lativo y ejecutivo nacional, e imponer a los mismos criterios y líneas de actuación². Esta «coacción» se realizó, no por medio del uso de la dictadura, por mucho que entre los años 1923 a 1930 el general Miguel Primo de Rivera asumiera poderes dictatoriales, sino a través de la presión corporativa al resto de los poderes del Estado. Esta presión pudo tener lugar, a diferencia de los límites establecidos en otras sociedades democráticas contemporáneas, como la francesa o la británica, que sí limitaban de manera clara la intervención de sus ejércitos en la actividad política, por la mediocridad del cuerpo político hispano, por el apoyo mostrado por el rey Alfonso XIII a muchas de las iniciativas impulsadas por la institución, y por la fuerte impronta de algunos de los militares de mayor graduación en el ámbito de la política civil y parlamentaria.

Una dictadura militar no tiene por qué basarse en la intervención del Ejército en la dirección política del Estado, sino la dirección política del Estado a través de un militar. Podemos incluso hablar de dictaduras civiles. Los criterios políticos emanados de los gobiernos de un dictador militar, las líneas de gestión ejecutadas, las normas aprobadas, no pertenecen a la institución como tal, sino al militar que ha asumido el poder. La fuerza, el prestigio, y los apoyos de este militar lo alzan al gobierno de la nación, con o sin el apoyo de los centros de decisión políticos que rigen el país. El dictador tiene nombre y apellidos, y pasará a la historia por sus singularidades y por sus decisiones personales. En este sentido hay que señalar que los mayores opositores a la implantación y perpetuación de Primo de Rivera en el poder se encontraron dentro del propio Ejército, no en otras instancias ajenas, y menos en el cuerpo político existente en aquellos momentos. Lo que sucedió a lo largo de los primeros treinta y seis años del siglo xx fue otra cosa, fue la injerencia en ámbitos políticos de la institución militar, a través de sus representantes, hasta el punto de que la institución militar actuó más allá de sus propias competencias, convirtiéndose en un Estado dentro del Estado.

Evidentemente, los primeros responsables de esta desestructuración del Estado fueron los propios militares, especialmente aquellos de mayor graduación que a lo largo de aquellos años impulsaron este tipo de comportamientos, pero también fueron responsables de esta atrofia los políticos que controlaban las riendas del poder, y que con su incompetencia y falta de resolución permitieron dicho desafuero. Como también hemos señalado

² GIL HONDUVILLA, Joaquín. «Los derechos políticos y sus limitaciones al militar (S. XIX y S. XX)», en *Revista de Historia Militar*, N.º 109. Madrid: Instituto de Historia y Cultura Militar 2011.

en otros trabajos, esta situación demuestra una debilidad del Estado y de sus mecanismos de defensa, y un abandono de sus obligaciones por los responsables de los poderes. Los años del reinado de Alfonso XIII serán años de decadencia del régimen canovista, y una de las mayores muestras de esta decadencia se puede ver en el papel jugado por el Ejército dentro del ámbito político de actuación.

¿Pero cuál era el papel del Ejército dentro de la defensa constitucional del Estado? Para contestar a esta pregunta nos vamos a retrotraer a los primeros años del siglo XIX, en concreto al final de la Guerra de la Independencia, para apreciar cómo intervino la institución castrense en la política hispana.

El Ejército salido de la guerra de 1808-1814 no era el mismo que el que había iniciado dicha contienda. La procedencia social de las estructuras del cuerpo de oficiales había cambiado sustancialmente. Del Ejército realista, basado en oficiales nacidos de la nobleza, que defendían a la Corona y solo obedecían al rey, se había pasado a un ejército popular en el que habían tenido entrada sujetos procedentes de las capas medias, e incluso bajas, de la sociedad hispana, y que defendían al Estado como institución. A la par que se abría el cuerpo de oficiales a otros estamentos sociales, que habían tenido vedada la carrera de las armas hasta ese momento, salvo contadas excepciones, el Ejército se abrió al mundo de las ideologías y de la política.

Evidentemente fueron las Guerras Carlistas las que marcaron la preponderancia de un ejército vencedor. Antes, desde el 1 de enero de 1820, con la sublevación del comandante Riego en Las Cabezas de San Juan, había comenzado la época de los pronunciamientos. Según uno de los más destacados analistas de este tipo de actuaciones, Miguel Alonso Baquer, el pronunciamiento puede definirse como una: «Rebeldía de mandos profesionales, propugnada por grupos políticos convencidos de que el gesto de los oficiales, al contar con la adhesión de la opinión pública, conducirá, sin daño ni riesgo, a la paz social y a la reforma política. No se incluye como tal la ruptura verbal con las instituciones de los hombres políticos, por solemnes que sean sus amenazas de implacable hostilidad. En la historia más reciente de España ha habido pronunciamientos liberales o de opinión pública; realistas o de adhesión monárquica, y militares o de solidaridad castrense»³.

Pero la perfilación de esta figura puede generar controversias. Para el catedrático de Derecho Constitucional Luis Sánchez Agesta, habría que entender también como pronunciamiento las exposiciones escritas efectua-

³ ALONSO BAQUER, Miguel. *El modelo de pronunciamiento*. Madrid: Rialp 1983. p. 31.

das por algunos militares, como las efectuadas por los generales Quesada y Llauder, y que hicieron llegar al rey Fernando VII para hacerle rectificar en las líneas políticas seguidas hasta esos momentos, por mucho que la presión ejercida a los aparatos del Estado fuera meramente testimonial y sin la salida de tropas en la calle.

Señala Gabriel Cardona que fueron los conflictos armados contra el carlismo los que crearon una nueva mentalidad militar. «Hasta entonces, el cuerpo de oficiales había sido una mezcla de antiguos cadetes, seminaristas, suboficiales, aristócratas y guerrilleros sin formación común pero, combatir contra el mismo enemigo, desarrolló un código mental anticlerical y pragmático, que convergía con muchos postulados progresistas»⁴. Es el proceso generado entre la Guerra de la Independencia y las Guerras Carlista el que vincula a buena parte de las fuerzas militares hacia ideas liberales y progresistas. Curiosamente será un liberal, el general Espartero, el que restaure drásticamente la disciplina en el «Ejército del Norte» llevándolo a la victoria y con ello encumbrándose como figura indiscutible del Partido Progresista. Con posterioridad, militares de ideología conservadora o liberal fueron encabezando o apoyando las propuestas de gobiernos de sus respectivos partidos. Es la época de «los espadones», Espartero, Narváez, Serrano, O'Donnell, Prim... militares, no el Ejército en sí, se habían convertido en los impulsores del cambio político de la época. Bastaba una proclama, y el respaldo de algunas unidades para generar la alternancia política y para el cambio de las mayorías parlamentarias. Pero ninguno de estos militares, ninguna de las acciones desarrolladas por estos generales, atacaron al Estado constitucional vigente. El primer cambio institucional importante del siglo XIX –el paso de la monarquía constitucional que encabezaba Amadeo de Saboya a la instauración de la Primera República– no tuvo lugar por la presión de un espadón, por la inercia de un pronunciamiento, sino por la abdicación del Rey y el acuerdo en sesión conjunta del Senado y del Congreso vigentes, que proclamaron la República y designaron presidente del Gobierno provisional al federalista Estanislao Figueras, el 11 de febrero de 1873. En este cambio, el Ejército no jugó un papel relevante. Por el contrario, el papel del militar en el paso de la República a la monarquía Alfonsina (Alfonso XII) sí fue esencial, no pudiendo entenderse sin la actuación del estamento militar.

De todo lo relatado, podemos señalar que durante el siglo XIX el Ejército jugó un papel esencial dentro de la política nacional, siendo utilizado por los diferentes partidos del sistema como elemento impulsor de la al-

⁴ CARDONA, Gabriel. *El problema militar en España*. Madrid: Historia 16 1990, p. 42.

ternancia política. Pero en ningún momento la institución castrense actuó contra las formas del Estado ni atacó a este provocando su destrucción. Podemos decir que era un Ejército que no practicó el golpe de Estado y que sus componentes fueron «respetuosos» con el sistema político en el que vivían, por mucho que jugaran con él y se aprovecharan de las prebendas que obtenían.

Pero, ¿cuál era el papel de otros ejércitos de nuestro entorno dentro de la política de sus respectivos estados? Responder a esta pregunta nos obliga a estudiar, aunque sea sumariamente los mecanismos constitucionales de la protección extraordinaria del Estado, pues en ningún país europeo occidental, salvo Portugal, el papel del Ejército ha sido tan relevante como el nuestro en la conducción de la política estatal. Cuestión esta que nos debe llevar a valorar cómo entendieron legislaciones europeas el problema del orden público y de las revoluciones que brotaron no solo por movimientos políticos, sino también por hambre y otras necesidades.

3. DERECHO COMPARADO

El orden público en el antiguo régimen centraba su actuación en un problema reiteradamente presente en las sociedades estamentarias: el motín. Al comienzo, originados por poblaciones campesinas hambrientas y esquilgadas, pero conforme avanzaba la edad moderna, desarrollándose por plebe urbana que no veía cubiertas sus necesidades básicas. Ante el hambre o la subida de los precios de los productos de primera necesidad, y las protestas tumultuarias que estas situaciones generaban, la reacción de las autoridades afectadas se concretaba en medidas represoras, consistente siempre en el restablecimiento del orden, a través del castigo de los culpables, y en algunas ocasiones por medio del indulto de los castigos impuestos, pero como señala Pedro Cruz Villalón «El antiguo régimen funcionaba mal como “régimen represivo”. El antiguo régimen es un “régimen preventivo”, es en su actividad, o mejor, en su capacidad de prevenir y evitar que los levantamientos se produzcan en lo que está su mayor probabilidad de éxito, su principal posibilidad de supervivencia, y es en esta instancia, en la de prevención, en la que emplea todo su esfuerzo, renunciando a estar en situación de responder mejor ante unos levantamientos populares frente a los que, en definitiva, siempre saldrá perdiendo»⁵.

⁵ CRUZ VILLALÓN, Pedro. *El estado de sitio y la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1980, pp. 45 y 46. Contemporáneo con este trabajo podemos

Las medidas que en la Edad Media, y gran parte de la Edad Moderna, se tomaban para evitar las protestas tumultuarias iban desde las sacas de gentes de levas, evitando de esta manera que la población más proclive al levantamiento estuviera en condiciones de efectuarlo; a la organización de fuerzas de disuasión, constituidas por miembros de los primeros ejércitos, toda vez la no diferenciación de las funciones asignadas a los contingentes armados; a la prevención permanente mediante el abastecimiento y el control de los precios de los productos de primera necesidad, con ajustes de los precios del mercado, con importaciones, si eran precisas; una prevención estructural en base al mantenimiento de la población en niveles de analfabetismos muy altos y en el poder sobre las masas de la Iglesia oficial y a los albores de una prevención política-policial, con las censuras de pasquines y privaciones de libertades y deportaciones.

Todo cambiará con la Revolución de 1789, y con la necesidad de adaptar las medidas represivas al «nuevo orden constitucional», «en nombre de la libertad individual los constituyentes del ochenta y nueve declaran abolidas las “instituciones que lesionaban la libertad”, y estas instituciones son muy particularmente las que constituían la prevención policial o política a que hacíamos breve referencia en el apartado anterior: órdenes arbitrarias de detención o destierro, censura de impresos, etc. La revolución se hace expresamente contra estas instituciones, y así lo anuncian los cahiers de los tres estados»⁶. De esta manera, el nacimiento de un estado constitucional significará el desmantelamiento del sistema preventivo del Antiguo Régimen y la creación de uno nuevo.

La nueva represión será una represión legal. Se caracterizará por el protagonismo legislativo, pues la primera característica del orden público represivo configurado por la Constitución es su regulación por ley, y con ello la implantación del principio de legalidad en toda actuación del Estado, principio que implica necesariamente el de irretroactividad de las leyes penales. No hay castigo sin que los hechos cometidos estén tipificados en una norma, debiendo estar también codificadas las sanciones que se puedan imponer.

encontrar otros referidos al tema del orden público como el realizado por BALLBÉ MALLÓL, Manuel. *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*. Madrid: Alianza Universidad 1985. Si toda la doctrina está de acuerdo en la calidad del primero de estos trabajos, algunos especialistas, como Bartolomé Clavero, expresan ciertas críticas, reconociendo su calidad, al segundo de estos libros, así sucede en la recesión publicada en el *Anuario de Historia del Derecho Español* (1986). Por esta razón tomaremos como trabajo de referencia en este estudio el realizado por Cruz Villalón.

⁶ *Ibíd.*, p. 59.

Pero no es solo suficiente que existan leyes que marquen los hechos y sus sanciones, hace falta también que los procedimientos se encuentren determinados por normas la aplicación de estas leyes sancionadoras, hace falta la existencia de una represión judicial, especialmente en los trámites de las detenciones de ciudadanos y en las garantías de cualquier individuo a que su procedimiento sea tratado ante un juez. La cuestión fue que en estos primeros años del constitucionalismo se primó, en defensa del Estado, a una jurisdicción especial sobre la común a la hora de aplicar el castigo y controlar los procedimientos. Como veremos, especialmente en el derecho continental europeo del siglo XIX, se impulsó a la Jurisdicción militar sobre la Jurisdicción ordinaria, llegándose de esta manera a introducir e imbricar lo militar a la idea de orden público. Pero si esta conexión, en el proceso constitucional francés se desarrolló sin muchas tiranteces, llegándose poco a poco a perfilar qué aspecto de la represión correspondían a las fuerzas militares y cuáles no, en el proceso hispano tal vinculación llegó casi al monopolio, toda vez el uso reiterado del Ejército como fuerza de orden público a lo largo de todo el siglo XIX y los primeros treinta años del siglo XX; aspecto este que, como veremos, alcanzó y se mantuvo presente incluso con la Segunda República, régimen que no supo disociar las ideas de orden público y milicia, por mucho que creara cuerpos de seguridad «civiles», como era el Cuerpo de Seguridad y Asalto, y por mucho que intentara limitar la jurisdicción militar a lo estrictamente castrense.

Volvemos a citar a Cruz Villalón al explicar este proceso, pues suyos son los más completos trabajos publicados sobre el constitucionalismo y la protección extraordinaria del Estado. Según este autor, el derecho a un juez legal y al mantenimiento de las formas procesales son garantías que en su momento «parecieron suficientes para la proscripción de las prácticas del antiguo régimen, las comisiones especiales procediendo sumariamente en la represión de los atentados a la seguridad interna. Y, sin embargo, con esta formulación, la jurisdicción militar sobre ciudadanos no militares no quedaba expresa y formalmente prohibida. Los tribunales militares no son comisiones instituidas para una ocasión determinada, sino que, por el contrario, son una jurisdicción permanente, que deriva su existencia de la ley misma, las ordenanzas militares: son tribunales que existen por ley anterior al delito. De otra parte, la jurisdicción militar dispone de procedimientos sumarios, sumarísimos incluso, los cuales sin duda suponen una excepción al “orden y las formalidades” del proceso ordinario, pero desde luego no son una dispensa acordada en función de un caso concreto: son unas formas establecidas en la ley misma, las ordenanzas.

«En otras palabras, la jurisdicción militar era una jurisdicción legal, constitucional, y sus procedimientos eran legales y, por tanto, también constitucionales. La Constitución de Cádiz decía, en su artículo 250: “Los militares gozarán también de fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere”. Lo único que se precisaba era una ley que sometiese a los ciudadanos no militares, en determinados supuestos, a los consejos de guerra»⁷.

Este proceso, en el mundo anglosajón fue distinto, pues prontamente se introdujo la prohibición de aplicar la jurisdicción militar sobre personas no sometidas a la disciplina castrense. Aunque en la Edad Media existía en Inglaterra la *court of chivalry*, que era un tribunal compuesto por el condestable, comandante en jefe del ejército y el marshall, al que se le confería la competencia jurisdiccional de los ejércitos en campaña, pero también, en algunas ocasiones, jurisdicción sumaria contra las revueltas y la lucha contra los mendigos en el propio territorio nacional, ya en la *Petition of Right* de 1628 se impulsaban propuestas contra estas competencias extraordinarias de las comisiones militares y se pedía su abolición dentro del territorio propio, porque privaba a determinados individuos de la población a ser juzgados por los tribunales ordinarios. Esta concreción del privilegio inglés de ser juzgados por tribunales ordinarios quedó expresamente aceptada en el primer *Mutiny Act*, de 1688, norma en la que quedan taxativamente fijados los supuestos en los que un soldado podía ser sometido a la jurisdicción militar, considerándose en todos los demás casos la prioridad de la jurisdicción ordinaria.

No obstante lo anterior, en el derecho anglosajón pronto se llegó a comprender la necesidad de regular la actividad de los representantes del Estado en materia de orden público. Será el *Riot Act* de 1714, o ley marcial inglesa, la que acote el latente conflicto entre la existencia de unas autoridades públicas responsables (aunque fueran civiles) ante los tribunales de justicia y la facultad de los ciudadanos de exigir responsabilidad por los daños que una autoridad pública le pudiera infligir. La protocolización de la actuación de la autoridad pública (lectura de una proclama por la autoridad a los revoltosos, la conminación a la disolución, transcurso de una hora, actuación de la fuerza) no ha de entenderse como una garantía de los ciudadanos, sino como una protección de las autoridades, hasta el punto que los requisitos del *Riot Act* no vienen a proteger la seguridad de los ciudadanos, sino a inmunizar a las autoridades.

⁷ *Ibidem*, p. 101.

La vinculación del Ejército al orden público en la Europa continental fue distinta, por mucho que se intentara fijar por las normas constitucionales como funciones esenciales de esta institución la seguridad de las fronteras patrias y su presencia en las relaciones políticas exteriores de la nación. Pero tanto en Francia como en España la intervención de «lo militar» no se circunscribió a la defensa exterior del Estado, sino que se empleó para el mantenimiento del orden público interior. Así fue desde los albores del constitucionalismo, a través de la ley marcial.

El término ley marcial es sinónimo, por una parte, de la intervención de la fuerza armada de la nación contra los ciudadanos, y por otra, es la ley especial que autoriza esta intervención en los casos y con las formalidades que dicha ley expresa.

El origen de este mecanismo se encuentra en el decreto de 21 de octubre de 1789, que nace por la necesidad de regular, por la comuna de París, las constantes situaciones tumultuarias que se estaban produciendo en el arranque de la revolución francesa que acabó con la caída de la monarquía borbónica. La articulación de la norma preveía que ni el Ejército, ni en general ninguna fuerza armada, podía ser utilizada contra los ciudadanos si no es a requerimiento de la autoridad civil, normalmente municipal. Así se señalaba en el artículo 2 de esta norma. El decreto pormenorizaba y protocolizaba la forma de comportarse la fuerza militar ante el tumulto (encabezamiento por una bandera roja, designación de comisión de hasta seis personas para exponer peticiones y reclamaciones, disolución pacífica de los congregados, intimación por la autoridad hasta tres veces a los resistentes para que se disuelvan) pero era algo más, en el caso de no conseguirse la disolución pacífica de los congregados, habilitaba al uso de la fuerza, con impunidad de quien la mandaba y de los que la ejercían, a los militares desplazados (artículo 7). Por último, y quizás lo más importante desde nuestro enfoque jurídico, el decreto se convertía en ley penal al imponer penas de hasta tres años de prisión a los instigadores, si la reunión era sin armas y de muerte, si esta era armada. También imponía, si la dispersión tenía lugar con el empleo de la fuerza, penas a los congregados de un año de prisión si no llevaban armas, tres si la llevaban y pena de muerte si hubieran cometido violencia (artículo 9).

Las posteriores leyes francesas que regulan el estado de la ley marcial, entre las que encontramos la de 23-26 de febrero de 1790, de 2 de junio también del mismo año, de 26 de julio de 1791, de 16 de abril de 1796 van a ir determinando el contenido de esta especial situación. Ante todo, hay que señalar que nos encontraríamos ante leyes que deben ser calificadas como de circunstancias, toda vez que regulan medidas de seguridad de carácter

extraordinario y transitorio con las que el Estado se dota para su protección en situaciones de turbación pública. Y son leyes de circunstancias en razón de dos motivos, bien porque se promulgan en situaciones y alteraciones públicas de especial gravedad, lo que requiere que en la misma norma se fije su tiempo de vigencia, o bien porque la aplicación de la norma se prevea para todos los casos en los que el Estado se vea en tales situaciones, debiéndose en estas normas describir en el propio texto en qué casos es posible la aplicación de la norma aprobada, marcándose una casuística sobre qué debe ser entendido como alteraciones del orden público. Lo que sí queda claro es que la aprobación de este tipo de estados introduce una modificación esencial en el estatus jurídico de los ciudadanos. Es por ello que podemos hablar no solo de ley de circunstancia, sino también de ley de excepción. Y lo es, no solo por lo que ya hemos señalado anteriormente, la posibilidad de establecer nuevas conductas punibles penalmente y nuevas penas a las conductas ya castigadas en el código penal, sino también por la posibilidad de suspender garantías constitucionales (reunión, asociación, expresión, prensa...).

4. EL DERECHO ESPAÑOL ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812

Pero, ¿cómo se regulaba en España este tipo de actuaciones de los poderes públicos ante situaciones de crisis públicas?

Por la naturaleza de este trabajo no vamos hacer referencia alguna al derecho medieval para ver cómo se trataban los motines o las protestas colectivas dentro de las relaciones vasalláticas imperantes en los mal llamados siglos oscuros de la Edad Media. Pocas diferencias encontraríamos con el modo de proceder en los reinos hispanos con los mecanismos de respuesta que surgieron en otros reinos extrapeninsulares, por mucho que normas recogidas en fueros municipales y otras compilaciones legales se refieran a este tema.

Tampoco vamos a profundizar en las normas con la que se dotaba uno de los primeros estados modernos a la hora de contener el orden público, pues estas normas dependían de las recogidas por cada uno de los reinos que componían la unión de coronas, haciendo extremadamente prolijo su desarrollo.

Simplemente vamos a comenzar este estudio con las normas surgidas después de la aprobación de los Decretos de Nueva Planta, conjunto de normas promulgadas entre 1707 y 1716, por el primero de los reyes de la dinastía Borbón, Felipe V, por las cuales quedaron abolidas las leyes e

instituciones propias del Reino de Valencia y del Reino de Aragón el 29 de junio de 1707, del Reino de Mallorca el 28 de noviembre de 1715 y del Principado de Cataluña el 16 de enero de 1716, todos ellos integrantes de la Corona de Aragón, y se procedía a una «reunificación normativa y estructural» del Estado, poniendo fin así a la estructura compuesta de la Monarquía Hispánica de los Austrias.

Es en este periodo, primero de unificación normativa, cuando, incluso antes de que naciera el estado constitucional en España, ya se aprobaron normas que regulaban la intervención de la fuerza contra población en estado de alteración. Claro ejemplo de este tipo de normas represivas es la Pragmática de 17 de abril de 1774, dictada por Carlos III. Esta norma es solo un intento de organización de la represión con los medios del antiguo régimen, pero carecía de las características propias de las «leyes marciales» francesas. La norma habilitaba a la autoridad que se encontraba afectada por una alteración del orden para publicar un bando intimando a la dispersión y advirtiendo que serían considerados culpables de bullicio «los que se encuentren unidos en número de diez personas» (art. 7). Esta norma permitía a la autoridad a intimar a los congregados a retirarse (art. 8), el cierre de los locales públicos (art. 9) y disponía el acuartelamiento de las tropas, quedando en disposición de obedecer los requerimientos de la justicia ordinaria (art.11).

Pero las diferencias con las normativas constitucionales son evidentes. En los bandos no se contenía advertencia alguna de que no se derivara responsabilidad por el uso de la fuerza; tampoco existía requerimiento, como procedimiento previo a la intervención de la fuerza; las reclamaciones que provocan la alteración del orden no son entendidas como derecho de petición sino como reclamaciones individuales, al modo del antiguo régimen; se prohibía cualquier concesión hecha por vía de asonada (art. 18 y 19) y por último, pero desde el punto de vista en el que se enfoca este trabajo, la jurisdicción que conoce de dichos altercados es la jurisdicción ordinaria «léase real. Es en la inhibición de todas las jurisdicciones privilegiadas en lo que la pragmática más reiteradamente insiste, debiéndose entender por jurisdicción ordinaria la real...»⁸.

5. DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812 A LA DE 1869

Para no hacer más premioso este trabajo nos vamos a centrar en las normas constitucionales, las leyes que regulan los estados excepcionales y

⁸ *Ibidem*, pp. 163 y 164.

aquellas que hacen referencia a las fuerzas militares, obviando toda mención a otras normas policiales o de orden público.

La primera norma dictada después de la Constitución de 1812 que regulaba este tipo de materias es el Código Penal de 9 de julio de 1822. Es en esta norma donde se recepciona en nuestro derecho la figura de la ley marcial. Concretamente se contempla en los capítulos 1.º, 2.º y 3.º al regular los delitos de rebelión, sedición y de los motines o tumultos, asonadas, u otras conmociones públicas.

Señala el artículo 274 que es rebelión el levantamiento o insurrección de una porción más o menos numerosa de súbditos de la Monarquía, que se alzan contra la patria y contra el rey, o contra el gobierno supremo constitucional y legítimo de la nación, negándole la obediencia debida, o procurando sustraerse de ella, o haciéndole guerra con las armas. Para que se tenga consumada la rebelión es necesario que los rebeldes insistan en su propósito después de haber sido requeridos por la autoridad pública para que cedan.

Por su parte el artículo 280 señala que es sedición el levantamiento ilegal y tumultuario de la mayor parte de un pueblo o distrito, o el de un cuerpo de tropas o porción de gentes, que por lo menos pases de cuarenta individuos, con objeto, no de sustraerse al Gobierno supremo de la nación, sino de oponerse con armas o sin ellas a la ejecución de alguna ley, acto de justicia, servicio legítimo o providencia de las autoridades, o de atacar o de resistir violentamente a estas o a sus ministros, o de excitar a la guerra civil, o hacer daño a personas o a propiedades públicas o particulares, o de trastornar o turbar de cualquier otro modo y a la fuerza el orden público. Para que se tenga por consumada la sedición es necesario que los sediciosos insistan en sus propósitos después de haber sido requeridos por la autoridad pública para que cedan.

El artículo 299 de esta norma define qué se entiende por motines o tumultos al señalar que lo es el movimiento insubordinado y reunión ilegal y turbulenta de una gran parte de un pueblo o de una porción de gentes que por lo menos pase de cuarenta personas mancomunadas para exigir a la fuerza o con gritos, insultos o amenazas, que las autoridades o funcionarios públicos como tales otorguen, o hagan o dejen de hacer alguna cosa justa o injusta, aunque sin llegar a ninguno de los casos expresados en los artículos 274 y 280.

Siendo asonada, de acuerdo con el artículo 300 del Código Penal la reunión ilegal y movimiento bullicioso de un número de personas que por lo menos llegue a cuatro, mancomunadas y dirigidas con gritos, insultos o amenazas a turbar o embarazar alguna fiesta o acto público, a hacerse jus-

ticia con su mano, a incomodar, injuriar o intimidar a otra u otras personas, u obligarlas por la fuerza a alguna cosa, sea justa o injusta, o a causar de cualquier otro modo algún escándalo o alboroto en el pueblo, aunque sin llegar a ninguno de los casos expresados en el artículo precedente y en los 274 y 280.

Interesa de la descripción de estos artículos que no existe atribución de responsabilidades a los que mandan las fuerzas como sucedía en la normativa británica, e incluso en la francesa. También es importante señalar que se habla de «requerimientos» en la descripción típica de los hechos que pueden ser constitutivos de delitos de rebelión o sedición. Este requerimiento es el que va dirigido a los amotinados y rebeldes. De esta manera se podría equiparar el concepto requerimiento a intimación a los rebeldes, convirtiéndose en un elemento esencial del tipo penal. No podrá existir rebelión o sedición sin que previamente se haya requerido o intimado por parte de la autoridad a los congregados a que desistan de sus propósitos. Mientras el requerimiento no se produce el delito no se entiende por consumado.

En cuanto a las responsabilidades de las autoridades y de las fuerzas a su mando a la hora de sofocar las rebeliones o sediciones señala el artículo 295 que hecho el requerimiento de los dos modos expresados [a través de edicto, bando o pregón (art. 293) o por presentación de la autoridad a la vista de los congregados, con bandera blanca y dando tres toques de clarín (art. 294)] se podrá desde luego usar de las armas y de todo el rigor militar contra los rebeldes y sediciosos, y tratarlos como a enemigos públicos. Es decir, que una vez cumplidas las exigencias formales requeridas en el código, el uso de la fuerza se convierte en legítima, sin tener que guardar, siquiera, proporcionalidad con el grado de violencia mostrado por los reu- nidos.

Este primer intento de regular las situaciones de alteración del orden público interior de la nación se queda a medio camino entre los sistemas británicos y el francés. Sirve para exonerar de responsabilidades a las autoridades armadas encargadas de sofocar la revuelta, pero no llega al nivel de la regulación francesa, toda vez que no se configura como una legislación de circunstancia. No se establecen traspasos de jurisdicción de la común a una especial (jurisdicción militar) ni se habla de espacios temporales en los que pueden encontrarse sujetos los ciudadanos a limitaciones de derechos. En este sentido, el Código Penal de 1822 se parecía más a la normativa británica sobre orden público que a la legislación continental que miraba como modelo al sistema francés.

La siguiente ley marcial aprobada en nuestro país se contiene dentro de la Ley de Reuniones Patrióticas, de 1 de noviembre de 1822. Esta norma, con la

que se pretendía fomentar el liberalismo en España, contiene un artículo 3 en el que se señala que en el caso de manifestarse síntomas de sedición, en algunas reuniones, como querer pasar a vías de hecho, o prorrumper en aclamaciones sediciosas, la autoridad podrá suspender la sesión, para cuyo intento hará leer tres veces en voz alta esta ley, requiriendo a los concurrentes a retirarse, y de no hacerlo se valdrá de la fuerza. Por su parte el artículo 5 señalaba que las reuniones no podrían celebrarse desde media noche hasta una hora después del amanecer, y en caso de hallarse reunidas a dichas horas, se disolverán, o de no hacerlo serán consideradas en estado de desobediencia a la ley.

La siguiente norma que contenía en su articulado una regulación expresa de lo que podía ser entendido como una ley marcial fue el Real Decreto de 18 de julio de 1834. Nació este Real Decreto como consecuencia de unos hechos gravísimos a los que se quiso dar solución inmediata por parte del Gobierno de la nación: la matanza de frailes que tuvo lugar en Madrid, el día anterior, al ser asaltados varios conventos del centro de la ciudad, siendo asesinados setenta y tres religiosos y resultando heridos otros once. La razón de esta fiebre anticlerical no fue otra que el rumor que se extendió por la ciudad de que la epidemia de cólera que la asolaba desde fines de junio, y que se había recrudecido el día 15 de julio, se debía «el agua de las fuentes públicas había sido envenenada por los frailes». Sin duda, fue este uno de los primeros actos contra la iglesia desarrollados en España en razón a procesos revolucionarios-liberales, situación esta que venía padeciéndose en toda Europa en aquellos mismos años. La respuesta del Gobierno ante los alarmantes sucesos del día anterior fue la aprobación de una ley marcial por la que se prohibía toda reunión de diez o más personas armadas (artículo 1); para ello, se autorizaba a la fuerza a la dispersión de los congregados, precedidas de tres intimaciones. Si tras estas intimaciones se mantenía resistencia por los presentes, se posibilitaba su disolución a viva fuerza (artículo 2); señalándose en los artículos siguientes penas de excepcional gravedad para los aprehendidos tras las intimaciones.

No hubo que esperar mucho tiempo, apenas un año, para que nuevas revueltas anticlericales, esta vez nacidas durante la Primera Guerra Carlista, del resentimiento surgido del apoyo de la Iglesia al partido del pretendiente, para que se provocara un cambio radical en el desarrollo normativo hispano sobre la materia. En este caso, la fiebre anticlerical afectó especialmente a Aragón y a Cataluña, dentro del contexto de las sublevaciones de la Revolución liberal española que pretendían poner fin al régimen del Estatuto Real, implantado en 1834 por la regente María Cristina de Borbón-Dos Sicilias, y dar paso a una Monarquía constitucional con el restablecimiento de la Constitución de 1812.

Fue a consecuencia de estos acontecimientos, como señala Cruz Villalón: «cuando se asiste al definitivo abandono de la ley marcial y su sustitución por un instrumento de excepción de naturaleza diferente, «el estado de sitio». En efecto, mientras una Real Orden de 8 de agosto de 1835 (*Gaceta* del 10) disponía que «se publiquen de nuevo las prevenciones hechas en el Real Decreto de 18 de julio del año próximo pasado», es decir, la ley marcial, nueve días más tarde la *Gaceta Extraordinaria de Madrid* del lunes 17 de agosto de 1835 publicaba el Real Decreto del día anterior por el que la plaza de Madrid se declaraba en estado de sitio. Con este decreto se inicia un nuevo capítulo de la protección extraordinaria del Estado»⁹. Este proceso implicó el reforzamiento del papel del Ejército en la sociedad.

Como sucedió en la Francia revolucionaria a finales del siglo XVIII, fueron los movimientos liberales, contrarios al antiguo régimen, los que ensalzaron a la institución castrense a cuotas de poder que nunca habían tenido cuando dependían directamente de la Corona. Nos encontramos en la época del militarismo y en la expansión de las competencias del Ejército. Es en este periodo cuando se desarrolla la militarización de la justicia.

Pero, ¿qué era el estado de sitio? Para poder responder a esta pregunta hay que tener bien claro el conflictivo equilibrio entre el orden público y el estado constitucional. Los derechos y garantías del individuo, marcados en el estado constitucional, solo pueden sobrevivir mediante la subordinación irrevocable de todos los individuos de la nación a una única autoridad superior. La seguridad, consiste en la subordinación de todos los ciudadanos a las leyes vigentes. Es el sometimiento a la ley, la vigencia del principio de legalidad. La protección extraordinaria del Estado se convierte así en cuestión esencial para el disfrute de los derechos individuales de los ciudadanos, toda vez que al amparo de esta legalidad es posible la modificación o suspensión de leyes que afecten a derechos individuales.

De esta manera, no se puede estudiar de la protección extraordinaria del Estado sin hacer una mención a la primera norma que defiende y articula la concreta defensa de los derechos individuales, y esta no es otra que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789. Como ha sucedido en las líneas precedentes, vuelve a ser Francia, y las normas aprobadas en el país vecino, las que de manera más notoria influyan en el devenir normativo hispano. Esquemmatizando un escueto esquema, podemos decir del contenido de esta carta que, la seguridad, la libertad, la igualdad y la propiedad son el fin de los elementos esenciales en los que se asienta toda asociación política moderna y toda la teoría del Es-

⁹ *Ibídem*, p. 171.

tado. Pero se tardará hasta 1849 para encontrar un acomodo constitucional a la necesidad de habilitar instrumentos que permitan la defensa interior del Estado, para asegurar su propia seguridad. Dentro de este proceso normativo uno de los mayores problemas que tendrá que lidiar el legislador es el de la suspensión de las libertades individuales en momentos de extrema gravedad, y en especial el de la detención de los ciudadanos. Así, de la radical prohibición de las primeras constituciones 3-9-1791 y 24-6-1793, en las que se prohibía cualquier tipo de detención preventiva, se pasaba ya en la constitución de 22-8-1795 a permitirse este tipo de privaciones de libertad a los presuntos autores y cómplices de posibles conspiraciones contra la República (artículo 145). Tras el Primer Imperio, y hasta la aprobación de la Ley sobre el Estado de Sitio de 1849, vuelven a desaparecer este tipo de restricciones hasta que por fin encuentra un acomodo constitucional en el artículo 92 de la Constitución de 13 de diciembre de 1799. El referido artículo no es en sí una expresa suspensión del texto constitucional sino la suspensión de la vigencia de la Constitución, la suspensión del vigor de la Constitución en determinadas zonas del país. Ello quiere decir que la República no es que renuncie al régimen constitucional establecido, sino que autoriza su suspensión temporal, «por eso resulta posible el que la misma Constitución prevea su misma “suspensión”. Y es que, a diferencia del régimen del año II, la “suspensión de la Constitución” se concibe como un instrumento extraordinario, pero regular, de la protección del Estado»¹⁰.

De esta manera, en Francia tendrá cabida una figura que hasta esos momentos tenía una configuración bélica como es el estado de sitio. Así, la *Loi sur la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires*, de 8-10 de julio de 1791 venía a establecer tres diferentes estados en los que se podía encontrar una plaza fronteriza ante la creciente amenaza de una guerra. Se hablaba de estado de paz, estado de sitio y estado de guerra. En dicho articulado se venía a establecer que el mantenimiento del orden público en una plaza corresponde a las autoridades civiles ordinarias, aunque estas se encuentren sometidas, y tengan que obedecer, las instrucciones de la autoridad militar que gestione la crisis bélica. No obstante, se establece una gran excepción. La señalada en el artículo 10 de esta norma, en el que se venía a señalar que en «estado de sitio» toda la autoridad para el mantenimiento del orden público pasará a las autoridades militares.

En este artículo se encuentra el origen de la aplicación del estado de sitio más allá de lo originariamente previsto, sobre la base de una gran ficción, la posible aplicación de este estado a ciudades que realmente no

¹⁰ *Ibidem*, p. 289.

estaban bloqueadas por potencias extranjeras. Además de esta ficción, hay que hablar de una interpretación extensiva de este artículo, pues si lo que parecía pretender era la transferencia de competencias en materia de orden público y policía interior entre las autoridades políticas y el comandante militar de una plaza asediada, se convirtió en algo mucho más grande de lo previsto en un principio, se entendió que por autoridad civil no solo se debía considerar a los representantes del gobierno y administración local, (representantes del poder ejecutivo) sino que también afectaba a los representantes del poder judicial afectado. Esta interpretación extensiva del artículo 10 viene a tener unas consecuencias extraordinarias, pues convierte en mantenedora del «orden público jurisdiccional» a una jurisdicción tan especial como la militar y con ello la llegada de «lo militar» en el campo de la represión y castigo de la paz interior del Estado.

De esta manera, un artículo que en su interpretación auténtica, finalista o teleológica de la norma solo permitía atribuir a la autoridad militar el control del orden público en una plaza afectada en un conflicto bélico, gracias a la interpretación extensiva que de su contenido se hizo, no solo posibilitaba aplicar su contenido a plazas que no se encontraban en esta situación de sitio o bloqueo por fuerzas extranjeras, sino que atribuía el pleno control de la lucha contra las alteraciones del orden público a la institución militar, incluso aplicando sus propias normas y sus propios tribunales. Posteriormente, nuevas normas como el Decreto Imperial de 24 de noviembre de 1811, o el artículo 106 de la Constitución de 1848 van a determinar el sentido último de esta figura durante el siglo XIX francés como es la *loi sur l'état de siege*, de 9 de agosto de 1849, que viene a configurar este estado como un estado de excepción estrictamente militar y represivo, donde lo que realmente se produce es la subrogación de las autoridades militares a las civiles en todos los papeles concernientes al orden público, llegándose a vincular al poder militar como garante de la paz interior y el restablecimiento del orden, vinculación a la que no llegaban expresamente los textos constitucionales vigentes.

En España se seguirá la estela dejada por nuestro país vecino, que tanto influyó en ámbitos políticos, legislativos y jurisdiccionales a lo largo del siglo XIX. Las restricciones a la libertad individual se encontraban contempladas ya desde la Constitución de 1812, en concreto el artículo 172, donde se establecía esta posibilidad en el exclusivo caso de que se viera afectada la «seguridad del Estado». Mientras que el artículo 308 venía a señalar que «si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la Monarquía o en parte de ella, la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delincuentes,

podrán las Cortes decretarla por tiempo determinado». Posteriormente, el artículo 8 de la Constitución de 1837, volvía a permitir este tipo de suspensiones, en este caso, de manera temporal, en todo o parte de la monarquía, pero siempre determinado la necesidad de que fuera promulgada una ley que así lo estableciera, como sucedió el 13 de marzo de 1848 y el 8 de julio de 1866.

Además de la suspensión de las garantías individuales el desarrollo normativa hispano se vio arrastrado por la influencia gala hasta el punto que Cruz Villalón ha llegado a señalar que «adelantábamos cómo frente a unas constituciones que mantienen la ficción de que solamente es lícita la detención preventiva en situaciones de excepción, el Estado recurre a instrumentos no por inconstitucionales, menos contundentes. El instrumento es, como en Francia, el brazo militar, un brazo que es al mismo tiempo cabeza que legisla con el bando y sentencia de forma sumaria. Es la sustitución de la autoridad civil por la militar, sustitución que afecta también a las formas. El invento, lo mismo que en Francia, se llama estado de sitio, aunque a la hora de su legalización se prefiera llamarlo estado de guerra»¹¹. Y si en Francia se aplicó la excepcionalidad del estado de sitio a poblaciones que no estaba sitiadas ni bloqueadas, no lo iba a ser menos España, aplicando su estado de guerra a poblaciones en momentos en los que no existía tal estado.

El proceso es largo. El 17 de abril de 1821, un gobierno liberal, y es bueno remarcar nuevamente quien facilita este tipo de actuaciones, aprueba una ley por la que se abre la posibilidad de someter a consejos de guerra a ciudadanos no militares. Posteriormente en 1838 se trabajaba en un proyecto de ley sobre la declaración de las provincias en estado de guerra y las plazas en el de sitio, y en 1852 en un proyecto de ley de orden público. Les seguirán otros proyectos, todos ellos inconclusos. Incluso la Constitución *non nata* de 1856, surgida durante el bienio progresista regula de una manera ambigua la facultad de suspender las garantías individuales. Así, el artículo 9 de esta norma niega al Gobierno la facultad de suspender cualquier derecho individual de los ciudadanos, incluso estando cerradas las Cortes. Pero la realidad política que vivirá España es aquellos años y superará cualquier intento legal de armonizar y constitucionalizar materias tan esenciales como eran los estados de excepción y las limitaciones de las garantías individuales. El 20 de marzo de 1867 se aprueba una Ley de Orden Público que no es otra cosa que la rehabilitación de un proyecto anterior, en concreto el de la Ley de González Bravo. Esta norma abarcaba

¹¹ *Ibidem*, p. 319.

el orden público de una manera global, no solo en situaciones de normalidad ciudadana, sino también en momentos de excepción. Contemplaba tres posibles estados, normal, de alarma y de guerra y hacía desaparecer el concepto de estado de sitio. En todos los estados y situaciones el orden público quedaba sometido a la exclusiva competencia del Gobierno. Quedaba excluida de esta norma la regulación de las guerras contra otras naciones, guerras ultrafronterizas y las guerras civiles. La actuación de la Jurisdicción militar solo tenía cabida en el estado de guerra, extendiendo su ámbito de competencias a los delitos contra el orden público, contra la propiedad, contrabando, defraudación, falsificaciones contra el Estado y los de desobediencia y desacato a la autoridad. La capacidad para determinar «el estado» recaía exclusivamente en el Gobierno, sin intervención o control alguno del Parlamento, por lo que sometía al país en «un permanente estado de excepción»¹².

La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado se va a conseguir en España con la Constitución de 1869. Esta norma se aprobó bajo el Gobierno provisional de 1868-1871 que se formó tras el triunfo de la Revolución de 1868 que puso fin al reinado de Isabel II. En este proceso tuvo un importantísimo papel el Ejército, encabezado por la figura del general Prim. Por primera vez se va a contemplar en España, a este nivel normativo, la suspensión de derechos individuales de las personas, tanto nacionales como extranjeras. Por otro lado, la constancia constitucional de las limitaciones de las garantías individuales va a determinar la redacción de una norma de desarrollo, la Ley de Orden Público de 1870, quedando así configurado en España un sistema de doble ley en el ámbito de la suspensión de las garantías individuales. De nuevo será una Constitución liberal la que avance en un tema tan complejo como el tratado.

Aunque esta Constitución aboga por principios claramente liberales y democráticos, cuyo reflejos más claros se encuentran en la importancia que se da a las garantías jurídicas de los ciudadanos en los primeros artículos de la Constitución, así como el modelo de monarquía constitucional escogida, verdaderamente liberal en su configuración, será, por el contrario, esta norma la que habilite de manera «legal» el control y el ejercicio de las facultades más extremas del Estado contra los derechos de sus propios individuos.

Señala el art. 31 que: «las garantías consignadas en los artículos 2.º, 5.º, y 6.º, y párrafos 1.º, 2.º y 3.º del 17, no podrán suspenderse en toda la Monarquía ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley,

¹² *Ibidem*, p. 363

cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias. Promulgada aquélla, el territorio a que se aplicare se regirá, durante la suspensión, por la ley de Orden público establecida de antemano.

«Pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este artículo, ni autorizar al Gobierno para extrañar del Reino, ni deportar a los españoles, ni para desterrarlos a distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio.

»En ningún caso los Jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley».

La redacción del artículo es ladina. Comienza remarcando la inviolabilidad de las garantías individuales de las personas, para posteriormente proponer una excepción. Es una negación de la afirmación anteriormente establecida. Es decir, la inviolabilidad de la persona, al final, podrá ser trasgredida por instancias del Estado cuando así lo exija su seguridad, y en circunstancias extraordinarias. Conceptos indeterminados los de «seguridad» y «circunstancias extraordinarias» que dependerán de la extensión que ocupen, no solo de criterios políticos, sino incluso de la propia redacción de la norma de desarrollo antes aludida. Con todo, un elemento es esencial. Solo por ley podrán ser suspendidas las garantías individuales. No basta ya la voluntad de un ejecutivo, ante una situación de desorden, para reducir, aunque sea temporalmente, las garantías de los ciudadanos. Es necesaria una actuación del poder legislativo en ese sentido.

Pero, ¿cuáles son los derechos afectados por esta intervención del Estado en temas de seguridad? Regula el artículo 2 la detención de personas, al señalar que ningún español ni extranjero podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito. Por su parte el artículo 5 hace referencia a la inviolabilidad de domicilio y el registro al señalar que nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de dentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro. Fuera de estos casos, la entrada en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, solo podrán decretarse por el juez competente y ejecutarse de día. El registro de papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y, en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo. Sin embargo, cuando un delincuente, hallado *in fraganti* y perseguido por la autoridad o sus agentes, se refugiare en su domicilio, podrán estos penetrar en él, solo

para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, procederá requerimiento al dueño de este. Mientras que el artículo 6 se refiere a la prohibición de extrañamientos o confinamientos al señalar que ningún español podrá ser compelido a mudar de domicilio o de residencia sino en virtud de sentencia ejecutoria. Por último, el artículo 17 hace referencia a los derechos políticos de los españoles al contemplar en su articulado los derechos de expresión, reunión y asociación al indicar que tampoco podrá ser privado ningún español:

- Del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante.
- Del derecho de reunirse pacíficamente.
- Del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública.
- Del derecho de dirigir peticiones individual o colectivamente a las Cortes, al Rey y a las autoridades.

De hecho, los derechos limitados, son todos los que pueden afectar al ámbito político de las personas. La libertad individual, la inviolabilidad de domicilios y correspondencias, así como los siempre recurrentes derechos de expresión, reunión y asociación.

También es importante comentar el último párrafo del artículo 31 en el que se señala que en ningún caso los jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley, pues garantiza y preserva, ante todo, el principio de legalidad de toda actuación del Estado en actuaciones tendentes a restringir las libertades y derechos de los ciudadanos. Esto quiere decir que el empleo de los bandos militares debe ser «moderado» no pudiendo establecer penas distintas de las fijadas por la ley. No obstante, y a pesar de lo que considera Cruz Villalón en su reiteradamente citado trabajo *El estado de sitio y la Constitución*¹³, de la redacción literal del artículo 31 no se desprende prohibición alguna para que las autoridades civiles o militares en circunstancias de excepción puedan tipificar como delitos hechos o circunstancias que no estuvieran contemplados en los códigos penales ordinarios o en las normas militares.

Otro punto esencial a la hora de valorar este texto legal es determinar cómo se contempla en el mismo una de las cuestiones que han sido esenciales en el constitucionalismo europeo hasta esos momentos. La cuestión no es otra que saber cómo se regula la posibilidad de extender la Jurisdicción militar a ciudadanos no militares. Este problema se plantea en el art.

¹³ *Ibidem*, p. 403.

11, donde se señala que: «Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el juez o tribunal a quien, en virtud de leyes anteriores al delito, compete el conocimiento, y en la forma que estas prescriban.

«No podrán crearse tribunales extraordinarios ni comisiones especiales para conocer de ningún delito».

El primer párrafo de este artículo recuerda el sentido dado por nuestros constituyentes en anteriores constituciones como las de 1837 y 1845, no así el segundo párrafo en el que se prohíben los tribunales *ad hoc*. Pero ¿son los tribunales militares tribunales extraordinarios o simplemente especiales? ¿Nos encontramos ante comisiones especiales o son órganos establecidos en el sistema judicial constitucional convencional?

La respuesta a esta pregunta no tendrá una resolución inmediata. Aun cuando se creía por parte de los constituyentes que la llamada del artículo 31 a la aprobación de una ley de orden público iba a generar una redacción rápida de este texto legal y una publicación también coetánea a la propia Constitución, lo cierto es que los disturbios que empezaron a generarse en España en el verano de 1869, descolocaron al Gobierno, especialmente al encontrarse sin «armas» para sofocar las revueltas. Esta ausencia de ley constitucional obligó a «resucitar»¹⁴ la Ley de 17 de abril de 1821, que es mandada publicar por un decreto de Gobernación de 22 de julio de 1869. En la exposición de motivos se viene a señalar que la ley es derecho aplicable en esta materia hasta tanto las Cortes no aprueben una nueva ley de orden público. Pero esta ley es algo más que una mera resucitación de la ley de 1821, es también una norma en la que se contienen normas que habilitan el registro de domicilios, por ello es una norma en la que se limitan derechos sustanciales de los ciudadanos.

La siguiente norma dictada en aras de la defensa del orden público constitucional será la Ley de Suspensión de Garantías Constitucionales de 5 de octubre de 1869, que no es una ley de orden público, pero habilitaba en su artículo primero al Gobierno a suspender las garantías previstas en el artículo 31, párrafo 1, de la Constitución; mientras que su artículo segundo autorizaba al Gobierno a declarar el estado de guerra.

Por fin la Ley de Orden Público, que impulsaba el artículo 31 de la Constitución, fue aprobada el 23 de abril de 1870. En esta norma se esta-

¹⁴ La ley había sido derogada por la Ley de González Bravo de 1867, la cual a su vez lo había sido por la Constitución de 1869. De este modo, y utilizando el mecanismo no muy jurídico que la derogación de la derogación es igual a la vigencia, se puso en funcionamiento una norma ya anticuada.

blecía la competencia exclusiva de las Cortes para abrir y cerrar el régimen de excepción, sin permitir excepciones para los supuestos de alteraciones del orden generadas durante periodos en los que las Cortes no estén reunidas. Por otro lado, la ley viene a señalar que las penas a imponer durante los periodos de excepción declarados no pueden ser otras que las señaladas en el Código Penal vigente. En este sentido la ley nace con una clara intención de defender, desde un punto de vista esencialmente liberal, los derechos de los ciudadanos.

La ley marca de nuevo una división tripartita de los estados de anormalidad, estableciendo los estados de prevención, alarma y guerra. Aunque realmente podemos hablar de una partición binaria entre estados de prevención y alarma, regulados en el título primero y el estado de guerra, regulado en el título segundo. Los dos primeros estados serían considerados como estados de excepción civil. Los estados de prevención y alarma no necesitan declaración formal, por lo que los límites entre uno y otro son muy ambiguos, por no decir difusos y neblinosos. Ambos estados se consideran declarados por el mismo hecho de la publicación de la ley de suspensión de garantías. Así, el artículo 3 señala que publicada la ley de garantías a la que se refiere el artículo 1, se considera declarado por el mismo hecho el estado de prevención hallándose facultada desde ese momento la autoridad civil para adoptar cuantas medidas preventivas y de vigilancia conceptúe convenientes a fin de asegurar el orden público.

El artículo 4 establecía una impulsión oficial de causas judiciales en relación a los hechos que estuvieran ocurriendo, olvidándose de la impulsión de oficio que todo órgano judicial tiene la obligación de ejecutar al conocer la existencia de algunos hechos que puedan tener naturaleza delictiva. En este sentido, parece que se exigía a la autoridad civil la asunción de medidas tendentes al restablecimiento del orden, comenzando por llamar a las autoridades judiciales al desarrollo de sus funciones. De este modo, parece atribuirse a la autoridad civil la excitación de la acción represora contra los alteradores del orden público. No obstante esta atribución, la represión judicial, encargada a los órganos judiciales ordinarios, la autoridad civil tendría en estos dos estados arrogada una serie de facultades como son el uso de la fuerza para el restablecimiento del orden (artículo 5); suspensión de las publicaciones por las que se fomenten los desórdenes (artículo 6); la detención de los implicados (artículo 7); el cambio de domicilio hasta 150 kilómetros de su residencia habitual (mudar de residencia o domicilio, como se señala literalmente en la ley); el destierro hasta 250 kilómetros de su residencia (artículo 9) o la entrada y registros de domicilios (artículo 10). De todas estas medidas preventivas, y represivas a la vez, cabría des-

tacar la falta de regulación en estos estados de la capacidad del Estado de limitar otras libertades y derechos políticos, que se contenían en el artículo 31 de la Constitución de 1869, nos referimos a los derechos de reunión y asociación, que no se contemplaban en las limitaciones de los estados de prevención y alarma¹⁵.

Entrando en el estudio del estado de guerra hay que señalar que la primera mención que se hace de este estado se efectúa en el **título** primero (estados de prevención y alarma) al señalarse en el artículo 12 que «si la Autoridad civil, una vez empleados todos los medios de que en circunstancias ordinaria dispone, y los que para las extraordinarias le otorgan los precedentes artículos, no pudiese por sí sola, ni auxiliada por la judicial, dominar la agitación y restablecer el orden, lo prevendrá en un bando, que se publicará con la solemnidad posible, e inmediatamente después dispondrá que la militar proceda a la adopción de las medidas que reclame la paz pública, previa la declaración del estado de guerra». Es decir, solo se puede declarar el estado de guerra, y el pase de competencias a la autoridad militar, cuando la autoridad civil previamente, y por un acto formal (bando) declare su incapacidad para sofocar la revuelta.

No obstante hay una excepción a este proceso progresivo de estados, señalado en el artículo 13. En este artículo se indicaba que cuando la rebelión o la sedición se manifiesten desde los primeros momentos, rompan fuego los rebeldes o los sediciosos, o comprenda la autoridad civil la urgencia necesaria de apelar a la fuerza y resignar el mando para dominarlos, se pondrá de acuerdo con la autoridad judicial y la militar, y dispondrá la inmediata declaración del estado de guerra.

Contiene este artículo un segundo párrafo que, cuanto menos ha de ser calificado como confuso. En él se contempla la posibilidad de que las tres autoridades no se pongan de acuerdo en la declaración del estado de guerra, en este caso señala el artículo que se entrará en el estado de guerra, de manera provisional, en los supuestos de rebelión y sedición. ¿Pero cómo se va a proceder a la declaración del estado de guerra directamente, sin acuerdo de todos los poderes, si para el establecimiento de los estados de prevención y alarma se requiere la previa declaración de una ley de suspensión de garantías?

Entrando al estudio del título segundo de esta ley hay que señalar que desde que quede declarado el estado de guerra el orden público pasa a ser competencia de la autoridad militar (artículo 25), quien podrá adoptar to-

¹⁵ CRUZ VILLALÓN, Pedro. *El estado de sitio y la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1980, p. 418.

das las medidas que la ley confiere para los estados de prevención y alarma y que son los regulados en los artículos 5 al artículo 10. No obstante, el gran cambio se encontrará en los órganos judiciales encargados de esta represión. Señala el artículo 26 que «La autoridad militar, a la vez que adopte las medidas comprendidas en los artículos precedentes, y que restablezcan el orden y el prestigio de la Autoridad a todo trance, dispondrá que inmediatamente se instruyan las causas a las que haya lugar, y se formen los Consejos de guerra que han de fallar las que correspondan a la jurisdicción militar, según lo que expresan los artículos siguientes».

Es este artículo el que da respuesta a nuestras anteriores preguntas formuladas cuando analizábamos el artículo 31 de la Constitución de 1869, y que hacían referencia a la prohibición de los tribunales extraordinarios y comisiones especiales. Las preguntas que formulábamos en líneas precedentes eran: ¿son los tribunales militares tribunales extraordinarios o simplemente especiales?, ¿nos encontramos ante comisiones especiales o son órganos establecidos en el sistema judicial constitucional convencional? Ahora podemos responder que para el legislador de 1869, los tribunales militares, en su especialidad, no eran otra cosa que una parte más, por muy singular que fuera, de la jurisdicción «ordinaria». De este modo, el legislador liberal de 1869 venía a señalar que los tribunales militares no son extraordinarios ni comisiones especiales.

No obstante todas las deficiencias advertidas, en honor de los legisladores de 1869 hay que señalar que el juego del artículo 31 de la Constitución y el contenido de la Ley de Orden Público permite concretar una serie de avances que no hay que desmerecer. Por un lado, la autoridad militar no podrá ampliar el abanico de penas establecido en la legislación ordinaria, y por otro, solo se puede declarar el estado de guerra en situaciones de rebelión o sedición. La pujanza del principio de legalidad es clara, pero el reconocimiento de la jurisdicción militar, también.

Poco duró la vigencia de la Constitución de 1869 y su intento loable de democratizar y legalizar la sociedad española de la época. El asesinato del general Prim, la abdicación de Amadeo de Saboya, la instauración de la Primera República, los procesos federales dentro de este régimen, la degradación del Estado por la revolución cantonal y la Tercera Guerra Carlista dieron lugar a que, el 29 de diciembre de 1874, el general Martínez Campos se levantara, proclamara restaurada la dinastía borbónica, e instaurara en el trono a Alfonso de Borbón, hijo de la reina exiliada Isabel II, como rey de España. Golpe de Estado que cambió el sistema político de la nación. Se abrió, de este modo, un periodo histórico conocido como la Restauración, que fue la etapa política más estable del liberalismo español

del siglo XIX, y cuyo artífice fue Antonio Cánovas del Castillo. Proclamado Alfonso XII, será el político malagueño el verdadero impulsor de una nueva Constitución, esta será aprobada el 30 de junio de 1876. La norma permitiría la instauración de una paz flexible y duradera que habría de subsistir hasta el golpe de Estado de Primo de Rivera en 1923. No obstante, será en este periodo, y bajo el auspicio de esta Constitución, cuando se conforme esencialmente esa voluntad política de la institución militar de la que hemos hecho referencia al comienzo de este trabajo. Será en últimos años del siglo XIX y primeros del siglo XX cuando el Ejército asuma de manera «individual» un peso específico en la sociedad española, y una capacidad de presión política como nunca lo había tenido, hasta el punto de convertirse en sujeto político de primera categoría. Será en esta época cuando la Institución militar se permita coaccionar al resto de los poderes del Estado, consiguiendo imponer muchas veces su voluntad. Este proceso no se produjo por el uso de la fuerza, sino que se consiguió a través de la aprobación de normas con rango de ley. A estas normas vamos a dedicar el próximo capítulo.

6. DE LA CONSTITUCIÓN DE 1876 A 1931

Si hay una razón que determine, dentro del análisis que estamos haciendo de las normas reguladoras de la defensa del Estado, diferenciar las normas anteriormente reseñadas, de las nacidas a partir de la Constitución de 1876, esta se asienta en el cambio que supuso este texto constitucional en la orientación del problema a tratar, cambio que determinó la aprobación de una serie de normas de desarrollo que afectaron a la España de los primeros años del siglo XX y que incluso llegaron a producir efectos hasta la llegada de la Guerra Civil.

No podemos considerar que el siglo XX español naciera en 1876, pero sí que el régimen de la restauración, diseñado por Cánovas del Castillo, y que se mantendrá vigente, con alguna interrupción, hasta 1931, lo hará sustentado por esta norma. Por otro lado, los acontecimientos históricos que acompañaron a esta Constitución, especialmente los referidos a la historia del Ejército español, serán tan importantes y marcarán tanto a dicha institución, que determinarán un cambio del papel jugado por la corporación castrense en la vida política española. Son estas razones las que hacen que valoremos la Constitución de 1876 en su proyección hacia el siglo XX y que analicemos las normas aprobadas durante su vigencia, muchas de ellas nacidas ya en ese siglo, en un mismo marco temporal que englobaría tanto

la Monarquía de Alfonso XIII como la Segunda República. Lo haremos así porque estamos hablando de un mismo ciclo, el que va desde la aprobación de esta norma constitucional hasta la Guerra Civil, ciclo caracterizado por el cada vez más pujante papel del Ejército dentro de la solución de los problemas del orden público interno y por la propia personalización de la institución en la realidad política del país. Como veremos, ni siquiera la llegada de la Segunda República descartó la importancia del Ejército en la resolución de la paz interior del Estado. Es evidente que será el régimen republicano el que intente limitar la importancia política del ser militar, ajustándolo a sus propios cometidos como instrumento del Estado. Desde esta perspectiva, la República limitó sustancialmente el papel jugado por el Ejército, en lo que hemos denominado, «personalización de sus cometidos», pero intentaremos demostrar a lo largo de estas líneas que el régimen republicano no supo constreñir lo militar a la función de la protección exterior del Estado y que durante los años de régimen republicano el Ejército siguió jugando un papel esencial en el control del orden público interno y en la protección extraordinaria del Estado. Es decir, el Ejército siguió manteniendo un importante papel en la vida interna de la nación, hasta el punto de que la propia interiorización de las cuestiones del orden público como una obligación y un deber propio de la corporación condicionó su voluntad en el inicio de la Guerra Civil y con ello el papel jugado por los órganos judiciales del Ejército sublevado en su función de represor de «las fuerzas enemigas».

El equivalente del artículo 31 de la Constitución de 1869 en la Constitución de 1876 es el artículo 17. Señala este artículo que:

«Las garantías expresadas en los artículos 4.º, 5.º, 6.º, y 9.º, y párrafos primero, segundo y tercero del 13, no podrán suspenderse en toda la Monarquía, ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en circunstancias extraordinarias. Solo no estando reunidas las Cortes y siendo el caso grave y de notoria urgencia, podrá el Gobierno, bajo su responsabilidad, acordar la suspensión de garantías a que se refiere el párrafo anterior, sometiendo su acuerdo a la aprobación de aquéllas lo más pronto posible.

Pero en ningún caso se suspenderán más garantías que las expresadas en el primer párrafo de este artículo. Tampoco los jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley».

Las garantías a las que hace referencia el artículo citado son las que se refieren a la detención y procesamiento, inviolabilidad de domicilio, libertad de residencia, y las libertades de expresión, reunión y asociación.

Señala el artículo 4.º que ningún español, ni extranjero, podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención. Toda detención se dejará sin efecto o elevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente. La providencia que se dictare se notificará al interesado dentro del mismo plazo.

El artículo 5.º queda redactado de la siguiente manera: ningún español podrá ser preso sino en virtud de mandamiento de juez competente. El auto en que se haya dictado el mandamiento se ratificará o repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de la prisión. Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en la Constitución y las leyes, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español. La ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso.

Por su parte, el artículo 6.º señala que nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en las formas expresamente previstas en las leyes. El registro de papeles y efectos se verificará siempre a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo.

El artículo 9.º expresa que ningún español podrá ser compelido a mudar de domicilio o residencia sino en virtud de mandato de autoridad competente, y en los casos previstos por las leyes.

Mientras que los tres puntos del artículo 13 a los que se refiere el artículo 17 son los que consideran que todo español tiene derecho:

- De emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa.
- De reunirse pacíficamente.
- De asociarse para los fines de la vida humana.

Una de las primeras diferencias que podemos observar entre el artículo 31 de la Constitución de 1969 y el artículo 17 de la Constitución de 1876 es que este último texto ha suprimido las limitaciones y precisiones que se contemplaban en la anterior constitución en razón de la libertad de residencia, en concreto desaparecen las limitaciones de los confinamientos y destierros a menos de 150 y 250 kilómetros. Esta supresión posibilita,

por tanto, el desplazamiento de sancionados a mayor distancia, incluso su confinamiento en colonias penitenciarias.

De todos modos, la mayor novedad introducida en la Constitución de 1876 se encuentra en el segundo párrafo del artículo 17. En este artículo se articula lo que no puede ser entendido de otra manera que como una quiebra del principio de legalidad. Permite este artículo, cuando se encuentren cerradas las Cortes, la suspensión de las garantías individuales por decisión meramente del Gobierno, y sin ley habilitante. Es decir, en situación de «normalidad», con el parlamento abierto, es necesaria una ley para proceder a suspender los derechos reconocidos al ciudadano, pero con las Cortes cerradas, ese requisito de control hacia el Gobierno desaparece y el ejecutivo está capacitado para actuar con mayor libertad.

En todas las normas constitucionales hispanas anteriores a la de 1876 se había omitido intencionalmente desarrollar un mecanismo distinto de la ley habilitante para poder actuar sobre ese núcleo duro de los derechos de los ciudadanos que tanto había costado garantizar, como es el que se refiere a los derechos individuales y políticos de los individuos. Ese vacío legal era intencionado, y provocaba que cualquier gobierno que quisiera operar en este sentido, con las cámaras legislativas cerradas, deberían posteriormente buscar una exoneración parlamentaria para «regresar a una situación de legalidad». Ahora no, con la nueva Constitución el Gobierno podría aprovechar la interrupción de actuaciones del legislativo para poder imponer sus criterios de seguridad, sin control parlamentario, y fuera de este control parlamentario permanecer sin mayores exigencias legales.

Lo que se produce con la nueva redacción del artículo 17 es que se desconstitucionaliza el sistema de doble ley, pues la regulación del marco legal deja de estar prescrita por la Constitución. De este modo la Ley de Orden Público deja de ser un régimen impuesto por la propia Constitución. En este sentido es clarividente Cruz Villalón al señalar que el motivo último «de la desaparición de este párrafo es, con seguridad, más práctico. De lo que se trata es de confirmar la orden de 19 de julio de 1870, favorablemente dictaminada por el Consejo de Estado. Se trata de desvirtuar al estado de guerra del artículo 17 de la Constitución, de suprimir toda conexión, aun indirecta, entre la suspensión de garantías y el estado de guerra. Con la supresión de este párrafo no es solo que se ratifica la interpretación que en julio del 70 se hace de la LOP, sino que es el mismo artículo primero de la LOP el que pierde su razón de ser: la supresión de la referencia constitucional de la LOP implica la derogación de su artículo primero»¹⁶.

¹⁶ *Ibidem*.

Recordemos el contenido de este artículo: «Las disposiciones de esta ley serán aplicadas únicamente cuando se haya promulgado la ley de suspensión de garantías, a que se refiere el artículo 31 de la Constitución, y dejarán de emplearse cuando dicha suspensión haya sido levantada por las Cortes».

De este modo, la combinación de los artículos 17.2 de la Constitución de 1876 y el artículo 13 de la Ley de Orden Público de 1870, la declaración del estado de guerra quedará a iniciativa de cualquier autoridad militar, incluso locales, con la única excepción de la capital, y en los lugares donde resida la Corte. Hasta el punto que, siguiendo el contenido del artículo 13 párrafo segundo, incluso con la oposición de las autoridades civiles locales, la autoridad militar tendrá capacidad de dictar el estado de guerra. Señala este artículo que: «Si no hubiese acuerdo entre estas autoridades, ni tiempo para tomarlo, se entrará desde luego provisionalmente en el estado de guerra en los dos primeros casos del párrafo anterior (en los supuestos de rebelión y sedición), dando directamente cuenta de todo al Gobierno y a las Autoridades superiores jerárquicas respectivas». La verdadera consecuencia de esta tendencia es la militarización del orden público, su atracción hacia la Jurisdicción militar, y la conciencia de las autoridades militares de considerar, como propios los asuntos y las cuestiones de la tranquilidad pública.

De este modo, un Ejército que hasta esas fechas «solo» había intervenido en política como garante del turno de los distintos partidos del arco parlamentario, aunque fuera a través del mecanismo del pronunciamiento, y que sus intervenciones en cuestiones de orden público se «limitaba» a participar en la defensa puntual del orden y de la seguridad en las revoluciones políticas, de naturaleza esencialmente burguesa, que sucedieron durante aquellos años, a partir de 1876 va a encontrar un nuevo sentido a sus cometidos nacionales. Ya no solo es el brazo armado del Estado en relación hacia un enemigo exterior, ahora se convierte en el valedor de la paz ciudadana contra las posibles acciones reivindicativas de una nueva clase emergente, el proletariado.

Curiosamente, este «cambio de funciones» tiene lugar cuando deja de utilizarse al estamento militar como mecanismo de impulsión del cambio de turno de los partidos políticos. Con la restauración, y como se ha señalado por numerosos historiadores, se acabó la época de los pronunciamientos. El nuevo sistema habilitaba mecanismos parlamentarios que degradaban la función desarrollada por el Ejército en apoyo de una u otra agrupación político-parlamentaria para alcanzar el poder, hasta el punto de perder el papel que hasta esos momentos estaba jugando en los círculos de

influencias nacionales. La tranquilidad de las esferas de poder parlamentario en los primeros años del nuevo sistema determinó la finalización de la misión del Ejército en el juego de las alternancias políticas, pero esto no significó el regreso de los militares a los cuarteles, sino un cambio de misión que acrecentó la voluntad de la institución de tener un papel propio dentro de la política española. Este juego de normas, especialmente el referido a los artículos 17.2 de la Constitución de 1876 y 13 de la Ley de Orden Público de 1870 dotaba de nuevos cometidos, hasta el punto de nacer en estos momentos una idea que posteriormente tendrá una importancia esencial a la hora de valorar el papel del Ejército en el inicio de la Guerra Civil de 1936, el de garante del orden público.

Hay que señalar que esta «habilitación legal» nacía en unos momentos en los que la incipiente revolución industrial, desarrollada muy lentamente durante los tres primeros tercios del siglo XIX en España, comenzaba a crecer a mayor velocidad y, por ello, a estructurarse como tales las clases proletarias que dicho desarrollo económico generaban. Es en estos años cuando nace en nuestro país la conciencia de la clase obrera y con ella el ejercicio de la acción directa por los más radicales defensores de las clases desprotegidas. Queremos decir con esta idea que, con unos cuantos años de diferencias con el resto de los países europeos desarrollados, será durante la paz política alcanzada con la restauración borbónica, y como consecuencia del impulso económico desarrollado, cuando se aliente en España la acción obrera y con ello las protestas y la pérdida de seguridad de las clases favorecidas. Para luchar contra estos nuevos peligros el Estado solo podía oponer las muy reducidas fuerzas de policía y fundamentalmente al Ejército. Así lo reconocen autores como Rafael Núñez Florencia en su impecable trabajo sobre el militarismo en los últimos años del siglo XIX, al señalar que «los socialistas, por tanto, juzgan al ejército como instrumento del que se sirve la burguesía para competir con otros países en el orden internacional y para contener las aspiraciones proletarias en el interior»¹⁷. Así, aceptando el nuevo papel que estaba comenzando a jugar el Ejército, autores como Macías Picavea comentaban «nada de intervención administrativa del Ejército, del Estado Mayor ni de los generales en las cuestiones político-civiles, estén o no suspendidas las garantías, etc. El Ejército solo intervendrá, de hecho, en caso de alteraciones graves del orden público»¹⁸.

¹⁷ NÚÑEZ FLORENCIO, Rafael. *Militarismo y antimilitarismo en España (1888-1906)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas 1990, p. 197.

¹⁸ MACIAS PICAVEA, Ricardo. *El problema nacional*. Madrid: 1979, p. 271.

Los últimos años del siglo XIX y los primeros treinta años del siglo XX son una muestra clara del papel cada vez más destacado del Ejército en la resolución del orden público. No nos referimos a los intentos de ataques contra el propio Estado a través de guerras civiles (Tercera Guerra Carlista) golpes de Estado, sino por su implicación en el mantenimiento de la paz interna, sofocando cuantos actos de violencia se desarrollaron en la sociedad. De modo casi cotidiano el Ejército salió a la calle, en defensa del orden establecido y de la política de los gobiernos que correspondieran. Hubo declaración del estado de guerra, con desplazamientos de fuerzas, tras los acontecimientos de extrema violencia vividos en Barcelona entre los días 26 de julio y 2 de agosto de 1909. Aquellos días, conocidos como «La semana trágica» fueron una muestra clara de una fuerte reacción popular al envío de fuerzas a la campaña marroquí. También salieron las fuerzas a la calle, con declaración del estado de guerra, en acontecimientos esencialmente policiales y de orden público, meras protestas laborales, como fue la conocida como la «Huelga de la Canadiense», también en Barcelona, el 5 de febrero de 1919. No fueron los únicos casos. De este modo, el Ejército fue asumiendo como suyas unas labores que distaban mucho de la defensa del Estado. Basta leer periódicos de la época para ver la asiduidad de este tipo de comportamientos, acciones que distaban mucho de poner en peligro al régimen legalmente establecido.

Conforme el régimen canovista llegaba a su fin, por la degradación del mismo y la falta de defensa de los políticos de un sistema que cada vez hacía más agua, se fueron produciendo ataques reales contra la estructura de gobierno, así lo fue el golpe del general Miguel Primo de Rivera, que al triunfar generó el inicio de la dictadura de este general jerezano que durará desde el 13 de septiembre de 1923 al 28 de enero de 1930. Pero las agresiones contra el Estado continuaron. Entre aquellas fechas destaca el golpe de Estado que organizaron políticos y militares contra el dictador, que tuvo lugar el 24 de junio de 1926, conocido como «La Sanjuanda». Su fracaso no disuadió a los disidentes al dictador, en gran parte militares compañeros suyos, que consiguieron su caída, tras otros rumores de movimientos militares. Los nuevos gobiernos nacidos de la caída de Primo de Rivera fueron incapaces de sofocar las corrientes políticas que se inclinaban hacia un cambio radical de sistema. El primer intento republicano de llegar al poder no fue democrático, apoyado en el resultado de unas elecciones, sino una acción de fuerza que tuvo lugar en diciembre de ese mismo año 1930. La sublevación de Jaca, del 12 de diciembre, y tras su fracaso, la sublevación de Cuatro Vientos, de 15 de diciembre, no es otra cosa que una muestra clara de que parte del Ejército basculaba hacia planteamientos republicanos.

Tras estas acciones llegarían las elecciones municipales de abril de 1931 y con ella el cambio de régimen.

7. LA SEGUNDA REPÚBLICA

La República fue un intento de democratizar las instituciones españolas, en un periodo histórico muy complejo y convulso. El ideal democrático que nació en el mes de abril del año 1931 tuvo que luchar con muchos inconvenientes internos e internacionales. No podemos perder este enfoque para entender el devenir de las instituciones republicanas y la llegada de la Guerra Civil. Son años en los que, en la Europa a la que pertenecíamos, los ideales democráticos estaban a la baja por la pujanza e impulso propagandistas de movimientos totalitarios, de signos derechistas e izquierdistas. En 1931, tanto la propaganda de la Unión Soviética, con el Comintern, como del fascismo italiano y el nacional-socialismo alemán hacían ver a los ciudadanos de otros países que existían otras formas de gobiernos distintas de las marcadas por las democracias burguesas europeas, y que la limitación de los derechos fundamentales era posible sin muchos miramientos. En muchos países europeos se habían formado partidos que, con las peculiaridades nacionales propias, se inspiraban en los movimientos totalitarios emergentes, los cuales no creían en los principios democráticos como formas de solucionar los problemas nacionales.

Para la República española la cuestión del orden público fue una de las grandes taras que lastrarían su desarrollo. Ya desde los primeros días de la instauración del nuevo régimen se apreciaron alteraciones de la paz pública que obligaron al nuevo Gobierno de la nación a tomar medidas. Así, y simplemente refiriéndonos a los sucesos ocurridos en la ciudad de Sevilla, hay que indicar que en los primeros momentos de la instauración de la Segunda República tuvieron lugar disturbios que dieron ocasión a que por el Ministerio de Gobernación se ordenara al general jefe de la Capitanía Militar de Sevilla a declarar el estado de guerra. El bando decía así:

«Don Leopoldo Saro Martín, conde de la Playa de Ixdain, Teniente General del

Ejército y Capitán General de la Segunda Región:

»A petición de la Junta Provisional, con autorización del gobierno de la República y previo acuerdo de las autoridades locales, hago saber:

»1.º Queda declarado el estado de guerra en todo el territorio de esta plaza y provincia

de Sevilla.

»2.º Serán juzgados por esta jurisdicción y sometidos a los Consejos o juicios sumarísimos respectivos todos los delitos que atenten al orden público, libertad de trabajo, seguridad en las personas y a la propiedad, en cualquiera de sus formas.

»3.º Queda terminantemente prohibida la formación de grupos de más de cuatro personas que serán disueltas por la fuerza de las armas, tras de la primera intimación.

»4.º Se da un plazo de tres horas para que depongan las armas y hagan entrega de ellas a

los representantes de mi autoridad a los sediciosos y todos los vecinos, siendo juzgado como rebeldes en juicio sumarísimo todos aquellos a quienes se encuentre alguna.

»Sevilla 16 de abril de 1931. El Capitán General, Leopoldo Saro»¹⁹.

La publicación de este bando, y la declaración del estado de guerra cumplían escrupulosamente la normativa española en vigor, en concreto se había dictado conforme lo preceptuado en la Ley de Orden Público de 1870, habiendo sido autorizado por el Gobierno dicha declaración. Es más, hubo un exceso de garantías toda vez que de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de Orden Público de 1870, la declaración del estado de guerra podía quedar a iniciativa de cualquier autoridad militar, incluso locales, con la única excepción de la capital, y en los lugares donde residiera el Gobierno. La situación de desorden que se vivió en Sevilla en aquellos primeros días de República fue de extrema gravedad. Hubo manifestaciones y agresiones a las fuerzas de seguridad. Se produjeron tiroteos y asaltos de armerías, que dieron como resultado varios heridos. Los incidentes continuaron en las proximidades del cuartel del Regimiento de Infantería de Soria; «allí unos cuantos alborotadores llegaron hasta las puertas, “dando mueras y pidiendo armas”. El capitán y el oficial que salieron fueron recibidos a tiros. Los oficiales repelieron la agresión con sus armas. Posteriormente llegó la Guardia Civil y logró despejar los alrededores, donde pudieron localizarse varios heridos»²⁰. En el caso que nos ocupa, la declaración del estado de guerra no se efectuó a instancia de autoridades regionales, sino que se practicó tras la correspondiente autorización de los nuevos gobernantes de la nación.

¹⁹ *El Liberal*. 16 de abril de 1931.

²⁰ GIL HONDUVILLA, Joaquín. *Militares y sublevación: Sevilla 1936*. Sevilla: Muñoz Moya editores 2011, pp. 9 y 10.

Si hay un problema que debe ser por lo menos remarcado en este trabajo es la profusión de veces en las que los gobiernos republicanos acudieron a la normativa de defensa extraordinaria para intentar sofocar revueltas, motines y acciones contrarias al orden público. Durante la vigencia de la Segunda República fue constante la suspensión de garantías y la declaración de alguno de los estados antes indicados. En concreto el estado de guerra fue declarado para todo el país, después de las primeras declaraciones de carácter local o provincial, el 11 de mayo de 1931, con ocasión de la quema de conventos. Posteriormente, se declaró al producirse levantamientos anarcosindicalistas de Sevilla, en julio de ese mismo año, y en Badajoz, Logroño, Zaragoza, y la cuenca del Llobregat en noviembre y diciembre de 1931 y enero de 1932. Vuelve a declararse el estado de guerra el 10 de agosto de 1932, con ocasión del levantamiento del general Sanjurjo. Se declara el estado de alarma el 9 de diciembre de 1933 coincidiendo con un nuevo levantamiento anarcosindicalista, situación que se prolonga hasta que es declarado el estado de prevención el 6 de enero de 1934, suprimido el 3 de marzo. En el mismo marzo vuelve a declararse el estado de alarma que durará un mes. El 16 de abril se declara para la provincia de Zaragoza, el 19 para Valencia y el 24 se declararán nuevamente para toda España.

El 26 de junio cesa el estado de alarma y se declara el de prevención, pero el 23 de septiembre nuevamente es declarado el estado de alarma, y el 6 de octubre el de guerra como consecuencia de la revolución de octubre que tuvo lugar en toda España, pero con especial incidencia en Cataluña y Asturias. El 21 de enero cesa el estado de guerra, declarándose el de alarma, salvo en Cataluña, Asturias, Madrid, Zaragoza, Teruel, Huesca, Navarra, Guipúzcoa, Vizcaya, Palencia, Santander, León, Ceuta y Melilla.

El 14 de abril cesa el estado de guerra en todo el territorio. Las provincias que se encontraban en estado de guerra pasan a alarma, y las que estaban en alarma a prevención. El 28 de junio de 1935 vuelve a declararse el estado de guerra en Barcelona, y en octubre se declara el estado de prevención en buena parte de España. El 14 de diciembre solo quedan en estado de alarma Barcelona, Oviedo y Madrid, recuperando pleno vigor la Constitución en la totalidad de España el 7 de enero de 1936. Posteriormente, se declara el estado de alarma para toda España el 16 de febrero de 1936, situación que perdurará hasta que se produce el golpe de estado entre el 17 y el 18 de julio. Curiosamente, después de este abuso en la utilización de la normativa de defensa extraordinaria, el Gobierno de la República no declaró el estado de guerra en las zonas bajo su dominio hasta el 20 de enero de 1939, en un intento postrero de no reconocer una situación que realmente sobrepasaba dicho estado. Como señala Francisco Fernández Segado:

«Desde agosto de 1933 hasta final de la República apenas si encontramos más de un mes de total normalidad constitucional en todo el país»²¹.

Pero, ¿cuáles fueron los mecanismos legales con los que se dotó la República en materia de seguridad extraordinaria del Estado? Lo primero que hay que señalar es que uno de los primeros decretos aprobados por la República iba dirigido a la derogación de la conocida como Ley de Jurisdicciones. Este decreto fue aprobado el 17 de abril de 1931. La llamada «Ley de Jurisdicciones», realmente Ley sobre represión de los delitos contra la Patria y el Ejército, era una norma aprobada el 23 de marzo de 1906, por la que la Jurisdicción militar controlaba todos los delitos que hacían referencia a la Patria y el Ejército, encontrándose afectados esencialmente los derechos de opinión y las libertades de expresión, prensa y reunión. Esta norma estuvo en vigor hasta la proclamación de la Segunda República, y significó una injerencia del estamento militar en la vida política española, sumamente criticada por intelectuales y juristas.

En su preámbulo el decreto de derogación señalaba: «La ley de 23 de marzo de 1906, denominada de Jurisdicciones, ha subsistido, no obstante su notorio carácter circunstancial, durante más de un cuarto de siglo, sin lograr ser aceptada por la conciencia jurídica ni acomodarse al organismo legal, en el que ha permanecido como cuerpo extraño y perturbador...», posteriormente el decreto intentaba calmar las posibles ansiedades castrenses al indicar «Tampoco la institución armada necesita de circunstancial parapeto, en relación con la ciudadanía consciente y libre, ya que, por fortuna, en la compenetración de aquella con el pueblo, este recuerda con gratitud y piedad la sangre vertida generosamente por los militares como ofrenda de su sensibilidad republicana, y a la vez, la fuerza pública celebra que, impuesto el régimen por la voluntad nacional, que acata y comparte el admirable ejemplo de civismo, la haya liberado por esta definitiva vez, de irrumpir, desviándola de su genuino cometido, en el campo de las contiendas políticas».

La derogación de esta norma que habilitaba el conocimiento por parte de la Jurisdicción militar de los delitos de ultrajes a la nación, a su bandera, himno nacional u otro emblema de su representación y las injurias y ofensas al Ejército o a la Armada, no era, en sí, un mecanismo de articulación de una nueva forma de entender la defensa extraordinaria del Estado, sino una declaración de principios, en la que se quería dejar bien claro a los militares cuáles eran sus cometidos, y cuáles los que pertenecían a la socie-

²¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «La defensa extraordinaria de la República». *Revista de Derecho Político* N.º 12. Invierno 1981-1982, p. 106.

dad civil. En sí, el decreto de 17 de abril de 1931 es una declaración de la necesaria despolitización de los Ejércitos, y un llamamiento a los gestores políticos de la necesidad a asumir sus propias obligaciones.

Realmente el primer instrumento legal con el que se dotó el nuevo gobierno republicano en la defensa del propio régimen se había dictado dos días antes de la derogación de la Ley de Jurisdicciones, nos referimos al Estatuto Jurídico del Gobierno Provisional, aprobado el 15 de abril, que proclamaba la instauración de un nuevo Estado sobre la base de un complejo de normas jurídicas valederas hasta que las Cortes constituyentes aprobaran una nueva constitución.

A lo que a nosotros nos interesa hay que señalar que el artículo 6, y último, de este estatuto indicaba que «El Gobierno provisional, a virtud de las razones que justifican la plenitud de su poder, incurriría en verdadero delito si abandonase a la República naciente a quienes desde fuertes posiciones seculares y prevalidos de sus medios, pueden dificultar su consolidación. En consecuencia, el Gobierno provisional podrá someter temporalmente los derechos del párrafo cuarto (derechos de los ciudadanos) a un régimen de fiscalización gubernativa, de cuyo uso dará asimismo cuenta circunstanciada a las Cortes Constituyentes».

Pero ¿qué es esta fiscalización gubernativa? Realmente no es otra cosa que dotar de plenos poderes al nuevo ejecutivo, la capacidad del gobierno de la nación de actuar sin control de otras instancias, pues dar cuenta circunstanciada a las Cortes Constituyentes no es más que informar de lo que se ha hecho y no tener que recabar la autorización de las Cortes de las decisiones acordadas. Para algunos autores, como Sevilla Andrés, no hay ni ley ni derecho frente a los criterios del Gobierno²². Para otros autores, como Rocés y Legaz, lo que aquí se implanta es una «dictadura soberana», ejercida en nombre del poder constituyente del pueblo²³. Desde el punto de vista militar, todo seguía igual, su intervención en defensa de la paz pública quedaba determinada por decisiones del gobierno, tanto para la declaración de alguno de los estados de la Ley de Orden Público, especialmente el de guerra, como en la colaboración del sofoco y apaciguamiento de cualquier incidente o revuelta.

De todos modos, este estatuto provisional resultó insuficiente, especialmente cuando al mes de la instauración del nuevo régimen, en mayo de

²² SEVILLA ANDRÉS, Diego. *Historia política de España (1800-1973)*. Madrid: Editorial Nacional, vol. 2, p. 611.

²³ ROCES, Wenceslao y LEGAZ, Luis en la traducción de la obra de Oskar Georg Fischbach, *Derecho político general y constitucional comparado*, 2.^a ed. Barcelona: Ed. Labor 1934.

1931, se produjo a lo largo de toda la geografía española una escalada de violencia que se focalizó especialmente en los edificios religiosos, y que determinó al Gobierno a declarar el estado de guerra en provincias como Madrid, Valencia, Sevilla o Málaga. El Gobierno fue acusado, en esta quema de templos, de falta de reacción, aunque en círculos más cercanos a la Iglesia y entre monárquicos añorantes del antiguo régimen, se llegó a hablar de autoría mediata. Eran las primeras críticas contra el sistema republicano y procedían de los grupos de presión que más daño podían generar al régimen. Por esta razón, incluso antes de que se aprobara la nueva Constitución, se hizo necesario que se aprobara una norma que habilitara con mayor precisión los mecanismos con los que el Estado podía dotarse para reaccionar contra cualquier ataque a la estabilidad del propio sistema. Esta será la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931.

Del articulado de esta ley destacan una serie de aspectos. El primero sería la agrupación de los actos de agresión a la República en una serie de niveles, que podríamos clasificar en:

- a) Actos de incitación contra el régimen surgido el 14 de abril o las instituciones (artículo 1.1 y 1.2).
- b) Actos de violencia o que puedan coadyuvar a ella (artículo 1.4 y 1.7).
- c) Actos de desprestigio de la República (artículos 1.3, 1.5 y 1.6).
- d) Actos de carácter socioeconómico (artículos 1.8, 1.9 y 1.10).
- e) Actos de agresión por omisión (artículo 1.11).

De todos modos, el aspecto más destacable de este precepto, que quiebra en parte con el carácter liberal y democrático de las normas de orden público que habían estado vigentes en España desde el siglo XIX, se encuentra en las competencias para la aplicación de esta norma y las sanciones susceptibles de ser impuestas. Si el sistema combinado de la Constitución de 1869 y la Ley de Orden Público de 1870 establecían un cuidadoso respeto al principio de legalidad al desarrollar un sistema de doble ley para la limitación de las garantías individuales de las personas; si el más relajado sistema de la Constitución de 1876, sin apostar por un sistema de doble ley, requería, en los casos en los que podía el gobierno suspender esas garantías sin el previo control del Congreso, una posterior exoneración parlamentaria, «para regresar a la legalidad perdida», la Ley de Defensa de la República, eludía todo control parlamentario, todo principio de legalidad, para conferir al ministro de Gobernación la restricción de las más importantes garantías individuales de las personas, especialmente su derecho a la libertad, sin que previamente fuera juzgada por autoridades judiciales competentes. De este modo, y aunque la Constitución aún no estaba aprobada, el ministro de la Gobernación se situaba por encima de la futura carta magna;

se colocaba más allá de cualquier otra institución nacional, pudiendo, sin tener que motivar sus decisiones ante otros órganos de fiscalización, actuar sobre los derechos de las personas, con plena impunidad.

Aún más, las sanciones que esta autoridad podía imponer a las personas individuales afectadas por una decisión ministerial eran de mayor gravedad y contundencia que las que se venían aplicando en normas precedentes. Es de destacar que los autores de cualquiera de los actos comprendidos en esta ley podían ser confinados o extrañados por un tiempo indeterminado y a una distancia de sus hogares no fijada o limitada. Así, los límites establecidos de no más de 250 kilómetros que se señalaban en la Constitución de 1869 saltaban por los aires. Esta posibilidad no solo se empleó como medida de advertencia y de coacción psicológica contra todo aquel que se mostraba remiso a acatar los principios del nuevo régimen, sino que se hizo de la misma un uso efectivo y continuado por los nuevos gestores de los primeros gobiernos republicanos. Así pasó en 1932, ya instaurada la nueva Constitución, cuando fueron confinados en Villa Cisneros, Sahara, un grupo de anarquistas catalanes y mineros del Alto Llobregat, que superaban la centena²⁴. Habían sido detenidos con ocasión de un movimiento revolucionario ocurrido en enero de aquel mismo año. Hicieron el viaje a bordo del buque *Buenos Aires* escoltado por el cañonero *Cánovas del Castillo*. Entre los deportados se encontraban personajes que posteriormente adquirirían una resonancia importante, como eran Buena-ventura Durruti y los hermanos Domingo y Francisco Ascaso.

Pero otras acciones en la metrópoli, ese mismo año 1932, iban a suponer una nueva alteración de la vida en la colonia penitenciaria de Villa Cisneros por la aplicación de esta ley. Los hechos a los que hacemos referencia no son otros que la sublevación militar del 10 de agosto de 1932, cuando militares de las guarniciones de Madrid y de Sevilla se alzaron contra el Gobierno acatando las órdenes emitidas por el general Sanjurjo y otros compañeros de aventura. Otra vez, desde el Gobierno se tomó la decisión de que muchos de los detenidos fueran deportados y conducidos a Villa Cisneros. A finales del mes de septiembre, en concreto el día 28, desembarcaban del buque *España n.º 5* 161 implicados en la conjura y sublevación militar. La Lista incluía a: 7 coroneles, 7 tenientes coroneles, 21

²⁴ Las cifras exactas de los confinados no están del todo claras para los estudiosos de este tema y oscilan entre los 104 deportados que señalan autores como Gil Pecharromán o Tuñón de Lara y las 150 que indica Cesar Vidal. GIL PECHARROMÁN, Julio. *La Segunda República*. Madrid: Historia 16 1989, p. 138. TUÑÓN DE LARA, Manuel. *La España del siglo XX*. Madrid: Akal 2000, pp. 331-332. VIDAL, Cesar. *Durruti. La furia libertaria*. Madrid: Temas de hoy 1996, p. 134.

comandantes, 33 capitanes, 22 tenientes, 6 alféreces y 1 capellán castrense. La cifra la completaban 41 civiles. Entre los deportados se encontraba Justo Sanjurjo Jiménez-Peña, por mucho que este había sido absuelto en la sentencia que lo juzgó y que fue firmada por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, el 25 de agosto de 1932.

Desde una perspectiva histórica, hay que señalar que esta ley se aplicó de una manera abusiva y arbitraria por parte de las autoridades gubernamentales, convirtiéndola en una nueva «Ley de Jurisdicciones», en la que se cambiaba el órgano controlador. Si en 1906 era el Ejército el que aplicaba una represión arbitraria a todo aquel que actuara contra esta institución, o simplemente la criticara, desde 1931, lo mismo que abolían, por opresiva, la Ley de Jurisdicciones, aprobaban otro instrumento de represión contra todos aquellos que no estuvieran de acuerdo con el nuevo régimen creado. De esta manera, y en aplicación de esta ley, se cometieron muchas arbitrariedades, hasta el punto que, si bien, su aplicación en los sucesos del 10 de agosto de 1932 pueden encajar plenamente en un desarrollo «justo» de los mecanismos de defensa extraordinaria del Estado ante agresiones internas, conflictos como los del Alto Llobregat, que poco se podían diferenciar de otras muchas huelgas sindicales, u otros muchos de menor importancia, que incluso podían afectar al derecho de expresión de medios de opinión pública, como la suspensión definitiva del diario *El Debate*, el 19 de enero de 1932, demuestran bien a las claras que la República no estaba suficientemente consolidada, y que los principios de un estado democrático no estaban aun plenamente asentados.

La Ley de la Defensa de la República quería «civilizar el orden público»; quería que fueran autoridades civiles, y no militares, las que tomaran las decisiones del control y defensa de las instituciones republicanas. Este mismo proceso de civilización de la «paz interior» del Estado se puede apreciar en otras actuaciones de aquellos gobiernos como la aprobación del Cuerpo de Seguridad y Asalto el 9 de febrero de 1932. La creación de este cuerpo iba dirigida al mantenimiento del orden público urbano fuera de las estructuras tradicionales empleadas hasta la fecha, que no eran otras que las fuerzas militares disponibles (del Ejército y de la Guardia Civil) por parte de los gobernadores civiles o los capitanes generales.

No obstante estos dos nuevos mecanismos, la inercia de los nuevos gobiernos republicanos fue seguir utilizando a las fuerzas militares en cualquier alteración del orden que ocurriera en las calles españolas. La utilización fue abusiva, sin limitaciones, y lo siguió posteriormente, aun cuando nuevas elecciones dieran como resultados gobiernos de coalición de distintos signos políticos. Si realmente hubo un intento de civilizar la

política de seguridad, este fue un intento fallido, pues fue desde las mismas instancias que conocían la necesidad de desmilitarizar estas cuestiones desde donde se optó al empleo de las fuerzas militares en estos menesteres. Este continuo empleo de militares en acciones de represión interna siguió manteniendo en la institución una idea que perduraba de años anteriores, que no era otra que eran los militares los depositarios de la paz y el orden interior del Estado, idea esta que será esencial a la hora de desarrollar la segunda parte de este trabajo.

El 9 de diciembre de 1931, el presidente de las Cortes, Julián Besteiro, promulgó la Constitución de la Segunda República. Este nuevo texto articulaba la suspensión de las garantías constitucionales en el artículo 42, en el que se señalaba que las Cortes no podían ser disueltas mientras subsistiera una suspensión de garantías, y en el que expresamente se indicaba que se prohibía extrañar o deportar a españoles a distancias superiores a 250 kilómetros de su domicilio. Indicaba este precepto que procedía la suspensión de garantías cuando «así lo requiriera la seguridad del Estado, en casos de notoria e inminente gravedad». Esta suspensión no podía exceder de treinta días, salvo prórroga acordada por las Cortes o por la Diputación Permanente. Es decir, permitía suspensiones de menos de treinta días por decisión exclusivamente gubernamental, siendo necesaria la autorización parlamentaria para suspensiones por plazos superiores o para la prórroga de las inferiores.

La suspensión se llevaba a cabo mediante decreto del Gobierno, aunque correspondía a las Cortes resolver sobre la suspensión acordada, de este modo «el sistema previsto por esta Constitución se inscribe dentro de lo que hemos llamado sistema de declaración por el Ejecutivo con ratificación o control posterior del Legislativo.

«Tal sistema constituye una importante novedad dentro de nuestro derecho constitucional, siquiera lo sea, como apunta Pérez Serrano, más teórica que práctica. En efecto, nuestros textos del siglo XIX atribuían esta facultad suspensiva a las Cortes, pues se exigía una ley para la suspensión de garantías. Solo la Constitución de 1876 establecerá una salvedad a tal principio general, admitiendo que, no estando reunidas las Cortes y siendo el caso grave y de notoria urgencia, podía el Ejecutivo, bajo su responsabilidad, acordar la suspensión. En cualquier caso, la praxis política nos demuestra que a partir de 1876 lo normal era que la suspensión fuese decretada por el Gobierno»²⁵.

²⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «La defensa extraordinaria de la República». *Revista de Derecho Político* N.º 12. Invierno 1981-1982, pp. 121 y 122.

Sobre otras dos cuestiones hay que hacer referencia a la hora de valorar completamente esta norma en relación a la restricción de garantías: las medidas de urgencia del presidente de la República y la constitucionalización de la Ley de la Defensa de la República.

Sobre la primera de estas cuestiones hay que señalar que el artículo 76.d indicaba que corresponde al presidente de la República ordenar las medidas urgentes que exijan la defensa de la integridad o la seguridad de la nación, dando inmediata cuenta a las Cortes. Este precepto es una novedad en la historia del constitucionalismo español y se conecta con idénticas facultades concedidas por la alemana constitución de Weimar en su artículo 48. Como señala Fernández Segado, las medidas que alude el artículo 76.d no tienen por qué ser las excepcionales recogidas en el artículo 42, es decir, la suspensión de garantías constitucionales, aunque si actuaba sobre ese conjunto de derechos debía ajustarse a lo prescrito en el artículo 42.

Del mismo modo que operaba el Gobierno de la nación, tras la adopción de alguna medida suspensiva el presidente debía dar cuenta a las Cortes, sin que señalara el texto constitucional sobre si estas podían o no suspender la vigencia de las medidas adoptadas. En este sentido, todo parece indicar que el texto de 1931 no establecía un control del legislativo sobre las medidas que pudiera adoptar el jefe del Estado en uso de lo prescrito por el artículo 76.d.

La otra cuestión a la que debemos hacer referencia es a la constitucionalización que se efectúa en el texto de 1931 de la Ley de Defensa de la República, constitucionalización que desvirtuará el carácter provisional con el que nació la discutida norma. Señala la disposición transitoria segunda de la Constitución de 1931 que la Ley de Defensa de la República «conservará su vigencia, asimismo constitucional, mientras subsistan las actuales Cortes Constituyentes, si antes no la derogan estas expresamente». Con ello, las garantías constitucionales de los derechos individuales del artículo 42 saltaban por los aires desde el mismo momento de la aprobación de la Constitución. Así, Pérez Serrano llegó a comentar que dada la incompatibilidad entre la Ley de Defensa de la República y la Constitución, dicha disposición legal se traduce en la ineficacia de la Constitución y en su derogación virtual, ya que no deja de ser paradójico que se haya organizado todo un código fundamental tan inservible que no pueda defender la República²⁶. Por otra parte, comenta Fernández Segado que con la Ley de Defensa de la República «se constitucionalizaba el principio de

²⁶ PÉREZ SERRANO, Nicolás. *La Constitución española*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado 1932, p. 341.

arbitrariedad gubernamental como suprema norma constitucional, lo que, evidentemente, es más grave que una privación generalizada de derechos, que en todo caso será más dificultosamente arbitraria, puesto que además exigía un control a posteriori por parte del Parlamento»²⁷. Para terminar sobre este tema, una cita de Sánchez Agesta que muestra el perjuicio que para el propio texto constitucional significó esta disposición transitoria: «Lo grave no es que la Constitución niegue la libertad en casos concretos y determinados o que toda la Constitución naciera con sus instituciones liberales muertas por la LDR, sino el tono, más que despectivo, burlón o indiferente, con que a veces se la alude»²⁸. Algunos de los casos que hemos señalado de aplicación de la Ley de Defensa de la República le dan la razón a este jurista.

El 28 de julio de 1933 se aprobaba, por fin, una nueva Ley de Orden Público, que derogaba a la de 1870, vigente en la República con la modificación parcial efectuada por el Decreto del Ministerio de la Guerra de 29 de octubre de 1931. La ley volvía a la división tripartita de la ley decimonónica de los estados de anormalidad, estableciendo los estados de prevención, alarma y guerra. De estos estados nos vamos a referir al último de ellos, al de guerra, pues es el que de manera más evidente afecta a la intervención de la institución militar.

Es el artículo 48 de esta nueva norma el que expresa que la declaración del estado de guerra queda encomendada a la autoridad civil. Señala dicho precepto que si «la Autoridad Civil, una vez empleados todos los medios de que en circunstancia ordinaria dispone, y en su caso, los que para las extraordinarias le otorga la misma ley (los que hacen referencia a los estados de prevención y alarma) no pudiera por sí sola, ni auxiliada por la judicial y por la militar, dominar en breve término la agitación, ni restablecer el orden, lo prevendrá en un bando que publicará con la mayor solemnidad posible, y al mismo tiempo se pondrá urgentemente en relación con la Autoridad Judicial ordinaria, la militar, y el auditor de la jurisdicción, y dispondrá la inmediata declaración del estado de guerra, procediendo seguidamente la Autoridad militar a la adopción de las medidas que reclame la paz pública. De ello se dará directa cuenta al Gobierno y a las autoridades superiores jerárquicas respectivamente».

Es sumamente interesante la redacción de este precepto, porque con él la República, aunque civiliza la autoridad competencial expresamente

²⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «La defensa extraordinaria de la República». *Revista de Derecho Político* N.º 12. Invierno 1981-1982, pp. 126 y 127.

²⁸ SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Historia del constitucionalismo español*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos 1964, p. 429.

reconoce el papel que ha de jugar el Ejército en la preservación del orden público. Por mucho que encomienda a la autoridad civil la competencia del mantenimiento de la paz interior, no es menos cierto que reconoce que, incluso en los estados de prevención y alarma, la autoridad civil podía hacer uso de las fuerzas del Ejército, como realmente se estaba desarrollando desde el inicio del régimen, con profusión, hasta con abuso.

Otro aspecto muy destacado de la redacción del artículo 48 es la presencia de una nueva autoridad, que aparece junto a la civil, la judicial y la militar en la gestión de una crisis; nos referimos al auditor de la jurisdicción castrense. Esta mención, no implica un defectuoso ejercicio de redacción por parte del legislador, toda vez que como miembro del Cuerpo Jurídico, el auditor no era autoridad militar en aquellas fechas. El Cuerpo Jurídico estaba desmilitarizado desde la entrada en vigor de la Ley de 12 de septiembre de 1932, y así permaneció hasta la entrada la aprobación de la Ley de 17 de julio de 1935, por la que se devolvía a sus integrantes la condición de militar. Desde esta fecha sí se produce una paridad de autoridades civiles y militares, y con ello, un mayor peso, del estamento castrense en temas tan sensibles como son los que se estaban tratando.

No obstante, hay que indicar que el señalado papel con el que se quiere dotar a esta figura, viene a estar en relación con las modificaciones, que al inicio de la República, se efectuaron en la justicia militar y que tuvieron reflejo en la reforma que sufrió el Código de Justicia Militar de 1890 por los decretos del Ministerio de la Guerra en el año 1931. En concreto la figura del auditor sale relanzada desde la aprobación del Decreto de 2 de junio de 1931, por el que se sustrajeron a las autoridades militares el ejercicio de la jurisdicción castrense, pasando esta a los auditores de las regiones, distritos y Ejército quienes conocían de los delitos comprendidos en los bandos de guerra. Por otro lado, el papel del auditor vuelve a ser relanzado con la aprobación del Decreto de 29 de octubre de 1931, en el que se determina quiénes han de formar la junta o reunión de autoridades dentro del territorio en el que el estado de guerra haya de declararse o cesar, al señalar en su artículo primero que de la junta o reunión de autoridades a que se refieren los artículos 13 y 32 de la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870, todavía vigente en aquellos días, formará parte, además de la autoridad civil, la judicial ordinaria y la militar, el auditor que ejerza la jurisdicción militar dentro del territorio en que el estado de guerra haya de declararse o cesar; señalando el artículo segundo que las autoridades militares, al hacerse cargo del mando, oirán al auditor que ejerza jurisdicción en el territorio en que haya de declararse el estado de guerra, sobre la inclusión de hechos punibles en los bandos que aquellas autoridades dicten.

Por esta razón, lo que viene a precisarse en el artículo 48 de la Ley de Orden público de 1933 no es otra cosa que el proceso de decantación que se inicia desde 1931, por el que se instaura la constitución de una junta de estado de guerra compuesta por cuatro autoridades, dos civiles, pero otras dos militares. Por otro lado, este encumbramiento del auditor militar, lo que viene a significar es una ratificación normativa de la importancia de la jurisdicción militar para la persecución y reprensión de los delitos, más allá de los que podríamos considerar estrictamente castrenses. La redacción de este artículo no hace otra cosa que constatar lo que ya se sabía a través de los diarios y periódicos de la época, que en situaciones de emergencia se hacía depositaria de la potestad jurisdiccional en materia de orden público a la jurisdicción militar, jurisdicción que ya conocía de buena parte de los incidentes de orden público, incluso en los escasos periodos de normalidad, por ser la detentadora de las competencias y el conocimiento de los procedimientos abiertos por agresiones contra los agentes de la autoridad o fuerza armada, especialmente los que hacían referencia a las agresiones sufridas por agentes de la Guardia Civil y del Cuerpo de Carabineros.

Es significativa la atribución de competencias que hace el Código de Justicia Militar a favor de la jurisdicción militar en todo delito contra fuerza armada. Así, el artículo 4.4 del Código de Justicia Militar de 1890 señalaba que, por razón del delito, la jurisdicción de guerra conoce de las causas que, contra cualquier persona, se instruya por los delitos de «insulto a centinela, salvaguardias y fuerza armada del Ejército y cualquier cuerpo militarmente organizado y sujetos a las leyes militares». Regulando este mismo código en el capítulo III de título VI, del tratado segundo los delitos de insulto a centinela, salvaguardia y fuerza armada. Así, el artículo 253.2 condenaba a pena de muerte al que causare la muerte o lesiones que dejaran al ofendido imbécil, impotente o ciego, privado de miembro principal, impedido de él, o inutilizado para el trabajo. El artículo 254 castigaba con la pena de reclusión temporal a perpetua cuando las lesiones inutilizaran para el trabajo por ocho días o requiera asistencia facultativa por igual tiempo, y con pena de prisión mayor a reclusión temporal, si las lesiones fuesen de menor importancia. El artículo 255 castigaba también el poner la mano a un arma ofensiva o ejecutar actos o demostraciones con tendencia a ofender de obra. El artículo 256 castigaba con prisión correccional al que ofendiera de palabra. Con estas conductas típicas, y sin ser necesaria la declaración de estado de emergencia alguno, la propia República confería el conocimiento de las actuaciones a la Jurisdicción militar.

Si hiciéramos un control en estos momentos en los archivos judiciales militares, podríamos apreciar que una buena parte de los procedimientos

abiertos durante el periodo republicano lo fueron a paisanos por agresiones a agentes de la autoridad. Los hechos podían ser de orden público pero también los había de carácter tabernario y de incidentes de escasa importancia. Se procesó, no solo, por agresiones a guardias civiles y carabineros, sino muchos de estos procedimientos se iniciaron por insultos y manifestaciones «poco apropiadas», según los agentes.

Simplemente a efectos de constatar esa ingente actividad procedimental vamos a recordar algunos casos sucedidos en Andalucía, en el periodo de gobierno del Frente Popular (febrero a julio de 1936), en los que tuvieron lugar agresiones a agentes de la autoridad con resultado muerte o heridas, sin mencionar otros muchos episodios no sangrientos. Los datos se han recogido de la correspondencia sostenida entre el Ministerio de la Guerra y la Segunda División Orgánica en aquellos días, que se custodia en el Archivo General Militar de Ávila. Así en Málaga, el 21 de febrero agresiones a la pareja de protección del diario *La Unión Mercantil* con el resultado de un muerto y un herido; ese mismo día en Carmona, Sevilla, era agredida la Guardia Civil siendo heridos un alférez y dos vecinos²⁹; el 24 de febrero en Fechina, Almería (2 muertos)³⁰; el 2 de marzo, en El Coronil, Cádiz (1 muerto)³¹; el 23 de marzo en Jaén (2 guardias heridos)³²; el 25 en la Palma del Condado, Huelva³³; el 1 de abril en Corcoya, Sevilla, (1 muerto y varios heridos)³⁴; el 2 en Siles, Jaén (4 heridos, 2 de ellos guardias)³⁵; el 5 en Purchena, Almería³⁶; el 17 de abril en Porcuna, Jaén (1 muerto)³⁷; el 19 nuevamente en Purchena (1 muerto)³⁸; el 24 en Lebrija, Sevilla (1 alférez de la Guardia Civil muerto)³⁹; el 25, en Cartaya, Huelva (8 heridos); el 27 en Bailen, Jaén (1 teniente de la Guardia Civil herido)⁴⁰; el 28, en Montizón, Jaén (1 guardia herido)⁴¹; el 3 de mayo en Brenes, Sevilla (1 herido)⁴²; el 12 en Zuheros, Córdoba (3 heridos)⁴³; el

²⁹ AGMA, C.8,CP.6,D.1/26.

³⁰ AGMA, C.8,CP.6,D.1/80.

³¹ AGMA, C.8,CP.7,D.1/3.

³² AGMA, C.8,CP.8,D.1/61.

³³ AGMA, C.8,CP.8,D.1/79.

³⁴ AGMA, C.8,CP.9,D.1/1.

³⁵ AGMA, C.8,CP.9,D.1/13.

³⁶ AGMA, C.8,CP.9,D.1/34.

³⁷ AGMA, C.8,CP.9,D.2/29.

³⁸ AGMA, C.8,CP.9,D.2/32.

³⁹ AGMA, C.8,CP.9,D.2/71.

⁴⁰ AGMA, C.8,CP.9,D.2/102.

⁴¹ AGMA, C.8,CP.9,D.2/107.

⁴² AGMA, C.8,CP.10,D.1/110.

⁴³ AGMA, C.8,CP.10,D.1/159.

15 en Pedroche, Córdoba (1 muerto y 1 guardia herido)⁴⁴; el 22, en Hinojosa del Duque, Córdoba (1 herido)⁴⁵ y en Puebla de Don Fabrique (1 guardia muerto)⁴⁶; el 1 de junio, nuevamente en Zuheros (2 heridos, uno de ellos el cabo)⁴⁷; el 7 en Antequera, Málaga (1 guardia herido)⁴⁸; el 13 en Palencina, Córdoba (1 guardia muerto)⁴⁹; el 23 en Higuera de Arjona, Jaén (1 guardia herido)⁵⁰. La búsqueda en hemerotecas de la constancia de incidentes de menos gravedad nos llevaría a comprender la importancia de la cuestión que estamos refiriendo.

Volviendo a la Ley de Orden Público, hay que indicar que los mecanismos que habilitaba dicha norma para sofocar cualquier tipo de alteración del orden, rebeliones, sediciones, asonadas eran de extrema dureza, toda vez que la autoridad militar podía adoptar, de acuerdo con el artículo 58, las mismas medidas que la civil en los dos capítulos anteriores, las demás que esta ley autoriza y cuantas sean necesarias para el restablecimiento del orden. Esta carta abierta al empleo de cualquier medida represiva casaba sustancialmente con el contenido de otra norma vigente en aquellos años, que procedía, como el Código de Justicia Militar, de la Monarquía: nos referimos al Reglamento del Servicio de Campaña, de 1882. Este reglamento estaba pensado básicamente para acciones de guerra y no para el estado de guerra que se regulaba en la Ley de Orden Público, pero marcaba unos criterios de operaciones, que por duros, pueden parecer inhumanos en las fechas en las que se redacta este trabajo. De acuerdo con esta norma el militar podía emplear las represalias como medida de coacción (artículo 861); también permitía castigar con severidad las asonadas, tumultos e insurrecciones (artículo 870), se preveía que los guerrilleros fueran tratados como simples bandidos o malhechores (artículo 867) y se permitía a la autoridad militar utilizar medidas coercitivas de extremo rigor, en casos de desobediencia (artículo 873).

Tampoco debe de extrañarnos la dureza de estos preceptos del Reglamento del Servicio de Campaña, toda vez que los vemos con los traumas y autolimitaciones que hoy nos imponemos en occidente, después del cataclismo humanitario que supuso la Segunda Guerra Mundial. Simplemente indicar que la actual humanización del derecho de la guerra, que alcanza

⁴⁴ AGMA, C.8,CP.10,D.1/88.

⁴⁵ AGMA, C.8,CP.10,D.1/36.

⁴⁶ AGMA, C.8,CP.10,D.1/42.

⁴⁷ AGMA, C.8,CP.11,D.1/9.

⁴⁸ AGMA, C.8,CP.11,D.1/38.

⁴⁹ AGMA, C.8,CP.11,D.1/82.

⁵⁰ AGMA, C.8,CP.11,D.1/152.

incluso a su denominación –hablamos de derecho internacional humanitario o derechos de los conflictos armados–, nace con los cuatro convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y los protocolos adicionales a los anteriores convenios, firmados el 8 de junio de 1977, que convierte hoy en principales sujetos de estas normas a los prisioneros, los heridos, la población civil y los bienes culturales. Anteriormente, en los momentos a los que hacemos referencia en este trabajo, el valor de la vida, de la integridad física o de la propiedad en tiempos de guerra estaba mucho más diluido.

A la vista de esta normativa, no es extraño comprender cómo se desarrolló la autoridad militar en la rebelión de octubre de 1934, pues el mando militar en esta ocasión, así como en otras muchas, no operaba con criterios de odio personal, sino respaldado por una legislación histórica que incluso era amparada por la más reciente norma salida de la República, a la que defendían. Por esta razón, y como señala Fernández Segado, «Los historiadores, por lo general, han considerado que la LOP vino a sustituir a la LDR y, por tanto, tenía idéntica finalidad que esta, lo cual, en buena medida, iba a ser cierto; en efecto, al mes de promulgarse la LOP, una ley de 29 de agosto derogaba en su artículo único la LDR.

»Por nuestra parte, pensamos que la LOP era necesaria, pues, realmente, eran muy diferentes los conflictos del último tercio del siglo XIX a los de comienzos del segundo tercio del presente siglo. Y así, el criterio de la nueva LOP de establecer una situación previa a la irreversible de suspensión de garantías podía ser acertado y quizás incluso necesario. Sin embargo, el texto legal desorbitó esa situación que podíamos llamar de “normalidad anormal” al otorgar a las autoridades gubernativas unas facultades a todas luces exageradas. Y por tanto, se puede predicar respecto al estado de prevención en el que, sin estar en suspenso las garantías, se podía llegar a una práctica y efectiva suspensión de las mismas en virtud de las decisiones variopintas que la autoridad gubernativa podía adoptar»⁵¹.

Nada cambió, en este sentido, con la llegada del Frente Popular al poder, tras las elecciones de febrero de 1936. La coalición de partidos políticos de izquierdas que formaban el nuevo gobierno de la nación se encontró tan cómoda con la normativa imperante como la coalición, también de izquierdas, del primer bienio, con la que se aprobó esta ley y como los gobiernos de las coaliciones del segundo bienio, de derechas, que tuvo que hacer uso de esta norma en uno de los pocos casos en los que la declaración del estado de guerra podía haber tenido más lógica, la revolución de octu-

⁵¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «La defensa extraordinaria de la República». *Revista de Derecho Político* N.º 12. Invierno 1981-1982, p. 134.

bre de 1934. Nadie se quiso privar, para el ejercicio de su gestión ejecutiva, de los poderes omnímodos que concedía esta legislación especial, y todos los gobiernos, incluso los del Frente Popular siguieron contando con las fuerzas del Ejército para controlar el orden público interno.

8. LA GUERRA CIVIL

Tras el inicio de la Guerra Civil cada uno de los bandos optó por una fórmula bien distinta. Las fuerzas sublevadas, aplicaron la Ley de Orden Público de 1933 desde un primer momento, declarando el estado de guerra en Marruecos el 17 de julio y en España un día después. Para ello tuvieron que montar un artificio que permitiera la declaración del estado de guerra sin el cumplimiento de los requisitos del artículo 48, y este no era otro que entender que se había producido un vacío de poder generado por la irresponsabilidad de las autoridades políticas gobernantes, vacío que había obligado al Ejército a asumir las funciones ejecutivas que los miembros del Gobierno del Frente Popular habían dejado de desarrollar. De este modo, sin autorización gubernativa alguna, por la mera decisión de las autoridades militares, fueron declarando estados de guerra en todos los territorios que quedaron en su poder.

La respuesta del Gobierno frente-populista a esta agresión no fue la aplicación de los resortes que disponía para garantizar la defensa del Estado. En los primeros días de la contienda se negó a decretar el estado de guerra en la zona bajo su control. Curiosamente, tras haber declarado de manera reiterada la ley marcial durante toda la vigencia del régimen en situaciones de meros desórdenes públicos que podrían haber sido sofocados por otros medios, ahora, cuando realmente se producía un ataque al Estado, no decidían adoptar las medidas oportunas para evitar lo que pasó de ser un golpe a una guerra civil. Esta dejación de sus funciones daba pie a los sublevados para reafirmar el abandono del poder y la situación revolucionaria que se vivía en la España previa al golpe de estado y la que se encontraba la España republicana tras este acontecimiento. Esta situación de absoluta falta de aplicación de los resortes legales de los que disponía el Gobierno republicano se mantuvo hasta el final de la guerra. La declaración expresa del estado de guerra por parte del Gobierno de la República tuvo lugar el 23 de enero de 1939, cuando la contienda estaba a punto de ser ganada por el bando enemigo. Fue durante esos días cuando el Gobierno republicano procedió a conformar una justicia cada vez más militarizada con la publicación el 24 de enero de un bando que habilitaba

e incorporaba a la jurisdicción militar el conocimiento de los delitos de traición, espionaje, rebelión, sedición, agresiones a vías de comunicación, férreas, telegráficas, incendio, robo, injurias, insultos y amenazas a todo militar o asimilado. Este bando, en su contenido, se asemejaba a los dictados por las fuerzas sublevadas al principio de aquella guerra civil, pero ya era demasiado tarde. El 1 de abril de 1939 la guerra terminaba.

9. CONCLUSIONES

A lo largo de nuestra historia más reciente la presencia del militar en las calles ha generado ciertas reticencias en parte de algunos sectores sociales. Afortunadamente la nueva realidad y los servicios desarrollados por unidades como la UME, Unidad Militar de Emergencia, en casos de catástrofes, grave riesgo, calamidad u otras necesidades públicas, y del resto de unidades en situaciones de crisis como las vividas en España desde 2020, están generando un cambio en el sentir de la sociedad, viéndose con buenos ojos lo que antes era reticencia o desconfianza. Este trabajo no se ha dedicado al análisis sociológico de este desapego, no es este el foro para ese tipo de trabajos. En parte, la desconfianza de ver a militares de servicio en las calles se debía a la pervivencia en España de un régimen «militar» no democrático en los años centrales del siglo xx. Con todo, no podemos culpar completamente del desapego existente al gobierno del general Franco. Algunas de las causas de este divorcio tienen un origen histórico y jurídico, y hunden sus raíces en el comienzo de un ciclo histórico que arranca con la Guerra de Independencia, en los años 1808-1814⁵².

Algunas de estas causas están vinculadas al desarrollo legal que tuvo en nuestro país una normativa tan específica como es la que ha regulado la defensa extraordinaria del Estado. A esa evolución es a la que se ha dedicado este trabajo. Cómo articuló el Estado la normativa que permitía

⁵² Podemos citar algunos artículos que han tratado este tema: SÁNCHEZ LEÓN, Pablo. «Ordenar la civilización: semántica del concepto de policía en los orígenes de la Ilustración española». *Política y sociedad*, 42/3. 2005, pp. 139-156. Godicheau, François. «Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional». *Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas*, 2. 2013, pp. 107-130. PONCE ALBERCA, Julio. «Violencia política y orden público en la España de la primera mitad del siglo xx: un ensayo interpretativo». *Studia historica. Historia Contemporánea*, 35. 2017, pp. 109-134. PALACIOS CEREZALES, Diego; *et all.* «Régimen, orden público y movilización. España y Portugal en el primer tercio del siglo xx». *Élites y poder/ La crisis del sistema liberal en Portugal y España (1918-1931)*. Manuel Baiôa (dir.). Pp. 449-479.

la supresión de derechos individuales, y quién era el encargado de asumir esas funciones de restricción de derechos, en momentos de especial peligro para la supervivencia del Estado. Este estudio nos lleva a concluir que a lo largo del siglo XIX y buena parte del siglo XX, el legislador español se apoyó en el Ejército como medio para asegurar la supervivencia del Estado, pero a su vez, como instrumento de restricción de derechos a los ciudadanos, en una España convulsa que en no pocas ocasiones acudió a esta normativa excepcional para solventar problemas de raíz esencialmente política. Ni siquiera en momentos de la mayor «civilización» de nuestro derecho, como es el periodo republicano 1931-1939, el Gobierno prescindió del empleo de las unidades militares para el mantenimiento del orden público interior. En muchas ocasiones se empleó de manera abusiva esta normativa, actuando el Ejército en meros conflictos laborales o de orden público que no ponían en riesgo la estabilidad del régimen. Este uso indebido, por parte del poder ejecutivo, de las leyes marciales vigentes en cada momento ha sido también causa de un divorcio hoy felizmente finalizado.

NOTAS

LA EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA NEUTRALIDAD Y SU PERVIVENCIA EN EL ACTUAL DERECHO INTERNACIONAL

Gonzalo de la Haba de los Ríos
Teniente auditor

Resumen

La adopción de una postura neutral en el actual contexto jurídico internacional resulta complejo. En este estudio se aborda la neutralidad, analizando cronológicamente los cambios operados en esta institución desde sus inicios en el derecho internacional clásico hasta los últimos instrumentos de carácter dispositivo que la regulan. Mediante este análisis, haciendo especial referencia a las particularidades de la neutralidad en el mar, se intenta poner de manifiesto la ineficacia e incongruencia de esta institución que, aun en estas fechas, se asienta en instrumentos internacionales de principios del siglo pasado. La formación de organizaciones internacionales y el sistema de seguridad colectiva que impera en la actualidad hacen de la neutralidad un *status* difícilmente conjugable con la realidad actual, degenerando en situaciones intermedias como la no beligerancia o la neutralidad calificada.

Palabras clave: neutralidad, abstención, imparcialidad, cualificada.

Abstract:

The adoption of a neutral position in the current international legal context is complex. In this study we deal with neutrality, analysing chro-

nologically the changes that have taken place in this institution since its beginnings in classical international law up to the last instruments of a dispositive nature that regulate it. By means of this analysis, with special reference to the particularities of neutrality in the sea, we try to highlight the inefficiency and incongruence of this institution which, even today, is based on international instruments from the beginning of the last century. The formation of international organizations and the principle of collective security that prevails today, makes neutrality a status that is difficult to reconcile with current reality, degenerating into intermediate situations such as non-belligerency or qualified neutrality.

Keywords: neutrality, abstention, impartiality, qualified.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Aproximación histórica y conceptual a la neutralidad. 2.A. Primitivo concepto de neutralidad. Elementos esenciales. 2.B. Una nueva naturaleza de la neutralidad. Especial referencia a la neutralidad marítima. 2. B.1. La neutralidad en el marco de la sociedad de naciones. 2.B.2. Modulaciones del tradicional concepto de neutralidad. Declive de la neutralidad clásica. 2.B.3. La neutralidad y el deber de colaboración. La onu. 3. Concepto actual de neutralidad. Marco jurídico y características de la neutralidad marítima. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En este sucinto estudio sin pretensiones de conformar un extenso ensayo sobre la neutralidad en el mar, se pretende no solo exponer el actual régimen jurídico de esta institución internacional, analizándolo desde sus orígenes, sino también acercar al lector al actual contexto sociopolítico donde la neutralidad despliega sus efectos.

Nos situamos en la actualidad en un contexto de polarización mundial y globalización donde difícilmente los asuntos de un Estado atañen exclusivamente a éste, donde rara vez su actuación carece de trascendencia o repercusión para el resto de la comunidad internacional y donde la línea divisoria entre la guerra y la paz resulta tan difusa.

Frente a la clásica sociedad internacional, la sociedad contemporánea (a partir de 1945) como realidad actual en la que se desarrollan las relaciones entre los sujetos de derecho internacional, presenta respecto del anterior periodo, diferencias que alteran por completo la propia naturaleza de la neutralidad y sus características.

No generaría ningún tipo de controversia afirmar que la actual sociedad internacional presenta las características propias de una creciente interdependencia y de un proceso de globalización plenamente desarrollado. El reforzamiento de la interdependencia estatal es directamente proporcional al desarrollo de los intercambios comerciales y relaciones económicas que se impulsaron a partir de la Segunda Guerra Mundial con la intensificación de las interacciones estatales a nivel económico, político, informativo, científico-técnico, cultural y social¹.

Estrechamente relacionada con la interdependencia se encuentra, como corolario de esta, la globalización.

La sociedad contemporánea es, pues, un marco espacial y temporal en que, frente a los problemas de la sociedad mundial, que son globales, la actuación individual de los sujetos deviene ineficaz. La pobre repercusión internacional de la actuación individual de los Estados obliga a actuar común y conjuntamente, haciendo necesaria una coordinación interestatal que viene impuesta por esa creciente interdependencia y globalización ya referida, y percibiéndose una paulatina transformación de la figura del Estado como sujeto primario y originario en el derecho internacional.

En este sentido, la neutralidad no es ajena a estos cambios. Pues bien, siendo los problemas, como se ha referido, globales, parece ilógico adoptar una posición de abstención, no proactiva, frente a problemas, que por su carácter global, afectan a toda la comunidad internacional. A ello se le suma el desarrollo, en la primera mitad del siglo xx del sistema de seguridad colectiva, favorecido por una creciente institucionalización.

Son pues estas, cuestiones que hacen de la neutralidad un régimen jurídico de difícil, aunque no imposible conciliación con el actual ordenamiento jurídico internacional.

Además, y en estrecha relación etiológica con lo anterior, se aprecia una desaparición de la frontera entre lo nacional y lo internacional, laxando viejos principios asentados sobre el de soberanía nacional como el de no injerencia en los asuntos internos de un Estado. Una laxitud de esta clásica escisión, que viene impuesta *a fortiori* cuando se trata de la defensa de valores de necesaria protección por y en la comunidad internacional, como son los derechos humanos.

En otras palabras, tan solo existe una realidad social, y esta es necesariamente y como consecuencia de la globalización y la interdependencia, de carácter unívoco y mundial.

¹ AYLLÓN, B. «La cooperación internacional para el desarrollo: fundamentos y justificaciones en la perspectiva de la Teoría de las Relaciones Internacionales». *Revista Carta internacional*, vol. 2, núm. 2. 2007, pp. 26 y 27.

No debe pasarse por alto el cambio que paulatinamente se ha producido en la consideración de la guerra y en la forma de hacer la guerra. Por razón de estos cambios, frente a la clásica concepción de la guerra, circunscrita a actuaciones militares o económicas, denominado a veces, *poder duro*, ha surgido lo que se ha venido llamando por la doctrina internacionalista como *soft power* o *poder blando*, esto es, actuaciones, que sin implicar una actuación *manu militari* o económica directa contra el adversario, se valen de esa globalización e interdependencia, para, a través de canales como la cultura o la ideología, constreñir a los actores internacionales para actuar en un determinado sentido.

Resulta evidente que la neutralidad, en tanto estatuto cuyas reglas rigen en la guerra, debía sufrir un proceso de adaptación para poder dar respuesta a actos hostiles que lejos están ya de las políticas militares y económicas de la sociedad internacional clásica. Son estas circunstancias, entre otras que serán analizadas a lo largo del artículo, las que vienen favoreciendo la escasa vigencia, aunque no la desaparición, del estatuto de la neutralidad, llegando a convertirse en una *rara avis*, frente a una más habitual y antagónica situación de beligerancia, entendida esta como una actitud proactiva en la contienda que no implica necesariamente la adopción de una postura armada en todas las ocasiones.

Finalmente, la virtualidad en que ha caído la neutralidad se constata de manera fehaciente en la escasa producción normativa actual sobre ella, debiéndonos retrotraer más de un siglo² para encontrar las últimas normas positivas³.

E incluso, aunque es cierto que tal producción normativa existió, no es menos cierto que gozó de escasa o nula eficacia debido a la falta de ratificación por muchos de los países que, con posterioridad, pasarían a formar parte del grupo de actores principales en las guerras mundiales. Consecuentemente, no siendo ratificados estos instrumentos internacionales por las principales potencias, acreedoras del poder armamentístico, y únicas valedoras posibles de las reglas sobre la neutralidad, esta estaba llamada al fracaso y a la ineficacia.

Pues bien, definido de manera sucinta y concisa el marco en que opera esta institución, se expondrán en orden cronológico los hitos a destacar en la evolución de esta institución jurídica, en la medida en que un relato fáctico coherente y una exposición lógica de los sucesivos acontecimientos

² Las más recientes referencias a la neutralidad se contienen en manuales doctrinales sin carácter vinculante. Sirva de ejemplo el Manual de San Remo de 1994, al que más adelante se hará referencia.

³ Conferencia de Paz de La Haya de 1907.

lo permitan. Asimismo, se analizará la neutralidad clásica, propia del derecho internacional tradicional, y la neutralidad contemporánea, poniendo de manifiesto sus evidentes diferencias.

2. APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTUAL A LA NEUTRALIDAD

2.A. PRIMITIVO CONCEPTO DE NEUTRALIDAD. ELEMENTOS ESENCIALES

Frente al uso de la fuerza por los Estados en un contexto de conflicto armado, puede darse la situación de que, determinados Estados adopten una actitud absolutamente alejada de la violencia: es lo que se conoce como neutralidad, definida como la situación jurídica y política de un Estado en que, con ocasión de un conflicto armado, permanece al margen del mismo y se abstiene de ayudar a cualquiera de los beligerantes. Así pues, la neutralidad tan solo existirá en la medida en que exista un conflicto⁴; no puede existir neutralidad si no existe un conflicto bélico.

En la Antigüedad no se aprecian indicios de la existencia de la neutralidad, debiendo esperar hasta el ocaso de la Edad Media⁵, para entrever los primeros atisbos de neutralidad por los Estados. Es en este periodo, cuando GROCIO plantea que la neutralidad debiera manifestarse como, o bien una abstención de realizar actos que beneficien a uno de los beligerantes, o bien, una actuación beneficiosa para ambos contendientes por igual,⁶ añadiendo que la neutralidad implicaba que un Estado que adoptaba una posición neutral no debía apoyar a un beligerante cuya causa fuese injusta,

⁴ DÍEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de derecho internacional público*, Tomo I. 6.^a edición. Madrid: Tecnos 1982, p. 584. En ediciones más recientes de la misma obra se ha omitido el apartado dedicado a la neutralidad.

⁵ La Baja Edad Media comprende el periodo histórico de la civilización occidental desde el siglo XI al XV.

⁶ «(...) el deber de los que se abstienen de la guerra es no hacer cosa por la cual se haga más poderoso el que defiende mala causa y por la cual se impidan los movimientos del que hace guerra justa, según lo que arriba hemos dicho; mas, en caso dudoso, deben portarse por igual con ambos, permitiéndoles el paso, facilitando víveres a las fuerzas, en no sublevar a los sometidos. Los Corcirenses, en Tucídides, dicen que era deber de los Atenienses, si querían permanecer neutrales, o no permitir a los Corintios hacer levas en el campo ático o permitírsele también a ellos (...)», en GROCIO, H. *De Iure Belli ac Pacis*. Libro III, cap. XVII. «De los neutrales en la guerra»; punto III «Cuál sea el oficio de los pacíficos cerca de los beligerantes». Madrid: Reus S.A. 1925.

ni tampoco debía impedir acciones del beligerante basada en una *iusta causa*, presupuesto que concurría cuando este hubiese recurrido a la guerra como respuesta a una agresión.

No obstante, no es hasta los siglos XVI y XVII, cuando surgen las primeras regulaciones internacionales de la neutralidad al abrigo de la revolución económica y consiguiente expansión comercial marítima de la época, así como del derecho internacional tradicional. Es Emerico de VATTEL⁷, quien en 1758 arrojó en un primer momento luz sobre la naturaleza del concepto, precisando que «(en una guerra), un pueblo es neutral si no participa en ella de ninguna manera, ambas partes son amistosas y las fuerzas del conflicto favorecen a ninguna parte en detrimento de la otra».

Los primeros atisbos de una regulación de la neutralidad y aunque restringidos a un ámbito regional, sin perjuicio de los anteriores fútiles intentos definitorios del concepto, los encontramos en la práctica estadounidense, en concreto, en la política exterior adoptada una vez terminada la Guerra de Independencia (1775 a 1783). Terminada la guerra, y proclamado presidente George Washington en 1789, el *Ancien Régime* es sacudido en Francia por la Revolución, contando esta con simpatizantes y detractores en territorio estadounidense. Entre los primeros destacaba Thomas Jefferson, y entre los segundos, Alexander Hamilton, que consideraba que la Revolución francesa no podía más que considerarse como un peligroso germen de insurrección y defección del orden conseguido tras la Guerra de Independencia, que no debía alimentarse con favorecedoras políticas exteriores de la recién nacida nación, además de que si se decidía adoptar una posición no neutral, implicaría una violación de la alianza firmada por EE. UU. y Francia en 1778⁸. Es en este contexto sociopolítico internacional cuando Washington declara el 22 de abril de 1793 la posición neutral de los Estados Unidos de América. A esta le sigue una declaración de neutralidad, de 24 de marzo de 1794 (*Neutrality Act of 1794*), reformada en 1818 por la Ley de Neutralidad (*Neutrality Law*), que declaraba ilegal para un ciudadano americano hacer la guerra contra Estado que se encontrara en paz con Estados Unidos. Es pues, en América, donde se sientan las bases

⁷ VATTEL, E. *Le Droit de Gens, ou principes de la Loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck Tuebingen) 1959, p. 416. VATTEL define los Estados neutrales en el § 103 de su obra, bajo la rúbrica «Des peuples neutres». Así, señala que «Les peuples neutres, dans une guerre, sont ceux qui n'y prennent aucune part, demeurans amis communs des deux partis, et ne favorisant pas les armes de l'un au préjudice de l'autre.» / «In einem Krieg ist ein Volk neutral, wenn es an ihm in keiner Weise teilnimmt., beide Parteien befreundet un nocht die Streitkräfte den einen Partei zum Schaden den anderen begünstigt».

⁸ MOYA, J. *Una empresa llamada Estados Unidos*. Madrid: La Torre 1924, p. 152.

del concepto clásico de neutralidad, y del posterior desarrollo jurídico de esta.

Estas primeras normas pierden durante el siglo XIX casi la totalidad de la ya escasa y débil coercitividad. Un primer intento codificador puede apreciarse, si bien con pingües lagunas que mermarían en buena medida su efectividad, en la Declaración de París de 1856⁹, así como posteriormente, en las *Reglas de Washington*, con motivo del incidente del *Alabama*¹⁰.

Estas tempranas e insuficientes normas, la mayor parte de ellas de carácter consuetudinario, se basaban en un concepto de neutralidad propio del derecho internacional clásico, que se asienta en tres pilares fundamentales. El primero de ellos, la abstención, entendido como la obligación de no participar en las hostilidades, en tanto se detente la condición de neutral. El segundo, la prevención, por el que el Estado neutral debe tomar las medidas de seguridad necesarias a fin de garantizar que su territorio no será usado en la contienda por ninguno de los beligerantes; y tercero, la imparcialidad, que impone al Estado neutral la obligación de dispensar igual trato a los contendientes.

2.B. UNA NUEVA NATURALEZA DE LA NEUTRALIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LA NEUTRALIDAD MARÍTIMA

Aún latente este concepto clásico, la *Conferencia de Paz de la Haya de 1907* modifica las normas sobre neutralidad, recogiendo en este instrumento, las que en tiempos pretéritos tenían una mera naturaleza con-

⁹ Declaración de París relativa a determinadas reglas de derecho marítimo en tiempo de guerra de 1856. Véase lo limitado de su regulación. Sobre neutralidad tan solo dedica el segundo y tercer artículo. En el segundo artículo señala que «el pabellón neutral cubre la mercancía enemiga, a excepción del contrabando de guerra» y en el tercero que «la mercancía neutral, a excepción del contrabando de guerra, no puede ser apresada bajo el pabellón enemigo» [ref. de 15/11/2019]. Puede consultarse en: http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1865858/Declaracion_de_Paris_de_1856.pdf/1c437922-d928-4ef6-9003-3a841951adb4.

¹⁰ El asunto viene referido a la acusación de EE. UU. contra Reino Unido al considerar el primero que el segundo había transgredido los deberes inmanentes a su condición de neutral durante el transcurso de la guerra civil de Estados Unidos. Inglaterra había favorecido la causa de la Confederación permitiendo a los buques de esta el abastecimiento y equipamiento, llegando incluso esta ayuda a extenderse al suministro de buques como el *Alabama*. El Tratado de Washington de 1871 determinó las reglas que habían de observarse en la neutralidad [ref. de 13/11/2019]. Puede consultarse en: <https://www.dipublico.org/109354/reglas-del-tratado-de-washington-entre-gran-bretana-y-estados-unidos-de-8-mayo-1871-referente-a-la-reclamacion-sobre-el-alabama-reglas-de-washington/>.

suetudinaria. A la neutralidad dedica esta Conferencia sus convenios V¹¹ y XIII¹², claramente inspirados en ese espíritu clásico de la institución jurídica que nos ocupa por razón del momento de su redacción¹³, así como, y junto a los ya mencionados de abstención, prevención, e imparcialidad, por los principios de inviolabilidad del territorio de los Estados neutrales y del derecho de los Estados neutrales de no cesar sus relaciones comerciales con Estados beligerantes, que constituyen a grandes rasgos, las notas características del concepto clásico de neutralidad. Como señalara REUTER¹⁴ con respecto de la naturaleza de la neutralidad, «las reglas concretas que materializan estos principios (...) han sido elaborados en un medio social en que reinaban las concepciones liberales sobre las relaciones entre Estados y el individuo y la distinción entre cuestiones militares y cuestiones económicas». Esta consideración clásica de la institución, claramente inspiradora de la labor normativa desarrollada en la Conferencia de la Haya de 1907, partía de las premisas imperantes en los siglos XIX y XX, propias del derecho internacional clásico. La prevalencia del liberalismo económico, y de un concepto limitado de conflicto restringido tan solo a los combatientes¹⁵, impregnaron la normativa del momento.

En este orden de cosas, y al amparo de los originarios principios rectores referidos *ut supra*, no era, en el modo alguno, *rara avis*, el Estado, del que predicándose una posición neutral, mantenía relaciones comerciales

¹¹ Convenio V de la Haya relativo a los derechos y a los deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre de 1907. Regula de manera trasversal la neutralidad de los Estados, constando el instrumento de veinticinco artículos, divididos en cinco capítulos con los títulos: «Capítulo I De los Derechos y de los Deberes de las Potencias Neutrales»; «Capítulo II De los beligerantes internados y de los heridos atendidos en territorio neutral»; «Capítulo III De las personas neutrales»; «Capítulo IV Del material de los ferrocarriles» y «Capítulo V Disposiciones finales» [ref. de 29/11/2019]. Puede consultarse en: http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852386/Convenio_V_de_La_Haya_1907.pdf/f6d887f7-5270-43cd-8ad7-150142a0bbd7.

¹² Convenio XIII de la Haya, de 18 de octubre de 1907 relativo a los derechos y deberes de los neutrales en la guerra marítima [ref. de 25/11/2019]. Puede consultarse en: http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852386/Convencion_XIII_La_Haya.pdf/838bfe79-a95e-4582-8674-ae17880535f3.

¹³ El derecho internacional clásico, surgido en la Paz de Westfalia y consolidado entre 1815 y 1914, era un orden jurídico regulador de las relaciones de coexistencia y cooperación entre Estados soberanos, iguales e independientes, y que regía en el momento de la redacción de la Conferencia de Paz de la Haya de 1907. No es hasta después de la Gran Guerra, y más concretamente, a partir de 1945, cuando se empieza a hablar de derecho internacional contemporáneo. *Vid.* CARRILLO SALCEDO, J.A. «Derecho humanos y Derecho Internacional». *Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 22. 2000, pp. 69 a 91.

¹⁴ REUTER, P. *Derecho internacional público*. Bosch Casa Editorial S.A. 1987, p. 481.

¹⁵ SCHINDLER, D. *Aspects Contemporains de la neutralité*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (RCADI), vol. 121. 1967, p. 236.

con alguno de los beligerantes; era más bien un normal proceder respaldado por la práctica internacional del momento y en estrecha relación etiológica con el liberalismo económico del que ya se ha hablado.

Esta concepción clásica sufrió el primer embate con motivo de la Primera Guerra Mundial. Frente a un conflicto de dimensiones mundiales como lo fue la Gran Guerra, en el que en mayor o menor medida se vieron involucrados la mayoría de Estados, la neutralidad conceptualizada y acotada en la Conferencia de la Haya de 1907, se tornaba, insoslayablemente, ineficaz e insuficiente para dar respuesta a los retos que esta guerra planteaba, en el entendido que esa regulación, respondía a parámetros que ya no se encontraban vigentes en la comunidad internacional contemporánea a la Primera Guerra Mundial. A diferencia de anteriores conflictos armados que involucraban a un reducido número de Estados, la Gran Guerra se extendió de tal modo que el conjunto de Estados neutrales en este conflicto ya no gozó, como sí ocurría anteriormente, de una superioridad numérica que le permitiera imponer (o al menos preservar), a los beligerantes el respeto a su neutralidad. En definitiva, la realidad de la comunidad internacional en que se gestó la Conferencia de la Haya de 1907 no se correspondía ya con la de la segunda década del siglo xx.

No fue ya solamente la magnitud de esta nueva contienda mundial, sino también el avance de la técnica militar, que por abrir el camino a nuevos teatros de guerra¹⁶ como la guerra aérea o la submarina, pusieron de relieve la ineficacia y el desfase del texto de la Haya, ya que, sobre todo con el desarrollo de la aviación, resultaba difícil no verse implicado de una u otra manera en la contienda (por ejemplo, en los casos de sobrevuelo a través del espacio aéreo de Estados neutrales¹⁷). Fue esta una de las mayores trabas a la neutralidad, como demuestra el hecho de que, al inicio de la Primera Guerra Mundial, cuarenta Estados manifestaron su neutralidad, permaneciendo en este *status* tan solo seis al finalizar la guerra.

A estos avances que dificultan la pervivencia de las premisas que sustentaban la primigenia neutralidad se le suma un nuevo obstáculo: un nuevo planteamiento estratégico de los conflictos modernos, cuya finalidad es la guerra económica. De esta manera se postula como total un nuevo ob-

¹⁶ La PD0-000 *Glosario de términos militares* del Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra define el teatro de guerra (TG) como el «espacio físico que se ve afectado por un conflicto armado o guerra».

¹⁷ Sirva de ejemplo, aunque no tuviera lugar durante la Primera Guerra Mundial, sino durante la Segunda Guerra Mundial, el paso de aeronaves francesas sobre espacio aéreo español después de que España hubiera declarado su neutralidad en septiembre de 1939. *Vid.* MORCILLO ROSILLO, M. «Violación de la neutralidad de España durante la Segunda Guerra Mundial». *Estudios humanísticos. Historia* núm. 12. Universidad de León 2013, p. 293.

jetivo estratégico: la destrucción de la economía del oponente, acelerando, mediante la carestía de recursos y el hostigamiento económico su derrota. De esta manera, si en un principio, la clásica neutralidad permitía a los Estados neutrales mantener relaciones comerciales con los beligerantes, esta nueva premisa estratégica, impone la necesaria interdicción de esta prerrogativa de los Estados neutrales, por cuanto resulta incompatible y se opone frontalmente a esa pretendida obstaculización de las capacidades y al colapso económico del enemigo.

A pesar de que la preocupación por la guerra económica no surge hasta el siglo xx, no debe pasarse por alto que esta misma preocupación, si bien sin ser la razón capital que guió su redacción, se aprecia en la *Declaración de París* de 1856, ya referida anteriormente, justamente en su artículo segundo, donde se concreta que «el pabellón neutral cubre la mercancía enemiga, a excepción del contrabando de guerra», siendo esto no más que un intento burdo e insuficiente de dificultar el abastecimiento de armas sin proscribir la clásica libertad absoluta de comerciar, pero sin incluir en ese contrabando la prohibición de comerciar con precursores de estos mismos sistemas, haciendo a la postre, ineficaz dicha previsión.

2.B.1. *La neutralidad en el marco de la Sociedad de Naciones*

La necrosis definitiva y la inoperancia absoluta de la libertad de comercio propia de la primitiva concepción de la neutralidad, se hicieron patentes durante la Primera Guerra Mundial, cuando los beligerantes, en aras de una mayor efectividad de la guerra económica, restringieron hasta tal punto los objetos en las lista de contrabando, que a finales de la segunda década del siglo pasado, solo permanecían en las listas de artículos de posible comercialización aquellos relacionados con el ocio, la moda y el arte¹⁸, quedando fulminada y extinta, *de facto*, aquella clásica libertad comercial de la neutralidad.

Finalizada la Primera Guerra Mundial, con la instauración de la Sociedad de Naciones en 1919 y el fin del derecho internacional clásico, esta clásica visión de la neutralidad colisiona con la redacción del Pacto de Sociedad de Naciones (en adelante, SDN). Surgida después de la contienda, la redacción de este responde a una realidad distinta a la del periodo de preguerra de la Gran Guerra. Véase el artículo 11 del Pacto

¹⁸ ROUSSEAU, C. *Le Droit des Conflits Armés*. París: Pedone 1983, p. 471.

de Sociedad de Naciones¹⁹, donde «se declara expresamente que toda guerra o amenaza de guerra, afecte o no directamente a alguno de los miembros de la Liga, será considerada como un asunto que concierne a toda la Liga, debiendo la misma adoptar las medidas que se consideran adecuadas y eficaces para salvaguardar la paz de las naciones. En el caso de producirse tal emergencia, el Secretario General convocará inmediatamente, a pedido de cualquier miembro de la Liga, a una reunión del Consejo».

Una labor exegética del texto del precepto nos constriñe a pensar en la incompatibilidad del Pacto con el reconocimiento de la neutralidad. En este sentido, el artículo 11 preveía una suerte de sistema de seguridad colectiva, suponiendo para los Estados parte de la SDN, la asunción de una obligación de actuación frente a agresiones o amenazas sufridas por otros Estados que formaran parte del conglomerado de la SDN. A mi juicio, la asunción del sistema de seguridad colectiva por los Estados parte de la SDN, supone, si bien no *de iure*, en cuanto que no existe una expresa abrogación, sí una traba, *de facto*, a la efectividad y operatividad de la neutralidad²⁰. Se ha llegado a insinuar que, en los casos en que siendo inevitable la actuación en el marco de la seguridad colectiva por parte de los Estados de la SDN, una inacción o pasividad de estos ante la agresión o amenaza

¹⁹ Pacto de la Sociedad de Naciones de 1919. Puede consultarse en: <https://www.dipublico.org/3485/pacto-de-la-sociedad-de-naciones-1919/>.

²⁰ Sobre la posible convivencia pacífica del sistema de seguridad colectiva y de la neutralidad se pronunció el Consejo de la Sociedad de Naciones con motivo del ingreso de la Confederación Helvética en su Declaración de 13 de febrero de 1920, en la que, sobre este particular, precisaba que: «el Consejo de la Sociedad de Naciones, afirmando el principio de que la noción de la neutralidad de los miembros de la Sociedad de Naciones no es compatible con este otro principio de que todos los miembros de la Sociedad tienen que actuar en común (...) reconoce que Suiza está en situación única (...). Suiza conservará su neutralidad militar, pero deberá asumir, en cambio, las obligaciones que incumben a los otros Estados miembros en cuanto a sanciones económicas y financieras. (...) la neutralidad perpetua de Suiza y la garantía de la inviolabilidad de su territorio (...) están justificadas por los intereses de la paz general y en consecuencia son compatibles con el Pacto». En cambio, la realidad será otra. Afirma BORRÁS RODRÍGUEZ, A., que «La importancia que ya entonces tenía la guerra económica demostró que la neutralización era incompatible, incluso, con las sanciones de tipo económico. En 1938, durante la guerra entre Italia y Etiopía, Suiza hizo una declaración en el sentido de que le era imposible mantener la obligación de participar en las sanciones económicas. El Consejo de la Sociedad de Naciones lo aceptó y resolvió, en 14 de mayo de 1948, dispensar a Suiza de participar en las eventuales sanciones económicas que fueran acordadas. De esta forma, Suiza volvió a su neutralización íntegra, pudiéndose ver su ya no completa participación en la obra de la Organización». BORRÁS RODRÍGUEZ, A. «La neutralización de Suiza y sus relaciones con la Comunidad Económica Europea». *Anuario español de derecho internacional*, núm. 2. 1975, p. 310.

de agresión amparada en la adopción de una posición neutral, no puede ser calificada, sino de inmoral²¹.

Los primeros brotes del sistema de seguridad colectiva al abrigo de la SDN, unido a los numerosos cambios sociopolíticos operados en el seno de la comunidad internacional, hacen del clásico derecho de la neutralidad un derecho inoperante, desfasado, y próximo a su ocaso, más propio de una realidad internacional decimonónica y de principios del siglo xx que de la realidad que se cernía sobre una Europa a las puertas de una nueva guerra mundial.

Este nuevo panorama internacional impone la adopción de una nueva configuración del sistema de neutralidad, cuya naturaleza permita una existencia conjunta con principios totalmente alejados de los anteriores. Frente al carácter limitado de las guerras y el anterior liberalismo económico que las regía, surgen otros principios o praxis internacionales como la interdicción del uso de la fuerza, el sistema de seguridad colectiva, la progresiva falta de declaración formal de las guerras, etc., que compelen insoslayablemente a este cambio.

2.B.2. *Modulaciones del tradicional concepto de neutralidad. Declive de la neutralidad clásica*

La ruptura de las bases de la clásica neutralidad ha supuesto el nacimiento de ciertas situaciones intermedias entre la neutralidad y la beligerancia, que se manifestaron con mayor claridad durante la Segunda Guerra Mundial, y se reafirmaron con el advenimiento de la Guerra Fría. La nueva realidad política, social e internacional parece acabar ya con la vigencia del viejo aforismo latino, invocado por GROCIO *inter pacem et bellum nihil est medium*²². Se habla así de un *state of intermediacy*²³, un «tercer estado intermedio entre la fuerza y la paz»; situaciones intermedias que generan una gran imprecisión en la conceptualización de la guerra²⁴.

²¹ SERENI, A.P. *Diritto Internazionale*. Vol. IV. Milán: Giuffré 1965, p. 209.

²² Cita de CICERÓN en la octava Filípica, citado por GROCIO, H. *De Iure belli ac pacis*. Libro III, Cap. 21 § 1.

²³ JESSUP, P.C. «Should International Law recognize an Intermediate status between peace and war?». *The American Journal of International Law*, vol. 48, núm. 1. 1954, pp. 98 a 103.

²⁴ RUMPF, H. «Zur Frage der Relativität des Kriegsbegriffs». *Archiv des Völkerrechts*. Tübingen: 1956, pp. 51 y ss. RUMPF pone de manifiesto la absoluta imprecisión y relatividad del concepto «guerra», derivando esta imprecisión en lo que él llama «casos intermedios» (Zwischenfälle).

Señala DÍEZ DE VELASCO²⁵ la posición adoptada por ciertos Estados antes de su efectiva participación en la contienda en relación con otros Estados que sí ostentaban la condición de beligerantes, posición que implicaba «cierta simpatía o benevolencia hacia uno o alguno de los contendientes»²⁶. De esta manera, con esa postura, se beneficiaba a unos, en perjuicio de otros. Sirva de ejemplo la ayuda prestada por Estados Unidos a Reino Unido, mediante la entrega de buques, actuación que está lejos de dispensar un igual trato a todos los contendientes como exige una correcta observancia de las normas de la neutralidad²⁷. Esta posición de favorecimiento, aunque lejos de una actitud beligerante en la contienda, no puede calificarse como una plena neutralidad en el conflicto. Es pues, lo que ha venido a denominarse por la doctrina como una «neutralidad calificada»²⁸.

Frente a estas posturas neutrales calificadas, se adoptaron también posiciones de «no beligerancia», como las que adoptaron Italia, con anterioridad a su participación en la Segunda Guerra Mundial, Turquía, o incluso España, cuya postura oficial fue cambiando como consecuencia del devenir de la guerra, y que, a grandes rasgos, pretendían abstraerse de la contienda soslayando a su vez las normas sobre el derecho de la neutralidad, abstracción esta, no exenta de críticas por parte de la doctrina internacionalista²⁹.

²⁵ DÍEZ DE VELASCO, M. *Op. cit.*, p. 585.

²⁶ PASTOR RIDRUEJO, J.A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 18.^a edición. Madrid: Tecnos 2014, p. 662.

²⁷ Estados Unidos, antes de que con ocasión del ataque a Pearl Harbour, entrara en guerra, adoptó, en relación a Reino Unido, siendo este ya parte en la Segunda Guerra Mundial, una actitud favorecedora. Sirva de ejemplo el acuerdo de 2 de septiembre de 1940, conocido como *Destroyers for Bases agreement*, por el que se suministraron a R.U. 50 destructores a la Marina Real Británica, o la Ley de Préstamo y Arriendo (*Lend-Lease*) un año más tarde, por el que se inició el suministro de material de guerra, petróleo y alimentos.

²⁸ El término ha sido empleado, entre otros, por KELSEN, H. *Collective Security under International Law*. (International Law Studies, U.S Naval War College, 1954. Vol. XLIX). U.S. Government Printing Office 1957, citado en INFANTE CAFFI, M.T. «Regímenes jurídicos de neutralidad», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13. 1986, p. 166. Esta neutralidad calificada viene amparada por lo dispuesto en el artículo 48 de la Carta de Naciones Unidas, que permite que los Estados miembros puedan verse solamente obligados a adoptar para con el agresor mediadas de carácter económico.

²⁹ Señalaba MIELE que «La noción de no beligerancia –se ha dicho– indica, como revela la propia formulación a contrariis del concepto, que se limita a negar la participación en el conflicto, una mera posición de hecho, que no se haya sometida a otras reglas jurídicas distintas del derecho común, rechazando especialmente toda cualificación susceptible de restringir la libertad del tercer Estado». Niega pues la posibilidad de un fuero especial, distinto del derecho común, que ampare una posición de no beligerancia y que soslaye o permita una preterición de las normas sobre neutralidad. MIELE, A. *L'estraneità ai conflitti armati secondo il Diritto internazionale*, Vol. 2. Padua: Cedam 1970, p. 469, citado en, DÍEZ DE VELASCO, M. *Op. cit.*, p. 585.

Este paulatino desmoronamiento de los principios rectores de la clásica neutralidad da como fruto estas variantes de la neutralidad, situaciones intermedias entre la paz y la guerra. Opina FRAGA IRIBARNE³⁰ que «(la neutralidad) ha perdido, en primer lugar, su unidad, con la aparición de las neutralidades diferenciales. Como decía René Casin (...), “se pueden distinguir casi tantas clases de neutralidad, (como) Estados hay neutrales”. El término mismo desaparece, sustituido por el de no-beligerancia».

2.B.3. La neutralidad y el deber de colaboración. La ONU

Finalizada la contienda y severamente damnificada la institución de la neutralidad por los términos en que se expresó el Pacto de SDN (creando una primitiva seguridad colectiva en su artículo 11), el sistema de seguridad colectiva consagrado en la Carta de Naciones Unidas, parece ahondar en la restricción a la neutralidad ya iniciada en el anterior texto. Así, consagrando en el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas el principio de prohibición del recurso a la amenaza o uso de la fuerza, se profundiza en el mismo, previendo, en el capítulo VII un sistema de seguridad colectiva que exige a los Estados la colaboración con el Consejo de Seguridad en supuestos de agresión a otros Estados (artículo 43.1)³¹, ampliándose dicha previsión con el principio previsto en el artículo 2.5 de la Carta de Naciones Unidas³², de tal manera que la neutralidad, que se manifestaría como la posibilidad de inacción en estos supuestos, devendría una posición reprobable y execrable en la comunidad internacional, no ya solo moralmente, sino jurídicamente, por comportar un manifiesto incumplimiento de los deberes inherentes a la condición de miembro de la ONU. En definitiva, consagran los artículos 2.5 y 43.1 un deber de ayuda que parece poner fin a la institución de la neutralidad, al menos, tal como se preveía en el derecho internacional clásico, que permitía un amplio margen de actuación, sobre

³⁰ FRAGA IRIBARNE. M. «Guerra y paz. Nuevos problemas del concepto de neutralidad». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.10, núm. 3. 1957, pp. 433 y 434.

³¹ El artículo 43.1 de la Carta de Naciones Unidas señala que «Todos los Miembros de las Naciones Unidas, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando este lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales».

³² Artículo 2.5 de la Carta de Naciones Unidas: «los Miembros de la Organización (de prestar) a esta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva».

todo económico, a los Estados.³³ De esta manera, a diferencia del Pacto de la Sociedad de Naciones, que sí permitía la posibilidad de adoptar una posición permanente de neutralidad, como lo hiciera Suiza³⁴, la Carta de Naciones Unidas, proscribió esta posibilidad³⁵.

Las primeras interpretaciones³⁶ de los preceptos contenidos en la Carta parecían conducir a la negación de la pacífica convivencia entre los princi-

³³ Estas trabas al clásico concepto de neutralidad, se dejaron entrever ya en la redacción del Pacto de la Sociedad de Naciones, no solo en el artículo 11, ya referido, con motivo del establecimiento de un primigenio y poco concreto sistema de seguridad colectiva, sino también en el artículo 16, que colocaba a terceros Estados, en los supuestos de guerra o agresión en violación de las disposiciones del Pacto, en la obligación de colaborar, incompatible esta posición con la neutralidad clásica. El artículo 16.1 señalaba que: «Si un miembro de la sociedad recurre a la guerra, contrariamente a los compromisos contraídos en los artículos 12, 13 o 15, es *ipso facto* considerado como habiendo cometido un acto de guerra contra todos los demás miembros de la sociedad. Estos se comprometen a romper inmediatamente con él todas las relaciones comerciales o financieras, a prohibir todas las relaciones entre sus nacionales y los del Estado en ruptura del Pacto y a hacer cesar todas las comunicaciones financieras, comerciales o personales entre los nacionales de este Estado y los de cualquier otro Estado, miembro o no de la sociedad»; y en el 16.2: «En este caso, el consejo tiene el deber de recomendar a los diversos gobiernos interesados los efectivos militares, navales o aéreos con los cuales los miembros de la sociedad contribuirán respectivamente a las fuerzas armadas destinadas a hacer respetar los compromisos de la sociedad». Este deber de ayuda o colaboración no se circunscribía a obligaciones de hacer, mediante colaboraciones *manu militari*, sino que se ampliaba a obligaciones de no hacer, referidas en concreto al cese de actividades económicas con el Estado transgresor. En este sentido, el artículo 16.3 señala «Los miembros de la sociedad convienen, además, en prestarse mutuo apoyo en la aplicación de las medidas económicas y financieras a adoptarse en virtud del presente artículo a fin de reducir al minimum las pérdidas y los inconvenientes que de ellas pudieran resultar. Se prestarán igualmente mutuo apoyo para resistir a toda medida especial dirigida contra uno de ellos por el Estado en ruptura de pacto. Adoptarán las disposiciones necesarias para facilitar el tránsito a través de su territorio, de las fuerzas de todo miembro de la sociedad que participe en una acción común para hacer respetar los compromisos de la sociedad».

El compromiso de no recurrir a la guerra, consagrado en el Pacto Briand-Kellogg de 1928, alteró, aunque de manera mediata, la institución objeto de estudio, en el bien entendido que, aunque no se instauró un mecanismo de seguridad y respuesta colectivas, sí preveía la posibilidad de adoptar represalias contra el Estado beligerante ilegal, desembocando estas premisas en manifestaciones concretas de la denominada «neutralidad calificada», en tanto permitía, mediante esas medidas, un trato discriminatorio ínsito en este tipo de neutralidad. OPPENHEIM, L. y LAUTERPACHT, H. *International Law. A treatise*. Vol. II. Londres: 1944, p. 507, citado en PASTOR RIDRUEJO, J.A. *Op. cit.*, p. 663.

³⁴ La neutralidad permanente adoptada por Suiza se justificó con base en los intereses de la paz general en Declaración de Londres formulada por el Consejo de la Sociedad de las Naciones el 13 de febrero de 1920. DOLLOT, R. «Essai sur la Neutralité Permanent». *RCADI*, núm. 67. 1939, p. 31.

³⁵ VERDROSS, A. *Derecho internacional público*. 4ª edición. Madrid: Aguilar 1963, pp. 474 y 475, citado en RAMELLA, P.A. «Los principios del derecho internacional público a través de la Carta de las Naciones Unidas». *Revista de Política Internacional*, núm. 93. 1967, p. 73.

³⁶ POLITIS, N. *La Neutralité et la Paix*. Paris: Hachette 1935, y PÉREZ MONTERO, J. *La neutralidad en el presente. La guerra moderna*. Universidad de Zaragoza 1958, pp. 217 y 218.

pios consagrados en la misma y de la neutralidad. En esta línea se expresaba JIMÉNEZ DE ARECHAGA, afirmando que «al desaparecer el derecho ilimitado de guerra, tiene que desaparecer consiguientemente la concepción clásica de neutralidad, que es su corolario; si la agresión y la guerra configuran un delito, los demás Estados no pueden ya legítimamente asumir una posición de neutralidad en cada conflicto, tal como en la esfera interna no se concibe una postura neutral entre el delincuente y la autoridad (...) Por esto, la seguridad colectiva ha sido definida como aquel sistema en el que los miembros han renunciado mutuamente a la neutralidad»³⁷.

Esta inicial consideración se tornó más laxa, aceptándose más tarde la posible convivencia entre los principios de la Carta y no ya una neutralidad, entendida en el sentido amplio del término, sino más bien, una *no beligerancia*³⁸. A pesar del tiempo transcurrido desde la redacción de la Carta, la incertidumbre sobre la compatibilidad del cumplimiento de las obligaciones de la Carta y la neutralidad, siguen vigentes. Lo que sí resulta claro es que, constatada por el Consejo de Seguridad una agresión o un quebrantamiento de la paz, los Estados miembros de Naciones Unidas no pueden evadir discrecionalmente su deber de colaboración, que incluso puede llegar a suponer la adopción de medidas militares.

En definitiva, puede afirmarse, que el escaso desarrollo del sistema de seguridad colectiva previsto en la Carta (como demuestra la falta de conclusión de acuerdos a los que se refiere el artículo 43 y ss., la no constitución del Comité de Estado Mayor que prevé la Carta para la adopción de las medidas referidas en el artículo 42 de la misma) y su cuestionable eficacia, han permitido, con las necesarias adaptaciones por razón de la nueva realidad internacional y por las nuevas formas de hacer la guerra, la pervivencia de la neutralidad hasta nuestros días.

3. CONCEPTO ACTUAL DE NEUTRALIDAD, MARCO JURÍDICO Y CARACTERÍSTICAS DE LA NEUTRALIDAD MARITIMA

Llegados a este punto, y expuesta la transformación del concepto de neutralidad, forzada por los cambios jurídicos y sociales operados en la comunidad internacional y por el tránsito definitivo del derecho internacional clásico al contemporáneo después de la Segunda Guerra Mundial, la

³⁷ JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E. *Derecho constitucional de las Naciones Unidas: Comentario teórico-práctico de la Carta*. Escuela de Funcionarios Internacionales 1958, p. 55.

³⁸ ARROYO LARA, E. *La no beligerancia. Análisis jurídico*. Universidad de La Laguna(1982, pp. 302 y ss.

actual neutralidad puede definirse como «la situación jurídica de un Estado que no participa en un conflicto armado determinado, y consecuentemente, como el régimen jurídico por el cual se rigen las relaciones entre tal neutral y los Estados beligerantes»³⁹.

Debemos precisar que la neutralidad, como ya se ha referido con anterioridad, solo existe en relación con la guerra, siendo esta un requisito *sine que non* para la existencia del régimen de neutralidad. Un Estado no puede ser neutral, sino en tiempo de guerra. Guerras que inicialmente circunscritas al campo terrestre y marítimo, ampliaron sus escenarios al medio aéreo y subacuático, como consecuencia del desarrollo tecnológico de los sistemas de armas. Pues bien, si la neutralidad solo puede existir cuando lo hace simultáneamente con la guerra, irrestrictamente existirán tantas variantes de neutralidad como escenarios posibles de un conflicto haya. Es decir, frente a un conflicto naval, habrá una neutralidad marítima, con especificidades propias del teatro donde se desarrolla la contienda.

El estudio de la neutralidad marítima parte en la actualidad de un marco normativo delimitado por el *V Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907, relativo a los derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en caso de guerra terrestre*, el *XIII Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907, relativo a los derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima*, la *Declaración relativa al derecho de la guerra marítima (London Declaration) de 26 de febrero de 1909*⁴⁰, sin obviar ciertos preceptos contenidos en instrumentos internacionales, y que refiriéndose a la institución de la neutralidad en sentido lato, son de aplicación analógica a las contiendas navales, y por tanto, a la neutralidad en el mar. Más recientemente han surgido textos en que, aun de soslayo, se ha tratado la neutralidad en el contexto de la guerra naval, como el *Manual de San Remo de 1994 sobre el derecho internacional aplicable a los*

³⁹ *MANUAL DE DERECHO DEL MAR*, Volumen II, Parte Especial «El Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados en la mar». Ministerio de Defensa 2016, p. 145.

⁴⁰ La Declaración Naval de Londres de 26 de febrero de 1909 relativa al derecho de la guerra marítima, no ha sido ratificada por España. Sin embargo, sus normas son hoy aplicables en los conflictos armados en la mar como integrantes de la costumbre internacional. En este sentido, véase RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J.L. «La Gran Guerra en la mar y las violaciones del derecho de la guerra marítima». (Ejemplar dedicado a: primer centenario del inicio de la Primera Guerra Mundial. Perspectiva naval del conflicto). *Revista General de Marina*, vol. 267. 2014, p. 330. [Ref. de 29/11/2019]. El texto íntegro de la Declaración Naval de Londres de 1909 puede consultarse en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdm3a.htm>.

conflictos armados en el mar, que, sin tener carácter vinculante⁴¹, y con una vocación meramente doctrinal, marca la hoja de ruta en la exégesis de la plétora de normas positivas y consuetudinarias que a día de hoy conforman los usos de la guerra en el marco de la neutralidad marítima. Mención especial merecen también el manual titulado *United States Commander's Handbook on the Law of Naval Operations (NWP 9A)*, manual de los Estados Unidos sobre el derecho relativo a las operaciones navales, así como el manual alemán *Law of Armed Conflicts, Joint Service Regulation, ZDv 15/2*⁴²

En gran medida, los principios informadores de la clásica neutralidad siguen vigentes (de hecho, la práctica totalidad del derecho positivo de la neutralidad forma parte del derecho internacional clásico), si bien, con las transformaciones exigidas por la nueva realidad de este momento. Así, sigue siendo capital, en la conformación de la neutralidad actual, el principio de *imparcialidad e igual trato*, presente en el artículo 9 de la XIII Convención, atemperado por el *derecho de visita*⁴³ de los buques de guerra sobre los buques mercantes neutrales, contemplándose sin perjuicio de la libertad económica de los Estados en tiempo de guerra⁴⁴, ciertas disposiciones limitativas del suministro y comercio de los Estados neutrales de buques de guerra (Convención XIII, artículo 6).

⁴¹ Durante su redacción, se pretendió que el Manual que resultara contuviera «prouestas innovadoras para un desarrollo progresivo del derecho. Sin embargo, aunque en el Manual se incluyeron disposiciones de esta índole, la mayoría de ellas era expresión de lo que, según los participantes, es el derecho actual. Por ello, en muchos aspectos, el Manual de San Remo está concebido, deliberadamente, para ser un equivalente moderno del *Oxford Manual* de 1913». *Vid.* DOSWALD-BECK, L. «El Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 20. 1995. Issue 132. El Manual de San Remo de 1994 puede consultarse en: <http://iihl.org/wp-content/uploads/2018/04/ROE-HANDBOOK-SPANISH-16-05-2011PRINT-OFF.pdf> (visitado el 23/11(2019)).

⁴² El Manual alemán dedica el capítulo XII a la regulación del derecho de la neutralidad en los conflictos armados. [Ref. de 10/10/2019]. Recurso electrónico: <https://www.bmvg.de/resource/blob/16630/ae27428ce99dfa6bbd8897c269e7d214/b-02-02-10-download-manual-law-of-armed-conflict-data.pdf>.

⁴³ El Manual de San Remo de 1994 establece la regla general acerca de la visita, señalando en el artículo 118 que «en el ejercicio de sus derechos legales durante un conflicto armado internacional en el mar, los buques de guerra y las aeronaves militares de los beligerantes tienen derecho a visitar y registrar naves mercantes fuera de las aguas neutrales cuando haya motivos razonables para sospechar que pueden ser capturadas».

⁴⁴ Se trata de una libertad económica entendida en un sentido más restringido que la antigua libertad clásica, como ya se ha referido anteriormente. Así, frente a la antigua y extensa libertad económica en la neutralidad, la actual libertad económica no permite las transacciones mercantiles que puedan ser consideradas contrabando de guerra, asistencia hostil, o ruptura del bloqueo.

4. CONCLUSIONES

Como ya se hizo referencia al inicio de este artículo, la neutralidad necesita de la beligerancia, en definitiva, de la guerra, para su existencia. No se puede hablar de neutralidad sino en tiempo de guerra.

Ahora bien, de igual manera que la guerra ha experimentado cambios en su naturaleza debido al desarrollo tecnológico y de los valores que inspiran la sociedad internacional, la neutralidad ha sufrido también, inexorablemente, un cambio simultáneo y paralelo al experimentado por aquella. Esta íntima conexión de la neutralidad con la guerra hace que operen cambios en ella conforme a las mutaciones y variaciones experimentadas por la guerra tanto en su concepto, como en la conducción de hostilidades, legitimación, etc., haciendo del concepto de la neutralidad, un concepto eminentemente histórico y cambiante.

Pues bien, en los primeros momentos de la sociedad internacional, en que el derecho a la guerra se contemplaba como un instrumento de la política internacional, expresándose como un *ius ad bellum* de los Estados ilimitado y *erga omnes*, la neutralidad, participaba, por mor de esa íntima conexión, de esa misma naturaleza, siendo por tanto, una neutralidad laxa, amoldada en última instancia a la voluntad del Estado neutral. El régimen jurídico de la neutralidad, se materializaba en unas posibilidades de actuación *cuasi* ilimitadas de los Estados, inspiradas en los superiores intereses económicos y políticos de los Estados sin que mediara ningún tipo de restricción o prohibición en cuanto a su actuación y sin más exigencia, *grosso modo*, para mantener el estatus de neutral, que el de no tomar parte formalmente como beligerante en la contienda en curso.

La limitación de este derecho absoluto de los Estados a hacer la guerra trajo consigo ciertas restricciones en cuanto a las actuaciones de los neutrales, en concreto, relativas al comercio, claramente influidas por el liberalismo económico que empezó a inspirar las relaciones internacionales de los siglos XIX y primera mitad del siglo XX. Es en este periodo cuando se compilan los usos de la guerra que hasta entonces solo regían por vía consuetudinaria. Véase, *verbi gracia*, los convenios V y XIII, a los que nos hemos referido anteriormente.

Desde estos instrumentos internacionales, salvando las aportaciones doctrinales sobre la neutralidad (*Manual de Oxford sobre las leyes de la guerra marítima en las relaciones entre beligerantes, aprobado por el Instituto de Derecho Internacional el 9 de agosto de 1913*⁴⁵), no se ha vuelto

⁴⁵ El Manual de Oxford de 9 de agosto de 1913 sobre las leyes de la guerra marítima en las relaciones entre los beligerantes puede consultarse en: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/265?OpenDocument> [ref. de 29/11/2019].

a actualizar el catálogo de normas reguladoras del estatuto jurídico de la neutralidad.

Bien entrado el siglo XXI, siguen rigiendo los preceptos recogidos en estos dos convenios, matizados en su aplicación por la obra doctrinal de San Remo de 1994. Esta falta de regulación, o incluso de pertinencia y efectividad en los momentos actuales, de la neutralidad, parece provenir, de manera indefectible, de la paulatina desaparición del panorama internacional de las declaraciones de guerra, instrumentos que, inequívocamente provocaban *ipso iure*, la generación de un estado de guerra entre dos bloques enfrentados y la aplicación del *ius in bello* en la conducción de las hostilidades.

Esta tendencia a la no declaración de la guerra ha supuesto cambios incluso a nivel semántico; ya no hablamos de guerra sino de conflicto armado, en el entendido que la guerra, solo lo es si se declara formalmente. Habiéndose afirmado que sin guerra no hay neutralidad, la falta de declaraciones de guerra, ¿qué consecuencias trae para la clásica neutralidad?

Parece un ingenuo ejercicio de voluntarismo afirmar que la neutralidad del siglo XXI comprende los mismos derechos y obligaciones que la neutralidad del siglo XIX. Estas mutaciones en el modo de hacer la guerra, la ausencia de declaraciones, la fragmentación de los conflictos en bloques que aúnan a gran cantidad de países, la incapacidad de los neutrales de hacer valer su estatus con posterioridad a la Primera Guerra Mundial (al conformar los neutrales una minoría frente a los beligerantes), han dado lugar a posiciones intermedias de neutralidad, como la no beligerancia o la neutralidad calificada. Hasta tal punto parece haber cambiado la naturaleza de la neutralidad que incluso, en ocasiones, se ha hablado de neutralidad tan solo en tiempos de paz, y de *no beligerancia*, como concepto más oportuno, para tiempos de guerra.

A mi juicio, parece más correcto afirmar que la sustitución de la clásica neutralidad se ha hecho por el término *no beligerancia*, y no por *neutralidad calificada* que se definió anteriormente. Esta última, en tanto supone un favorecimiento a alguno de los contendientes, quebranta, a mi modo de ver, el más elemental principio de la neutralidad, el de imparcialidad, haciendo imposible concebir esta como una *modalidad de neutralidad*; podría ser más bien una beligerancia *velada*, o incluso una *beligerancia calificada*.

Entiendo que, siendo la abstención y la imparcialidad elementos sin los cuales no hay neutralidad, difícilmente estas modulaciones, al no respetar estos principios, pueden ser consideradas *modalidades de neutralidad*; en todo caso serían *modalidades de beligerancia*. En consecuencia, y sirvien-

do de ejemplo, parece imposible concebir que la intervención que España hiciera en calidad de «no beligerante» en la Segunda Guerra Mundial a través de fuerzas divisionarias no adscritas orgánicamente a las Fuerzas Armadas (División Azul), en claro apoyo a Alemania, pueda considerarse como una *intervención neutral*, habida cuenta de que no solo cualquier intervención militar ya es *per se* atentatoria del principio de abstención y de igual trato que ha de regir la neutralidad, sino también porque, de manera manifiesta, la actuación militar española supuso un claro favorecimiento a Alemania en el frente ruso.

Sin embargo, quizás el mayor golpe recibido por la neutralidad haya sido el surgimiento en la comunidad internacional del sistema de seguridad colectiva.

A este respecto, parece difícil conjugar este principio que impone a los miembros de la OOI (la ONU) la actuación contra el agresor, cualquiera que sea el agredido, con la premisa básica de abstenerse de intervenir, propia de la clásica neutralidad. Es por esta razón, que la *no beligerancia*, parece más acorde con el actual panorama jurídico internacional.

Por último, el cambio operado en el concepto de guerra (o conflicto armado) hace que la regulación actual de la neutralidad se presente desfasada e inoperante, incapaz de dar respuesta a los actuales desafíos que plantean las contiendas.

Claro está que en 1907, fecha de la redacción de los principales instrumentos sobre neutralidad (Convenios de La Haya), aún no podía atisbarse la globalización a que se veía abocada la sociedad. Una globalización, como se señaló al principio de este artículo, que operaba a través de vías tales como la comunicación, la economía, la cultura, la ideología, la ciencia, y que han servido para canalizar la coerción que los Estados ejercen o pretenden ejercer sobre otros en situaciones de conflicto mediante el llamado *poder blando*. La neutralidad en el uso de estas vías, es algo carente de regulación, en parte, y realizado un sencillo análisis prospectivo de la situación actual, por la propia tendencia de la neutralidad a su desaparición, consecuencia de la ya referida globalización y desarrollo del sistema de seguridad colectiva.

La neutralidad es una postura difícilmente conjugable con la actual realidad social e internacional, y fácilmente reprochable a la luz del actual ordenamiento jurídico internacional. Es en definitiva una institución propia del derecho internacional clásico que pretende pervivir, con escaso éxito, en la actualidad.

DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz

Letrado mayor del Consejo de Estado

SUMARIO

1. Responsabilidad patrimonial, expropiación forzosa y mejor de condiciones de los servicios públicos. 2. La recuperación de buques en las zonas portuarias

1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, EXPROPIACIÓN FORZOSA Y MEJORA DE CONDICIONES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Durante el año 2020 y lo que va de 2021, han sido numerosos los expedientes relativos a reclamaciones de indemnizaciones de daños y perjuicios examinados por el Consejo de Estado. Dos cuestiones se han suscitado en variadas ocasiones: la relativa al deslinde los cauces a emplear según se trate de solicitudes que traigan causa de procedimientos expropiatorios o de responsabilidad patrimonial, de una parte, y la atinente a la mejora de las condiciones del servicio prestado y su incidencia en la apreciación de antijuridicidad del daño.

El Consejo ha mantenido de manera constante y reiterada la doctrina según la cual no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tienen

otra vía procedimental específica para su exigencia y satisfacción. Ello es debido a la configuración legal del instituto jurídico de la responsabilidad objetiva de la Administración como una vía de resarcimiento general, solo utilizable a falta de otra de índole específica, de cuya naturaleza se deriva, como ya afirmara el dictamen núm. 54.319, de 5 de diciembre de 1990, que «no pueda ser conceptuado e interpretado como instituto de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria».

Conforme con tal doctrina, el Consejo de Estado ha dicho reiteradamente que no es procedente acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando los pretendidos efectos lesivos se originan con ocasión de la expropiación de una finca en el seno del procedimiento instituido por la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (dictámenes del Consejo de Estado números 46.040, de 24 de mayo de 1984; 48.675, de 20 de febrero de 1986; 48.115, de 2 de abril de 1986; 549/96, de 16 de mayo; 1.480/97, de 29 de mayo; 1.275/98, de 2 de abril; 2.981/98, de 16 de julio; 3.059/98, de 15 de octubre, 584/2011, de 2 de junio, 4/2020, de 30 de enero; 166/2020, de 2 de julio; 168/2020, de 21 de mayo y 1007/2019, de 2 de julio).

Este criterio se ha visto ratificado en el ejercicio de la labor consultiva durante 2020. Cualquier reclamación que se pretenda hacer valer por el afectado por una expropiación con base en los daños y perjuicios derivados de la expropiación y la determinación del justiprecio, debe ser planteada y, consiguientemente, debidamente evaluada en el seno del correspondiente expediente expropiatorio, de tal suerte que, frente a la resolución del jurado provincial de expropiación, el expropiado puede hacer valer la correspondiente impugnación, ora en vía administrativa, ora en vía jurisdiccional (dictámenes 166/2020, de 2 de julio, 168/2020, de 21 de mayo; 1074/2019, de 30 de enero y 4/2020, de 30 de enero).

Anudando con lo dicho, se ha rechazado que los eventuales daños derivados de una expropiación no tenidos en cuenta en el expediente expropiatorio puedan ser reclamados por la vía de la responsabilidad patrimonial. Así, en el citado dictamen 4/2020, de 30 de enero, se afirmó con rotundidad que todos aquellos daños que sean consecuencia directa e inevitable de la expropiación en sí misma considerada deben entenderse compensados económicamente mediante el justiprecio, fijado por mutuo acuerdo o contradictoriamente en el propio expediente expropiatorio. No cabe, por consiguiente, volver a cuestionarlos en un nuevo expediente por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Cabe sin embargo acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial en algunas ocasiones particulares aun cuando exista una última conexión

entre el daño sufrido y la expropiación. En efecto, puede seguirse aquella vía cuando se irrogan a los interesados daños y perjuicios independientes o desconocidos en el momento en que se llevó a efecto la expropiación, de ahí que no fueran debidamente evaluados en la pieza de justiprecio correspondiente (dictamen 166/2020, de 2 de julio). Y también en los casos de desistimiento de las expropiaciones por parte de la Administración o, en fin, de reclamaciones de daños por ocupaciones materiales –temporales– de terrenos habidas con ocasión de la ejecución de las obras públicas, cuando los expedientes expropiatorios están concluidos y no existen créditos presupuestarios con que afrontar el pago de los justiprecios o de la indemnizaciones procedentes.

Ahora bien, quedan fuera en todo caso de la posibilidad de encauzarse a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial los supuestos de ocupaciones materiales permanentes de terrenos con ocasión de ejecución de las obras públicas. La razón de ello hay que encontrarla en un hecho impositivo absoluto. A través de la responsabilidad patrimonial, la Administración compensa un daño pero no adquiere la titularidad de los terrenos ocupados. Para hacerlo es preciso acudir al instituto de la expropiación forzosa, pues solo esta permite a la Administración adquirirla y tener acceso al Registro de la Propiedad para la inscripción a su favor. Así las cosas, en los supuestos en que la Administración, por la vía de hecho, ha ocupado unos terrenos que no han sido objeto de expropiación, quedando incorporados a la obra pública, la compensación económica a su titular ha de hacerse siempre a través del instituto expropiatorio pues es el único que transfiere la propiedad a la Administración.

Otra cuestión que se ha suscitado con ocasión del despacho de los asuntos es la relativa a la incidencia de las mejoras en las condiciones del servicio público como criterio acreditativo, bien de la antijuridicidad del daño, bien del anormal funcionamiento de aquél.

En efecto, no han sido pocos los casos en que los reclamantes han señalado que las modificaciones introducidas en las obras públicas o en sus elementos de seguridad y el cambio de las circunstancias a resultas de las mejoras o innovaciones técnicas acreditaban el anormal funcionamiento de los servicios públicos o la antijuridicidad del daño sufrido.

El Consejo ha señalado en tal sentido que la antijuridicidad del daño no puede inferirse ni de que, con el transcurso de los años, las condiciones técnicas hayan evolucionado, ni de que se hayan introducido mejoras en los servicios públicos.

La cuestión se planteó especialmente en dos tipos de asuntos. En unos, la Administración había denegado en su momento diversas licencias de edifi-

cación por incidir las construcciones en los sistemas de control y navegación ferroviaria y aérea. Luego, pasados los años, las concedió al haber evolucionado la técnica de dichos sistemas de manera que las edificaciones dejaron de tener incidencia en la seguridad de las operaciones. Los afectados formularon sus reclamaciones alegando que el posterior otorgamiento evidenciaba la antijuridicidad de las primeras denegaciones (dictámenes 166/2020, de 2 de julio y 168/2020, de 21 de mayo). En otro tipo de asuntos, los reclamantes –que habían sufrido un daño a consecuencia de colisiones con pretilos de las carreteras– adujeron en sus solicitudes que el anormal funcionamiento del servicio se evidenciaba por el hecho de que la Administración hubiera mejorado o sustituido dichos pretilos por otros menos lesivos para los accidentados (dictamen 547/2020, de 12 de noviembre).

El Consejo rechazó tal interpretación y afirmó con rotundidad que, conforme a las reglas del derecho sustantivo, es principio rector de nuestro derecho sustantivo –en consonancia con lo establecido en el artículo 7 de la Directiva 85/374/CEE– que una conducta, producto, servicio u obra no puede ser considerado defectuoso o antijurídico por el solo hecho de que sea objeto de ulterior mejora o perfeccionamiento. Y, de otro lado, según nuestro derecho procesal dicha mejora no implica en modo alguno la acreditación de una situación antijurídica previa. Y es que, cuando se adoptan medidas que hacen una situación menos gravosa a resultas de la evolución de la técnica, dichas medidas no son admisibles como prueba de culpa o negligencia, defecto del producto o del funcionamiento del servicio (la denominada *development risk clause* acogida por el derecho de la Unión Europea).

2. LA RECUPERACIÓN DE BUQUES EN LAS ZONAS PORTUARIAS

Dos expedientes han suscitado algunas cuestiones interesantes sobre el régimen jurídico de las extracciones marítimas en lo que toca a las relaciones entre la normativa portuaria y la de navegación y a ciertos aspectos referentes a los buques propiedad del Estado. El primero tenía por objeto el proyecto de real decreto sobre extracciones marítimas –aprobado luego por el 271/2020, de 18 de febrero– en el que recayó el dictamen número 800/2019, emitido por el Pleno del Consejo de Estado el 28 de noviembre de 2019. El segundo fue el expediente relativo al procedimiento de revisión de oficio iniciado por la Autoridad Portuaria de Las Palmas en relación con la Resolución del presidente de dicha Autoridad de 19 de enero de 2018, de enajenación mediante adjudicación directa a la entidad Recuperadora

de Lanzarote, S.L.U., de los restos del buque «Telamon» (Dictamen núm. 969/2019/829/2019, de 23 de enero de 2020).

Las consideraciones más relevantes del último dictamen citado dicen:

«I. En lo tocante al fondo del asunto, el objeto de la consulta consiste en determinar si procede declarar la nulidad de pleno derecho y revisar de oficio la resolución de 19 de enero de 2018 del presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas sobre enajenación mediante adjudicación directa a favor de Recuperadora de Lanzarote, S.L.U. de los restos del buque “Telamon”. Dicha resolución prevé que “la enajenación tendrá por finalidad la remoción y desguace de los restos del buque (artículo 304.2 TRLPEMM) al amparo de la autorización de ocupación de espacio de agua que se encuentra en tramitación a solicitud de la adquirente (ref. AUT-0109) y en las condiciones y términos establecidos en dicho título”.

»Concurre en la articulación jurídica de la operación de remoción una posterior resolución, también del presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, de 25 de enero de 2018, por la que se autorizaba a Recuperadora de Lanzarote, S.L.U. para la ocupación de 2.088 metros cuadrados de superficie de agua, situada en la zona de aguas II (área funcional 12) del Puerto de Arrecife, con el fin de llevar a cabo las labores de remoción y desguace de los restos del buque “Telamon” y la gestión adecuada de los residuos generados. Esa autorización se otorgó por el plazo de un año a contar desde su notificación, por lo que a fecha actual ha vencido su plazo. Además, no consta que se concediera la ampliación o suspensión de dicho plazo solicitada por la interesada el 4 de julio de 2018 tras habersele requerido para que presentara la documentación que tenía pendiente (el preceptivo informe de la Capitanía Marítima y la evaluación de impacto ambiental simplificada).

»Así pues, la única resolución del presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas relativa al caso subsistente es la primera dictada, la relativa a la enajenación, y esta es la que se pretende eliminar de la realidad jurídica al considerarse que ha incurrido en vicio de nulidad absoluta al haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente.

»La causa de nulidad de pleno derecho en la que se ha basado el procedimiento de revisión de oficio en trámite es la prevista en el párrafo b) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, es decir, la relativa a actos “dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”.

»En concreto, el informe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado y la propuesta de resolución justifican la concurrencia de dicha causa de nulidad en el diferente régimen jurídico aplicable a la remoción y a la extracción de los buques naufragados.

»La extracción y la remoción portuaria son dos modalidades de la denominada recuperación de restos. Esta tiene por objeto el rescate del buque y de los bienes cargados cuando el riesgo de mar se ha concretado. Se diferencia del salvamento en que este hace referencia a una situación de peligro, de riesgo, de amenaza inminente, real y efectiva sobre el buque o los bienes cargados, todavía no concretado.

»El régimen jurídico de las remociones portuarias se encuentra establecido en el artículo 304 del TRLPEMM, relativo al “hundimiento de buques”, definiéndose en el último párrafo de su apartado 2 del siguiente modo: “Por remoción, a los efectos de esta ley, debe entenderse la puesta a flote, la retirada, traslado, desguace o destrucción deliberada de buques naufragados, de su carga y su combustible, incluido todo lo que esté o haya estado a bordo de tal buque o de cualquiera otros bienes hundidos con la finalidad de evitar un peligro o un inconveniente para la navegación, para los recursos naturales o para el medio ambiente marino”. Dicho precepto previene unos supuestos y condiciones específicas para la procedencia de la remoción, refiriéndose en particular a “los supuestos de hundimiento de buques en las aguas de un puerto que, ya sea por el propio buque o por la carga transportada, afecte a la actividad portuaria o constituyan un riesgo grave para las personas o para los bienes o para el medio ambiente”. Para llevar a cabo las operaciones a realizar respecto de los buques hundidos en aguas portuarias, el precepto se refiere a las autoridades portuarias, atribuyéndoles amplias facultades con la finalidad de que puedan exigir las o realizarlas directamente mediante ejecución forzosa.

»Por su parte, las “extracciones” se regulan en los artículos 376 y siguientes de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, en el capítulo IV del título VI, rubricado “de los bienes naufragados o hundidos”. El artículo 377 LNM prevé que “las operaciones de extracción de buques y bienes naufragados o hundidos en las aguas interiores marítimas o en el mar territorial españoles requerirán autorización previa de la Armada, que fijará los plazos y condiciones para su realización. Los titulares de la autorización quedan obligados a dar cuenta del inicio y término de las operaciones, así como a facilitar su inspección y vigilancia por la Armada”. Para la extracción de buques o bienes propiedad del Estado, el artículo 380 de la citada Ley de Nave-

gación Marítima previene que, “cuando la propiedad de los buques o bienes corresponda al Estado, y no le conviniere la extracción o aprovechamiento directo, la Armada podrá concederla mediante concurso con arreglo a la legislación de patrimonio de las Administraciones públicas”.

»A la vista de la regulación expuesta, la relación entre la extracción y la remoción portuaria ha de entenderse en términos de especialidad. La extracción es la categoría y la remoción, una especie concreta, caracterizada por tratarse de una extracción en aguas portuarias concurrendo una concreta finalidad: evitar un peligro o un inconveniente para la navegación, para los recursos naturales o para el medio ambiente marino. La competencia para las remociones corresponde a las autoridades portuarias frente a la propia de las extracciones que se atribuye a la Armada.

»El buque “Telamon” es de titularidad del Estado por mor de lo dispuesto en el artículo 374.1 de la Ley de Navegación Marítima (“Prescripción del Estado”). Se encuentra hundido en las aguas portuarias del Puerto de Los Mármoles, en Arrecife de Lanzarote, desde 1981. Si bien no figura en el expediente documento alguno acreditativo de que el pecio genere un peligro real para la navegación, es claro que su misma existencia y ubicación en las citadas aguas crea una situación de perturbación y riesgo para el normal desenvolvimiento de la actividad del puerto. Esta situación justifica *prima facie* la intervención de la autoridad portuaria en el asunto –sin que se pueda decir que le era completamente ajeno– y la adopción de la resolución cuya nulidad se pretende.

»Como ha señalado el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones, las causas de nulidad deben entenderse en un sentido estricto, tanto los supuestos como su contenido y alcance, en aras del principio de seguridad jurídica. No debe olvidarse que la revisión de oficio se refiere a actos firmes que causan estado, consentidos y aceptados por el administrado y que, en un momento determinado, se pretende cuestionar su validez y eficacia en sede administrativa y sin acudir al orden jurisdiccional. La revisión de oficio es una medida drástica e implica una potestad exorbitante que solo puede aplicarse de manera cautelosa y con rigor, no siendo admisibles ni interpretaciones extensivas, ni aplicación a supuestos de hecho dudosos.

»Por lo que hace al vicio de nulidad consistente en que el acto es dictado por órgano manifiestamente incompetente, el Consejo de Estado ha interpretado que la incompetencia es manifiesta cuando el

órgano que dicta el acto invade, de manera ostensible, palmaria y grave, las atribuciones que corresponden a otro. La nulidad de pleno derecho por la causa ahora examinada debe, pues, ser notoria y clara y ha de ir “acompañada de un nivel de gravedad jurídica proporcional a la gravedad de los efectos que comporta su declaración” (dictámenes n.º 97/2009 y 489/2019). De ahí que únicamente se haya estimado existente dicho vicio en determinados supuestos notorios y graves de incompetencia material o territorial o de evidente ausencia del presupuesto fáctico atributivo de la competencia.

»En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, considerando que solo la incompetencia material o territorial puede acarrear la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo, y señalando que la expresión “manifiestamente incompetente” significa evidencia y rotundidad (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de fechas 15 de junio de 1981 y 24 de febrero de 1989, cuya doctrina recogen, entre otras, las sentencias de la Audiencia Nacional de fechas 20 de noviembre de 2003 y 20 de enero de 2005). No basta, por tanto, con que el órgano que dicta el acto sea incompetente, sino que “ha de carecer de forma clara y notoria de toda competencia respecto de una materia, siendo ello tan evidente que no sea necesaria una especial actividad intelectual para su comprobación” (STS de 2 de febrero de 2017).

»En el asunto sometido a consulta, la resolución que pretende revisarse por causa de nulidad de pleno derecho lo sería por haber sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente. Sin embargo, no es patente que la autoridad portuaria careciera en el momento de dictar la resolución de toda competencia respecto de la materia sobre la que versaba, dada la proximidad de los conceptos de remoción y extracción, aunque estos no sean intercambiables ni quepa confundirlos puesto que exigen presupuestos distintos, además de llevar aparejados distintos regímenes jurídicos.

»En tal sentido, procede destacar que la resolución de 19 de enero de 2018 del presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas en el párrafo segundo de sus antecedentes hace constar que, desde que embarrancó el buque “Telamon”, este quedó abandonado en las aguas del Puerto de Los Mármoles (Arrecife), sin que su anterior propietario se hiciera cargo del mismo, “con el consiguiente perjuicio que ello ocasiona a la explotación del puerto”. Por lo cual, pese a la falta de una motivación más desarrollada, desde luego concurre *prima facie* una de las condiciones específicas previstas en el artículo 304 del texto refun-

dido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante para las remociones, cual es la de afectación de la actividad portuaria. Y es que, como se ha señalado, la existencia de un pecio en las aguas portuarias compromete la seguridad y afecta al normal desenvolvimiento de la actividad del puerto.

»Además, el presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas no actuó fuera de su ámbito territorial de competencias y desplegar sus efectos.

»Más aún, cabe señalar que el artículo 369.2 LNM dispone que “serán en todo caso de aplicación preferente las normas sobre remoción de buques naufragados o hundidos”, prescripción que se refiere a las demás operaciones incluidas en el capítulo IV del título VI de dicha Ley, entre ellas las extracciones (reguladas en la sección 2.^a).

»Así las cosas, no cabe apreciar la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.b) en la resolución de 19 de enero de 2018 del presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas. En consecuencia, ha de concluirse que no procede su revisión de oficio a través del procedimiento previsto en el artículo 102 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

»Finalmente, procede observar que la citada resolución del presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 19 de enero de 2018 no puede desplegar su finalidad y últimos efectos –es decir, la remoción del buque “Telamón”– si, en paralelo, como se hizo originariamente, el beneficiario no dispone de una concesión de ocupación de una zona de aguas del puerto para poder desarrollar los trabajos de remoción y desguace. Según resulta de la documentación incorporada al expediente, la concesión que se otorgó el 25 de enero de 2017 ha expirado por transcurso del plazo de un año por el que se dio. Y, en defecto de concesión de ocupación en vigor, cuyo otorgamiento depende únicamente de la propia Autoridad Portuaria de Las Palmas en uso de sus potestades discrecionales, no podría llevarse a cabo de ninguna manera la remoción del mencionado buque por imposibilidad física de realización de dicha operación.

»II. El Consejo de Estado es consciente de la perturbación y riesgo para buen funcionamiento del Puerto de Los Mármoles que comporta la existencia de un pecio en sus aguas. Perturbación y riesgo que deben desaparecer.

»La improcedencia de declarar la nulidad del acuerdo de enajenación de 19 de enero de 2018 no impide poner fin a la anómala situación

existente. Y ello puede hacerse sin necesidad de acudir a los mecanismos de revisión del citado acuerdo.

»En el derecho marítimo, la adquisición y pérdida de la propiedad de los bienes abandonados, salvados y hallados en el mar tiene un régimen singular, con peculiaridades respecto del civil general.

»En lo tocante a la extinción del derecho dominical, –y con independencia de la previsión de unos plazos concretos legalmente establecidos– para que una cosa se considere abandonada y objeto de hallazgo o salvamento basta con que se trate de una *res vacuae possessionis* y no *vacuae domini*. No es preciso que haya existido *animus derelictionis* por parte de su propietario. Es suficiente con que se haya perdido su posesión material.

»Y en lo atinente a la adquisición de la propiedad, los halladores o salvadores no adquieren su propiedad por el hecho de ocuparlas como ocurre en el régimen general del artículo 610 del Código Civil; antes al contrario, solo adquieren un derecho a adquirir (*ius ad rem*). Así se deduce del artículo 368 de la Ley de Navegación Marítima que establece que quien encuentra cosas abandonadas en la mar o arrojadas por ella en la costa, sin que sean productos naturales del mismo, está obligado a ponerlas a disposición de la Armada (apartado 1), quien ha de instruir un procedimiento para localizar su propietario. Y, caso de no hallarse en el plazo de seis meses, el salvador hará suyos los bienes si su valor es inferior a los tres mil euros y, si excediere, se subastarán abonándose a este tres mil euros más un tercio de la cantidad obtenida que excediera de este importe (apartado 4). En otros términos, el hallador o salvador no adquiere *ipso iure* la propiedad de los bienes por la simple ocupación.

»Esta idea es también la inspiradora de la regulación de las extracciones y de las remociones marítimas. En nuestro ordenamiento jurídico, la remoción y la extracción de los bienes abandonados o de titular desconocido no atribuyen de manera inmediata la propiedad por la mera ocupación.

»Tampoco se da esa inmediatez en el caso de las remociones encomendadas por el Estado cuando este ha adquirido el dominio por prescripción. En efecto, el párrafo último del apartado 2 del artículo 304 de la Ley de Puertos y de Marina Mercante establece, como se ha dicho antes, que “por remoción, a los efectos de esta ley, debe entenderse la puesta a flote, la retirada, traslado, desguace o destrucción deliberada de buques naufragados, de su carga y su combustible, incluido todo lo que esté o haya estado a bordo de tal buque o de cualquiera otros bienes

hundidos con la finalidad de evitar un peligro o un inconveniente para la navegación, para los recursos naturales o para el medio ambiente marino”. Es decir, como ha puesto de manifiesto desde antaño por la doctrina –del Tribunal Supremo de Guerra y Marina en el siglo XIX, del Tribunal Marítimo Central, de los autores y del propio Consejo de Estado en un dictamen de 19 de diciembre de 1952, citado reiteradamente por la doctrina científica pero inencontrable en el archivo de este cuerpo consultivo–, la adquisición de la propiedad de dichos bienes solo se produce cuando se han realizado las concretas labores de extracción o remoción.

»En consonancia con dicho criterio, la resolución de 19 de enero de 2018 acordó “enajenar mediante adjudicación directa los restos del buque Telamon a la entidad Recuperadora de Lanzarote, S.L.U.”, diciendo expresamente que “la enajenación tendrá por finalidad la remoción de los restos del buque (art. 304.2 TRLPEMM) al amparo de la autorización de ocupación del espacio de agua que se encuentra en tramitación a solicitud de la adquirente (ref. AUT-0109) y en las condiciones y términos establecidos en dicho título”.

»La simple lectura de la resolución pone de manifiesto que se trató de una enajenación supeditada al cumplimiento de una concreta finalidad –la remoción de los restos–. Se trató de una adjudicación que originó en el beneficiario, la entidad Recuperadora de Lanzarote, S.L.U., una titularidad preventiva –o en previsión o prevención del resultado eventual– sobre el pecio; que hizo nacer a su favor un derecho de adquisición, eventual pero no firme, interino, no consumado, de naturaleza dependiente e índole subordinada a una situación jurídica objetiva –la remoción de los restos–. En otros términos, se trató de una enajenación incardinable en las denominadas situaciones jurídicas de pendencia o débiles y, en concreto, generadoras de una titularidad preventiva.

»Las titularidades preventivas acaban convirtiéndose en definitivas, cuando se produce el hecho del que dependen. Para ello solo se precisa su realización. Y, para su extinción, solo se requiere que no se dé ese hecho en el plazo señalado.

»Las enajenaciones de restos para ser removidos no son enajenaciones condicionadas –esto es consumadas y que pueden ser resueltas sino se cumple la circunstancia de la extracción–. Son enajenaciones provisionales o interinas, que no llegan a consumarse si no se da la circunstancia objetiva o final de la que dependen, ya que su finalidad se erige en causa justificativa del propio negocio.

»En el caso examinado, la causa de la enajenación era la remoción de los restos. Al no haberse llevado a cabo dicha remoción en el plazo señalado –que venía determinado por el término de vigencia de la autorización de ocupación del espacio de agua–, la titularidad provisional sobre el buque Telamon a favor de la entidad Recuperadora de Lanzarote, S.L.U. quedó extinta, perdiendo toda eficacia y reintegrándose al patrimonio público. Y así debe declararse por la Autoridad Portuaria mediante un acto declarativo, no constitutivo de la situación, de simple constancia de la extinción producida de manera automática por el incumplimiento de la causa justificativa de la enajenación: la remoción de los restos en el plazo.

»Declarada esta realidad jurídica, procede que la autoridad portuaria proceda sin dilación a poner fin a la situación de perturbación del servicio existente, habida cuenta el peligro que la existencia del pecio comporta, bien mediante su remoción a través de sus propios servicios, bien mediante la adjudicación de las labores a un tercero en la forma reglamentariamente establecida».

**REVISTA ESPAÑOLA
DE DERECHO MILITAR.
NORMAS EDITORIALES**

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. NORMAS EDITORIALES

La Revista Española de Derecho Militar, iniciada en el año 1956, publicada en un principio por la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria del el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y posteriormente por el Ministerio de Defensa, tiene su sede en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Su objetivo es el de la difusión del conocimiento de las distintas ramas del Derecho Militar, fundamentalmente Penal, Disciplinario, Administrativo, Internacional, Constitucional, Marítimo, Aeronáutico o Comparado, desde cualquier perspectiva científica ya sea ésta dogmática, histórica, sociológica o filosófica. A estos efectos, publica estudios originales sobre estas materias, dirigidos a juristas nacionales o extranjeros especializados en el asesoramiento jurídico militar o en el ejercicio de la jurisdicción militar. Asimismo se dirige a abogados, jueces o representantes del mundo académico, interesados en profundizar en la vertiente militar de sus respectivos ámbitos de especialidad.

La Revista tiene una periodicidad semestral y ha quedado indexada en LATINTEX.

Lo publicado en la Revista Española de Derecho Militar no expresa directrices específicas ni la política oficial del Ministerio de Defensa. Los autores son los únicos responsables de los contenidos y las opiniones vertidas en los artículos.

Además de en soporte de papel, la Revista es accesible a través del Portal del Ministerio de Defensa, página web www.publicaciones.defensa.gob.es

REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La Revista Española de Derecho Militar solo aceptará para su publicación trabajos originales. Salvo que concurran circunstancias excepcionales, se rechazarán trabajos publicados con anterioridad o remitidos paralelamente para su publicación en otras revistas, exceptuando los Premios “*Querol y Lombardero*”, que serán publicados.

Las colaboraciones podrán adoptar la forma de Estudios y Notas. Los Estudios habrán de tener una extensión máxima de 20.000 palabras de texto, incluida la bibliografía, equivalentes a 50 páginas impresas. La extensión máxima de las Notas es de 12.000 palabras correspondientes a 30 páginas impresas. Las colaboraciones deberán estructurarse en las siguientes partes: Resumen, Sumario, Desarrollo.

Toda colaboración habrá de estar precedida por un Resumen del contenido del artículo con una extensión máxima de 150 palabras, y cuatro palabras clave, acompañada de la correspondiente traducción o Abstract en inglés tanto del resumen como de las palabras claves y el título del trabajo.

El Sumario encabezará el artículo, y en él se hará constar, de forma continua y sin puntos y aparte, los distintos apartados y subapartados en los que el tema se va a desarrollar.

El contenido del artículo será desarrollado siguiendo la estructura prefijada en el Sumario. En cuanto al sistema de citas se podrá optar bien por el sistema abreviado, consistente en indicar en el texto, entre paréntesis, el nombre del autor, año de aparición de la obra y número de la página, por ejemplo: (Rodríguez Villasante 1987, p.2), referido a un elenco bibliográfico al final del artículo. O bien el sistema tradicional con notas bibliográficas a pie de página. En cuanto a las citas bibliográficas, siempre Y que se cite la obra completa deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, *Título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de página. En lo que respecta a la cita de los artículos de revistas, éstos irán entre comillas y, en cursiva, el título de la Revista, por ejemplo, RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L., “La modificación del Código Penal Español por la Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra”, *Revista Española de Derecho Militar* 95-96, 2010, p. 149.

Explicación de las normas de redacción:

- a) Páginas escritas por una sola cara.
- b) New Times Roman 12.
- c) Interlineado: 1,5
- d) Márgenes:
 - Superior: 3 cm
 - Izquierdo: 3,5 cm
 - Derecho: 2,5 cm
 - Inferior: 2,5 cm
- e) Notas: siempre a pie de página. New Times Roman 10.
- f) Citas bibliográficas, según el modelo siguiente:
 - Libros: AUTOR -apellidos e inicial del nombre- (año publicación), Título, editorial (sin escribir ed.), lugar de edición, página/s en que se contiene la cita o se trata la cuestión; p. ej.

RODLEY, N.S. (2000), *The Treatment of Prisoners Under International Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 35.

- Artículos en revistas: AUTOR -apellidos e inicial del nombre- (año publicación), Título del artículo, Nombre de la Revista, tomo y número, páginas entre las que se contiene el artículo, página donde se contiene la cita; p. ej.

PEÑARRUBIA IZA, J.M. (2006), *Los derechos del militar en Francia tras el Estatuto general de 2005: algunas conclusiones para la reforma del derecho español*, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 88, pp. 19-56, p. 34.

- Publicaciones digitales: como las publicaciones en papel, pero indicando el formato.
- Páginas web: AUTOR -apellidos y nombre-, dirección de la página, fecha y hora en que se ha consultado.

Los trabajos serán enviados a la redacción de la Revista, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de Ingenieros nº6, 28047 Madrid, preferiblemente en soporte electrónico, a la siguiente dirección de correo-e: emej@oc.mde.es. Una vez recibidos, se remitirá el correspondiente acuse de recibo.

NORMAS DE EVALUACIÓN

Tras la recepción del texto se procederá a una primera evaluación. Al menos dos miembros del Consejo de Redacción comprobarán que el trabajo se ajusta a los requisitos exigidos sobre extensión y sistema de citas, así como a la temática, metodología científica y líneas editoriales de la REDEM, pudiendo rechazarse aquellos artículos que reproduzcan temas tratados en el número anterior. En el caso de ser rechazado el trabajo, se notificará al autor a quien también se le podrá requerir, en su caso, para que efectúe las correspondientes modificaciones.

Cada colaboración será evaluada mediante el sistema de “doble referee”. A estos efectos la colaboración se remitirá a un miembro del Consejo de Redacción de la Revista, experto en la especialidad de que se trate, y que tendrá la consideración de gestor. Éste se encargará de la búsqueda de dos evaluadores externos, reconocidos expertos en la materia, a quienes se remitirá, para evaluación, el citado artículo, garantizando el carácter anónimo de su autor. Los evaluadores disponen de seis u ocho semanas para entregar sus informes motivados, que se ajustarán al formulario incluido en anexo. Para ser publicado, un trabajo deberá obtener los correspondientes informes positivos de esos dos evaluadores externos. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se estará a lo que decida el gestor o, en su caso, el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores externos puede hacer observaciones o sugerir correcciones a los autores a los que se dará un plazo adicional para incorporarlas a su trabajo. En este último supuesto, la publicación del trabajo, caso de que el gestor lo considere conveniente, se someterá de nuevo al Consejo de Redacción.

A los autores de los trabajos aceptados, caso de solicitarlo, se les expedirá un certificado en el que se haga constar que su manuscrito ha sido aprobado por el Consejo de Redacción de la REDEM y se halla pendiente de publicación. De igual modo a los a los gestores y evaluadores, caso de solicitarlo, se les expedirá por el Secretario de la Revista el correspondiente certificado.

ANEXO

INFORME SOBRE EVALUACIÓN DE TEXTOS

TITULO DE LA OBRA:

OBSERVACIONES SOBRE EL CONTENIDO

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

(Utilización de fuentes primarias o secundarias, documentación...)

CALIDAD Y SOLIDEZ DE LA INVESTIGACIÓN

(Estructura, Coherencia, Fundamentación de las conclusiones)

NOVEDADES QUE APORTA A SU CAMPO DE ESTUDIO

(Originalidad de las tesis o conclusiones)

OBSERVACIONES SOBRE LA FORMA

EXTENSIÓN

ORDEN

ESTILO

¿RECOMIENDA SU PUBLICACIÓN?

SÍ, SIN OBJECIONES

NO, DEBE SER RECHAZADO

SÍ, SI SE REALIZAN CORRECCIONES

SI SON NECESARIAS CORRECCIONES, INDÍQUELAS

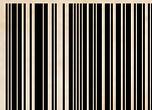


SUBSECRETARÍA DE DEFENSA
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE PUBLICACIONES
Y PATRIMONIO CULTURAL



ISSN 2530-1497



9 772530 149009