

REVISTA *de* ESPAÑOLA DERECHO MILITAR

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

n.º 108

Madrid (España) • julio - diciembre 2017 • ISSN: 0034-9399



MINISTERIO DE DEFENSA

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

DIRECTOR

Manuel Hernández-Tejero García, general auditor

CONSEJO EDITORIAL

Ángel Calderón Cerezo, presidente de la Sala V del Tribunal Supremo. Ricardo Cuesta del Castillo, asesor jurídico general del Ministerio de Defensa. Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, secretario general técnico del Ministerio de Defensa. Fernando Marín Castán, fiscal togado. Carlos Melón Muñoz, presidente del Tribunal Militar Central. Ángel Menéndez Rexach, catedrático de Derecho Administrativo de la UAM. Alejo de la Torre de la Calle, subsecretario del Ministerio de Defensa.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Rafael Alcalá Pérez Flores, magistrado. Luis Bernardo Álvarez Roldán, exasesor jurídico del Aire. Javier Aparicio Gallego, exmagistrado del Tribunal Supremo. Jacobo Barja de Quiroga López, magistrado de la Sala V del Tribunal Supremo. Concepción Escobar Hernández, catedrática de Derecho Internacional Público de la UNED. Francisco Fernández Segado, catedrático de Derecho Constitucional de la UCM. Federico Fernández de Buján Fernández, catedrático de Derecho Romano de la UNED. Juan Manuel García Labajo, exasesor jurídico de Defensa. Leandro Martínez-Cardós Ruiz, letrado mayor del Consejo de Estado. Rafael Eduardo Matamoros Martínez, expresidente del Tribunal Militar Central. Francisco Menchén Herreros, magistrado de la Sala V del Tribunal Supremo. Antonio Millán Garrido, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz. Eduardo Montull Lavilla, general consejero togado. Antonio Mozo Seoane, exasesor jurídico de Defensa. Manuel Pérez González, catedrático emérito de Derecho Internacional de la UCM. Carlos Pérez del Valle, catedrático de Derecho Penal de la Universidad CEU San Pablo de Madrid. Fernando Pignatelli y Meca, magistrado de la Sala V del Tribunal Supremo. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, expresidente del Tribunal Militar Central. Luis Rueda García, fiscal del Tribunal de Cuentas. Miguel Sáenz Sagasetta de Ilurdoz, académico de número de la Real Academia Española de la Lengua.

SECRETARIO

Laureano Tomás Zafrilla, coronel auditor

SECRETARIOS ADJUNTOS

Carlos Balmisa García-Serrano, comandante auditor. Eva Bru Peral, magistrada. Álvaro Conradi Monner, teniente coronel auditor. Elisabeth Lora Vega, capitán auditor. David Suárez Leoz, magistrado.

REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de los Ingenieros, 6 Madrid-28047

Teléf.: 91 364 73 93

Fax: 91 364 73 99

Catálogo de Publicaciones de Defensa

<https://publicaciones.defensa.gob.es/revistas.html>

APP Revistas Defensa

Disponible para dispositivos Android en Google Play <http://play.google.com/store>
y para dispositivos iOS en App Store en <http://store.apple.com/es>

Publicación de periodicidad semestral

Tarifas de suscripción anual: 9,62€

Canarias: 9,25€ Extranjero: 11,42€

Precio ejemplar: 6,01€

REVISTA *de* ESPAÑOLA DERECHO MILITAR

108

**JULIO
DICIEMBRE
2017**



MADRID

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

Edita:



<https://publicaciones.defensa.gob.es/>

© Autores y editor, 2018

NIPO: 083-15-140-0 (edición en papel)

NIPO: 083-15-141-6 (edición en línea)

ISSN: 0034-9399

ISSN: 2530-1497 (edición en línea)

Depósito Legal: M-523-1958

Fecha de edición: diciembre 2018

Maqueta e imprime: Ministerio de Defensa

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 108 **JULIO - DICIEMBRE 2017**

IN MEMORIAM

- Carlos Eymar Alonso. *A la memoria del general auditor D. José Carlos Girgado Doce* 9
- Carlos Eymar Alonso. *A la memoria del general auditor D. Miguel Ángel Bazaco Ruigómez*..... 13

ESTUDIOS

- Cristina Amich Elías. *La figura del centinela informático en el nuevo Código Penal Militar como sujeto pasivo y activo de delitos: capacidades de actuación, deberes y vulnerabilidades* 19
- José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. *Health care in danger y principios éticos de la asistencia de salud en tiempo de conflicto armado. la protección de la misión médica por el derecho internacional humanitario* 51
- María Luisa de Torres Soto. *El principio de precaución como principio general del derecho* 85
- Jacobo Barja de Quiroga López. *Los límites de la obediencia*..... 153

NOTAS

- Pedro M. Garciandía González. *El recurso de revisión penal militar como vía para la ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos* 187
- José Luis Cano Camarero. *La Constitución de 1978 y la Guardia Civil* 223

TEXTOS

DOCUMENTACIÓN

- José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz. *Doctrina legal del Consejo de Estado* 253
- José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. *Introducción a un soft law humanitario. Principales aportaciones de los manuales doctrinales internacionales y otros documentos institucionales y académicos al derecho internacional humanitario*..... 271

NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN

IN MEMORIAM

**NECROLÓGICA DEL GENERAL AUDITOR
DON JOSÉ CARLOS GIRGADO DOCE**

Carlos Eymar



Don José Carlos Girgado Doce nació un 30 de diciembre de 1933 en El Ferrol, estudió por libre en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago e ingresó en el Cuerpo Jurídico Militar del Ejército en 1957. Fue inicialmente destinado a la Auditoría de Guerra de la Séptima Región, en Valladolid, donde permaneció ocho años. En 1966 pasó destinado a la Asesoría Jurídica del Ministerio del Ejército y, en 1978, a la Asesoría Jurídica del recién creado Ministerio de Defensa, donde prestó sus servicios hasta el año 1988, en que fue nombrado presidente de la Sección 2.^a del Tribunal Militar Territorial Primero, en Madrid. Al ser ascendido a general auditor, en 1990, fue destinado como jefe adjunto de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa y, posteriormente, como jefe adjunto de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército, destino en el que pasó a la situación de reserva el 2 de diciembre de 1994.

Tras su pase a la situación de reserva, el general Girgado fue nombrado director de esta *Revista Española de Derecho Militar*, cargo que ejerció durante cinco años hasta su pase a la situación de retiro el 30 de diciembre de 1998. Como ya señalé en mi breve historia de la REDEM, que sirvió de introducción al n.º 100 de esta, la dirección del general Girgado tuvo que realizarse en unas circunstancias especialmente difíciles. Pues, en aquellos años, y por razones eminentemente económicas, la revista tuvo que afrontar el peligro de su desaparición. Dicho peligro fue felizmente conjurado por el general Girgado, gracias a su entrega y entereza y también (algo que él no se cansaba de repetir) a la inestimable ayuda del entonces subdirector de Publicaciones del Ministerio de Defensa, don Jaime Serret.

El general Girgado, además de su actividad profesional como jurídico-militar, positivamente apreciada de manera unánime por todos sus compañeros, supo desarrollar una importante y profunda vocación pedagógica. Ya en los años de su destino en Valladolid fue director del Colegio Mayor San Juan Evangelista, del cual, a la sazón, era consiliario el futuro cardenal primado don Marcelo González Martín. Pero, sobre todo, esta vocación de pedagogo la consiguió realizar a través de su labor de preparación de opositores del Cuerpo Jurídico Militar. A lo largo de casi cincuenta años, desde el año 1966, en que llegó a Madrid, hasta bien entrada la segunda década de este siglo XXI, las oposiciones para el ingreso en el Cuerpo Jurídico Militar se nutrieron de opositores preparados por el general Girgado, entre los cuales tengo el honor de incluirme. La relación entre el general Girgado y sus preparandos no se limitaba a un frío dar y escuchar los correspondientes temas, sino que se veía siempre aderezada por comentarios y análisis de la actualidad política, cultural y religiosa, entre los cuales solía deslizarse algún discreto consejo. Fruto del cariño acumulado durante tantos años,

fue la multitudinaria comida homenaje que sus alumnos le organizamos con motivo de su pase a la situación de reserva, a principios de 1995. En ella tomaron la palabra sus alumnos más antiguos: don José María Espinosa y don Agustín Corrales, hoy ya fallecidos, y que alcanzaron el empleo de general consejero togado.

Junto con su actividad jurídico-militar y pedagógica, el general Girgado ejerció la abogacía, primero como pasante del general consejero togado don Luis Tejada y luego, desde los años ochenta, en su propio despacho, sito en la madrileña calle de Martín de los Heros, fundamentalmente especializado en temas urbanísticos.

Casado y con seis hijos, el general Girgado era un hombre afable y lleno de humanidad. De hondas convicciones religiosas, perteneció en su juventud a la HOAC (Hermandades Obreras de Acción Católica) y, más tarde, ingresó como oblato de los monjes benedictinos de la iglesia de Montserrat, en Madrid. Entusiasta defensor de los valores del humanismo cristiano y del *aggiornamento* predicado por el Vaticano II, se preocupaba por seguir de cerca los pormenores de la política eclesiástica, así como las novedades más importantes surgidas en el terreno teológico. A tales efectos, utilizaba múltiples fuentes de información, como, entre otras, las revistas *Razón y Fe* de los jesuitas o *El Ciervo* (en su primera época), a las que estaba suscrito.

Desde hacía más de diez años, se había constituido como organizador de una comida mensual, celebrada en la Gran Peña de Madrid, por parte de personal retirado del Cuerpo Jurídico Militar, procedente del Ejército de Tierra, bajo las presidencias sucesivas de los generales consejeros togados don Luis Tejada y don Juan Cortes. A dicha comida me incorporé hace ya más de un lustro y por eso sabía que, sin perjuicio de otras citas con él, tenía asegurada la llamada mensual de Carlos Girgado para recordármela. Aquellas llamadas, a veces, se prolongaban más de una hora y tocaban siempre los principales temas de actualidad, incluido el de los destinos y el de la situación del Cuerpo Jurídico Militar, tema para el cual él mostraba poseer unas agudas antenas. Entre el grupo de comensales habituales de la Gran Peña, la inesperada noticia del malhadado accidente y del fallecimiento del general Girgado, el 11 de mayo de 2017, cayó como un mazazo. Comprendimos con amargura que, en lo sucesivo, ya no podríamos disfrutar de su amena conversación, de su muy gallego sentido del humor y de su talante liberal. También comprendimos que con él moría un hombre que, como pocos, en las Fuerzas Armadas supo encarnar, y aunar, los valores propugnados por el Concilio y por la Transición.

**NECROLÓGICA DEL GENERAL AUDITOR
DON MIGUEL ÁNGEL BAZACO RUIGÓMEZ**

Carlos Eymar



Mi primer encuentro con el general auditor don Miguel Ángel Bazaco Ruigómez se produjo en el mes de octubre de 1973 en casa de nuestro común preparador para el ingreso en el Cuerpo Jurídico Militar, el entonces capitán auditor don José Carlos Girgado Doce. Era un opositor ya maduro, de veintinueve años, nacido en Bárcena de Cicero (Santander) un 8 de octubre de 1944, culto y muy viajado, que había permanecido grandes temporadas en Londres, lo cual, para mí, que era mucho más jovencito e inexperto, contribuía a revestirlo de un cierto halo de prestigio y de misterio. Enseguida pude intuir su sólida formación jurídica y la versatilidad de su inteligencia, que se desplegaba mucho más allá del ámbito estrictamente jurídico. Esta intuición vino a confirmarse cuando ambos superamos la oposición en 1974 y seguimos, con nuestra promoción, el correspondiente curso de formación en la entonces llamada Escuela Militar de Estudios Jurídicos del Ejército, en la calle Tambre, en Madrid. A lo largo de aquellos seis primeros meses del año 1975, tuve ocasión de comprobar su calidad como jurista, especialmente en el ámbito del derecho penal, unida a un fino sentido ético y a unas profundas convicciones democráticas que siempre que pudo, y en unas circunstancias adversas, defendía con su peculiar vehemencia no exenta de ironía. Más allá de lo jurídico, sentía una gran pasión por la pintura, como espectador y como creador, y había seguido algún curso en la escuela Massana, de arte y diseño, de Barcelona. Más tarde, enfocó su actividad creativa por el lado de la fotografía, ámbito en el que alcanzó una notable competencia. También era un buen aficionado al cine; precisamente en aquel año de 1975, tuve ocasión de ver, y comentar profundamente con él, la película *Amarcord* de Fellini, que acababa de estrenarse en España, y cuya música, de Nino Rotta, se convirtió, gracias a él, en el verdadero *leitmotiv* de nuestra promoción.

Su carrera siempre se desarrolló en destinos vinculados a la jurisdicción. Inicialmente, en el año 1975, tras un breve paso por la Fiscalía Jurídico Militar de la 7.^a Región, en Valladolid, fue destinado a la Fiscalía Jurídico Militar de la Capitanía General de Canarias, donde permaneció hasta el año 1983, en que pasó a prestar sus servicios en la Auditoría de Guerra de la 4.^a Región Militar. Fue en Barcelona, concretamente en la calle Numancia, donde estableció su domicilio y donde pasaría la mayor parte de su vida profesional. Allí fue titular del Juzgado Togado Militar Permanente, pasando luego, a partir de 1988, al Tribunal Militar Territorial Tercero, primero como vocal y luego como presidente. Toda esta experiencia práctica, así como su sabiduría teórica como penalista, tuvo la oportunidad de transmitirla, como profesor de Derecho Penal, en la Academia COTS, un centro de estudios dedicado a la preparación de alumnos de Derecho de la UNED.

Su actividad al frente del Tribunal Militar Territorial fue positivamente valorada por mandos, subordinados y por el conjunto de la sociedad catalana. Por citar algún ejemplo, podemos referirnos a los convenios de colaboración con la Generalitat de Cataluña, en relación con la apertura de los archivos judiciales militares, que él suscribió siendo presidente del Tribunal. Fruto de esta colaboración fue la publicación, en octubre de 1999, en edición facsímil, del consejo de guerra que se celebró en 1940 contra Lluís Companys. En la introducción del libro, realizada por el entonces presidente de la Generalitat Jordi Pujol, se hacía referencia a la leal colaboración del Tribunal Militar Tercero, la cual, en su opinión, expresaba «el sentir de las Fuerzas Armadas de la actual democracia». Con esas palabras, aunque sin citarlo expresamente, se estaba aludiendo al entonces coronel Bazaco. Otro caso, digno de ser mencionado, fue su actuación como ponente en el llamado caso Miravete, el célebre sargento que, en situación de ebriedad, había matado a un cabo en la Brigada de Montaña de Huesca. En unas circunstancias en las que el servicio militar obligatorio en España estaba siendo puesto en cuestión, el caso Miravete se convirtió, especialmente en Cataluña, en el detonante de campañas antimilitaristas y movilizaciones de insumisos. El ponente de la sentencia fue el entonces coronel Bazaco, que supo plasmar en ella su saber jurídico, por lo que contribuyó a que los ánimos se apaciguaran.

Pese a un periodo de incertidumbre, en abril de 2005, el ministro de Defensa don José Bono, en reconocimiento de su brillante trayectoria profesional, propuso al Consejo de Ministros el ascenso a general auditor de don Miguel Ángel Bazaco Ruigómez. Fue destinado como vocal togado del Tribunal Militar Central, destino en el que permaneció hasta el año 2009. Al decir de muchos compañeros, los años pasados en el Tribunal Militar Central fueron para el general Bazaco años tranquilos y de plenitud personal y profesional. Hombre de amena conversación y amante de la cultura, a la par que celoso de su intimidad, le gustaba viajar y perderse en las ciudades que solía observar tras el ojo de su cámara fotográfica. Tras su pase a la situación de retiro, y aunque siguió manteniendo su domicilio en Barcelona, pasó largas temporadas en Londres y en San Petersburgo. A mediados de 2017, ya enfermo, se retiró con su familia a Santander, donde murió el 3 de enero de 2018.

ESTUDIOS

LA FIGURA DEL CENTINELA INFORMÁTICO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR COMO SUJETO PASIVO Y ACTIVO DE DELITOS: CAPACIDADES DE ACTUACIÓN, DEBERES Y VULNERABILIDADES

Premios de Defensa 2018

Modalidad Premio José Francisco Querol y Lombardero

SUMARIO

1. Introducción; 2. El centinela informático en el nuevo CPM; 2.1. El centinela informático como sujeto pasivo de delitos; 2.2. El centinela informático como sujeto activo de delitos; 2.2.1. La comisión de delitos específicos; 2.2.2. Comisión delictiva por extralimitaciones en su actuación; 3. Conclusiones; 4. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos cincuenta años, el avance tecnológico producido en las sociedades contemporáneas ha sido prácticamente incommensurable. Desde los teléfonos móviles, pasando por la *world wide web*, los sistemas SCADA, los drones y un largo etcétera, las posibilidades para el desarrollo, la comunicación, la generación de riqueza y la simplificación de procesos se han multiplicado exponencialmente.

La multiplicidad de capacidades y oportunidades se ha traducido también en una ampliación de las modalidades de comisión de conductas que, en ocasiones, cumplen los parámetros del delito. A veces, las nuevas herramientas simplemente han abierto otros caminos por los que cometer antiguos y conocidos crímenes, lo que ha dificultado, además, su averiguación y persecución. En otras ocasiones, estos avances han generado

nuevos tipos delictivos, al construirse una nueva realidad con sus capas física, digital y social, que deben ser protegidas¹. En todo caso, este avance tecnológico constante y vertiginoso presenta unas características o perfiles que llevan al surgimiento de nuevas vulnerabilidades de bienes jurídicos necesitados de protección, como es el caso de la seguridad y defensa nacional. Así, por ejemplo, Romeo Casabona² resume los perfiles del avance tecnológico que llevan a un incremento de las vulnerabilidades de los bienes jurídicos en tres puntos:

1. La capacidad para procesar, albergar y circular, de forma automatizada y en tiempo real, ingentes cantidades de información digital. La estructura descentralizada y no jerarquizada de las redes es incompatible con la existencia de órganos de control de dicha información o la posibilidad de establecer censuras o supervisiones.
2. El colosal número de usuarios, con multiplicidad de plataformas de acceso, desde cualquier punto geográfico, conjugado con la libertad para emitir, transferir y difundir información de forma anónima o pseudoanónima.
3. Las características físicas y técnicas de las propias tecnologías y sistemas, que permiten su intervención o alteración con los más variados métodos sin autorización o consentimiento.

Por su parte, Rovira del Canto habla de similares aspectos de la evolución tecnológica³: la facilidad en el acceso, búsqueda, intercambio y difusión de información, la globalización del fenómeno y la existencia de un espacio virtual, el ciberespacio, en el que «los delitos no solo pueden ser cometidos por cualquiera, sino que también amenazan a cualquier ciudadano». A ello añade acertadamente Miró Llinares los caracteres de, primero,

¹ Se entiende por *capa física* el conjunto de elementos reales, la infraestructura, sobre la que se sustenta la tecnología, por ejemplo, satélites, cables y puntos de Internet (IXP, *Internet exchange points*); la capa digital está conformada por los elementos digitales y telemáticos, los protocolos de Internet, los nombres de dominio, las direcciones digitales; finalmente, la capa social está configurada por los propios usuarios, así como por elementos reguladores de los sistemas. Del mismo modo, la seguridad debe construirse sobre esas tres capas, con restricciones de acceso a las infraestructuras físicas, con el desarrollo de sistemas de seguridad informáticodigitales y con el desarrollo de sistemas de educación y concienciación de uso seguro y herramientas de protección simple para los usuarios.

² ROMEO CASABONA, C. M. (coord.). *El Cibercrimen: nuevos retos jurídicos penales, nuevas respuestas político-criminales*. Madrid: Comares 2006, pág. 3.

³ ROVIRA DEL CANTO, E. «Las nuevas pruebas telemática y digitales. Especialidad de la prueba en delitos cometidos por Internet». *Jornadas sobre la prueba en el Proceso Penal. Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, vol. I. Madrid: CEJAJ 2003.

neutralidad de la Red, en el sentido de que en su actual configuración, una vez existe el acceso a Internet, ni siquiera el propio operador puede impedir el acceso a una web elegida por el usuario, y, segundo, de permanente evolución tecnológica de las TIC (tecnologías de la información y la comunicación) en general y del ciberespacio en particular; destaca la aparición de nuevos servicios y la continua ampliación y modificación de formas de acceso, lo que conlleva la temporalidad de la eficacia de las posibles barreras de protección⁴.

Estos perfiles y caracteres generan, al margen del abordaje criminológico doctrinal y normativo que se haga de la materia⁵, unas circunstancias de comisión delictiva que suman, como venimos señalando, nuevos problemas y vulnerabilidades⁶, así, en primer lugar, y como hemos apuntado, la dificultad de determinar el ámbito geográfico tanto en relación con el origen (sujeto activo) como con el destino (sujeto pasivo u objeto); la facilidad de la comisión delictiva debido a los pocos recursos necesarios para dicha actividad delincuencia y, en muchos tipos penales, sin necesidad de conocimientos específicos sobre informática; las múltiples jurisdicciones⁷;

⁴ MIRÓ LLINARES, F. *El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Madrid: Marcial Pons, pp. 143-160.

⁵ Existen diversos abordajes tanto doctrinales como normativos en relación con el fenómeno de la ciberdelincuencia, desde quienes hablan de *delitos informáticos*, limitando la definición a aquellos crímenes en los que la tecnología es lo que aporta la particularidad de estos, hasta aquellos que prefieren hablar de una categoría criminológica de *cibercrimen*, donde se englobarían también delitos tradicionales cometidos a través de la Red (amenazas, etc.) o en los que la tecnología es un mero apoyo (contratación de un asesino a sueldo en la *Deep Web*). Del mismo modo, la sistematización penal varía y existen diferentes opiniones sobre cómo este tipo de delitos debería integrarse y tipificarse en los textos penales. *Vid.*, entre otros, MIRÓ LLINARES, F. *Op. cit.*; JEWKES, Y. y YAR, M. (eds.). *Handbook of Internet Crime*. Devon: William Publishing 2010; CLIMENT BARBERÀ, J. «La justicia penal en Internet. Territorialidad y competencias penales». *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 10. Madrid: 2001; Convenio sobre Ciberdelincuencia de 23 de noviembre de 2001 del Consejo de Europa; Instrucción 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre el Fiscal de Sala de Criminalidad Informática de las Fiscalías, de 11 de octubre de 2011.

⁶ DÍAZ GÓMEZ, A. «El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: el Convenio de Budapest». *REDUR*, n.º 8, diciembre 2010, pág. 173.

⁷ El caso Yahoo: en aplicación del principio de territorialidad, el Tribunal de Gran Instancia de París condenó a la empresa Yahoo por la venta en territorio francés de artículos de orientación nacionalsocialista (art. 645.1 CP francés). El Alto Tribunal impuso a la mencionada empresa la obligación de destrucción de todos los datos, el bloqueo a los usuarios franceses a la página web y la prohibición de venta de los susodichos artículos. Hasta aquí no existe objeción alguna; el problema era que la empresa Yahoo tenía (y tiene) su sede en territorio estadounidense, y alegó que la orden era imposible de cumplir. Ello porque en EE. UU. la venta de productos relacionados con el nacionalsocialismo no es delito alguno y los servidores de la empresa se hallaban en dicho país. Igualmente, también se consigue demostrar la dificultad para identificar con seguridad los usuarios franceses que accedían a

la transnacionalidad; la continuidad delictual vinculada al automatismo del hecho; extensa y elevada lesividad⁸; el problema de la responsabilidad penal, tanto desde el punto de vista de las posibilidades de anonimato como el de la responsabilidad de las personas jurídicas⁹, y, por supuesto, la búsqueda y aportación de pruebas válidas para el inicio y la tramitación de cualquier proceso penal.

Todo lo anteriormente apuntado obliga a una adaptación de las normativas penales y procesales de los Estados a fin de enfrentar adecuadamente el fenómeno delincuencial asociado a dicho componente tecnológico. Esa adaptación debe partir de un análisis específico tanto de las capacidades como de los riesgos que ofrece la tecnología para articular tanto una protección ajustada y realista de los bienes jurídicos como métodos de investigación criminal apropiados, lo que exige tener en cuenta la rapidez de la evolución tecnológica y la necesidad de flexibilidad y coordinación nacional e internacional a la hora de enfrentar esta delincuencia y sus diversas manifestaciones. Forma parte de ello la adaptación de la normativa penal y procesal militar, más teniendo en cuenta que el bien jurídico seguridad y defensa nacional se revela como uno de los más vulnerables a las capacidades tecnológicas de sujetos, grupos y Estados.

En este sentido, el nuevo Código Penal Militar (CPM), aprobado por Ley Orgánica 14/2015 de 14 de octubre, ha introducido algunas novedades en relación con dicha materia. Esta llamémosla *dimensión tecnológica* va más allá de la inclusión de los denominados genéricamente delitos de daños informáticos¹⁰, y se revela como de gran importancia la nueva figura del que podríamos denominar *centinela informático*, una figura, a nuestro entender, fundamental a la hora de analizar la conexión entre tecnología y protección de los bienes jurídicos militares, debido a sus capacidades de actuación, sus deberes y sus vulnerabilidades.

la página web en cuestión. Esta constituye una demostración palpable de los problemas aludidos, incluso plantea la cuestión respecto de que un país tenga o no el derecho de imponer sus leyes a compañías de otro país.

⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. J.; PÉREZ MACHÍO, A. U.; SAN JUAN GUILLÉN, C. «Aproximaciones criminológicas a la realidad de los cibercrimitos». DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. J. (Dir.). *Derecho penal informático*. Madrid: Civitas 2010, pp. 85-87.

⁹ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. *Responsabilidad penal y civil de los delitos cometidos a través de Internet*. Cizur: Aranzadi 2004; y MORALES GARCÍA, O. «Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje informático y uso ilícito de tarjetas (artículo 197 3 y 8, 264 y 258)». QUINTERO OLIVARES, G. *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Cizur: Aranzadi 2010.

¹⁰ Artículos 264 a 266 del Código Penal, a los que remite el artículo 27 del Código Penal Militar.

2. EL CENTINELA INFORMÁTICO EN EL NUEVO CPM

La figura de centinela se remonta a los inicios de formación de cualquier grupo armado, ya fuese temporal o permanente, toda vez que su función principal, la vigilancia y resguardo de un lugar asignado, se evidencia como esencial para la seguridad de dichos grupos y sus apoyos, sean estos enseres, transportes, instalaciones, etc.

Ello conlleva que la protección especial que se le dispensa en los sucesivos códigos penales militares dimane de la protección del bien jurídico seguridad y defensa nacional, y no del de la vida o la integridad física, sin perjuicio de que estos también puedan resultar dañados en un ataque a dicha figura. Del mismo modo, la esencialidad de la función del centinela lleva a la tipificación de delitos que pueden ser cometidos de forma específica por este al afectar negativamente al desempeño correcto de esta, como analizaremos más detenidamente.

Pero ¿qué es, desde el punto de vista penal, un centinela?

En el Código Penal Militar de 1985, el artículo 11 definía esta figura de la siguiente manera:

«Es centinela el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna guarda un puesto confiado a su responsabilidad.

Tienen además dicha consideración los militares que sean: componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido; operadores de las redes militares de transmisiones o comunicaciones durante el desempeño de sus funciones; operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de los espacios terrestres, marítimos y aéreos confiados a los centros o estaciones en que sirven, durante el desempeño de sus cometidos u observadores visuales de los mismos espacios»¹¹.

Esta aparentemente sencilla definición no ha estado exenta de disputa jurisprudencial, toda vez que la correcta atribución de dicha cualidad al

¹¹ Como complemento a esta definición, y sin diferir sustancialmente en el contenido, encontramos el artículo 24 del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre Seguridad en las Fuerzas Armadas:

«1. Son centinelas los componentes de la guardia de seguridad que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guardan un puesto confiado a su responsabilidad portando a la vista el arma de fuego que por su cometido les corresponda.

2. El centinela se empleará para la defensa y protección de lugares o instalaciones sensibles donde el grado de seguridad lo exija y su utilización será restrictiva.

3. Tienen además la consideración de centinela aquellos que, por la importancia o trascendencia de las funciones o cometidos que desempeñen, así les sea reconocida por la legislación vigente».

sujeto resulta imprescindible para la definición de los elementos del tipo penal, tanto cuando el centinela es sujeto pasivo como cuando es sujeto activo del delito. Así, la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2013 (STS 496/2013) señala:

«A propósito de la figura del centinela, hemos declarado con reiterada virtualidad que su concepto legal a efectos penales es el que se contiene en el art. 11 CPM, precepto en que incluye tanto a quien lo es en sentido estricto, es decir, “el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad”, como a quienes también reúnen esta consideración por asimilación legal comprensiva de quienes “sean componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido”, por lo que la condición de centinela hemos dicho que es cuestión jurídica, ante todo (Sentencias 16.03.1998, 25.11.2002 y 22.03.2004). Y asimismo hemos sostenido con igual reiteración que el bien jurídico que la norma protege radica en la especial relevancia de las funciones que el centinela tiene encomendadas en el desempeño de su misión, de velar por la seguridad de las Fuerzas Armadas y de sus instalaciones así como por el normal desenvolvimiento de las funciones militares, a lo que se añade la integridad física de las personas que las realizan cuando se trata de la modalidad de maltrato de obra; lo que justifica la especial y reforzada protección penal que se otorga a dicho sujeto (*vid.* nuestra reciente Sentencia 29/11/2011 y las que en ella se citan)».

En todo caso, vemos que en el concepto legal a efectos penales se incluyen tanto los operadores de redes de transmisiones y comunicaciones como de sistemas electrónicos de vigilancia y control, lo que evidencia la relevancia de la vulneración de redes de transmisiones, comunicaciones y sistemas electrónicos para la seguridad nacional¹².

Recogiendo los avances tecnológicos a los que nos hemos referido y su penetración especialmente destacable en el ámbito militar, el nuevo Código Penal Militar recoge también en el concepto legal de centinela, ahora establecido en el artículo 4¹³, a los *operadores de redes informáticas*. Ello

¹² El Código de Justicia Militar de 1945 ya recogía en su artículo 358 el abandono del servicio de transmisiones y su relevancia para la defensa nacional.

¹³ Artículo 4:

«1. Es centinela, a los efectos de este Código, el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad, portando a la vista el arma de fuego que por su cometido le corresponda.

2. Tienen además dicha consideración los militares que sean:

a) componentes de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido;

añade una específica complejidad a los delitos vinculados a esta figura que vamos a tratar de analizar a lo largo de las siguientes páginas.

Dado que el concepto legal de *centinela operador de redes informáticas militares* se produce por asimilación legal, su configuración como tal no depende del cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado 1, esto es, de que sea un militar que «en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna guarda un puesto confiado a su responsabilidad, portando a la vista el arma de fuego que por su cometido le corresponda». Por tanto, lo que nosotros hemos venido en denominar *centinela informático* no precisa portar a la vista ningún arma de fuego, del mismo modo que no es preceptivo en el caso del resto de los operadores de redes y sistemas.

La cuestión central que determinar, tanto en el caso de su configuración como sujeto pasivo como en el de sujeto activo de los tipos penales vinculados a dicha figura, es qué es un operador de redes informáticas; hay que delimitar, por tanto, el concepto de centinela en el ámbito real del desempeño de estos cometidos.

Así, si acudimos al significado del término en el ámbito civil, los operadores de redes informáticas son los sujetos encargados de gestionar las infraestructuras de informática y tecnología de una empresa, en este caso, de las Fuerzas Armadas. Ello implica la gestión tanto de los diferentes elementos físicos de la red (*switches, routers, access point, etc.*) como la gestión de la capa *software* que permita un correcto funcionamiento del flujo de datos y segurización en el acceso a la infraestructura (por ejemplo, habilitando o deshabilitando el acceso en función del perfil de usuario, gestionando la clave de acceso wifi, evaluando que los tiempos de latencia en las comunicaciones son correctos, etc.). Entre sus funciones estarían:

- Configuración y administración de la infraestructura, donde destacan:
 - Red LAN¹⁴
 - Red WAN¹⁵ (wide area network o red de área amplia).

b) operadores de las redes militares de transmisiones, comunicaciones o informáticas durante el desempeño de sus cometidos; y

c) operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de los espacios confiados a los centros o estaciones en que sirven u observadores visuales de los mismos espacios, durante el desempeño de sus cometidos».

¹⁴ Red interconectada en un área reducida. En el ámbito del Ministerio de Defensa se denomina LAN PG: redes de área local de propósito general.

¹⁵ Red que permite conectar múltiples dispositivos ubicados en diversas redes (LAN) e interconectadas entre sí aunque estén ubicados a grandes distancias; por ejemplo, una empresa que pueda tener varias delegaciones en todo el mundo y que estas estén conectadas

- Red telefonía
- Red wifi
- Elementos de seguridad
- Elementos de infraestructura física
- Atención e interlocución para incidencias de la infraestructura realizando diagnóstico inicial.

Monitorización y primer diagnóstico de las incidencias surgidas en la red.

En el ámbito del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas Armadas, la seguridad de los sistemas y tecnologías de la información se desarrolla a partir de una normativa de primer, segundo y tercer nivel¹⁶, que lleva a la existencia de diverso personal que desarrolla tareas vinculadas a las TIC en las diferentes unidades militares y en el propio Ministerio de Defensa y, por tanto, a la existencia de múltiples sujetos que, en determinado momento, podrían estar cumpliendo las funciones de operador de red de transmisión y comunicación y, de forma acumulada o independiente, de redes informáticas.

Pero debemos destacar que en el marco de las Fuerzas Armadas existe un mando operacional específicamente destinado a una función genérica de vigilancia y salvaguarda de la defensa nacional en el ámbito del ciberespacio. Hablamos del Mando Conjunto de Ciberdefensa (MCCD), creado por Orden Ministerial 10/2013, de 19 de febrero, y actualmente regulado por la Instrucción 65/2015, de 30 de diciembre, del jefe de Estado Mayor de la Defensa, por la que se desarrolla la Organización del Estado Mayor

entre sí. En el ámbito del Ministerio de Defensa se denomina Red de Área Extensa Propósito General del Ministerio de Defensa (WAN PG).

¹⁶ *Vid.* especialmente el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica; el Plan Director de Sistemas de Información y Telecomunicaciones, aprobado por la Orden DEF/315/2002; la Orden DEF/2639/2015 sobre Política de los Sistemas y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del MINISDEF; la Instrucción 53/2016, de 24 de agosto, del secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueban las Normas para la Aplicación de la Política de Seguridad de la Información del Ministerio de Defensa; la Instrucción 58/2016, de 28 de octubre, del secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba la Arquitectura Global de Sistemas y Tecnologías de Información y Comunicaciones del Ministerio de Defensa; el Procedimiento de Gestión de Incidencias TIC y la Instrucción 345-seginfo/01/12/v1 sobre Política de Seguridad de las Redes de Área Local de la WAN PG del Ministerio de Defensa.

En todo caso, de forma más genérica tampoco debe olvidarse que, dadas las características del ciberespacio, la estrategia de ciberseguridad es global, con la importante colaboración entre el CERT (Computer Emergency Response Team) del Centro Criptológico Nacional, el del INCIBE (Industria) y el del propio MCCD, entre otros, en el marco de la Estrategia Nacional de Ciberseguridad (2013), la cual puede consultarse en <https://www.ccn-cert.cni.es/publico/dmpublicdocuments/EstrategiaNacionalCiberseguridad.pdf>.

de la Defensa. El Mando Conjunto de Ciberdefensa tiene la estructura y funciones establecidas en el artículo 15 del Real Decreto 872/2014, de 10 de octubre, en el artículo 11 de la Orden DEF/166/2015, de 21 de enero, y en el artículo 3 de la Orden DEF/1887/2015, de 16 de septiembre.

Concretamente el MCCD es «la unidad encargada del planeamiento y ejecución de las acciones relativas a la ciberdefensa en las redes y sistemas de información y telecomunicaciones del MINISDEF u otros que pudiera tener encomendados, así como contribuir a la respuesta adecuada en el ciberespacio ante amenazas o agresiones que puedan afectar a la defensa nacional».

No todo el personal destinado en el MCCD lleva a cabo las mismas funciones. En su estructura se ha establecido un Estado Mayor, que cuenta, entre otras, con una Sección de Ciberinteligencia y Seguridad y otra de Operaciones; El mando cuenta además con una jefatura específica de operaciones, «responsable de la ejecución de operaciones de ciberdefensa a través de las acciones de defensa, explotación y respuesta en el ciberespacio, coordinando técnicamente las actividades de los centros de operaciones de seguridad del MINISDEF, tanto permanentes como desplegables».

Dadas estas funciones específicas asignadas, podemos encontrar un gran número de militares en funciones de centinela informático en dicho ámbito. Además, no solo los militares destinados en dicho mando pueden ser considerados como tal en exclusiva, al existir, como hemos señalado, unidades en la estructura de los Ejércitos y la Armada con competencias sobre la materia, así como centros de seguridad (COS) tanto permanentes como desplegables. Ahora bien, partiendo del concepto legal contenido en el artículo 4, será necesario acreditar, en cada caso concreto, que nos encontramos ante un militar desempeñando la función de *operador de redes informáticas* en el ámbito de las Fuerzas Armadas para poder considerarlo centinela a los efectos oportunos.

En este sentido, ya en la Orden Ministerial 50/2011, de 28 de julio, por la que se aprueban las Normas sobre Mando y Régimen Interior de las Unidades e Instalaciones del Ejército de Tierra¹⁷, se hablaba específicamente de las guardias de servicio de los sistemas CIS; el artículo 98.4 señala:

¹⁷ La Orden Ministerial 12/2012, de 28 de febrero, por la que se aprueban las Normas sobre Mando y Régimen Interior de las Unidades de la Armada, y la Orden Ministerial 50/2011, de 28 de julio, por la que se aprueban las Normas sobre Mando y Régimen Interior de las Unidades e Instalaciones del Ejército de Tierra. La Orden Ministerial 13/2012, de 28 de febrero, por la que se aprueban las Normas sobre Mando y Régimen Interior de las Unidades del Ejército del Aire no hacen referencias específicas a la figura del centinela, y se remiten en todo caso al RD 194/2010 antes citado de Seguridad de las FAS.

«Las guardias del servicio de los sistemas CIS se registrarán por lo establecido en estas normas, por las que se establezcan con carácter general y por las específicas del servicio. A efectos de aplicación de la legislación penal militar, los operadores de este servicio tienen la consideración de centinela».

Delimitado, por tanto, el concepto del sujeto, vamos a pasar a analizar en las siguientes páginas la relevancia penal específica de dicha figura.

2.1. EL CENTINELA INFORMÁTICO COMO SUJETO PASIVO DE DELITOS

Dada, como señalábamos, la relevancia de la figura del centinela para la protección del bien jurídico seguridad y defensa nacional, su amparo se ha venido recogiendo tradicionalmente en los textos penales militares. En la actualidad, el CPM de 2015 regula dicha protección en su artículo 34:

«El que desobedeciere o hiciere resistencia a órdenes de centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si le maltratare de obra será castigado con la pena de cuatro meses a tres años de prisión, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal.

Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el párrafo anterior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Si el hecho se verifica con armas u otro medio peligroso.
2. Si la acción se ejecuta en situación de conflicto armado, estado de sitio o en el curso de una operación internacional coercitiva o de paz».

El tipo penal es, en su modalidad de maltrato de obra, claramente pluriofensivo, como se ha reiterado por numerosa jurisprudencia de la Sala Quinta del TS¹⁸, de tal forma que la vida e integridad física del sujeto pasivo también quedan protegidas. En los casos de centinelas tradicionales, es decir, aquellos comprendidos en el número 1 del artículo 4 del CPM, y al margen de las mayores o menores dificultades probatorias de un suceso

¹⁸ «El bien jurídico que la norma protege, hemos dicho que radica en la especial relevancia de las funciones que el centinela tiene encomendadas en el desempeño de su misión, de velar por la seguridad de las Fuerzas Armadas y de sus instalaciones, así como por el normal desenvolvimiento de las funciones militares, a lo que se añade la integridad física de las personas que las realizan cuando se trata de la modalidad de maltrato de obra; lo que justifica la especial y reforzada protección que se otorga a dicho sujeto». STS n.º 1824/2013 de 16 de abril. *Vid.* también sentencias 23.01.1992, 14.02.1994, 08.05.1995, 16.03.1998, 07.11.2001, 25.11.2002, 03.03.2003 y 08.04.2005.

concreto, resulta más o menos fácil imaginar un hecho típico de desobediencia directa a una orden de un centinela, como puede ser traspasar la entrada de una instalación militar contraviniendo la prohibición del centinela o una agresión con un arma, etc.

Más difícil resulta intentar delimitar qué conductas podrían ser subsumidas en este tipo penal cuando el sujeto pasivo es el operador de redes informáticas.

En primer lugar, indudablemente también podría ser posible que fuese objeto del maltrato de obra, con el objetivo, por ejemplo, de acceder al terminal informático que dicho centinela esté manejando en un determinado momento. Sin embargo, esta modalidad no presenta ninguna diferencia o novedad en el análisis penal con el maltrato a un *centinela de puerta*, y por tanto no vamos a detenernos en ello.

Lo que cabe plantearse teniendo en cuenta el entorno cibernético en el que el centinela informático desempeña sus cometidos, cuya relevancia es precisamente lo que da lugar a la consideración penal de un operador de redes informáticas como centinela, es si el empleo de herramientas informáticas o tecnológicas para contravenir sus configuraciones de seguridad informática podrían cumplir con los elementos del tipo en su modalidad de desobediencia o resistencia a órdenes.

Los principios de legalidad y tipicidad nos obligan a limitar la interpretación extensiva y analógica en este sentido. Así, la primera dificultad parte de la definición legal de *orden*, también contenida en el Código Penal Militar en su artículo 8 (antiguo 19): «Es orden todo mandato relativo al servicio que un superior militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le corresponden, para que lleve a cabo u omita una actuación concreta».

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala Quinta del TS es clara al desvincular los mandatos del centinela del concepto de orden contenido en el artículo 8 del CPM. Así:

«De la anterior condición funcional y del ajuste a los cometidos que al centinela se asignan resulta la legitimidad de su actuación en cuanto a las órdenes que este emite, que, lógicamente, no pueden sino obedecer a causas que conecten con el cumplimiento de la consigna que aquel hubiera recibido. El módulo inmediatamente aplicable al afecto no es el que se establece en el art. 19 CPM, que está previsto para los mandatos que un militar superior da a otro subordinado en relación con el servicio para que este último se comporte en determinado sentido. Quien ostenta la condición de centinela emite requerimientos

o mandatos imperativos en el cumplimiento de la misión de seguridad que cumple que no se identifican con las órdenes en sentido estricto a que se refiere el art. 19 CPM., porque el destinatario de aquellos puede ser cualquier persona militar o civil y aún en el primer supuesto, como es el caso que se examina, no es necesario que el militar se encuentre en el desempeño de un acto propio del servicio ni ser subordinado de quien imparte la orden. Por ello, además, la desobediencia genérica se encuentra tipificada en el art. 102 CPM., mientras que esta tiene carácter específico y se contrae a la conducta desobediente respecto de los mandatos que emite un centinela en el desempeño legítimo de su misión»¹⁹.

Es el caso de un centinela de puerta, por ejemplo, que ordena retirar un vehículo de una zona de seguridad fuera de la instalación militar, y el conductor se niega a realizarlo, «frustrando así la salvaguardia de la seguridad de las instalaciones militares que, cumpliendo su misión, pretendía el centinela al requerirle para que retirase el vehículo, por lo que la alegación de la parte fundamentada en el corto retraso en el cumplimiento de lo ordenado —ya que una vez realizada su actividad retiró la furgoneta— resulta irrelevante porque ese retraso era suficiente para la ineficacia de la protección del interés militar que subyacía en la orden»²⁰.

Por tanto la cuestión sería: ¿Pueden considerarse órdenes las actividades desarrolladas por los operadores de redes informáticas en sus funciones de monitorización y defensa de las redes y sistemas? Parece difícil que la función genérica de un operador de red pueda ser interpretada como una orden; en nuestra opinión supondría una interpretación extensiva que vulneraría el principio de legalidad. Planteemos entonces la siguiente situación:

Un sujeto (militar o paisano) accede sin autorización a una de las redes o sistemas de las FAS. En su función de centinela, un militar detecta dicha intrusión y no solo lleva a cabo las necesarias acciones informáticas defensivas, sino que interactúa con el atacante en el ámbito virtual para darle instrucciones específicas que lleven a poner fin a esa conducta. ¿Esas interacciones o instrucciones pueden ser consideradas órdenes de un centinela? Parece que dichas instrucciones sí podrían ser incardinadas en los «requerimientos o mandatos imperativos que el centinela emite en el cumplimiento de la misión de seguridad que cumple».

¹⁹ STS de la Sala Quinta n.º 7311/2007, de 5 de noviembre.

²⁰ STS de la Sala Quinta n.º 7825/2002, de 25 de noviembre.

La cuestión cobra relevancia cuando la conducta en sí resulta atípica según otros tipos del Código Penal. Así, el mero acceso no consentido (*hacking*)²¹ no se contempla como delito en el CPM, ni por remisión al Código Penal ordinario²², por tanto cabría plantearse que, si se ha puesto en peligro el bien jurídico seguridad y defensa nacional a través de ese acceso y mantenimiento en el sistema, en el que específicamente se han desobedecido las instrucciones dadas por el centinela informático, o contravenido su voluntad, podríamos encontrarnos ante el artículo 34 del CPM, y no ante el artículo 197 bis 1 del Código Penal ordinario²³.

Para resolverlo, vamos a analizar dicho artículo del CP común, que tipifica el *hacking* de la siguiente manera:

«El que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad

²¹ El *hacking* es el acceso ilícito a los sistemas informáticos. La base de la ilicitud es la falta de conocimiento y consentimiento del titular, y no el resultado del acceso, que puede o no conllevar daños, alteraciones o uso de los datos, y es lo que lleva a diferenciar, en el ámbito técnico, a los *hackers* blancos de los grises/negros (*crakers*). En todo caso, el *hacking* implica siempre un acceso remoto (no el uso del terminal físico del titular) y supone la entrada en el sistema, atravesando las barreras de protección que puedan existir o usando *puertas* que puedan estar abiertas. La extracción de datos a través de *malware* sin que de hecho se produzca un acceso sería otra modalidad delictiva, que no implicaría *hacking*.

²² Algunos autores sostienen que «el acceso no autorizado inevitablemente va a suponer algún tipo de alteración de los datos del mismo porque la sola entrada y uso del sistema da lugar a la modificación de los datos, a lo que hay que añadir que con frecuencia los *hackers* realizan alteraciones en dichos datos para intentar borrar los rastros que puedan identificarlos». RODRÍGUEZ, G.; ALONSO, J.; LASCURAÍN, J. A. «Derecho penal e Internet». FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.; CREMADES GARCÍA, J.; ILLESCAS ORTIZ, R. (coords.). *Régimen Jurídico de Internet*. Madrid: Wolters Kluwer 2001, pág. 269. En caso de que efectivamente se produzcan acciones de alteración de datos que cumplan con los requisitos del delito de daños del artículo 264 del CP ordinario, al que sí remite el CPM —y que analizaremos con detenimiento en páginas posteriores—, nos encontraríamos en dicho ámbito. Consideramos que el artículo 197 describe una conducta diferente en la que las posibles modificaciones de datos son mínimas e irrelevantes y existen además bienes jurídicos diferentes bajo protección. Como señala Morales García, se trata de una conducta que «supone un adelantamiento de la barrera que separa la intervención penal de otro tipo de intervenciones jurídicas, puesto que la integridad de los sistemas ya es objeto de tutela a través de los delitos de daños informáticos e interferencia de sistemas». MORALES GARCÍA, O. «Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje informático y uso ilícito de tarjetas (artículo 197 3 y 8, 264 y 258)». QUINTERO OLIVARES, G. *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Madrid: Aranzadi 2010, pág. 184.

²³ Introducido por Ley 5/2010 de 22 de junio, en aplicación de la Decisión Marco 2005-222-JAI, como artículo 197.3, si bien también se encuentra recogido en el Convenio de Budapest.

de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años».

Vamos a examinar brevemente los elementos de este tipo delictivo, centrándonos en una cuestión que para nosotros se evidencia especialmente relevante para abordar la posible tipificación de la conducta a la que hacíamos referencia como un delito del artículo 34 del CPM, y no de este artículo 197 bis 1 del CP común; dicha cuestión es la relativa al bien jurídico que se tutela con este último, si bien la ubicación del tipo 197 bis 1 en el capítulo I «Del descubrimiento y revelación de secretos» del título X «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio» podría llevarnos a afirmar sin más reflexión al respecto que se trata de un delito contra la intimidad personal, la cuestión no está ni mucho menos exenta de polémica. Como resume Colás Turégano²⁴, la doctrina mayoritaria²⁵ se ha decantado por sostener que lo que se pretende proteger con esta figura es la seguridad de los sistemas informáticos, y se configura como un delito de peligro abstracto para la seguridad de estos, que podría, hipotéticamente, suponer un riesgo para la intimidad. Destaca la aportación de Tomás Valiente Lanuza²⁶, quien hace hincapié en el hecho de que considerar que el único bien jurídico protegido por esta figura es la intimidad dejaría fuera del ámbito típico el acceso a sistemas informáticos en los que no estuviera alojado ningún dato íntimo. A pesar de esta visión mayoritaria, hay autores²⁷ que priorizan la ubicación del tipo, lo asimilan al allanamiento de morada y entienden que la conducta típica «acceder y mantenerse» es equivalente a la de dicho delito en el ámbito físico; por tanto, se tutela aquella parcela de la privacidad ligada al domicilio informático.

En conexión directa con esta cuestión está la conducta típica, y aquí es necesario tener en cuenta la modificación del tipo que se realiza en la reforma de 2015²⁸. Así, cuando la reforma de 2010²⁹ introdujo el *intrusismo in-*

²⁴ COLÁS TURÉGANO, A. «El delito de intrusismo informático tras la reforma del Código Penal español del 2015». *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 21, enero 2016, pp. 210-229.

²⁵ *Vid.*, entre otros, CARRASCO ANDRINO, M. «El delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos». ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch 2010, pág. 250.

²⁶ TOMÁS VALIENTE LANUZA, C. *Comentarios al código penal*. GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.). Valladolid: Lex Nova 2011, pp. 802-803.

²⁷ MORALES GARCÍA, O. *Op. cit.*, pág. 185.

²⁸ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Directiva. 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013.

²⁹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

formático como conducta delictiva castigaba a quien «por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, accediera sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantuviera dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tuviera el legítimo derecho a excluirlo» (antiguo artículo 197.3). Ahora, sin embargo, como exponíamos hace unas líneas, se penaliza al que «sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso³⁰ al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo» (artículo 197 bis 1).

Resulta destacable, en primer lugar, la modificación relativa a que el acceso no se vincula específicamente a datos o programas concretos, sino al sistema de información (todo o parte)³¹. Con esta modificación, y como señala Colás Turégano, «se acentúa la especial dirección de la figura hacia la tutela de la seguridad alejándose, al propio tiempo, del otro bien jurídico que se pudiera ver afectado con las conductas descritas, la intimidad, al no precisarse que el acceso o mantenimiento lo sea a los datos o programas alojados en un sistema informático», opinión que sustenta en la propia «Exposición de motivos» de la reforma penal de 2015, pues en ella se establece:

«Se introduce una separación nítida entre los supuestos de revelación de datos que afectan directamente a la intimidad personal y el acceso a otros datos o informaciones que pueden afectar a la privacidad, pero que no están referidos directamente a la intimidad personal: no es lo mismo el acceso al listado personal de contactos, que recabar datos relativos a la versión de software empleado o a la situación de los puertos de entrada a un sistema. Por ello, se opta por una tipificación separada y diferenciada del mero acceso a los sistemas informáticos».

³⁰ «Tendrán cabida dentro de la misma la conducta de todo aquel que haga posible o ayude al acceso de un tercero, produciéndose de esta forma una cierta y criticable ampliación del ámbito de lo punible, pues se eleva a la categoría de autoría lo que hasta el momento solo podía ser calificado como acto de participación, pudiendo abarcar desde supuestos de colaboración necesaria hasta supuestos de mera complicidad, lo que resulta especialmente criticable por la desproporción punitiva a la que conduce, castigando con la misma pena supuestos de diferente lesividad». COLÁS TURÉGANO, A. *Op. cit.*, pág. 219.

³¹ «Todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automatizado de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados o recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento». Directiva. 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013.

La cuestión sigue siendo si esa tipificación separada puede desvincularse completamente del derecho a la intimidad (sea de persona física o jurídica)³². En nuestra opinión, si bien se tutela el bien jurídico seguridad informática, no puede obviarse sin más la ubicación del tipo, lo que lo obliga a conectarlo, al menos mínimamente, con la intimidad, lo que lo configuraría, siguiendo a Anarte y Doval³³, como un delito de peligro abstracto para dicho bien jurídico personalísimo, con un adelantamiento, por tanto, de las barreras penales de protección de este.

Esa misma argumentación es recogida por la Audiencia Provincial de Gerona en su Sentencia de 22 de junio de 2015 (358/2015), en la que, en relación con el antiguo artículo 197.3, señala:

«A diferencia de la mayor parte de los delitos del capítulo, no se trata de una modalidad de descubrimiento, ni tampoco una figura de revelación de secretos, sino más precisamente de intromisión. Ahora bien, incluso a primera vista parece claro que, cuanto más se vincule el artículo 197.3 con el derecho a la intimidad y a los datos personales, más van a superponerse los límites de la intervención penal que proporciona ese precepto con los que ya existían tras la aprobación del Código Penal de 1995 y la reforma del régimen jurídico de los datos personales. De las alternativas que presenta la inserción entre los delitos de descubrimiento de esta nueva infracción, la tesis que registra una mayor adhesión es la de que el artículo 197.3 escapa a la lógica de la tutela directa y única de la intimidad y los datos personales y que marca un nuevo espacio de protección con un objeto jurídico diferenciado: la seguridad o la intangibilidad de los sistemas informáticos. Esta idea se encuentra avalada por la normativa internacional y comparada concordante.

Con respecto a tal objeto, el delito de intrusión se comportaría como una figura de lesión, ya que, en tanto la consumación viene determinada por el acceso o la permanencia, estas conductas suponen evidentemente la vulneración de la seguridad y la intangibilidad de los sistemas informáticos.

En definitiva, con base en razones de orden sistemático, se plantea que el artículo 197.3 sigue estando vinculado con la protección de la intimidad y los datos personales, en tanto que constituirían los bie-

³² Artículo 200 del CP: «Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código».

³³ ANARTE BORRALLO, E.; DOVAL PAÍS, A. *Derecho penal. Parte especial. Vol. I. La protección penal de los intereses jurídicos personales*. BOIX REIG, J. (Dir.). Madrid: Iustel, pp. 455-456.

nes jurídicos protegidos. Ahora bien, las conductas que dicha norma sanciona no representan genuinas afecciones de la intimidad y de los datos personales —o sea, descubrimiento o revelación—, sino que se adelanta el umbral típico hasta incorporar estadios previos, lo que convierte al precepto en una figura de peligro en relación con la intimidad y los datos personales, que sería abstracto puesto que se presumiría de la ejecución de las acciones seleccionadas (acceso y mantenimiento)».

Lo que en todo caso no tutela esta figura es el bien jurídico defensa nacional, cuya protección en relación con informaciones secretas o reservadas se articula en el capítulo III del título XXIII («De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional»). Para que el mero acceso no consentido a sistemas de defensa pudiese ser incardinado en dicho capítulo (artículos 598 y siguientes) y, por tanto, competencia de la jurisdicción militar a través del artículo 26 del CPM que reenvía a estos, sería necesario que hubiese un presupuesto subjetivo de ánimo de conocer o procurarse los secretos de la defensa nacional, además de que la acción deberá estar dirigida específicamente hacia elementos clasificados como reservados o secretos.

Por tanto, analizando la conducta a la que veníamos refiriéndonos, que es el «mero acceso no autorizado a los sistemas de información de las Fuerzas Armadas», sin ulterior acción de apoderamiento, daño, modificación o revelación de la información que se encuentra en ellos, y sin exigencia de un dolo específico, debemos tener en cuenta todo lo anteriormente expuesto para intentar una tipificación correcta de la conducta.

Así, en este caso nos encontramos con un objeto material específico, que son los sistemas de información de las Fuerzas Armadas. Si optamos por tipificar la conducta como un delito del artículo 197 bis 1, estaríamos ante un delito común, cuyo sujeto activo puede ser tanto paisano como militar. Sin embargo, como venimos señalando, el bien jurídico protegido por este tipo penal nada tiene que ver con la seguridad y defensa nacional, sino que se refiere a la seguridad informática en conexión con la intimidad, ya sea de persona física o jurídica, es decir, como mínimo, a una puesta en peligro abstracto de dicha intimidad. ¿Qué intimidad se ve afectada por el acceso no consentido a sistemas de las Fuerzas Armadas? Si bien sería necesario abordar cada caso concreto, analizando cuáles son los sistemas/datos a los que se accede, parece dudoso que tanto el dolo del autor como la puesta en peligro de los bienes jurídicos vengan referidos a la intimidad del centinela (cuyos datos no tienen por qué estar de ningún modo en los sistemas que monitoriza) o de otros individuos de las FAS. La conducta

afecta a la institución, pero no como persona jurídica cuya intimidad se pone en peligro, sino debido precisamente a su función constitucional (artículo 8 CE), de lo que parece dimanar que la conducta descrita sí podría ser considerada una puesta en peligro del bien jurídico seguridad y defensa nacional.

Siendo así, es decir, eliminando la afectación a la intimidad, y siendo atípico como hemos dicho en el Código Penal común el mero acceso no consentido (sin ulteriores resultados o dolos específicos, más allá del de vulnerar la seguridad del sistema), en relación con los sistemas de defensa nacional, podríamos considerar si la conducta es subsumible en el artículo 34 del CPM, toda vez que el acceso o mantenimiento en el sistema contra la voluntad del que tiene legítimo derecho a excluirlo, esto es, el centinela informático, podría interpretarse como una desobediencia a sus órdenes, y toda vez que como venimos repitiendo ese acceso no pone en potencial peligro un bien jurídico del centinela como persona física o de la empresa pública como persona jurídica, sino la seguridad y defensa nacional. Ahora bien, debemos tener en cuenta que la conducta típica del artículo 197 bis 1 exige la vulneración de medidas de seguridad *ad hoc*.

Ello implica que la conducta debe realizarse vulnerando las medidas de seguridad que estén establecidas *precisamente* para impedir esos comportamientos; es decir, en principio, no únicamente el acceso, sino también la permanencia típica, lo que supone que, de las múltiples medidas de seguridad informática, son relevantes para el tipo solo las que se interponen para evitar la realización de las conductas (como sería el caso de los llamados cortafuegos)³⁴. La cuestión es que, si la conducta ya exige la vulneración de medidas de seguridad, será necesario que el autor lleve a cabo una ulterior y más específica vulneración de las instrucciones concretas dadas por el centinela, con las características típicas de una orden, para poder plantear una posible vulneración del artículo 34 del CPM.

Si consideramos que no es posible incardinar la conducta descrita en el artículo 197 bis 1 en el artículo 34 del CPM por exigencias del principio de legalidad, debemos tener en cuenta que el artículo 201 del CP común exige la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, por lo que, salvo que se intentase la excepción contenida en el apartado 201.2 CP: «No será precisa la denuncia exigida [...] cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas». Entendiendo

³⁴ En todo caso, y como señala Morales García, el «nivel de seguridad obviamente no puede ser objeto de descripción típica y deberá vincularse al estado de la técnica en cada comento y a los usos y costumbres de la comunidad». *Op. cit.*, pág. 187.

efectivamente que se han visto afectados los intereses generales, no será posible proceder contra un sujeto que haya realizado un mero acceso no consentido a sistemas de las FAS.

Por último, cabe señalar que la conducta a la que venimos haciendo referencia no nos parece subsumible en el artículo 29 del CPM³⁵. Entendemos que este artículo exige que el objeto material sea una dependencia física³⁶, y que el penetrar y permanecer en los sistemas informáticos sería una interpretación que no satisfaría las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad.

Procede finalmente hacer una breve referencia al artículo 197 ter del CP ordinario que tipifica la siguiente conducta:

«Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis:

- a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o
- b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información».

Resulta relevante porque implica la tipificación autónoma de una conducta que anteriormente podría ser abordada como cooperación necesaria o complicidad en la comisión del delito del artículo 197 bis, pero que ahora permite una imputación separada de aquel sujeto (militar o paisano) que facilite un programa, contraseña, etc., concebido para cometer dicho delito. El tipo penal establece un *modus operandi* abierto al recoger cualquier tipo de conducta o modo por el que se faciliten a terceros los medios para la comisión delictiva de los artículos anteriores, sin que las acciones (producción, importación, etc.) presenten diferencias por el hecho de hablar del

³⁵ Artículo 29 del CPM: «El que penetrare o permaneciere en un centro, dependencia o establecimiento militar contra la voluntad expresa o tácita de su jefe, o vulnerare las medidas de seguridad establecidas para la protección de aquellos, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión».

³⁶ Sentencias de la Sala Quinta n.º 8630/1993 de 13 de diciembre y n.º 2597/1995 de 8 de mayo.

ámbito informático, en relación con el significado común de estos relativo a la producción y tráfico mercantil.

Las conductas vienen referidas a medios concretos idóneos para la comisión de los delitos precedentes, que son programas informáticos, concebidos o adaptados principalmente a tal fin (programas de lanzamiento de *spam*, creación de ordenadores zombis, etc.) y contraseñas de ordenador, códigos de acceso o datos similares para acceder a un sistema de información, enumeración que permite incluir cualquier tipo de elemento informático (dato) que permita dicho acceso.

2.2. EL CENTINELA INFORMÁTICO COMO SUJETO ACTIVO DE DELITOS

2.2.1. La comisión de delitos específicos

De forma paralela o correlativa al amparo proporcionado a la figura del centinela en el CPM debido a su relevante función en la protección de la seguridad y defensa nacional, se penaliza en dicho código la vulneración o quebrantamiento por parte de este de sus obligaciones. Así, el artículo 68, ubicado en la sección 2.^a del capítulo V del título IV recoge los delitos contra los deberes del centinela³⁷ y establece:

«1. El centinela que abandonare su puesto será castigado:

1.º Con la pena de diez a veinticinco años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos.

2.º Con la pena de diez a veinte años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, fuera de las situaciones expresadas en el apartado anterior, o en circunstancias críticas.

3.º En los demás casos, con la pena de seis meses a seis años de prisión.

2. El centinela que incumpliere sus obligaciones, ocasionando grave daño al servicio, será castigado con las penas señaladas en el apartado anterior en su mitad inferior».

³⁷ También en este caso, el Código de Justicia Militar de 1945 recogía en su artículo 358 el abandono de puesto por cualquier «militar mandando guardia, patrulla, ronda, posición militar o cualquier fuerza en servicio de armas o de transmisiones».

Nuevamente vamos a centrarnos en la figura del centinela informático y las posibles modalidades de comisión por parte de dicha figura de los delitos específicamente vinculados a su función. Así, y entrenado en el análisis del apartado 1 del artículo 68, en relación con el abandono de puesto, no existe, en principio, diferencia alguna con un centinela de puerta en lo que al abandono físico de su servicio se refiere. Esto es, si en el desempeño concreto de sus funciones como operador de las redes informáticas de defensa, el militar físicamente abandonase su puesto frente al terminal informático, colocándose en situación de no poder cumplir con las funciones encomendadas, su conducta sería subsumible en dicho apartado.

Parece, en todo caso, que ese abandono físico tendría que ser relevante en relación con la específica función de operador de redes informáticas, toda vez que, si para el correcto desempeño del servicio, la presencia física en un determinado terminal no es relevante, como lo es en el caso de los centinelas físicos, la conducta podría resultar atípica.

Al respecto del concepto de *abandono* en esta conducta delictiva, la Sala Quinta del TS ha sido consistente en la interpretación ya asentada en la Sentencia de 24 de septiembre de 1993 en la que señalaba que ha de interpretarse:

«En su significado gramatical de dejación, apartamiento o ausencia de un lugar determinado, o lo que es lo mismo, el desplazamiento material o físico de una persona desde el sitio que ocupaba previamente a otro distinto que le impide realizar el cometido que le correspondía en el lugar primitivo [...]. El centinela que deja su puesto y se va a otro lugar distinto desde el que no puede atender el primero, cometerá el delito del vigente artículo 146 del Código Penal Militar, pero no el que permanezca en su puesto o en lugar desde el que pueda vigilarlo, aunque por otras razones incumpla los deberes propios del centinela, pues en este último caso su conducta indiciaría en el supuesto contemplado en el artículo 147, o en las modalidades de infracción disciplinaria para conducta de menor gravedad. Es, por lo tanto, el apartamiento físico del lugar y no la abstracción, pérdida de conciencia o alejamiento psíquico permaneciendo materialmente en el puesto lo que se contempla en el artículo 146».

Por tanto, y como señalábamos, el desplazamiento físico tiene que impedir realizar el cometido que le correspondía como centinela. Si el desempeño de dicho cometido no está ligado a un lugar físico concreto en el caso de un centinela informático, este no cometerá necesariamente el delito del

artículo 68.1 (antiguo 146). Por el contrario, si la ubicación física resulta determinante para su servicio, su alejamiento o desplazamiento podrían ser constitutivos de esta figura delictiva.

En todo caso, no se trata de que el abandono no provoque un daño o perjuicio concreto, puesto que el apartado 1 no exige un resultado, y se consume con el tipo con el mero alejamiento o desplazamiento físico del centinela, pero sí que esa permanencia física en un puesto esté ligada a su servicio de centinela, lo que es consustancial al centinela físico, pero no necesariamente al informático.

En cuanto al apartado segundo del artículo 68, sí que precisa de un resultado, el grave daño al servicio. En caso contrario, el incumplimiento de los deberes propios del puesto será constitutivos de falta disciplinaria³⁸. Será necesario analizar en cada caso concreto las acciones u omisiones llevadas a cabo por el centinela informático a la hora de determinar, en primer lugar, si, en relación con su función específica, suponen un incumplimiento de obligaciones y, en segundo, si el grave perjuicio al servicio se ha producido.

La sentencia de la Sala Quinta del TS de 12 de febrero de 2009 (1065/2009), que recoge la jurisprudencia de la propia sala al respecto del significado de la ocasión del perjuicio, señalaba:

«Efectivamente, en nuestra sentencia de 21 de marzo de 2004, que cita la sentencia de instancia, decíamos que la exigencia de grave daño del artículo 147 del Código Penal Militar se refiere a la realización del servicio, que puede originar un “incumplimiento total o parcial” y que “ha de ser una alteración que ocasione detrimento, perjuicio, menoscabo (que es en lo que consiste la palabra *daño*), pero que, no requiere que esos daños sean materiales pues, sin ellos, puede el servicio quedar incumplido y, por ende, gravemente dañado” y aunque el delito del artículo 147 del Código Penal Militar exige, ciertamente, la producción de un resultado, “ello no quiere decir que este sea material, pues el *grave daño* lo es con relación al servicio y es obvio que puede originarse un grave daño al servicio sin que se haya producido daño alguno material o que este sea de poca monta”. Posteriormente, en sentencia de 14 de febrero de 2006, hemos precisado que el tipo objetivo

³⁸ Artículo 7.15: «Incumplir las obligaciones del centinela o de otro servicio de armas, transmisiones o guardia de seguridad siempre que no se cause grave daño al servicio, así como abandonar otro tipo de servicios o guardias distintos a los anteriores o colocarse en estado de no poder cumplirlos». Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

de este específico delito también se colma, tanto en lo que concierne al incumplimiento de las obligaciones propias del centinela como al resultado jurídico del grave daño para el servicio, en la afectación al mismo servicio que se desempeña, y no en función del riesgo para la seguridad de lo que sea objeto de vigilancia, “porque el daño no es material, sino jurídico, y se refiere al normal desenvolvimiento de la misión del centinela, el cual se impone como consecuencia de la acción contraria a los deberes del servicio”».

De gran relevancia resulta esta cuestión en relación con el incumplimiento del centinela informático de sus deberes, toda vez que cualquier ataque sufrido por las redes de las FAS debido a ese incumplimiento de obligaciones no tiene necesariamente que tener una repercusión material, pero sí causar daño al servicio encomendado. En relación con la existencia de daños, se plantea una cuestión interesante, cual sería la comisión por omisión de los delitos de daños informáticos de los artículos 264 y 264 bis del CP ordinario en la posición de garante del centinela. Así, por ejemplo, si conociendo de la existencia de una bomba lógica el centinela no impide (o no hace todo lo necesario según sus capacidades para impedirlo) su activación, y se produce un resultado grave, podríamos encontrarnos también ante esta modalidad delictiva. Cabe señalar que para que dichas conductas sean relevantes a efectos del CPM tienen que producirse en el contexto del artículo 27 de dicho código y, por tanto, con el ánimo de atentar contra los medios y recursos de la defensa nacional. Siendo esto así, consideramos que es precisamente el tipo de artículo 68 del CPM el que permite una incardinación más adecuada de una conducta omisiva por parte de un centinela informático que, en incumplimiento de sus obligaciones, causa un perjuicio grave al servicio concretado en los resultados de los tipos 264 y 264 bis.

2.2.2. Comisión delictiva por extralimitaciones en su actuación

Al margen de cometer un abandono de puesto o un incumplimiento de obligaciones en el desempeño de su función de centinela, no queremos dejar de analizar la posible comisión por parte del centinela informático de otros tipos penales debido a un exceso o extralimitación en el ejercicio de sus cometidos.

Nuevamente cabe partir del abordaje del asunto desde la figura del centinela de puertas, y en este sentido debemos volver a mencionar la normati-

va complementaria, a la que ya nos habíamos referido a la hora de abordar el concepto de centinela.

Así, el artículo 25.3 del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre Seguridad en las Fuerzas Armadas establece: «Cuando resulte amenazada la seguridad de su puesto, su persona o el cumplimiento de la consigna, previa las conminaciones dirigidas al potencial agresor para que abandone su actitud y de la advertencia de que se halla ante un centinela, podrá hacer uso gradual y proporcionado de su arma, procurando causar el menor daño posible». Cuestión que es reproducida por el apartado 2 del artículo 88 del Régimen Interior del Ejército de Tierra, que señala: «En el caso del centinela, si resulta amenazada la seguridad del puesto que guarda, su persona o el cumplimiento de la consigna asignada, podrá hacer uso gradual y proporcionado de su arma, procurando causar el menor daño posible».

Es decir, para garantizar la eficacia de su función se establece la posibilidad del uso del arma de forma gradual y proporcionada. Se establece que ese uso puede realizarse en caso de que resulte amenazada no solo la seguridad del puesto o el cumplimiento de la consigna asignada —en seguimiento de la definición legal del artículo 4 del CPM—, sino también la persona del centinela³⁹.

En el caso de un centinela informático, y salvo que se produzca un asalto de carácter físico, no es la persona, sino la seguridad y el cumplimiento de la consigna recibida o las funciones inherentes al puesto lo que podría verse amenazado. ¿Cuáles son, por tanto, los márgenes y limitaciones de actuación de este? El centinela informático no tiene un arma física (o al menos ello no es relevante para su función informática), pero sí es posible que tenga unas cibercapacidades a su disposición que puedan ser consideradas como tales, tal y como se ha establecido en la interpretación hecha en el ámbito del derecho internacional de los Convenios de Ginebra y el uso de armas cibernéticas (*malware*, bombas lógicas, *botnets*, etc.)⁴⁰.

³⁹ En todo caso, el centinela, al margen de esta regulación reglamentaria, tiene además un derecho a la legítima defensa que, como sabemos, en nuestro ordenamiento jurídico opera como eximente que deberá cumplir determinados requisitos, tal y como se establece en el artículo 20. 4.º del CP.

⁴⁰ En la *Nuclear Weapons Advisory Opinion* de la Corte Internacional de Justicia se establece que «los principios y reglas del derecho humanitario se aplican a todas las formas de guerra y a todos los tipos de armas, del pasado, del presente y del futuro», postura que se ha adoptado en el ámbito de la ciberdefensa. Así, hablaríamos de cualquier ciberdispositivo, material, instrumento, mecanismo, equipo o *software* usado o diseñado para poder llevar a cabo algún tipo de ataque informático. *Vid.* SCHMITT, M. N. (ed.). *Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Cambridge University Press 2013.

Consideramos que, amparado por su obligación de guardar la seguridad del puesto que se le ha confiado (las redes/sistemas concretos), el centinela informático podrá llevar a cabo aquellas acciones necesarias para impedir la vulneración de esa seguridad *causando el menor daño posible*. Pero, al igual que no resulta penalmente admisible que, una vez pasada una amenaza un centinela de puertas busque, investigue y llegue a atacar al que intentó o consiguió entrar en la instalación (y desapareciera posteriormente), no puede un operador de redes emplear los conocimientos y herramientas (armas) puestos a su disposición por las Fuerzas Armadas para llevar a cabo actuaciones que podrían suponer la comisión de delitos comunes, como el del artículo 197 bis 1 que hemos analizado anteriormente⁴¹ o de daños informáticos de los artículo 264 y 264 bis.

Es decir, en la detección de incidentes, intrusiones, problemas de seguridad informática, etc., los operadores de redes informáticas deben usar sus cibercapacidades para cumplir con sus obligaciones de mantener la seguridad, pero no para llevar a cabo investigaciones, interceptaciones de datos, registros remotos, etc., que son competencia de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado bajo la dirección judicial, ni tampoco usar *malware* u otras herramientas informáticas contra sistemas ajenos en acciones de ataque o represalia produciendo daños informáticos o intromisiones en la intimidad y, por tanto, pudiendo ser sujetos activos de los delitos señalados del CP común.

En este sentido, cabe aquí hacer referencia a la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el Fortalecimiento de las Garantías Procesales y la Regulación de las Medidas de Investigación Tecnológica, toda vez que con anterioridad a esta no se regulaban técnicas específicas para la investigación tecnológica en nuestra legislación procesal (ni ordinaria ni militar), sino que era lo habitual la aplicación de otras disposiciones que regulaban aspectos como la intervención de la correspondencia o de las comunicaciones telefónicas. Ahora, sin embargo, dentro del título VIII, relativo a las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución, se recogen dichas medidas concretas, que serán de aplicación al ámbito del proceso penal militar, en virtud del carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) en todo aquello no regula-

⁴¹ Puede llegar a ser aplicable la agravación específica del artículo 198: «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años».

do específicamente en la Ley Procesal Militar 2/1989, de 13 de abril, como es el caso⁴².

Como la propia denominación del título VIII indica, todas las medidas, tecnológicas o no, que se regulan en los artículos 545 a 588 octies son susceptibles de incidir en el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Es lo que lleva a que el inicio del capítulo IV de la LECrim, específicamente dedicado a medidas tecnológicas, se centre en una serie de disposiciones comunes que hacen hincapié en los principios rectores de especialidad, idoneidad, necesidad y excepcionalidad, y proporcionalidad de estas (artículo 588 bis a), pero, además, a que se establezcan requisitos muy concretos de la petición por parte de Policía Judicial o Ministerio Fiscal, así como de la propia resolución judicial, su duración y control, que en nuestra opinión responden a la necesaria toma en consideración de que las capacidades tecnológicas, por muy avanzadas y útiles que pudieran resultar, no se usen de forma expansiva en detrimento de los derechos de los ciudadanos.

Por tanto, para que la realización de estas investigaciones y la aportación de los resultados de estas puedan configurarse como una prueba válida a un proceso penal con todas las garantías, deben ser llevadas a cabo por los sujetos competentes para ello y bajo la dirección judicial. Tanto los centinelas informáticos como otros sujetos militares en otras funciones informáticas tienen encomendada la tarea de garantizar la seguridad de sistemas, datos e informaciones. Sus capacidades y conocimientos deben estar dirigidos a esa función primordial de seguridad y defensa, para lo cual se podrán aplicar las técnicas precisas para diagnosticar los incidentes y aplicar las soluciones de seguridad informática precisas. Ahora bien, entre esas técnicas nunca podrá estar la realización de acciones que son competencia exclusiva de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, bajo dirección de la autoridad judicial, como hemos señalado.

De tal forma que, por poner un ejemplo, ante un incidente de seguridad, las capacidades del MCCD no pueden emplearse para llevar a cabo un registro remoto, ya que eso podría suponer, como hemos señalado, la comisión de delitos como los tipificados en los artículos 197 y siguientes del CP ordinario o de daños informáticos (artículos 264-266 CP), entre otros, salvo que nos encontremos ante una situación de ataque armado por parte de otro Estado o sus agentes y ello, en aplicación del derecho internacional, legitimase una respuesta agresiva, que en todo caso, y de conformidad con

⁴² La Ley Procesal Militar regula única y brevemente la entrada y registro en lugar cerrado y la intervención de libros, papeles y comunicaciones en los artículos 185 a 189.

la normativa internacional, sería bajo los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

Por otro lado, el desarrollo de capacidades de informática forense puede ser, y de hecho es, extremadamente útil para la mejora de la defensa de los sistemas, pero su utilidad en un proceso penal está directamente vinculada a la licitud y fiabilidad de los peritajes realizados, de forma que las actuaciones autónomas, sin intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y la autoridad judicial correspondiente, servirán de poco para el enjuiciamiento de los hechos.

Por último, no queremos dejar de apuntar que la extralimitación de los centinelas informáticos en sus facultades a la hora de desempeñar su labor, y al hilo de lo apuntado sobre las situaciones de conflicto armado, también podría llevar a la comisión de otros ilícitos penales, como los delitos contra las personas y bienes protegidos en dicho contexto. Por ejemplo, el artículo 610 del CP⁴³ tipifica la prohibición del derecho internacional del empleo de medios y métodos de guerra prohibidos⁴⁴:

«El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundamentalmente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, u ordene no dar cuartel, será castigado con la pena de prisión de 10 a 15 años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos».

En el ámbito cibernético, en el caso de un *botnet* empleado para llevar a cabo un ataque de denegación de servicio (DoS), el *botnet* sería el

⁴³ El artículo 9 del CPM establece como delitos militares los tipificados en el CP ordinario como «delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», incluidas las disposiciones comunes, si bien deberán cometerse «con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los Derechos y Deberes de los Miembros de la Guardia Civil».

⁴⁴ *Vid.* artículo 23 de la Convención de la Haya de 1907 y los artículos 35 y 36 del Protocolo I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949; existen, además, múltiples convenciones relativas a la cuestión, como la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción; la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción; la Convención sobre la Prohibición de Empleo, Almacenamiento, Producción y Tránsito de Minas Antipersonales y sobre su Destrucción; la Convención sobre Municiones de Racimo, etc.

medio de combate y el DoS el método. Si bien debemos significar como punto de partida que las armas cibernéticas no están, en su conjunto y *a priori*, prohibidas, como puede ser el caso de las municiones de racimo o las armas químicas, y, por tanto, será necesario analizar el diseño concreto de un determinado *malware* o su capacidad concreta en un determinado contexto para determinar la comisión delictiva. Pero la cuestión es que un empleo inadecuado de las capacidades tecnológicas por parte de los centinelas informáticos en un contexto de conflicto armado podría acarrear responsabilidades penales tanto nacionales como internacionales, al igual que cualquier otra extralimitación o abuso de capacidades en ese mismo contexto.

3. CONCLUSIÓN

El avance tecnológico incide en todos los ámbitos de la realidad convirtiéndose en un aspecto de extrema relevancia a la hora de configurar la protección penal de bienes jurídicos, incluidos aquellos de especial relevancia en el ámbito militar, como la seguridad y defensa nacional. Ello ha hecho necesaria la adaptación de las normativas penales y procesales de los Estados a lo largo de los últimos años, incluida la normativa penal militar.

En este sentido, dentro de las novedades del Código Penal Militar de 2015 destaca la inclusión en el nuevo texto penal de la figura del centinela informático en una acertada valoración de la relevancia de su función específica; se le proporciona protección penal y se le hace también sujeto sometido a una responsabilidad penal. Ahora bien, del análisis realizado se desprende que precisamente las peculiaridades de sus funciones de salvaguardia podrían exigir de un tratamiento diferenciado de esta figura que permita, en atención al principio de legalidad, desterrar las dudas sobre la comisión de delitos que pueden afectar a dichas funciones y a la seguridad de las instalaciones, pero quedar impunes o bajo la competencia de la jurisdicción ordinaria. Del mismo modo, la exigencia de responsabilidad podría resultar más amplia, específica y diferenciada que en el caso de centinelas de puerta o incluso de operadores de redes de transmisiones, dado su conocimiento y capacidad para llevar a cabo acciones que, bajo la consigna de la protección de la seguridad y defensa nacional, podrían llegar a constituir conductas delictivas.

Si bien los centinelas de puertas siguen teniendo una función de primera magnitud en las FAS, la relevancia de los operadores de redes para la seguridad de estas y el mantenimiento de sus capacidades para el cum-

plimiento de su función constitucional resultará, dado el avance de la tecnología y su penetración en el ámbito militar, cada vez más importante, lo que hace necesario profundizar en los aspectos señalados en las anteriores líneas, a fin de proporcionar límites adecuados de actuación, pero también capacidades tanto técnicas como legales para luchar contra fenómenos delictivos que pueden poner en peligro la seguridad y defensa nacional, y que en la actualidad no encuentran suficiente cobertura legal.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS, CAPÍTULO DE LIBROS Y ARTÍCULOS

- CARRASCO ANDRINO, M. «El delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos». ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch 2010, pp. 249-256.
- «El acceso ilícito a un sistema informático». ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; MANJÓN CABEZA OLMEDA, A.; VENTURA PÜSCHEL, A. *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*. Valencia: Tirant Lo Blanch 2009.
- CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español. Parte general*. Tomo II. Madrid: Tecnos 2000.
- COLAS TURÉGANO, A. «El delito de intrusismo informático tras la reforma del Código Penal español del 2015». *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 21, enero 2016, pp. 210-229.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (2016). «La reforma procesal. Registro de sistemas informáticos, ampliación del registro a otros sistemas. El registro remoto de dispositivos informáticos (artículos 588 sexies y 588 septieslecrim)» [en línea]. *Jornadas de especialistas en criminalidad informática*. Disponible en www.cej-mjusticia.es.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. J.; PÉREZ MACHÍO, A. U.; SAN JUAN GUILLÉN, C. «Aproximaciones criminológicas a la realidad de los ciberdelitos». DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. J. (Dir.). *Derecho penal informático*. Madrid: Civitas 2010.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. *Derecho penal europeo y legislación española: Las reformas del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch 2015.

- DE TOMÁS MORALES, S.; VELÁZQUEZ Y ORTIZ, A. «La responsabilidad del mando en la conducción de operaciones durante la ciberguerra». Ministerio de Defensa. *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 100, enero-diciembre 2013, Madrid, pp. 117150.
- DÍAZ GÓMEZ, A. «El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: el Convenio de Budapest». Universidad de la Rioja. *REDUR*, 8, diciembre 2010, pp. 169-203.
- GÓMEZ TOMILLO, M. *Responsabilidad penal y civil de los delitos cometidos a través de Internet*. Cizur: Aranzadi 2004.
- GONZÁLEZ RUS, J. J. «III. Delitos contra la Seguridad exterior e interior del Estado; de las falsedades». COBO DEL ROSAL, M. (Dir.). *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*. Madrid: AANV 1994.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.; MARCHENA GÓMEZ, M. *La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal de 2015*. Madrid: Castillo de Luna 2015.
- HERNÁNDEZ DÍAZ, L. «El delito informático». Universidad del País Vasco. *EGUZKILORE*, n.º 23, diciembre 2009, pp. 169-203.
- JEWKES, Y.; JAR, M. (eds.). *Handbook of Internet Crime*. Devon: William publishing 2010.
- MARCHENA GÓMEZ, M. (2001), «El sabotaje informático: entre los delitos de daños y desórdenes públicos». LÓPEZ ORTEGA, J. J. (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 10, CGPJ, Madrid, pp. 353-366.
- MIRÓ LLINARES, F. *El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Madrid: Marcial Pons 2012.
- MORALES GARCÍA, O. «Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje informático y uso ilícito de tarjetas (artículo 197 3 y 8 264 y 258)».
- QUINTERO OLIVARES, G. *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Madrid: Aranzadi 2010, pp.181-194.
- PASTRANA I ICART, L. I. «Los secretos en los delitos relativos a la defensa nacional (comentario a los artículos 598 a 603 CP)». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LL, 1998, pp. 273-317.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*. 6.^a edición. Barcelona: Atelier 2010.
- RODRÍGUEZ DEVESA, M.; A. SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson 1992.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; GALLO ALONSO, J.; LASCU-
RAÍN SÁNCHEZ, J. A. «Derecho penal e internet». FERNÁNDEZ
ORDÓÑEZ, M.; CREMADES GARCÍA, J.; ILLESCAS ORTIZ,
R. *Régimen jurídico de internet*. Wolters Kluwer 2001, pp. 255-307.
- RODRÍGUEZ LAÍN, J. L. «Tres cuestiones polémicas sobre el regis-
tro de dispositivos electrónicos de almacenamiento masivos de in-
formación» [en línea]. *Sepin*, septiembre 2016. Disponible en www.sepin.es.
- ROMEO CASABONA, C. M. *Poder informático y seguridad jurídica,
la función tutelar del derecho penal ante las nuevas tecnologías de
la información*. Madrid: Fundesco 1988.
- (coord.) *El cibercrimen: nuevos retos jurídicopenales, nuevas res-
puestas políticocriminales*. Madrid: Comares 2006.
- ROVIRA DEL CANTO, E. «Las nuevas pruebas telemáticas y digita-
les. Especialidades de la prueba en delitos cometidos por internet». Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. *Estu-
dios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, n.º 1, 2003, pp. 277-326.
- SALVADORI, I. *Los nuevos delitos informáticos introducidos en el
Código Penal español con la Ley Orgánica 5/2010. Perspectiva de
derecho comparado*. ADPCP, vol. LXIV, 2011.
- SCHMITT, M. N. (ed.). *Manual on the International Law Applicable to
Cyber Warfare*. Cambridge University Press 2013.
- TOMÁS VALIENTE LANUZA, C. *Comentarios al código penal*. GÓ-
MEZ TOMILLO, M. (Dir.). Valladolid: Lex Nova 2011.

REFERENCIAS NORMATIVAS

- Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado de 11 de enero sobre
pautas en relación con la intervención de las comunicaciones tele-
fónicas.
- Código de Justicia Militar de 1945.
- Convenio sobre Ciberdelincuencia de 23 de noviembre de 2001 del
Consejo de Europa.
- Instrucción 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, Sobre el fiscal de
sala de criminalidad informática de las fiscalías, de 11 de octubre
de 2011.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley
Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre Seguridad en las Fuerzas Armadas.

JURISPRUDENCIA

STS de la Sala Quinta n.º 8630/1993 de 13 de diciembre.

STS de la Sala Quinta n.º 2597/1995 de 8 de mayo.

STS de la Sala Quinta n.º 7825/2002 de 25 de noviembre.

STS de la Sala Quinta n.º 7311/2007, del 5 de noviembre.

STS de la Sala Quinta n.º 1065/2009, de 12 de febrero.

STS de la Sala Quinta n.º 496/2013, de 23 de enero.

STS de la Sala Quinta n.º 1824/2013 de 16 de abril.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona n.º 358/2015 de 22 de junio.

**HEALTH CARE IN DANGER Y PRINCIPIOS ÉTICOS DE
LA ASISTENCIA DE SALUD EN TIEMPO DE CONFLICTO
ARMADO
LA PROTECCIÓN DE LA MISIÓN MÉDICA POR EL DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO**

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
*General consejero togado®. Director del
Centro de Estudios de Derecho Internacional
Humanitario de la Cruz Roja Española*

Resumen

Este trabajo examina el marco legal aplicable a la violencia que afecta al desarrollo de la asistencia de salud en los conflictos armados. En efecto, integran la realidad contemporánea de la guerra los ataques a los heridos y al personal sanitario, así como la destrucción intencional de las instalaciones sanitarias en los conflictos armados. El artículo presenta el proyecto *Health Care in Danger*, la asistencia de salud en peligro del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Asimismo, la Resolución 2286 (2016) fue adoptada por unanimidad por el Consejo de Seguridad sobre Asistencia de Salud en los Conflictos Armados y su Marco Legal en España. Finalmente, examina los principios éticos médicos en tiempo de paz y de conflicto armado.

Palabras clave: Derecho internacional humanitario. Asistencia de salud en peligro. Heridos. Personal sanitario e instalaciones sanitarias. Principios éticos médicos.

Abstract

This research examines the legal framework applicable to violence affecting the delivery of health care in armed conflicts. Indeed, the are a part of the contemporary reality of warfare the attacks on the wounded and on medical personnel and the deliberate destruction of medical facilities in armed conflicts. This articule presents “Health Care in Danger” project of the Red Cross and Red Crescent Movement. Also the Security Council unanimously adopted. Resolution 2286 (2016) on Health Care in armed conflict and legal framework in Spain. Finally examine medical ethics principles in peacetime and times of armed conflict.

Keywords: international Humanitarian Law. Health Care in Danger. Wounded. Medical personnel. and medical facilities. Medical ethics principles.

SUMARIO

Primera parte. *Health Care in Danger*. La protección de la misión médica por el derecho internacional humanitario. 1. Los ataques contra el sistema de salud en los conflictos armados contemporáneos. 1.1. Introducción. 1.2. La realidad contemporánea de la prestación de la asistencia de salud y los *desiertos médicos*. 2. Las normas humanitarias que protegen la misión médica en los conflictos armados. 2.1. El nacimiento de la Cruz Roja. 2.2. Las normas humanitarias vigentes. 2.3. Delimitación de las situaciones en que se aplica el derecho internacional humanitario. 2.4. El ámbito personal. Concepto de *personas protegidas*. 3. La reacción internacional ante los reiterados actos de violencia contra la asistencia de salud en los actuales conflictos armados. 3.1. La temprana respuesta del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y otras organizaciones sanitarias. 3.2. Las medidas internas del Reino de España. 3.3. La obligación estatal de difundir el derecho internacional humanitario. 3.4. La aportación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Segunda parte. Análisis de los principios éticos de la asistencia de salud en tiempo de conflicto armado y otras situaciones de emergencia. 1. Introducción. 1.1. La ética de la asistencia de salud. 1.2. Objetivo, principios y normas. 2. Princi-

pios generales. 3. Contenido del documento. 3.1. Relaciones con los pacientes.
3.2. Protección del personal de salud. 3.3. Consideración final

PRIMERA PARTE

HEALTH CARE IN DANGER. LA PROTECCIÓN DE LA MISIÓN MÉDICA POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1. LOS ATAQUES CONTRA EL SISTEMA DE SALUD EN LOS CONFLICTOS ARMADOS CONTEMPORÁNEOS

1.1. INTRODUCCIÓN

Afirma Marco Baldan¹ que una de las primeras víctimas de la guerra es el sistema de salud. Y, en efecto, a esta conclusión llegan el Comité Internacional de la Cruz Roja (en lo sucesivo CICR) y el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja ante los reiterados ataques que sufre la misión médica en los conflictos armados actuales.

En el mismo sentido, la Resolución 2286 (2016) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas² expresa la profunda preocupación del Consejo por los actos de violencia, ataques y amenazas contra el personal sanitario y el personal humanitario dedicado exclusivamente a tareas médicas, sus medios de transporte y equipo, los hospitales y otros establecimientos sanitarios, así como por el número cada vez mayor de estos actos (preámbulo), los condena enérgicamente y deplora las consecuencias que estos ataques tienen a largo plazo para la población civil y los sistemas de salud de los países afectados (apartado 1 de la parte dispositiva).

La prestación de la asistencia de salud en los conflictos armados, como afirma Vicent Bernard³, constituye uno de los mayores desafíos de la pre-

¹ BALDAN, M. *Health Care in Danger. Making the Case*. Geneva: ICRC 2011, pág. 7. Disponible en www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4072.pdf

² Aprobada el 3 de mayo de 2016 a propuesta del Reino de España. Ver S/RES/2286(2016).

³ BERNARD, V. «Violence against Health Care: Giving in is not an option». *International Review of the Red Cross, Violence against Health Care*, vol. 95, n.º 889, Spring 2013, pág. 6.

sente era, caracterizado por la persistencia del fenómeno, su exacerbación y su resurgimiento como aspecto reiterado de las guerras actuales.

Posteriormente, Irene Raciti⁴ afirma que la protección de la misión médica se ha convertido, desafortunadamente, en uno de los mayores problemas humanitarios de hoy en términos de número de personas afectadas, directa o indirectamente. En efecto, un solo incidente violento dirigido contra el personal médico o instalaciones puede ser sentido por cientos o incluso miles de personas. En tres años (desde enero de 2012 a diciembre de 2014), el Comité Internacional de la Cruz Roja documentó en solo once países casi 2 400 ataques contra el personal de salud, instalaciones, transporte y pacientes. Más de dos incidentes por día. Los sanitarios locales fueron afectados en más del 90 %. La violencia contra este personal conduce, con frecuencia, al éxodo del personal sanitario (los llamados *desiertos médicos*), la destrucción o cierre de hospitales y el daño irreversible del sistema nacional de salud. Los niños son quienes pagan el precio más alto; en Afganistán son el 24 % de las víctimas entre 2015 y 2016. Más de un millón de niños sufren desnutrición aguda en Afganistán.

En los últimos dos años (2017 y 2018), desde la aprobación de la Resolución 2286 (2016) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se produjeron 1 200 actos de violencia contra instalaciones y personal de la salud, lo que implica su crecimiento y cuestiona la eficacia de la referida resolución.

Es preocupante que esta violencia actual se reproduzca justamente después de 150 años desde que, tras el nacimiento de la Cruz Roja en 1863 y el primer Convenio de Ginebra en 1864, el origen del derecho internacional humanitario se justificó por la protección a heridos, enfermos y personal sanitario en las guerras decimonónicas hasta alcanzar la universalidad de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

Los autores⁵ destacan ejemplos actuales (algo más que los incidentes diarios de la realidad de la guerra), como la detonación de una segunda bomba para causar daños al personal de los servicios de emergencia que acuden a socorrer a las víctimas de una primera explosión, el bombardeo de hospitales (ante el desconocimiento de los principios de distinción y precaución), la demora arbitraria en los puntos de control (*checkpoint*), la detención injustificada de médicos o personal de salud, así como los regis-

⁴ RACITI, I. «Asistencia de Salud. Pasar a la acción». Conferencia pronunciada el 26 de abril de 2017 en el XIX Curso de Derecho Internacional Humanitario, celebrado en Madrid y convocado por la Cruz Roja Española y el Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado.

⁵ BERNARD, V. *Op. cit.* pág. 5.

tros de hospitales o centros de salud por grupos armados con el fin de asesinar a los heridos o enfermos allí asistidos (protegidos como víctimas de la guerra) y dar muerte también al personal sanitario que goza de inmunidad.

1.2. LA REALIDAD CONTEMPORÁNEA DE LA PRESTACIÓN DE LA ASISTENCIA DE SALUD Y LOS DESIERTOS MÉDICOS

Para identificar la existencia de los *desiertos médicos* que se producen en algunos conflictos armados actuales, debemos examinar brevemente los casos actuales⁶, numerosos y continuos, que nos ofrece la experiencia de las organizaciones humanitarias dedicadas a la prestación de la asistencia de salud en los territorios donde se desarrollan las hostilidades.

Partimos del análisis del CICR⁷, que ha estudiado la violencia contra la asistencia de salud y sus programas para facilitar su protección en Afganistán, Somalia y la República Democrática del Congo desde 2010 a 2013. Asimismo, se analizaron, en relación con la situación sanitaria, los casos de seis países: Afganistán, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Haití, Palestina y Somalia⁸.

En el mes de mayo de 2011, la misión médica de la Cruz Roja y sus ambulancias fueron objeto de ataques en Misrata (Libia), con el resultado de una enfermera muerta y heridos; se usaron indebidamente los emblemas de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las ambulancias para transportar armas.

Posteriormente, el 21 de julio de 2014, el CICR y la Media Luna Roja palestina efectuaron un llamamiento⁹ a las partes en conflicto y a la comunidad internacional para que se respete el derecho internacional humanitario. En particular en el territorio de Gaza y el sur de Israel (de los 559 muertos palestinos, 443 son personas civiles; en Israel se registraron 28 fallecidos). El hospital de Al Qsa (en Deir el Balh) fue bombardeado cuatro veces, con graves daños.

Hay que deplorar el ataque de la fuerza aérea de Estados Unidos al hospital de Médicos sin Fronteras en Kunduz (Kunduz Trauma Center de

⁶ Recientemente, un paciente asesinó (11 de septiembre de 2017) a la cooperante española Lorena Enebral Pérez, fisioterapeuta que desarrollaba su labor humanitaria en el Centro de Ortopedia del Comité Internacional de la Cruz Roja en MazareSharif (Afganistán).

⁷ TERRY, F. «Violence against health care: insights from Afghanistan, Somalia, and Democratic Republic of the Congo». *International Review of the Red Cross*, n.º 889, pp. 23 y ss.

⁸ PAVIGNANI, E. *et al.* «Making sense of apparent chaos: health-care provision in six country cases studies». *International Review of the Red Cross*, n.º 889, pp. 41 y ss.

⁹ *Informe de situación* de 23 de julio de 2014. Cruz Roja Española.

Afganistán), ocurrido el 3 de octubre de 2011⁵, que causó 42 muertos y la destrucción del hospital. Según la investigación estadounidense, sus fuerzas supusieron erróneamente que «todos los civiles habían huido y solo los talibanes permanecían en la ciudad». Médicos sin Fronteras, después de destacar que se han producido 77 ataques en 2016 contra instalaciones médicas en Siria y Yemen (a los cinco meses de la Resolución 2286 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas), invoca la ética médica para asistir a todas las partes en el conflicto y concluye que una guerra sin límites conduce a un campo de batalla sin médicos¹⁰. Por otra parte, Médicos sin Fronteras hizo pública su investigación interna inicial, y posteriormente revisada, sobre el ataque a Kunduz¹¹ y solicitó una investigación independiente a la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta, constituida de conformidad con el artículo 90 del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) se unió a la propuesta de rendición de cuentas para que la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta inicie tal investigación, que sería complementaria de las que han llevado a cabo Estados Unidos de América (finalizó con sanciones disciplinarias y reconocimiento de indemnizaciones), la OTAN y Afganistán.

En la República Árabe Siria¹², según la Organización Mundial de la Salud, no pueden funcionar casi el 60 % de los centros de salud, en un país donde veinticinco mil personas resultan heridas cada mes. En 2014 se produjeron 93 ataques, que aumentaron a 130 en 2015 y fueron 120 en 2016. En 2016 fue atacado el hospital de Deir al Zor, con veinte muertos. En abril de 2016 fue bombardeado y completamente destruido, con veintisiete muertos, el hospital Al Quds de Alepo¹³, en el norte de Siria, apoyado por el CIRC y Médicos sin Fronteras.

No cesan los ataques en la actualidad. Comenzando por Afganistán¹⁴, en Kabul (8 marzo 2017) fue perpetrado un ataque al hospital Sardar Mohammad daud Khan, con 49 muertos y casi un centenar de heridos. Este mismo año (2017), un ataque a un convoy humanitario del CICR en Afganistán causó seis muertos y dos desaparecidos. También en 2017 fueron

¹⁰ Ver www.msf.org/en/article/one-year-after-kunduz-battlefields-without-doctors-wars-without-limits.

¹¹ www.msf.org/sites/msf.org/files/msf_kunduz_review_041115_for_public_release.

¹² RACITI, I. *Op. cit.*

¹³ LIU, J. (Médicos sin Fronteras); MAURER, J. (CICR). «El ataque al hospital de Alepo es una llamada de alerta para Naciones Unidas». *The Guardian*. Ver también: Comunicado de Prensa del CICR de 28 de abril de 2016.

¹⁴ RACITI, I. *Op. cit.*

asesinados delegados del CICR en Nigeria. En Yemen¹⁵, desde marzo de 2015 (comienzo del conflicto) hasta marzo de 2017, se produjeron 160 ataques contra instalaciones de salud con una media de veinte muertos diarios. La obstrucción a las ambulancias es práctica diaria en los conflictos de Sudán del Sur, Gaza y Ucrania.

La responsable del CICR Irene Raciti¹⁶ se pregunta qué clase de violencia se produce en el ámbito de la asistencia de salud en los actuales conflictos armados y responde que se perpetra contra los heridos y enfermos, contra el personal de salud, contra los transportes sanitarios y contra los centros de salud. Añade que los estudios del CICR han demostrado que se trata de un fenómeno complejo que comprende ataques directos contra el personal de salud y las instalaciones, obstrucción del transporte sanitario, ataques contra las ambulancias, retrasos en los puestos de control, discriminación de pacientes, utilización de armas explosivas en la proximidad de los hospitales, ocupación o uso abusivo de la estructura de salud, robo de medicamentos, detención de pacientes contra la opinión médica y agresión al personal de salud. En definitiva, inseguridad general que afecta al acceso a la salud.

La profesora de la Universidad de Deusto Joana Abrisketa denuncia en 2018 que una ambulancia cargada de explosivos causó un centenar de muertos en Kabul (Afganistán), y califica el hecho como perfidia constitutiva de un crimen de guerra¹⁷.

Durante el mismo año de 2018, en Siria se produce el asedio al barrio rural de Guta (Damasco), se atacan seis hospitales (entre ellos una maternidad) y se impide arbitrariamente el acceso humanitario a la población civil atrapada.

El CICR denuncia (2018) que la Media Luna Roja turca carece de credibilidad para atender a la población civil kurda siria en la región de Afrin (Siria), donde las fuerzas armadas de Turquía mantienen una operación militar para expulsar de la zona a milicianos kurdos de las YPG, que consideran vinculados al Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK). Peter Maurer, presidente del CICR, declara que los civiles kurdos tienen derecho a recibir ayuda de una organización neutral e imparcial como el CICR¹⁸.

¹⁵ RACITI, I. *Op. cit.*

¹⁶ RACITI, I. *Op. cit.*

¹⁷ ABRISKETA URIARTE, J. «Ambulancias que transportan bombas en Afganistán». *El Mundo*.

¹⁸ Publicación Agencia Reuter/AP, Ginebra, 19 -3-2018. Ver www.cicr.org.

2. LAS NORMAS HUMANITARIAS QUE PROTEGEN LA MISIÓN MÉDICA EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

2.1. EL NACIMIENTO DE LA CRUZ ROJA

Las normas jurídicas que integran el derecho internacional humanitario¹⁹ (en lo sucesivo DIH) van dirigidas a la protección de las víctimas de los conflictos armados²⁰, es decir, a la protección de los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, población civil, pero también, y desde sus orígenes, al personal sanitario y a los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil. Nace con el Convenio de Ginebra de 1864 y, en la actualidad, se concreta en los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y en sus tres protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra.

Se considera que el origen de la Cruz Roja fue la publicación en 1862 por el ginebrino Henry Dunant de su libro *Recuerdo de Solferino*, en el que relata los horrores vividos en el campo de Solferino (Lombardía, 1859). En 1863 nació el Comité de los Cinco, precedente del Comité Internacional de la Cruz Roja²¹. La consecuencia fue la convocatoria por el Gobierno suizo de la Conferencia Diplomática de 1864, que concluyó con la firma del Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña.

De forma que el DIH contemporáneo²² y la Cruz Roja nacieron en 1864 para proteger a los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña. Y en aquel primer Convenio de Ginebra de 22 de agosto de 1864, para «aliviar la suerte que corren los militares heridos de los ejércitos en campaña», ya se hacía referencia a la obligación de respetar y proteger al personal sanitario y humanitario, que participa del estatuto de neutralidad (artículo 2), que les concedía esta norma internacional mientras estén ejerciendo sus funciones. Y, si caían en poder de la parte adversaria, quedarían

¹⁹ PÉREZ GONZÁLEZ, M. «El Derecho Internacional Humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto». *Derecho Internacional Humanitario*. 3.ª edición. Valencia: Tirant y Cruz Roja 2017, pp. 25 y ss.

²⁰ GUTIÉRREZ ESPADA, C.; CERVELL HORTAL, M. J. *El derecho Internacional en la encrucijada. Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Trotta 2008, pág. 627. Los autores han destacado que «crece la importancia, minuto a minuto, del derecho internacional humanitario»:

²¹ BUGNION, F. *Le Comité International de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Comité International de la Croix-Rouge. Ginebra, 1986 y 1994; Oxford, 2003.

²² GUTIÉRREZ ESPADA, C.; CERVELL HORTAL, M. J. *Op. cit.*, pp. 241, 395 y 396. Los autores han resaltado que los resultados más descolantes de la codificación del derecho internacional son las normas relativas al modo de hacer la guerra *ius in bello*.

exentos de captura, y se les permitiría el regreso a su ejército. Esta similar protección durante los conflictos armados se reiteró en el Convenio de Ginebra de 1906, así como en el X Convenio de La Haya de 1907 sobre ampliación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra.

En el periodo de entreguerras y antes de la Segunda Guerra Mundial se aprueban, dentro del DIH, los Convenios de Ginebra de 27 de julio de 1929 para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y el relativo al trato de los prisioneros de guerra.

2.2 LAS NORMAS HUMANITARIAS VIGENTES

La aportación más relevante de la época posterior a la Segunda Guerra Mundial, en cuanto a la regulación de los conflictos armados, fue el gran desarrollo alcanzado por el DIH, llamado también *derecho de Ginebra*. En efecto, el 12 de agosto de 1949 se firmaron en Ginebra²³ los cuatro convenios básicos del moderno DIH: I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en la mar; III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Se debe poner de relieve que estos cuatro convenios han sido ratificados universalmente, es decir, por todos los Estados que integran la comunidad internacional, hasta el punto de que son parte 196 Estados.

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 2 444 del año 1968 (en ocasión del vigésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, donde se afirman los principios fundamentales (limitación de medios y modos de la acción hostil, protección de la población civil y principio de distinción) del DIH.

Siguiendo este imparable proceso de confirmación del DIH y fruto de la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra desde 1974 a 1977, se aprobaron dos protocolos adicionales a los de Ginebra de 12 de agosto de 1949. El Protocolo I de 1977 relativo a la protección de la víctimas de los

²³ OTERO SOLANA, V. «La protección del medio sanitario en los conflictos armados». OTERO SOLANA, V. *Op. cit.*, pp. 647-686. Del mismo autor: *La normativa de protección y actuación del personal y medios sanitarios en los conflictos armados*. Madrid: Ministerio de Defensa 2003.

conflictos armados internacionales y el Protocolo II referente a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Ambos tienen fecha del 8 de junio de 1977 y han sido ratificados por España. Los protocolos, verdadera norma internacional para los Estados parte (a pesar de su modesta denominación), no pretenden sustituir ni modificar, sino ampliar y complementar los básicos Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. El Protocolo I ha sido ratificado por 174 Estados, y el Protocolo II por 168. Han aceptado la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta 77 Estados, entre ellos España.

Finalmente, el 8 de diciembre de 2005 se aprobó el Protocolo III adicional a lo Convenios de Ginebra sobre el uso del tercer emblema (cristal rojo), ratificado por 73 Estados, entre ellos España.

2.3. DELIMITACIÓN DE LAS SITUACIONES EN QUE SE APLICA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Como excepción de las normas generales del derecho internacional, las reglas de DIH regulan una situación especial, la de conflicto armado, por lo que es determinante su ámbito de aplicación, ya que únicamente rigen cuando se producen los presupuestos previstos en las mismas normas internacionales humanitarias. Se trata, en definitiva, de leyes temporales y, en cierto modo, excepcionales, pues su aplicación supone la regulación por el derecho internacional de un nuevo orden jurídico²⁴ diferente al ordenamiento jurídico de los tiempos de paz o normalidad. Y ello tanto en el derecho interno de los Estados (estados excepcionales de guerra, ley marcial o sitio) como en el internacional. Sin duda para las relaciones entre quienes son partes en un conflicto armado, pero también para los Estados neutrales y para quienes participan en una misión u operación de paz de las Naciones Unidas.

En todo caso, como han puesto de manifiesto Kalshoven y Zegveld²⁵, es notable la evolución histórica del DIH en la determinación del ámbito de aplicación de sus normas. En los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907

²⁴ Vid. GREENWOOD, Ch. «Scope of Application of Humanitarian Law». FLECK, D. (ed.). *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford University Press 1995, pág. 3; FERNÁNDEZ FLORES Y DE FUNES, J. L. *El derecho de los conflictos armados. De iure belli. El derecho de la guerra. El derecho internacional humanitario. El derecho humanitario bélico*. Madrid: Ministerio de Defensa 2001, pp. 363-364.

²⁵ KALSHOVEN, F.; ZEGVELD, L. *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja 2001, pág. 44.

(artículo 2), sus disposiciones solo obligaban a las potencias contratantes «en caso de guerra entre dos o más de ellas» y, por tanto, dejaban de regir cuando interviniera en la guerra un Estado no parte (cláusula *si omnes*, ya superada por el moderno DIH). Pero, además, la noción de guerra que delimita el ámbito material de aplicación de los Convenios de La Haya se refiere evidentemente a un conflicto armado entre Estados, con exclusión de las guerras civiles o internas.

En esta positiva evolución fue determinante la aprobación (con ratificación hoy universal) de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Su artículo 2 común extiende su ámbito a los casos de guerra declarada o conflicto armado entre dos o varias partes contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra y a los supuestos de ocupación. Asimismo, el artículo 3 común se aplica a los conflictos armados que no sean de índole internacional y que surjan en el territorio de una de las partes contratantes²⁶; es decir, a los conflictos armados no internacionales o internos²⁷, regulados también por el Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

Una importante mejora del proceso se alcanzó con la regulación contenida en el artículo 1.4 del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra (en lo sucesivo, Protocolo I), que amplía la aplicación de las normas reguladoras del conflicto armado internacional a situaciones tales como los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.

Ciertamente, no ha sido pacífica la delimitación del ámbito de aplicación de las normas humanitarias, particularmente en los conflictos internos, en la lucha contra el terrorismo o en los supuestos de anexión de un territorio por una parte en el conflicto. HansPeter Gasser²⁸ se pregunta sobre la aplicación del DIH en el caso de que un Estado decida que le pertenece (anexión) un territorio recientemente conquistado por las armas o en el supuesto de que las fuerzas armadas de tal Estado ocupen militarmente el territorio de otro Estado y coloquen en el poder a un Gobierno *fantoche* que declara amistosa la presencia de las tropas. Los movimientos de resistencia

²⁶ SUÁREZ LEOZ, D. «Conflictos armados sin carácter internacional y Derecho Internacional Humanitario: Normativa aplicable». en *Derecho Internacional Humanitario. Op. cit.* pp. 971-992.

²⁷ MÜLLER, A. «States obligations to mitigate the direct and indirect health consequences of non-international armed conflicts». *International Review of the Red Cross. Op. cit.*, pp. 129 y ss.

²⁸ GASSER, H-P. *Le Droit International Humanitaire. Introduction*. Haupt: Institut Henry Dunant 1993, pág. 24.

que surjan en tales territorios proclamarán la legitimidad de su lucha contra el ocupante extranjero y podrán invocar la aplicación de las normas de DIH.

Graves problemas de interpretación provienen de que la calificación del conflicto (internacional, interno o disturbio interior) se ha dejado a la discreción de una de las partes, justamente la parte estatal del conflicto. Y así, salvo el caso de una decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, las reglas objetivas de los Convenios de Ginebra y de sus protocolos adicionales son interpretadas de forma abusiva por los Estados para no reconocer a la otra parte en el conflicto y negar la aplicación de las normas humanitarias básicas. Naturalmente, siempre quedará la posibilidad lejana de un pronunciamiento judicial de los tribunales internacionales, particularmente del Tribunal Internacional de Justicia o de los tribunales penales internacionales.

Hay que añadir que una lógica interpretación extensiva del ámbito de aplicación del DIH se produce en el contexto de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, puesto que las fuerzas armadas que los Estados aportan para el cumplimiento de estas misiones de paz están obligadas a respetar los principios y normas humanitarias.

2.4. EL ÁMBITO PERSONAL. CONCEPTO DE *PERSONAS PROTEGIDAS*

Los Convenios de Ginebra y otros instrumentos de DIH no otorgan idéntica protección específica a todas las personas que sufren las consecuencias de un conflicto armado, sino que se refieren a las víctimas de la guerra que se conocen como *personas protegidas*. Pero también es cierto que la evolución convencional y jurisprudencial de estos últimos años se ha caracterizado por una decidida ampliación de la noción de *víctimas*, hasta el punto de haberse acuñado el concepto de *protección residual* para aplicar un elenco de normas humanitarias mínimas (artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y artículo 75 del Protocolo I de 1977) a las personas que estén en poder de una parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios de Ginebra y del Protocolo I adicional.

Delimitando el concepto, según Hans Peter Gasser²⁹ se llama *persona protegida* a aquella que, según los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, tiene derecho a una protección especial, es decir, a un estatuto particularmente protegido. Cita este autor los grupos siguientes: los civiles o militares heridos, enfermos o náufragos, los prisioneros de guerra, las per-

²⁹ GASSER, H-P. *Op. cit.*, pág. 26.

sonas civiles en poder del adversario en su territorio y las personas civiles en territorio ocupado. Y precisa Françoise Bouchet-Saulnier³⁰ que el derecho humanitario no crea derechos universales en beneficio de todos los individuos, sino que define categorías específicas de personas y les concede unos derechos y una protección específica, ya sea porque están más expuestas a los riesgos del conflicto, o porque por naturaleza son más vulnerables. Añade que esta categorización conlleva riesgos para aquellos a quienes se niega la pertenencia a una u otra categoría de personas protegidas, pero existen garantías mínimas aplicables a todas las personas en tiempo de conflicto.

Como conclusión, tomando como referencia la protección penal que reciben las *personas protegidas* y su definición en el Código Penal español (artículo 608)³¹, a la vista de lo dispuesto en los Convenios de Ginebra, sus protocolos adicionales y otros instrumentos de DIH, podemos establecer las siguientes categorías de *persona protegida*:

- Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario y religioso, protegidos por el I y II Convenio de Ginebra o su Protocolo I.
- Los prisioneros de guerra definidos y protegidos por el III Convenio de Ginebra o su Protocolo I.
- La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra o su Protocolo I.
- Las personas fuera de combate y el personal de la potencia protectora y su sustituto, protegidos por los Convenios de Ginebra y su Protocolo I.
- Los parlamentarios y las personas que los acompañan, protegidos por el Reglamento de las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anejo al II Convenio de La Haya de 29 de julio de 1899 (o al IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907).
- El personal de las Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por el Convenio de Nueva York de 9 de diciembre de 1994.
- Quienes tuvieren la condición de *persona protegida* en virtud del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra.

Debemos añadir que, aunque la definición de *personas protegidas* se refiere fundamentalmente a los conflictos armados internacionales, también puede

³⁰ BOUCHET-SAULNIER, F. *Diccionario práctico de derecho humanitario*. Médicos sin Fronteras. Barcelona: Península 2001, pág. 516.

³¹ *Vid.* PIGNATELLI MECA, F. *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*. Ministerio de Defensa 2003, pp. 227-277; PIGNATELLI MECA, F. «Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español». *Derecho Internacional Humanitario*. *Op. cit.*, pp. 1145-1230; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. «La reforma del Código penal español por Ley Orgánica 15/2003: Un paso al frente en la “criminalización de la barbarie”». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 82, juliodiciembre de 2003, pp. 209 y 210.

aplicarse a los conflictos armados internos donde, sin delimitar categorías específicas ni utilizar este término, se distingue entre las «personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa» (artículo 3 común a los Convenios de Ginebra) y quienes participan en la lucha armada. Y, además, el Protocolo II adicional protege de forma específica a todas las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad; a los niños; a las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, ya estén internadas o detenidas; a los heridos, enfermos y náufragos, hayan o no tomado parte en el conflicto armado; al personal sanitario y religioso; a la misión médica; a la población civil, y a las personas civiles.

Por lo que se refiere a la protección general de la misión médica en las situaciones de conflicto armado, particularmente en lo que atañe a su inmunidad (nadie podrá ser castigado por haber ejercido una actividad médica conforme a la deontología), confidencialidad y el derecho a no delación, hay que tener en cuenta la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 2004, en el caso de María Teresa de la Cruz Flores contra la República del Perú, que declara la violación de los principios de legalidad e irretroactividad en perjuicio de la víctima³².

3. LA REACCIÓN INTERNACIONAL ANTE LOS REITERADOS ACTOS DE VIOLENCIA CONTRA LA ASISTENCIA DE SALUD EN LOS ACTUALES CONFLICTOS ARMADOS

3.1. LA TEMPRANA RESPUESTA DEL MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA Y OTRAS ORGANIZACIONES SANITARIAS

La XXXII (2015) Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y la asistencia de salud en peligro (Health Care in Danger)

Profundizando en la protección de los heridos, enfermos y náufragos, de la misión médica y del personal, y de medios y transportes sanitarios en caso de conflicto armado, la XXXII Conferencia Interna-

³² PÉREZ GONZÁLEZ, M. «El acto médico a la luz del derecho internacional humanitario: Una valoración jurídica». *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid 2005.

cional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra 810 diciembre de 2015) aprobó por unanimidad (con el voto favorable del Reino de España y de la Cruz Roja española) una resolución denominada Asistencia de Salud en Peligro (*Health Care in Danger*): Seguir protegiendo juntos la prestación de la asistencia de salud en la que, después de expresar su profunda preocupación por los ataques contra el personal y las instalaciones de salud, exhorta a los Estados a asegurar que sus Fuerzas Armadas y fuerzas de seguridad se esfuercen o, si procede, prosigan los esfuerzos por integrar medidas prácticas para la protección de los heridos y los enfermos y de los servicios de asistencia de salud en la planificación y la conducción de sus operaciones. Además, exhorta a los Estados a seguir utilizando las herramientas de formación existentes o sustentarlas o, cuando proceda, a elaborar herramientas nuevas para fortalecer la comprensión por el personal de salud de los derechos y responsabilidades que le incumben en virtud del derecho aplicable y sus códigos de ética profesional.

Abundando en el mismo sentido de esta resolución, el Comité Internacional de la Cruz Roja, la Asociación Médica Mundial (AMM), el Comité internacional de Medicina Militar (CIMM), el Consejo Internacional de Enfermería (CIE) y la Federación Farmacéutica Internacional (FFI) acordaron elaborar los principios éticos de la asistencia de salud en tiempo de conflicto armado y otras situaciones de emergencia.

Asimismo, el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Comité Internacional de Medicina Militar y la Organización Mundial de la Salud, entre otras instituciones internacionales, suscribieron una declaración (3 de noviembre de 2015) instando a las Fuerzas Armadas de los Estados «a revisar las normas de enfrentamiento y las prácticas y procedimientos operacionales a fin de garantizar que incorporen las recomendaciones y medidas para la protección de la prestación de la asistencia de salud, y que el personal militar reciba la debida formación al respecto».

En la carta abierta del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de 3 de mayo de 2016 se afirmaba que el personal de la salud está presente en zonas de conflicto para atender a los heridos y los enfermos solo sobre la base de las necesidades de estos e independientemente de su filiación. Son profesionales abnegados que tienen una importante función en relación con el respeto del principio de humanidad en la guerra.

La formulación de la promesa del Reino de España en la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de La Media Luna Roja (Ginebra 2015)

En desarrollo de la citada Resolución Asistencia de Salud en Peligro aprobada por unanimidad en la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, la Unión Europea (y, concretamente, el Reino de España y la Cruz Roja española de modo expreso) formularon una promesa con el siguiente texto:

«Apoyar la formación de las fuerzas armadas y de seguridad sobre las normas que protegen la prestación de asistencia de salud y las sanciones aplicables, así como los derechos y responsabilidades de todo el personal de atención médica, incluyendo los principios éticos.

Apoyar las actividades de sensibilización y fomento de la confianza para garantizar el respeto de la misión médica y los emblemas de la Cruz Roja y la Media Luna Roja o de otro tipo de identificación para la asistencia de salud.

Ayudar a los Estados pertinentes y los actores no estatales que apliquen o refuercen las medidas específicas para cada contexto para mejorar la seguridad física del personal de salud y la infraestructura».

3.2. LAS MEDIDAS INTERNAS DEL REINO DE ESPAÑA

Protección penal de la misión médica en el ordenamiento penal español

Entre los Estados que integran la comunidad internacional, el Reino de España ha sido pionero en el cumplimiento del deber (establecido en los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo I) de tipificar y castigar con adecuadas sanciones penales³³ las acciones u omisiones que constituyen infracciones de la protección debida al personal, medios y transportes sanitarios en tiempo de conflicto armado.

De esta forma, el artículo 6081.º del Código Penal considera personas protegidas a los heridos, enfermos o náufragos y al personal sanitario y religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo I. Este mismo artículo, en su apartado 6.º, protege al personal de Naciones Unidas y personal asociado, entre el que se encuentra el personal sanitario en las misiones de mantenimiento de la paz. Finalmente, el

³³ PIGNATELLI MECA, F. «Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español». *Derecho Internacional Humanitario. Op. cit.*, pág. 1146.

apartado 7.º incluye en la protección al personal sanitario en los conflictos armados no internacionales (Protocolo II adicional de 1977).

Se tipifica y castiga en el artículo 609 del Código Penal la conducta de quien, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida (heridos, enfermos, náufragos o personal sanitario).

Asimismo, el artículo 612, apartado 1.º, castiga a quien viole a sabiendas la protección debida a hospitales, instalaciones, material, unidades y medios de transporte sanitario, zonas y localidades sanitarias y de seguridad dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados. El apartado 2.º de dicho artículo sanciona a quien ejerza violencia sobre el personal sanitario o religioso o integrante de la misión médica, o de las sociedades de socorro, o contra el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional.

Se sanciona con una pena privativa de libertad, según el apartado 4.º del artículo 612, a quien use indebidamente los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los tratados internacionales en los que España fuere parte, especialmente los signos distintivos de la cruz roja, de la media luna roja y cristal rojo.

Finalmente, como tipo residual, el artículo 614 del Código Penal sanciona al que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la protección de los heridos, enfermos y náufragos.

Por otra parte, el artículo 9.2.a) de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar dispone que son delitos militares cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código Penal como delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, entre los que se encuentran los antes citados artículos 608, 609, 612 y 614 del Código Penal.

Desde el ámbito del derecho disciplinario militar, en el artículo 6.3 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, se castiga como falta leve la inexactitud en el cumplimiento de los deberes impuestos por el derecho internacional aplicable en conflictos armados, y en el artículo 8.10 se sanciona como falta muy grave la inobservancia por imprudencia grave de los deberes establecidos por el derecho internacional aplicable en conflictos armados.

En resumen, se puede concluir que el Reino de España ha establecido en su legislación penal (común y militar) y disciplinaria militar los preceptos pertinentes para que quienes ataquen o impidan la prestación de asistencia de salud rindan cuenta de sus actos y comparezcan ante la justicia.

Los manuales militares españoles

En las normas internas de las Fuerzas Armadas del Reino de España, como la publicación ORT004 del Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra (entrada en vigor: 1/11/2007), *Orientaciones. El Derecho de los Conflictos Armados*, tomo I, se dedica el capítulo 9 a «Los aspectos sanitarios en el derecho de los conflictos armados» (diecinueve páginas).

La Inspección General de Sanidad de la Defensa ha publicado en el año 2013 *La normativa de protección y actuación del personal y medios sanitarios en los conflictos armados*, cuyo autor es el coronel médico Vicente Otero Solana³⁴.

El *Manual de derecho del mar*, aprobado por la Armada española en 2016, contiene en su volumen II (*El derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados en la mar*) el capítulo 9 sobre «La protección de los heridos, enfermos y náufragos, personal y medios sanitarios en los conflictos armados en la mar», dieciocho páginas.

En el *Manual de derecho internacional humanitario* aplicable a la guerra aérea, en curso de elaboración, está previsto un capítulo dedicado a la «Protección de heridos, enfermos, náufragos, personal y medios sanitarios en la guerra aérea».

En la redacción de todos estos manuales militares ha contribuido decisivamente la Cruz Roja Española.

La constitución de la Comisión Española de Derecho Internacional Humanitario

La Comisión Española de DIH fue creada y regulada por Real Decreto 1513/2007, de 16 de noviembre, como órgano asesor del Gobierno en materia de derecho internacional humanitario, que desempeñará también funciones de coordinación en éste ámbito (art. 1). Entre sus competencias figuran las de:

- Asesoramiento en la preparación de la participación y definición de la posición española en las conferencias internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y su seguimiento (art. 2.1.b).

³⁴ Otero Solana, V. «La normativa de protección y actuación del personal y medios sanitarios en los conflictos armados», Inspección General de Sanidad de la Defensa, Ministerio de Defensa, 2013, 68 pp.

— Asesoramiento acerca de la difusión y la formación en DIH de las Fuerzas Armadas y cuerpos de seguridad, profesiones jurídicas y médicas, universidades y centros de enseñanza (art. 2.1.e).

Integran la comisión, que preside el ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, entre otras autoridades: el secretario general de Política de Defensa (que ejercerá la vicepresidencia segunda), el director general de Reclutamiento y Enseñanza Militar del Ministerio de Defensa, el asesor jurídico general del Ministerio de Defensa, dos representantes de la Cruz Roja Española y cuatro expertos en DIH.

Se ha constituido en la comisión un grupo de trabajo (conforme al art. 5 del citado Real Decreto 1513/2007) que, presidido por el director general de Reclutamiento y Enseñanza Militar, se ocupa de la difusión del DIH. Asimismo, se ha constituido otro grupo de trabajo que, presidido por el jefe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, se ha dedicado a la preparación y seguimiento de las conferencias internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. La competencia de este grupo de trabajo comprende el seguimiento de las resoluciones y promesas formuladas en la XXII Conferencia Internacional (Ginebra, 2015).

3.3. LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE DIFUNDIR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Entre los mecanismos que integran el sistema de eficacia para el cumplimiento de las normas universalmente aceptadas del DIH (en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales, el DIH consuetudinario y las reglas sobre conducción de las hostilidades), destaca el deber de difusión de sus normas como obligación de los Estados parte en los instrumentos internacionales humanitarios, entre ellos el Reino de España.

Acaso por el incumplimiento de este deber en forma adecuada, el grado de respeto por el DIH es muy deficiente en los conflictos armados actuales. En el informe del secretario general de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad de 18 de junio de 2015 se advierte de que la mayoría de los conflictos armados actuales se caracterizan por niveles estremecedores de brutalidad y se da muerte y se mutila a personas civiles en ataques selectivos o indiscriminados. Asimismo, se denuncian los ataques deliberados contra hospitales y trabajadores humanitarios, la violación de las normas más elementales del DIH y la impunidad de estas graves infracciones.

Las normas contenidas en el I Convenio de Ginebra de 1949 (art. 47), para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, y en el II Convenio de Ginebra de 1949 (art. 48), para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en la mar, ambos ratificados por el Reino de España, disponen que las altas partes contratantes se comprometen a difundir lo más ampliamente posible, en tiempo de paz y en tiempo de guerra, el texto de los convenios en sus países respectivos y especialmente a incorporar su estudio a los programas de instrucción militar y, si es posible, también civil, de modo que sus principios sean conocidos del conjunto de la población, especialmente de las fuerzas armadas combatientes, del personal sanitario y de los capellanes.

Esta obligación convencional es reiterada por el artículo 83 del Protocolo I adicional de 1977, que añade en su párrafo 2 que las autoridades militares y civiles que, en tiempo de conflicto armado, asuman responsabilidades en cuanto a la aplicación de los Convenios y el protocolo deberán estar plenamente al corriente de su texto.

3.4. LA APORTACIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS

La aprobación de la Resolución 2286 (2016) del Consejo de Seguridad de la ONU

A propuesta del Reino de España, Japón, Nueva Zelanda, Egipto y Uruguay, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su sesión 7685.º celebrada el día 3 de mayo de 2016 aprobó la Resolución 2286 (2016) sobre los actos de violencia, ataques o amenazas a los heridos y enfermos, el personal sanitario y humanitario, sus medios de transporte y equipo, los hospitales y otros establecimientos sanitarios en los conflictos armados.

En esta resolución, el Consejo, después de recordar las normas de DIH, condenar enérgicamente la impunidad de las citadas violaciones y abusos, asegurar la rendición de cuentas y reafirmar la responsabilidad primordial de los Estados, subraya la importancia de la educación y formación en materia de DIH, exhorta a los Estados a que velen porque sus Fuerzas Armadas y fuerzas de seguridad se esfuercen por integrar medidas prácticas de protección de los heridos y enfermos y servicios médicos en la planificación y la realización de sus operaciones, así como de asegurar un entorno seguro que permita la prestación de asistencia médica en las operaciones de mantenimiento de la paz.

En consecuencia, en la parte dispositiva (apartado 5) de la resolución, el Consejo subraya «la importante función que pueden desempeñar la edu-

cación y la formación en materia de derecho internacional humanitario para apoyar los esfuerzos por detener y prevenir los actos de violencia, los ataques y amenazas contra los heridos y enfermos, el personal sanitario y el personal humanitario dedicado exclusivamente a misiones médicas, sus medios de transporte y equipo, los hospitales y otros establecimientos sanitarios».

La resolución, en el apartado 6 de la citada parte dispositiva, exhorta a los Estados a que «velen por que sus Fuerzas Armadas y fuerzas de seguridad, dentro de sus respectivas competencias en virtud del derecho interno, se esfuercen o, según proceda, sigan esforzándose por integrar medidas prácticas de protección de los heridos y enfermos y servicios médicos en la planificación y la realización de sus operaciones».

Asimismo, el Consejo, en el apartado 10 de la parte dispositiva de la resolución expresa su intención de «asegurar que los mandatos de las correspondientes operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas puedan, cuando proceda y caso por caso, contribuir a lograr un entorno seguro que permita la prestación de asistencia médica, de conformidad con los principios humanitarios».

Se debe recordar que, conforme al artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 26 de junio de 1945), los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con la carta.

Recomendaciones del secretario general de las Naciones Unidas en desarrollo del párrafo 13 de la Resolución 2286 (2016) del Consejo de Seguridad

El secretario general de las Naciones Unidas presentó, en fecha 18 de agosto de 2016 (S/2016/722), de acuerdo con el párrafo 13 de la Resolución 2286 (2016) del Consejo de Seguridad, unas recomendaciones sobre las medidas para prevenir los actos de violencia, los ataques y las amenazas contra los heridos y enfermos, el personal sanitario y el personal humanitario dedicado exclusivamente a misiones médicas, sus medios de transporte y equipo, los hospitales y otros establecimientos sanitarios, y para asegurar una mayor rendición de cuentas y mejorar su protección.

El contenido de estas recomendaciones fue el siguiente:

1. Adherirse a los tratados internacionales pertinentes.
2. Fortalecer los marcos legislativos nacionales.

3. Garantizar que el personal dedicado exclusivamente a misiones médicas pueda actuar de conformidad con la deontología, sin incurrir en sanciones o castigos por hacerlo.
4. Promover una cooperación constante, en particular los cambios de información, análisis y mejores prácticas entre todas las partes interesadas.
5. Fortalecer el papel de las operaciones de paz de las Naciones Unidas.
6. Utilizar los medios disponibles para ejercer influencia sobre las partes en un conflicto a fin de garantizar el respeto y prevenir las violaciones del derecho internacional relativo a la protección de la atención médica en los conflictos armados.
7. Promover la concienciación y el cumplimiento.
8. Presentar informes sobre la aplicación de la Resolución 2286 (2016) del Consejo de Seguridad.
9. Adoptar, examinar, revisar y aplicar medidas operacionales de prevención.
10. Contribuir a la recopilación y análisis periódicos de datos y a la información con detalles sobre los incidentes.
11. Garantizar la realización de investigaciones exhaustivas, rápidas, imparciales, independientes y eficaces de las violaciones graves del derecho internacional relacionadas con la protección de la atención médica en los conflictos armados.
12. Velar por que las personas sospechosas de haber cometido violaciones graves del derecho internacional relativo a la protección de la atención médica en los conflictos armados sean enjuiciadas.
13. Ofrecer reparaciones a las víctimas y asegurar el restablecimiento de los servicios esenciales.

Por lo que se refiere a la adopción, examen, revisión y aplicación de las medidas operacionales de prevención, se debe tener en cuenta la aportación del Comité Internacional de la Cruz Roja en el importante documento *Promoción de prácticas operacionales militares que mejoren la seguridad del acceso a la asistencia de salud y de la prestación de servicios médicos*, coordinado por Peter Varghese y Helem Durham³⁵.

Posteriormente, el 9 de agosto de 2017 el presidente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas formuló una declaración³⁶ en nombre del

³⁵ Ver: www.healthcareindanger.org. Comité Internacional de la Cruz Roja (www.cicr.org). Para el informe, ver Health Care in Danger (HCiD) publications 02215, CICR, febrero de 2015.

³⁶ Ver Naciones Unidas. Consejo de Seguridad, S/PRST/2017/14, de 9 de agosto de 2017.

Consejo, en relación con el examen del tema del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, en cuyo documento —entre otras cuestiones— se expresaba: «El Consejo de Seguridad subraya también la necesidad de velar por la seguridad de las operaciones y el personal humanitario en los países afectados por conflictos. El Consejo de Seguridad exhorta a todas las partes a que respeten y protejan al personal y las instalaciones médicas, y a su equipo y medios de transporte».

El apoyo del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y de otras organizaciones sanitarias internacionales

En esta materia, a las Naciones Unidas no le ha faltado el apoyo de las organizaciones humanitarias. Así, en la misma fecha (3 de mayo de 2016) en que se aprobó la citada Resolución 2286 (2016) del Consejo de Seguridad, el Comité Internacional de la Cruz Roja, la Federación Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, numerosas sociedades nacionales de la Cruz Roja (entre ellas, la Cruz Roja Española) y de la Media Luna Roja, así como Magen David Adom in Israel y otras organizaciones internacionales del ámbito sanitario suscribieron una carta abierta a todos los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) denominada *Una firme determinación de acabar con la violencia contra la asistencia de salud*.

En la mencionada carta abierta se da una señal de alarma:

«Numerosos trabajadores de la salud mueren o resultan heridos mientras atienden a hombres, mujeres y niños heridos o enfermos durante los conflictos armados. Es una cuestión de vida o muerte y por ello se necesita una acción firme para acabar con la violencia contra los prestadores de asistencia de salud, los bombardeos de hospitales y la destrucción de ambulancias, hechos que impiden que comunidades enteras reciban servicios vitales».

Seguidamente se acoge con beneplácito la iniciativa del Consejo de Seguridad para adoptar una resolución sobre el tema y se pide a todos los Estados miembros de la ONU que apoyen incondicionalmente la Resolución 2286 (2016).

En su contenido y después de reafirmar la pertinencia del DIH, se urge a los Estados a que adopten medidas específicas para la protección de la prestación de asistencia de salud. Los Gobiernos deben revisar y, de ser necesario, adoptar legislación interna para prevenir la violencia contra los pacientes, las instalaciones y el personal de la salud, y los medios de transporte sanitarios.

No se olvida en la carta que es esencial que quienes atacan o impiden la prestación de asistencia de salud rindan cuentas de sus actos y comparezcan ante la justicia.

Destacan, como mecanismos necesarios para su eficacia, la revisión de las reglas de enfrentamiento, la práctica operacional y los procedimientos militares para que las recomendaciones y medidas encaminadas a proteger la asistencia de salud sean incluidas en los documentos correspondientes y el personal militar reciba capacitación al respecto.

Por último, se insta a todos los Estados miembros de la ONU a que respondan al llamamiento y se sumen a los miembros del Consejo de Seguridad para afirmar su inquebrantable determinación de acabar con la violencia contra la asistencia de salud, puesto que «hay y debe haber un lugar para la humanidad en tiempo de guerra».

SEGUNDA PARTE

ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS ÉTICOS DE LA ASISTENCIA DE SALUD EN TIEMPO DE CONFLICTO ARMADO Y OTRAS SITUACIONES DE EMERGENCIA

1. INTRODUCCIÓN

1.1. LA ÉTICA DE LA ASISTENCIA DE SALUD

La doctrina, en particular Vivienne Nathanson³⁷, antes de plantear los dilemas éticos y retos que se presentan al personal sanitario en tiempo de conflicto armado, considera conveniente aportar una definición general de la ética médica (ética de la asistencia de salud) como un conjunto de principios aplicables por los trabajadores de la salud que establecen límites a la libertad de los profesionales de la asistencia de salud en su toma de decisiones.

³⁷ NATHANSON, V. «Medical ethics in peacetime and wartime: the case for a better understanding». *International Review of the Red Cross, Violence against Health Care*, n.º 889, pp. 189 y ss., en particular pág. 190.

La segunda parte del presente estudio está dedicada al análisis de los «Principios éticos de la asistencia de salud en tiempo de conflicto armado y otras situaciones de emergencia»³⁸, aprobado el 30 de junio de 2015 por el Comité Internacional de la Cruz Roja (en el marco del proyecto de Asistencia de Salud en Peligro o *Health Care in Danger*, 2011), en consultas con la Asociación Médica Mundial (AMM), el Comité Internacional de Medicina Militar (CIMM), el Consejo Internacional de Enfermería (CIE) y la Federación Farmacéutica Internacional (FFI), persiguiendo y consiguiendo el objeto de que estas organizaciones alcanzaran un denominador común de tales principios éticos plasmado en este documento que recoge la doctrina vigente de tales organizaciones.

La profesora Anna Badía³⁹ nos informa detalladamente sobre las organizaciones autoras del texto (CICR, médicos, enfermeras y farmacéuticos, a los que hay que añadir la Federación Internacional de Asociaciones de Estudiantes de Medicina). Añade esta autora, acertadamente, que no se trata de un texto jurídicamente vinculante (naturaleza que corresponde a las normas de DIH y DDHH), sino un «código ético» que tiene carácter complementario. Para concluir que es una forma de llamar la atención frente a las prácticas recientes de escasa seguridad y, en cuanto al contenido, que no se evidencia ninguna novedad.

Este es, sin duda, el sistema tradicionalmente seguido por el Comité Internacional de la Cruz Roja en sus guías o códigos de conducta, que no tienen valor normativo, pero en su redacción se cuida de recoger o no apartarse del contenido jurídicamente vinculante de los Convenios de Ginebra, sus protocolos adicionales u otros instrumentos de DIH. Así, el Documento de Montreaux sobre las buenas prácticas de los Estados en relación con las empresas privadas militares y de seguridad en los conflictos armados⁴⁰. Y la *Guía para la interpretación de la noción de participación directa en las hostilidades*, donde se advierte que refleja únicamente el punto de vista del CICR, por lo que no es en absoluto un texto normativo ni convencional, aunque trata de reflejar el DIH y no cambia su contenido⁴¹.

³⁸ Disponible en www.icrc.org/es/document/principios-eticos-comunes-asistencia-salud-conflictos-otras-situaciones-violencia Hay traducción al idioma español.

³⁹ BADIA MARTÍ, A. «Comentarios a los principios éticos de la asistencia de salud en tiempos de conflictos armados y otras situaciones de emergencia». Universidad de Barcelona. *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas*, pp. 125 y ss., en particular pp. 129 y 130, así como pp. 132 y 133. Disponible en www.bioeticayderecho.ub.edu

⁴⁰ LABOR IGLESIAS, M. «Empresas militares y de seguridad privadas». *Derecho Internacional Humanitario. Op. cit.*, pp. 205-219.

⁴¹ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades». *Derecho Internacional Humanitario. Op. cit.*, pág. 781.

1.2. OBJETIVO, PRINCIPIOS Y NORMAS

Consecuencia del acuerdo alcanzado por el CICR y las tres organizaciones que suscriben estos principios es el objetivo común que comparten: mejorar la seguridad de su personal y sus bienes (instalaciones y transportes) y prestar una asistencia médica imparcial y eficiente. La imparcialidad constituye uno de los principios fundamentales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja e incluye los conceptos de no discriminación y de proporcionalidad.

Es evidente que no podía faltar en estos principios una cita expresa del principio de humanidad, que parte de una ética de solidaridad humana y está indisolublemente unido a la irrenunciable meta de conseguir una paz justa y duradera. Dice el principio de humanidad:

«El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, al que ha dado nacimiento la preocupación de prestar auxilio, sin discriminación, a todos los heridos en los campos de batalla, se esfuerza, bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de la humanidad en todas las circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana. Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos».

El segundo principio sustancial es el de imparcialidad, aplicable en este caso a la asistencia de salud que se debe prestar sin discriminación⁴².

Mención necesaria al formular estos principios éticos es la referencia concreta a las normas del DIH (Convenios de Ginebra de 1949 y protocolos adicionales de 1977). Se echa de menos la mención del Protocolo III de 2005, omisión que se corrige en el apartado 12, que no se olvida del cristal rojo como emblema de protección. También en este apartado se alude al derecho internacional de los derechos humanos, y se citan expresamente la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Doctrinalmente, Vivienne Nathanson⁴³, al referirse a estas consideraciones legales, afirma que los códigos éticos han adquirido un estatuto similar al derecho consuetudinario. No podemos compartir esta aseveración, pues es evidente que el derecho consuetudinario es fuente del derecho internacional (del mismo modo que el derecho convencional) y tiene una

⁴² NATHANSON, V. *Op. cit.*, pp. 195-196

⁴³ NATHANSON, V. *Op. cit.*, pp. 198-199.

naturaleza distinta a la de los principios o códigos éticos, que carecen del carácter propio de un instrumento jurídicamente vinculante. Basta, para ello, confrontarlos con las 161 normas de derecho internacional humanitario consuetudinario⁴⁴ del CICR.

El documento en este apartado introductorio finaliza con una referencia a los principios de ética profesional adoptados por las asociaciones profesionales de asistencia de salud, con expresa cita del Reglamento en Tiempo de Conflicto Armado y otras situaciones de Violencia de la Asociación Médica Mundial (AMM). Como antecedentes cabría también hacer referencia a la Declaración de Ginebra, adoptada en septiembre de 1948 de la Asociación Médica Mundial, que lleva adjunto el Código Internacional de Ética Médica, aprobado en octubre de 1948.

2. PRINCIPIOS GENERALES

En primer lugar hay que destacar que el principio general que inicia y preside este código de conducta sanitario se expresa diciendo que los principios éticos de la asistencia de salud no cambian en tiempo de conflicto armado y otras situaciones de emergencia. Son idénticos a los que se aplican en tiempo de paz. La doctrina ha recogido esta identidad sin dejar de reconocer la existencia de principios éticos específicos para tiempo de conflicto armado y situaciones de violencia⁴⁵. Acaso por esta identidad, Anna Badía⁴⁶ concluye que el contenido del código ético no evidencia ninguna novedad.

A continuación, el segundo principio general declara que el personal de la salud deberá actuar, en todas las circunstancias (y es inevitable recordar que esta expresión «en todas las circunstancias» es la utilizada por el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949 para excluir la existencia de excepciones) de acuerdo con:

1.º Las normas pertinentes del derecho internacional.

Y ello supone una excepción en la confidencialidad de la asistencia sanitaria, pues algunas normas nacionales obligan a declarar la atención en

⁴⁴ HENKAERST, J-M.; DOSWALD-BECK, L. *Customary International Humanitarian Law*, vol. I. *Rules*. Cambridge: Cambridge University Press 2005, pp. 79, 86 y 102. Ver normas 25, 26 y 30.

⁴⁵ NATHANSON, V. *Op. cit.*, pp. 198 y 199-212.

⁴⁶ BADIA MARTÍ, A. *Op. cit.*, pp. 131 y 133.

el caso de enfermedades transmisibles o en el ámbito de delitos graves que atenten contra la seguridad nacional.

2.º Los principios éticos de la asistencia de salud, y

3.º La conciencia del personal de salud.

No desconoce este principio que, al proporcionar al paciente la mejor asistencia de salud posible, los agentes de salud deberán tener en cuenta el uso equitativo de los recursos⁴⁷.

Sin embargo, no cabe duda de que el principio fundamental es el recogido en el número tercero, pues determina la función primordial del personal de la salud, que no es otra que proteger la salud física y mental de las personas y aliviar el sufrimiento («aliviar el sufrimiento de la humanidad» es el contenido del principio de humanidad). Principio que cita a continuación para calificar la prestación de los cuidados médicos, al que se añade el respeto a la dignidad del paciente y se completa con el principio de no discriminación de ningún tipo (que recuerda el de imparcialidad). Estos tres principios se aplican en tiempo de paz o en tiempo de conflicto armado u otras situaciones de emergencia.

Seguidamente, el cuarto principio es una limitación específica para el personal de salud en tiempo de conflicto armado y otras situaciones de emergencia. Parte de que este personal goza de privilegios y facilidades (la inmunidad del personal sanitario que garantiza el DIH) y declara que en ningún caso se utilizarán para fines diferentes⁴⁸ de las necesidades de la asistencia de salud, como los experimentos médicos.

Por último, el quinto principio enuncia en términos imperativos (cualesquiera que sean los argumentos aducidos..., jamás..., en ninguna circunstancia) el deber del personal de salud de no aceptar los actos de tortura u otras formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es evidente la referencia al derecho internacional de los derechos humanos y al DIH. Cautelarmente, se dispone que tampoco están exentos de este deber en tiempo de conflicto armado u otras situaciones de emergencia⁴⁹. Además, se prohíbe expresamente que los agentes de salud se hallen presentes en tales actos o participen en su ejecución.

⁴⁷ NATHANSON, V. *Op. cit.*, pág. 202.

⁴⁸ NATHANSON, V. *Op. cit.*, pp. 206-207.

⁴⁹ NATHANSON, V. *Op. cit.*, pp. 210-212.

3. CONTENIDO DEL DOCUMENTO

3.1. RELACIONES CON LOS PACIENTES

Escribe la profesora Anna Badía⁵⁰ que los párrafos que se refieren a las «relaciones con el paciente» recogen los principios de la bioética: consentimiento informado del paciente, imparcialidad y no discriminación, confidencialidad y respeto a la intimidad del paciente.

En este sentido, el principio sexto establece que el personal de la salud actuará en el mejor interés de sus pacientes (principio general) y, en todos los casos posibles, con su consentimiento explícito. Naturalmente, hay excepciones⁵¹, como los casos en que no puede prestarse ese consentimiento por incapacidad del paciente, las barreras del idioma o el rechazo del tratamiento. Como este principio no está exento de dilemas para el personal sanitario, se dispone como norma general que si los agentes de salud experimentaran «conflictos de lealtad», su obligación fundamental, conforme a la ética, es hacia sus pacientes.

A continuación, se formula el séptimo principio, que es específico para los conflictos armados y otras situaciones de emergencia, y resuelve las situaciones de clasificación previas a la prioridad en la atención de los pacientes heridos o enfermos. Comienza expresando una obligación imperativa para el personal de la salud: prestar la atención médica inmediata y dispensar los cuidados necesarios en la medida de sus posibilidades. Ahora bien, los agentes de salud no deben distinguir entre pacientes, de forma que se afirma el principio de no discriminación. Este principio encuentra su base normativa en la obligación prevista (I y II Convenios de Ginebra de 1949) de recoger y asistir a los heridos, enfermos y náufragos (tanto propios como de la parte adversa en un conflicto armado) sin otro criterio que el deontológico y profesional médico⁵². El principio determina como criterios que seguir para tomar las decisiones: las necesidades médicas y los recursos disponibles. Vivienne Nathanson⁵³ nos ilustra sobre las dificultades que presenta el triaje (o proceso que permite la clasificación de pacientes según el orden prioritario para el tratamiento

⁵⁰ BADIA MARTÍ, A. *Op. cit.*, pág. 132.

⁵¹ NATHANSON, V. *Op. cit.*, pp. 202-203.

⁵² OTERO SOLANA, V. «La protección del medio sanitario en los conflictos armados». *Derecho Internacional Humanitario. Op. cit.*, pp. 655-656.

⁵³ NATHANSON, V. *Op. cit.*, pp. 199-200.

o asistencia) y los dilemas que presenta para los médicos militares en caso de conflicto armado.

Otra norma deontológica importante, el respeto al derecho de la confidencialidad de los pacientes, se recoge en el principio octavo, que parte del reconocimiento general de este derecho. Pero existen algunas excepciones basadas también en la ética. En el código de conducta que comentamos se recogen el consentimiento del paciente o la existencia real e inminente de daños al paciente o a otras personas. Es clásica la obligación de comunicación a las autoridades sanitarias en el caso de enfermedades contagiosas por el peligro de propagación a otras personas. Pero las excepciones a la confidencialidad plantean las «obligaciones dobles» del personal sanitario ante la existencia de normas de derecho interno que obligan a la denuncia del mismo hecho de la asistencia en el caso de delitos graves (terrorismo) o a la delación de combatientes enemigos en caso de conflicto armado. Fue el caso, ya citado, de la sentencia⁵⁴ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de María Teresa de la Cruz Flores (condenada por no denunciar el hecho) contra la República del Perú. Aunque existe en las normas del DIH una cláusula de reserva de la legislación nacional (arts. 10. 3 y 4 del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra), debemos concluir con el profesor Pérez González⁵⁵: «No puede obligarse a ninguna persona que ejerza una actividad médica a dar a una autoridad información sobre los heridos y los enfermos por ella asistidos cuando dicha información pudiera ser perjudicial para estos o para sus familiares» (principio de humanidad).

Es de suma importancia la aportación de Vivienne Nathanson⁵⁶, quien, después de profundizar en las obligaciones dobles de los médicos, detalla en consulta formulada por los médicos militares del Reino Unido a la Asociación Médica Británica las excepciones a la confidencialidad.

Finalmente, el apartado noveno consagra la garantía del respeto por el personal de salud a la intimidad de las personas heridas, enfermas y fallecidas, ya reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos y en el DIH. Amplía este deber aludiendo a la prohibición de prestar servicios de asistencia de salud a los heridos y enfermos, sean civiles o militares, con fines políticos o de publicidad.

⁵⁴ PÉREZ GONZÁLEZ, M. *Op. cit.*

⁵⁵ PÉREZ GONZÁLEZ M. *Op. cit.*

⁵⁶ NATHANSON, V. *Op. cit.*, pp. 204-206.

3.2. PROTECCIÓN DEL PERSONAL DE SALUD

Se inicia esta sección con el apartado décimo, que reproduce el principio general, propio del DIH, de protección de los protectores y se refiere al respeto universal («por todos») que se proclama en relación con el personal de salud, instalaciones (unidades) y transportes sanitarios, civiles o militares. Se garantiza, en concreto, la inmunidad del personal sanitario o agentes de salud, protegidos mientras llevan a cabo sus tareas, y además se impone la obligación de proporcionarles un entorno de trabajo tan seguro como sea posible.

Cuestión de gran trascendencia en la práctica es el acceso seguro a los pacientes y víctimas que se contiene en el apartado undécimo al disponer que no deberá obstaculizarse indebidamente el acceso seguro del personal de salud a los pacientes, a las instalaciones sanitarias y a los equipos médicos. Principio que tiene sólido fundamento en las normas humanitarias. Así, el artículo 23 del IV Convenio de Ginebra establece que los Estados parte autorizarán el libre paso de todo envío de medicamentos y material sanitario destinados exclusivamente a la población civil de la otra parte, aunque sea enemiga. El artículo 70 del Protocolo I de 1977 completa esta disposición⁵⁷ dirigida a la protección de todas las personas civiles aunque no se encuentren en territorios ocupados.

Añade el artículo 55 del IV Convenio de Ginebra que es deber de la potencia ocupante (en la medida de sus posibilidades) abastecer a la población civil de víveres y productos médicos, importándolos cuando sean insuficientes las existencias en el territorio ocupado.

En todo caso, la potencia ocupante, obligada por el DIH a aceptar las acciones de socorro a favor de la población civil (arts. 59 y 60 del IV Convenio de Ginebra), debe autorizar el libre paso de la ayuda humanitaria y garantizar su protección. Tendrá, en todo caso, derecho a verificar los envíos, reglamentar su paso (itinerarios y horarios), pero no podrá denegar arbitrariamente el acceso humanitario.

Desde el punto de vista de la rendición de cuentas, las consecuencias de la obstaculización arbitraria del acceso humanitario pueden tener alcance penal (constituyen un crimen de guerra como establece el artículo 8.2.b xxv del Estatuto de la Corte Penal Internacional), conducta que ha sido tipificada como delito en numerosas legislaciones penales nacionales.

⁵⁷ SANDOZ, Y. «Comentario al artículo 70». *Comentario del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. Bogotá: CICR y Plaza y Janés 2001, pp. 11411162.

Este principio ético resulta respaldado por la Norma 55 del DIH consuetudinario, que dispone: «Las partes en conflicto permitirán y facilitarán, a reserva de su derecho de control, el paso rápido y sin trabas de toda la ayuda humanitaria destinada a las personas civiles necesitadas que tenga carácter imparcial y se preste sin distinción desfavorable alguna»⁵⁸.

Asimismo, añade este código ético que tampoco se interpondrán obstáculos indebidos al acceso de los pacientes a las instalaciones sanitarias y al personal de la salud.

Resulta bien necesario en el ámbito práctico el contenido del apartado décimosegundo, que se refiere al valor identificativo y protector de los emblemas internacionalmente reconocidos: cruz roja, media luna roja y cristal rojo, cuando tiene derecho a ellos el personal de salud.

Desde la historia de la institución hay que recordar que el emblema de la cruz roja sobre fondo blanco fue adoptado en la Conferencia Internacional reunida en Ginebra entre el 26 y el 29 de octubre de 1863. La Conferencia Diplomática del año 1929 reconoció los símbolos de la media luna roja y el león y el sol rojos (al que renunció Irán en 1980) como emblemas protectores con las mismas connotaciones que la cruz roja.

El uso del distintivo de la cruz roja o de la media luna roja puede tener dos significados, que determinan las circunstancias de su utilización⁵⁹:

- uso protector (grandes dimensiones)
- uso indicativo (pequeño formato).

La característica del signo con carácter protector es su significación esencial en tiempo de conflicto armado, indica la protección que confieren los Convenios de Ginebra. Es utilizado por el personal (servicio sanitario militar, voluntarios de las sociedades nacionales y delegados del Comité Internacional de Cruz Roja), las unidades sanitarias (hospitales, puestos de socorro de campaña) o los medios de transporte sanitarios (ambulancias, buques hospitales o aeronaves sanitarias) protegidos por los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales.

La índole o carácter indicativo del emblema identifica que una persona o un objeto pertenece al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

Después de un largo y complicado proceso, la Conferencia Diplomática de 2005 aprobó el Protocolo Adicional III a los Convenios de Ginebra,

⁵⁸ HENKAERTS, J.-M.; DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.* norma 55, pp. 193-200.

⁵⁹ ANTÓN AYLLÓN, M.; BABÉ ROMERO, M.; LÓPEZ SÁNCHEZ, J. «El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja». *Derecho Internacional Humanitario. Op. cit.*, pp. 271 y ss.

relativo a la adopción de un signo distintivo adicional⁶⁰. El nuevo emblema, que fue denominado *crystal rojo* en la XXIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 2006), está compuesto por un marco rojo cuadrado sobre fondo blanco colocado sobre uno de sus vértices.

Por último, el apartado decimotercero establece que el personal de salud en ningún caso será castigado por ejercer su labor en cumplimiento de las normas jurídicas y éticas. Esta prohibición está recogida en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977. Debemos citar de nuevo la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2004, en el caso de María Teresa de la Cruz Flores contra la República del Perú⁶¹, y el voto razonado del juez Sergio García Ramírez: «Resulta inadmisibles el sancionar penalmente la conducta del médico que brinda la atención destinada a proteger la salud y la vida de otras personas, con independencia de las características de estas, sus actividades y convicciones y el origen de sus lesiones o enfermedades».

3.3. CONSIDERACIÓN FINAL

Termina el documento constatando que las organizaciones firmantes, en el apartado decimocuarto, hacen suyos estos principios éticos y se comprometen a trabajar a favor de su promoción e implementación, así como en su difusión entre sus miembros.

⁶⁰ BUGNION, F. *Croix rouge, croissant rouge, cristal rouge*. CICR 2007, pp. 35 y ss.

⁶¹ PÉREZ GONZÁLEZ, M. *Op. cit.*

EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

María Luisa de Torres Soto

Doctora en Derecho

*Profesora de la Facultad de Estudios Sociales
de la Universidad Alfonso X El Sabio*

Resumen

Con una introducción sobre su sólida base filosófica íntimamente relacionada con la prudencia, el trabajo trata de la configuración jurisprudencial de este principio como principio general del derecho y de su uso como herramienta para abordar la justificación jurídica de la acción en unos casos o de la inacción en otros por parte de los poderes públicos en situaciones de incertidumbre científica sobre el riesgo. El principio precautorio se va exigiendo cada vez más en las Administraciones Públicas como un medio eficaz para garantizar una gestión del riesgo suficientemente adecuada en el ejercicio de sus respectivas competencias. Se estudia su aparición en el derecho medioambiental y en el de la biotecnología, la notoriedad que ha ido adquiriendo a través de tratados y declaraciones internacionales, y se analiza el importante esfuerzo sistematizador logrado por la Comunicación de la Comisión Europea sobre este principio de 2 de febrero de 2000 COM (2000). Por último, se hace una breve referencia a su presencia en el derecho internacional humanitario.

Palabras clave: precaución, principio, prevención, riesgo, peligro, daño, evaluación, incertidumbre, gestión, proporcionalidad, responsabilidad.

Abstract

With an introduction on its solid philosophical base closely related to prudence, the paper deals with the jurisprudential configuration of this principle as a general principle of law and its use as a tool to address the legal justification of the action in some cases or inaction in others by public authorities in situations of scientific uncertainty about risk. The precautionary principle is increasingly demanded in public administrations as an effective means to ensure sufficiently adequate risk management in the exercise of their respective competences. Its emergence in environmental law and in biotechnology is studied, the notoriety that has been acquiring through international treaties and declarations, and the important systematizing effort achieved by the Communication of the European Commission on this principle of 2 February 2000 [COM (2000)]. Finally, a brief reference in legal International Humanitarian Law.

Keywords: precaution, principle, prevention, risk, danger, damage, evaluation, uncertainty, management, proportionality, responsibility.

SUMARIO

1. Marco filosófico y aplicación del principio de precaución. 1.1. La prudencia: el *arte de gobernar*. Distinción con otros conceptos. 1.2. Presupuestos para la aplicación del principio de precaución. 1.3. La aplicación del principio de precaución: el principio de responsabilidad y el principio de precaución. La responsabilidad con las generaciones futuras. Principios de buena gobernanza. 2. Origen del principio de precaución: *vorsorgeprinzip*, las alertas tempranas y tardías. 2.1. Su presencia en el derecho internacional. 2.2. El principio de precaución en el derecho europeo y español. 3. La sociedad del riesgo. 3.1. El riesgo cero. El riesgo permitido. 3.2. Los nuevos riesgos. 4. Elementos constitutivos del principio de precaución. 4.1. Evaluación del riesgo. 4.2. La prueba del daño: inversión de la carga de la prueba. 4.3. Gestión y comunicación del riesgo. 5. Definición y naturaleza jurídica: evolución del principio de precaución como principio general del derecho. 6. Breve referencia al principio de precaución en las normas del derecho internacional humanitario. Bibliografía

1. MARCO FILOSÓFICO Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

1.1. LA PRUDENCIA: EL ARTE DE GOBERNAR. DISTINCIÓN CON OTROS CONCEPTOS

La prudencia, como aptitud y actitud en el ser humano, antecede e informa a cualquier decisión política, de manera que se convierte en un elemento inspirador y orientador de las leyes. Nadie duda de la prudencia que debe existir en las decisiones que toman los políticos y gobernantes¹, que deben distinguir el bien del mal y profundizar en cómo hacerlo, en su aplicación práctica o aplicada. La prudencia, además, pertenece a la persona que, además de gobernarse a sí misma, tiene la función de gobernar a la comunidad², y es determinante en cuanto a la moral y condicionante en las decisiones y actuaciones de los poderes públicos.

La precaución tiene su base en la prudencia³, pues se hace imprescindible para la realización de actos prudenciales, de modo que se adopten las decisiones adecuadas y se eviten las malas en cada situación concreta. Por el objeto de este trabajo resulta pertinente acudir a la noción clásica de *prudencia política*, porque, en el fondo, de lo que se trata con la precaución es de poner en práctica la virtud de la prudencia por los políticos y los gobernantes, que es considerada por los clásicos una de las virtudes más importantes en el *hombre político*, al punto de considerar a la *sabiduría política* como la más alta expresión de prudencia, dado que se ejerce en el ámbito de lo social, y no de los intereses particulares⁴. En la misma línea

¹ «Los muy sabios son fáciles de engañar, porque aunque saben lo extraordinario, ignoran lo ordinario del vivir, que es más preciso. [...] ¿De qué sirve el saber si no es práctico? Y el saber vivir es hoy el verdadero saber». (Gracián, *Oráculo*, pág. 232).

² Aristóteles afirma que «prudente es el que delibera bien y busca el mayor bien práctico pues el rasgo distintivo del hombre prudente es, al parecer, el ser capaz de deliberar y de juzgar de una manera conveniente sobre las cosas que pueden ser buenas y útiles para él». ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. CALVO MARTÍNEZ, J. L. (trad.). Alianza Editorial 2004, pág. 248.

³ La prudencia es la clave filosófica para la adopción de medidas precautorias.

⁴ ARISTÓTELES. *Op. cit.*, capítulo IV; y en este mismo sentido, TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae*, II-II ps., q. 48, a. 1, co., que aporta que la prudencia constituye, junto con la justicia, la virtud más propia del soberano, y que la *prudencia regnativa* —la propia del arte de gobernar— representa la forma suprema de la prudencia. Por ello, y con más razón a los gobernantes se les exige, más que a nadie, distinguir el bien del mal, y profundizar en cómo hacerlo, en su aplicación práctica o aplicada. La prudencia, como aptitud y actitud en el ser humano *antecede e informa* a cualquier decisión política, de manera que se convierte en un elemento inspirador de las leyes. La prudencia pertenece a la persona que, además de gobernarse a sí misma, tiene la función de gobernar a la comunidad.

del estagirita y del aquinate, Andorno concibe la sabiduría política como «la virtud que permite valorar los pros y los contras de las diversas alternativas que se presentan, y tomar las decisiones que contribuyan al mayor bien de la sociedad»⁵.

La prudencia tiene como corolario otras disposiciones que deberán acompañarla para considerar a la acción como buena: la fortaleza, para realizar el bien difícil de alcanzar; la justicia, al considerar los bienes que se deben evaluar equitativamente en relación con las personas a las que nuestra acción concierne, y la templanza, que domina el carácter instintivo de los afectos e intereses individuales y de las presiones sociales y ambientales⁶. Pues bien, el gobernante debe tenerlas en cuenta a fin de tomar decisiones sobre determinadas actividades de las que se sospecha, con un cierto fundamento, que son portadores de riesgo para la sociedad, pero sin que se tenga a mano una prueba definitiva y contundente de tal riesgo. En tales supuestos:

«La autoridad [política y gubernativa] debe hacer un esfuerzo de prudencia, es decir, de una adecuada apreciación de las circunstancias del caso, para lograr un equilibrio entre, por un lado, el temor irracional ante lo novedoso, por el solo hecho de ser novedoso, y, por el otro lado, una pasividad irresponsable, ante prácticas o productos que pueden resultar gravemente nocivos para la salud pública o el medio ambiente»⁷.

En el ámbito de la responsabilidad con la sociedad es donde cobra sentido el *ethos* de la cautela⁸, lo que hace ver que no solo es una tarea de políticos o de científicos. Si bien no se puede pedir al legislador el conocimiento empírico del científico, sin embargo, sí puede poner los medios jurídicos para no cometer errores o, de no ser posible, al menos, no cometer los innecesarios. Así, las únicas equivocaciones permitidas son las imposibles de prever por el Estado o la ciencia o que, pudiendo ser previsibles, no causen daños a las personas. Esta podría considerarse la aplicación práctica de la ética política.

⁵ ANDORNO, R. «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico». ROMEO CASABONA, C. M.^a (ed.). *Principio de precaución biotecnología y derecho*. Granada: Comares, pág. 18; ANDORNO, R. «Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución». *Jurisprudencia Argentina*. Suplemento de Bioética. 2003, pp. 962-968.

⁶ SGRECCIA, E. *Manual de Bioética*. México: Diana 1994, pág. 139.

⁷ ANDORNO, R. *Op. cit.*, pp. 17-18.

⁸ CORTINA, A. «Fundamentos filosóficos del principio de precaución». ROMEO CASABONA, C. M.^a *Op. cit.*

Por tanto, la aplicación del principio de precaución supone la elaboración de un conjunto de métodos, procedimientos e instrumentos para adoptar respuestas por los políticos, pero sometidos a todos los procesos normales de deliberación racional, revisión profesional, debate democrático y responsabilidad⁹. No puede aceptarse cualquier actuación, en especial si supone una carga excesiva para la sociedad, pues los poderes públicos tienen el deber de garantizar la protección de los derechos fundamentales de todas las personas. Nadie duda de lo difícil que es equilibrar la balanza del avance científico y de la paralización de determinadas actuaciones, atendiendo a los riesgos y consecuencias. Por ello y ahí surge la necesidad de aplicar el principio de precaución, pues permite actuar, aunque de momento no conozcamos los riesgos, porque contamos con que los conoceremos en el futuro. La dificultad radica en tomar decisiones sin contar con esa seguridad basada en la información y evaluación científica, pues esperar a actuar cuando se tenga más seguridad, a través de una mayor evaluación científica, pensando que la nueva información reduciría la incertidumbre de los riesgos, tiene como contrapartida que la incertidumbre aumentará más si se espera¹⁰, a lo que hay que sumar que se desconoce la información que se va a recibir y si esta aclarará algo o si habrá que seguir esperando nueva información científica y probabilística sobre los riesgos. En cualquier caso, no podemos anticiparnos a esa información y, por tanto, no se puede salir de la incertidumbre hasta que esta llegue. Y la necesidad de decidir sigue estando ahí.

Las políticas preventivas no son muy rentables políticamente, pues exigen grandes costes políticos, al tener que limitar actividades, establecer prohibiciones, etc., y los resultados siempre serán cuestionados¹¹. En

⁹ Agencia Española de Medio Ambiente (AEMA). *Lecciones tardías de alertas tempranas: el principio de precaución 1896-2000*. Ministerio de Medio Ambiente 2003, pág. 184.

¹⁰ *Vid.* DUPUY, P. *Pour un catastrophisme éclairé*. París : Seuil 2002, pág. 111. *Cit.* en LOSADA MAESTRE, R. «La percepción y el análisis de riesgos». CASES MÉNDEZ, J. I. *Catástrofes medioambientales. La reacción social y política*. Valencia: Tirant lo Blanch 2010, pág. 99.

¹¹ VANACLOCHA; MARTINÓN; LOSADA. *Documentos de trabajo, política y gestión*. 2005, pp. 16-17. Es interesante analizar lo que estos autores aportan a partir de la crisis del *Prestige* en relación con las actuaciones políticas: «Es difícil imaginar a un Gobierno emprendiendo políticas que impliquen costes políticos o cualquier otra acción que demuestre ser no rentable. Esto es especialmente cierto en el caso del aprendizaje e implementación de cualquier cosa que se haya aprendido de las crisis que han sucedido en puntos distantes en el tiempo. La prevención de crisis es uno de los aspectos en que podemos apreciar este sesgo. Este tipo de prevención es menos rentable que la gestión de crisis, principalmente por las siguientes razones: primero, porque la gestión de la crisis siempre genera oportunidades de beneficio; segundo, porque las políticas de prevención no se distinguen especialmente; tercero, porque los políticos piensan que mientras están en el cargo las crisis no van a suceder. En las democracias no permanecen en el puesto por mucho tiempo, de modo que prefieren asumir el riesgo de que ocurra una crisis en lugar de prevenirla».

definitiva, los políticos se encuentran ante situaciones de difícil gestión, pues, como señala Losada Maestre, por una parte, si aceptan que el riesgo existe y lo reducen o lo eliminan, serán acusados de alarmistas, pues no hay certidumbre de esos riesgos y se les acusará de frenar el progreso y el desarrollo. Y, por otra parte, si llegan a la conclusión de que no existe el riesgo y que su actuación está basada en las opiniones de los científicos, establecerán una política permisiva de pacto y, si finalmente se prueba que los riesgos existían, se les acusará de encubridores¹².

Algún autor considera que la expresión principio de precaución es propia del lenguaje político, no del jurídico, y sostiene que el principio de precaución no constituye un criterio que tenga por destinatarios a los órganos judiciales, por lo que considera que su misión se basa en poner sanciones por la falta de prevención, pero no en la aplicación del principio de precaución. Así, entienden que el principio de precaución, en el ámbito judicial, no es más que una simple expresión del concepto de *diligencia*¹³. Sin embargo, la realidad es que el principio de precaución, o de cautela, se dirige al poder público como responsable de la gestión del riesgo, ya que, una vez conocida la evaluación del peligro y del daño en el ámbito científico y de las probabilidades, hay que adoptar decisiones por las autoridades competentes, legislativas, ejecutivas y judiciales, y es ahí donde comienza la faceta jurídica del principio en todos los ámbitos donde existe toma de decisiones.

En concreto, en la estrategia militar, ser prudente consiste en ser buena estrategia, pues es saber hacer la guerra prudentemente para que de este modo sea justa, pues sin la mirada puesta en las personas consideradas como personas, la justicia desaparece. La guerra es justa cuando se defiende a las personas de un ataque perpetrado contra ellas que busca más compensaciones materiales que el bien de las mismas personas. «En aquellas cosas que son según la razón no solo conviene que exista prudencia política, por la cual se disponga de esas cosas que pertenecen al bien común, sino también de la militar, por la cual se rechacen los ataques de los enemigos»¹⁴. «Lo propio del militar también debe ser más la razón que la fortaleza, pues si carece de razón su fortaleza no será tal, al menos no será virtud. Consecuentemente, no mejorará intrínsecamente. Pero arriesgar la vida y jugársela sin que con ese acto esta sea susceptible de crecimiento es suma tontería. Es prudencia militar el exponerse a perder muchos efectivos

¹² LOSADA MAESTRE, R. *Op. cit.* pág. 112.

¹³ En este sentido: ÁNGEL YAGÜE, R. de. «El principio de precaución y su función en responsabilidad civil». ROMEO CASABONA, C. M. (ed.). *Op. cit.*, pp. 288 y 296.

¹⁴ TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae*, II-II, q. 50, a. 4, co.

bélicos en un conflicto sin arriesgar, o al menos exponiendo al mínimo, la vida de cualquier persona, porque cualquier persona vale más que el universo físico entero. Por eso, respecto de las guerras de puro desgaste en pérdidas humanas de sus ejércitos y de la población civil, tales como las que, por ejemplo, han manchado de sangre los campos europeos a lo largo de la Edad Moderna y Contemporánea, cabe cuestionar su prudencia, y desde luego, su justicia. Lo peor del caso es que, a pesar de las reiteradas y absurdas crueldades cometidas, la humanidad todavía ha aprendido demasiado poco. La guerra parece la salida más rápida a un conflicto, pero no pocas veces esa actitud ordinariamente ayuna de paciencia, requisito indispensable para la fortaleza, y consecuentemente, para la prudencia, se trueca en injusticia. La cuestión de “¿hasta qué punto no se podrían haber arbitrado otros medios fundamentalmente a largo plazo, tanto de ayuda a los que sufren como coercitivos para los que atacan injustamente, antes de dar paso a la abierta lucha bélica?” seguirá siendo siempre un interrogante que aflore en la conciencia de los que las desencadenan»¹⁵.

Por todo lo expuesto, es necesario distinguir la precaución de otros conceptos¹⁶. Así, siguiendo a Ewald, la relación entre la sociedad y el riesgo a lo largo de la historia se ha establecido en tres etapas: previsión, prevención y precaución¹⁷. La previsión conoce el riesgo y los nexos entre riesgos y daños, busca el bien, procura evitar el daño; la precaución evita los obstáculos extrínsecos al bien, es decir, las circunstancias que impiden realizar la actuación correcta, pues supone un desconocimiento *a priori* del daño, al ser imposible identificar con antelación los efectos dañinos o peligrosos que pueden producirse a medio y largo plazo. Es decir, la precaución actúa cuando no están claras las medidas que adoptar para evitar el daño¹⁸ por la imposibilidad de cálculo del daño y de los nexos entre am-

¹⁵ Traducción por SELLÉS, F. «La virtud de la prudencia según Tomás de Aquino» (I). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. *Cuadernos de Anuario Filosófico*, 1999, n.º 90.

¹⁶ La Agencia Europea de Medioambiente (AEM) en *Lecciones tardías de alertas tempranas: el principio de precaución* (op. cit.), diferencia, entre actividad de prevención, actividad de prevención cautelar y precaución. Prevención: conocemos los riesgos. Prevención cautelar: conocemos los riesgos, pero ignoramos su potencialidad. Precaución: desconocemos los riesgos por falta de certidumbre científica.

¹⁷ Vid. EWALD, F. «Le regtoru du manin génie. Esquisse d'un philosofphie de la précaution». Cit. en GODARD, O. (Dir.). *Le principee de précaution dans la conduite des affaires umanines*. París: Mason des sciences de l'homme 1997, pp. 99-126. Cit. en LOSADA MAESTRE, R. *Op. cit.*, pág. 99.

¹⁸ BAHONA NIETO, E. «El principio de precaución, principio orientativo de las decisiones de las Administraciones Públicas». En. ROMEO CASABONA C. M.^a (ed.). *Op. cit.*, pág. 251.

bos, y pueden establecerse solo «presunciones y probabilidades»¹⁹. Ambos conceptos se encuentran incluidos (aunque no de manera expresa) en el art. 174.2 del Tratado de la Unión Europea y pretenden prevenir un daño temido y evitar la lesión de bienes jurídicos²⁰.

La prevención, como acción ante la evidencia de daños científicamente probados forma parte de la evaluación del riesgo y tiende a evitar un daño futuro, cierto y medible, es decir, conocido; a diferencia de la precaución, que procura impedir mediante la acción la creación de riesgos cuyos efectos todavía son desconocidos, es decir, actúa en el campo de la *incertidumbre* de la evidencia de riesgos, aunque no estén científicamente probados²¹. Hay prevención, por tanto, cuando se conoce el riesgo, y precaución cuando no se conoce o es incierto²². Andorno establece la diferencia en que el principio de prevención se da en relación con el peligro concreto, y la precaución está dirigida al peligro abstracto²³. En definitiva, en la prevención se sabe a ciencia cierta que un hecho dañoso ocurrirá si no se adoptan medidas, es decir, evalúa el riesgo; y en la precaución se debe gestionar su inocuidad, por ello se dice que en la prevención el riesgo es actual y en la precaución es potencial²⁴. O, dicho de otro modo, el término *prevención* es más adecuado para los riesgos conocidos y el de *precaución* para los no conocidos²⁵. A pesar de que estos conceptos están extendidos principalmente

¹⁹ GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «La aplicación del principio de precaución en la legislación alimentaria ¿una nueva frontera de la protección del consumidor?». *Selección de artículos*. Bruselas 2002, pág. 14.

²⁰ ROMEO CASABONA, C. M. *Op. cit.*, pág. 161.

²¹ BONAMIGO, E. L. «El principio de precaución: un nuevo principio bioético y biojurídico». Departamento de Ciencias de la Educación, Lenguaje, Cultura y Arte. Facultad de Ciencias del Turismo. Madrid: URJC 2010, pág. 7.

²² Ejemplo de *prevención* es la explotación de las centrales eléctricas, que necesitan prevención de los riesgos de contaminación nuclear, porque se conocen, como los accidentes ocurridos en Three Mile Island, donde hubo un principio de fusión del reactor, pero no se pudo hablar de contaminación, y en Chernóbil. Ejemplo de *precaución* son los riesgos relativos al almacenamiento de desechos de larga duración, porque no se conocen.

²³ ANDORNO, R. *Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución*. *Op. cit.*, pp. 962-968. Sentencias sobre peligro abstracto: AP de La Rioja de 10 de enero de 2002. También *vid.* «Aportaciones del principio de precaución al derecho penal». ROMEO CASABONA, C. M.^a (ed.). *Op. cit.*, pp. 385-422.

²⁴ ANDORNO, R. «Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución». *Op. cit.*, pp. 962-968.

²⁵ BELLVER CAPELLA, V. «Bioética y ecología». TOMÁS GARRIDO (coord.). *La bioética en el milenio biotecnológico*. Murcia: Sociedad Murciana de Bioética 2001. Ver también TOMÁS GARRIDO, G. M. (coord.). *Manual de bioética*. 1.^a ed. Barcelona: Ariel 2001, pp. 279-294. Por otro lado, parte de la doctrina considera que la precaución es una evolución razonada del principio de prevención que es adaptada a las situaciones de incertidumbre científica. En este sentido, *vid.* DE SADELEER, N. «Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución». *Revista de Derecho Ambiental*, n.º 25, 2002, pp. 9-38.

en ámbitos internacionales, no han sido muchos los artículos doctrinales sobre sus diferencias²⁶.

1.2. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

La Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria advierten que «cuando el riesgo es una mera posibilidad científica cuyo nexo causal no se ha determinado, es imposible organizar la precaución en torno al riesgo a prevenir y, por tanto, hay que hacerlo en torno al objeto a proteger. Si las pruebas suministradas por la evaluación son concluyentes, no se podrá utilizar el principio de precaución, al hallarse obligada a usar el de prevención. Si no lo son, estaremos planteando una hipótesis que legitimaría iniciar un procedimiento precautorio, pues éste se encuentra entre la prueba concluyente y la hipótesis o conjetura»²⁷. La Comisión Europea mantiene, por tanto, que hay que optar por la hipótesis más pesimista para evitar la infravaloración de riesgos, así como no infravalorar las opiniones minoritarias y tenerlas en cuenta siempre que estén debidamente fundamentadas²⁸, como en el asunto del tabaco, el amianto o el calentamiento global del planeta u otras actuaciones a las que deba enfrentarse el gobernante para evitar riesgos en la población.

En el ámbito de la salud, para justificar el procedimiento de autorización previa a la vista de los imperativos de la salud pública, no se deberá demostrar, precisa y científicamente, la existencia del riesgo que revisten los aditivos tecnológicos. En cambio, le incumbe acreditar el riesgo que puede revestir su utilización²⁹. Se puede delimitar lo que el principio de precaución pretende definir, cuál es, la actitud que debe observar cualquier

²⁶ Podemos citar a ALEMANNI en su artículo «*Le principe de précaution en droit communautaire: stratégie de gestion de risques ou risque d'atteinte au marché intérieur?*». *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n.º 4, 2001, 925-926; cit. en GONZÁLEZ VAQUÉ, L. *El principio de precaución*. Selección de artículos. Disponible en Biblioteca Nacional de España. Bruselas 2002, pág. 13.

²⁷ CONSEJO EUROPA. COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión sobre el Recurso al Principio de Precaución*. Aprobada en 2 de febrero de 2000 [COM (2000)] 1, final, Anexo III y punto 6.2 respectivamente.

²⁸ EMBID TELLO, A. E. «El principio de precaución». SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (Dir.). *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. 1.ª edición. Madrid: La Ley 2010, pág. 1240.

²⁹ KOURILSKY, P.; VINEY, G. *Le principe de précaution. Rapport au Premier Ministre*. Paris, 15 Octobre 1999, pág. 5 (publicado con el mismo título por Éditions Odile Jacob, París, 2000). Cit. en BÁRCENA I.; SCHÜTTE, P. «El principio de precaución medioambiental en la Unión Europea. Aspectos jurídico-políticos». *Op. cit.*, pág. 16. Y STJCE, Asunto C-333/08. Conclusiones, 8 de septiembre de 2009.

ra que tome una decisión sobre una actividad al respecto que, razonablemente, pueda comportar un peligro grave para la salud o la seguridad de las generaciones presentes o futuras o para el medioambiente.

1.3. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. LA RESPONSABILIDAD CON LAS GENERACIONES FUTURAS. PRINCIPIOS DE BUENA GOBERNANZA

En los últimos años, el principio de precaución está siendo utilizado para adoptar decisiones de emergencia ante situaciones de inseguridad, lo que proporciona a los poderes públicos un instrumento de ayuda para la toma de decisiones³⁰.

Señala Jonás que «si somos responsables respecto de las personas que nos rodean en el corto plazo, también ahora con el avance vertiginoso de la ciencia tenemos una nueva responsabilidad, que tiene por objeto no solo a los individuos actualmente existentes, sino también a las generaciones futuras y a la humanidad en su conjunto»³¹. La responsabilidad es concebida por el autor como un principio de gestión absolutamente previo al riesgo con el que, por una parte, se debe procurar que la humanidad siga existiendo en el futuro y, por otra, se debe salvaguardar la calidad propiamente humana de esta existencia en los siglos venideros³². En defensa del principio de responsabilidad aduce que, en caso de que exista un desconocimiento sobre lo que una actividad podría suponer y desembocar en un futuro a largo plazo, este prin-

³⁰ Como ejemplos ya consolidados de aplicación del principio pueden mencionarse a la encefalopatía espongiforme (mal de la vaca loca), la contaminación ambiental, las enfermedades que podrían transmitir los celulares, los alimentos transgénicos. Su ámbito de aplicación es, pues, el medioambiente y los productos elaborados en la medida en que puedan afectar la salud humana. Para más información, *vid.* MANTECA VALDELANDE, V. «El principio de precaución en el derecho europeo y español». *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 1/2013 (Doctrina), pág. 1. Fundamentalmente, lo está haciendo en los ámbitos medioambiental y alimentario.

³¹ JONAS, H. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder 1995.

³² Resumiendo, Jonas habla de un nuevo imperativo ético anteriormente impensable, de un deber de las actuales generaciones hacia las generaciones futuras. Este es el nuevo imperativo ético: «Actúa de tal manera que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica sobre la Tierra»; o, expresado negativamente: «Actúa de tal manera que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de una vida humana auténtica». JONÁS, H. *Op. cit.* Y cit. en *El principio responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, 1979. Cit. en CORTINA, A., *Isegoría*, n.º 27, 2002, pp. 73-89.

cipio obliga a ponerse en las peores consecuencias posibles, y más vale renunciar a esa actuación a pesar de los beneficios que pudieran resultar de ella en lo inmediato; en consecuencia, hay que abstenerse de realizarla³³. Sin embargo, con el principio de precaución se invita a la acción, en caso de amenaza grave o irreversible, antes de haber adquirido la certidumbre científica, al revés que el principio de responsabilidad, que propugna la abstención. Por este motivo, Andorno sostiene que el principio de precaución no es un freno al desarrollo porque no implica necesariamente la prohibición de la actividad, sino que hay precaución cuando, por ejemplo, se limitan las medidas intermedias como promover una profundización de los estudios científicos a fin de tener «una idea más acabada de la magnitud del riesgo [...] y alentar la búsqueda de soluciones alternativas más seguras para la población», porque el principio de precaución no tiende a frenar el progreso ni el desarrollo, sino a lograr lo que se denomina *desarrollo sustentable*, y por ello las medidas que se decretan en su virtud siempre tienen carácter provisorio y son reversibles. Con el principio de responsabilidad no se sabe nada sobre el futuro y por ello se invita a la inacción; sin embargo, en la aplicación del principio de precaución se plantea la necesidad de actuar con base en los datos científicos con los que se cuenten, aunque no sean del todo convincentes³⁴.

Tanto el principio de responsabilidad como el de precaución comparten el desconocimiento de las consecuencias que tendrán en el futuro los actos que hoy realicemos. Pero tienen diferencias, como son que la responsabilidad se refiere a riesgos hipotéticos que ponen en peligro seriamente a la humanidad y, sin embargo, la precaución se refiere a riesgos graves, pero que no paralizan o impiden el avance científico, pues ese desconocimiento puede irse superando con las continuas evaluaciones científicas e investigaciones, que, en definitiva, podrían ir delimitando en un plazo no tan largo sus consecuencias. Su aplicación puede consistir en valorar si se debe actuar o no, si deben o no adoptarse medidas jurídicas obligatorias, si debe someterse a un proyecto de investigación más amplio o si debe lle-

³³ JONÁS, H. *Op. cit.* La defensa de la paralización ante el miedo la denomina *heurística del temor*.

³⁴ ANDORNO, R. «Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución». *Op. cit.*, pp. 962-968. Asimismo, se establecen diferencias entre *desarrollo sostenido* y *desarrollo sostenible*; en cuanto al primero, sería mantenerlo firme, sin reparar en los condicionantes y en las eventuales consecuencias, mientras que el sostenible consiste en administrar con un aprovechamiento racional y responsable los recursos del planeta para atender a la satisfacción de las necesidades de nuestros contemporáneos, sin descuidar las de futuras generaciones.

varse a cabo una recomendación a instancias públicas con el fin de mejorar y avanzar la investigación³⁵.

El poder público no tiene responsabilidad jurídica alguna sobre los peligros, pero sí sobre los riesgos, ya que debe adoptar medidas, legitimar su adopción y gestionar el procedimiento para establecerlas, informar sobre estas y adoptar la responsabilidad consecuentemente³⁶. El legislador, que se encuentra constitucionalmente obligado a dotar a las personas de los máximos niveles de protección, puede adoptar una decisión general sobre la asunción o no de los riesgos; el ejecutivo, una decisión singular a través de actos administrativos autorizando o no la comercialización de un producto, y, por último, una decisión judicial revisando el acto administrativo objeto de estudio³⁷. En concreto, el órgano judicial competente tendrá que llevar a cabo un control del procedimiento, es decir, comprobar si se han cumplido determinadas fases de la toma de decisión, si se ha llevado a cabo la identificación y evaluación del riesgo y si las medidas adoptadas son proporcionales al riesgo que se pretende evitar, ya que no es su misión asumir la responsabilidad de enjuiciar si las medidas son o no las adecuadas, pues no es función suya hacer una evaluación científica de los riesgos ni gestionar las medidas, pero sí debe hacer el esfuerzo por comprender lo máximo posible su significado y consecuencias.

Asimismo, el principio de precaución no determina cuál debe ser el resultado de una decisión con la que se autoriza o se prohíbe una determinada actividad, sino que establece unas pautas para gestionar esos procesos de decisión.

Todo ello conforme a los principios de la buena gobernanza, que inciden en las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes y que son exigibles a cualquier político. Estos principios son: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia³⁸.

³⁵ Para ampliar. MOURE, A. M. «El principio de precaución en el derecho internacional. Debate: riesgos, cautelas y el principio de precaución». *DILEMATA*, 2013, n.º 11, pp. 21-37.

³⁶ ESTEVE PARDO, J. *Técnica, riesgo y derecho*. Barcelona: Ariel 1999; «El principio de precaución: decidir en la incerteza». ROMEO CASABONA, C. M.^a (coord.). *Op. cit.*, pág. 236.

³⁷ ESTEVE PARDO, J. «Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica». *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 3, 2003, pág. 44.

³⁸ En el ámbito europeo, el Libro Blanco de la Comisión (COM-2001), pp. 10-11, sintetiza así el contenido de estos principios: «Apertura: las instituciones europeas deben otorgar más importancia a la transparencia y a la comunicación de sus decisiones. Participación: conviene implicar de forma más sistemática a los ciudadanos en la elaboración y aplicación de las políticas. Responsabilidad: es necesario clarificar el papel de cada uno en el proceso de toma de decisiones para que cada agente concernido asuma la responsabilidad del papel que se le ha atribuido. Eficacia: deben tomarse las decisiones a la escala y en el momento apropiado, y estas deben producir los resultados buscados. Coherencia:

Además de los principios que recoge la COM (2000), no solo sería necesaria la adopción de medidas por parte de la Administración, ajustadas a la proporcionalidad, transparencia, coherencia, con informes científicos, evaluación de costes, etc., sino que también sería pertinente una positivación de pasos que seguir y de medidas que adoptar para evitar la responsabilidad de no dañar, no solo por las consecuencias no queridas, sino también por las derivadas de no haber investigado suficientemente las posibilidades de daños no intencionados³⁹. Además, en el libro Blanco sobre la Gobernanza Europea COM (2001)⁴⁰ se incluyen recomendaciones para mejorar la participación de la opinión pública en la gestión de las relaciones existentes entre la ciencia, las tecnologías y la sociedad, pues la *buena gobernanza* rige en las políticas europeas de tal modo que sus principios de actuación son corolario para la adopción de medidas con base en el principio de precaución⁴¹.

Por tanto, el principio de precaución exige a la Administración responsabilidad en caso de no llevar a cabo, sin causa justificada o de la manera adecuada, alguna de las tres fases en las que consiste el proceso del análisis del riesgo (evaluación, gestión y comunicación), ante la amenaza de un riesgo real o potencial que, de materializarse, podría conllevar daños graves e irreparables⁴². Por ello, deberían introducirse nuevos parámetros de interpretación para la toma de medidas precautorias en las leyes administrativas pertinentes con el fin de extender los supuestos en los que la Administración deba responder de su actuación, inactividad o inadecuada gestión cuando se causen daños a intereses fundamentales a la vida o la salud de las personas, pues, como afirma Del Vecho, «allí donde no cabe la po-

las políticas que la Unión Europea lleva a cabo son extremadamente diversas y necesitan un esfuerzo continuo de coherencia. Proporcionalidad y subsidiariedad: los responsables políticos, y en último caso las instancias jurisdiccionales, son quienes deben precisar los límites de este principio».

³⁹ En este mismo sentido, CORTINA, A. «Fundamentos filosóficos del principio de precaución». ROMEO CASABONA, C. M.^a *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Op. cit., pp. 12-16.

⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA. «La gobernanza europea. Un Libro Blanco» [en línea]. COM (2001). Disponible en http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/110109_es.htm

⁴¹ PARDO LEAL. «El Libro Blanco sobre la Gobernanza: ¿la reforma de la gobernanación de la Comunidad servirá para mejorar la calidad de la legislación comunitaria?». *Gaceta Jurídica de la UE*, n.º 216, 2001, pp. 8-22.

⁴² BERGEL, S. «Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil». *Derecho privado*. Buenos Aires: Hammurabi 2001, pp. 1008-1012.

sibilidad de una reclamación que lleve aparejada la imposición del aparato coercitivo no existe positivamente derecho subjetivo como pretensión»⁴³.

2. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: *VORSORGEPRINZIP*, LAS ALERTAS TEMPRANAS Y TARDÍAS

La mayoría de la doctrina comparte que los orígenes del principio de precaución se encuentran en el *vorsorgeprinzip* o 'principio de previsión'⁴⁴, introducido en la legislación medioambiental alemana en la década de los setenta para justificar la necesidad de leyes restrictivas sobre los usos del agua y del aire⁴⁵. La *vorsorge* era uno de los principios fundamentales consistente en que, en la medida de lo posible, los atentados al medioambiente deben evitarse antes de que se produzcan, para lo que es necesaria la detección precoz de todo peligro para la salud y el medioambiente, así como una investigación multicomprendensiva y sincronizada que prestase una especial atención a las relaciones de causaefecto⁴⁶. Su consagración más inequívoca, ya como principio de precaución en la política medioambiental alemana, se expresó en una fecha posterior en los siguientes términos: «La responsabilidad hacia las generaciones futuras obliga a preservar las bases naturales de la vida y a evitar las formas irreversibles de daño, como el

⁴³ DEL VECCHIO, G. *Filosofía del derecho*. Tomo II. Barcelona: Bosch 1935 (adiciones por Luis Recasens Siches), pp. 46 y ss.

⁴⁴ JIMÉNEZ DE PARGA, P. «Análisis del principio de precaución en derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea». *Política y Sociedad*, vol. 40, n.º 3, UCM, 2003, pp. 7-22; BERBEROFF AYUDA, D. «Aspectos generales del principio de precaución y su incidencia en el ámbito local». *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 7, febrero de 2005, pp. 142-150.

⁴⁵ *Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio* de 25 de marzo de 2005. COMEST (2005), pág. 10.

⁴⁶ GONZÁLEZ VAQUÉ, L. *Op. cit.*, pág. 11.

Por otra parte, el *vorsorgeprinzip*, tal y como fue elaborado en el informe de 1985 sobre dicha ley, incluía, entre otros, los siguientes elementos: búsqueda de la evidencia; investigación y vigilancia para la detección temprana de los riesgos; reducción de las cargas ambientales en general; promoción de la producción limpia y la innovación; respeto del principio de proporcionalidad, según el cual los costes de las acciones para prevenir riesgos no deben ser desproporcionados respecto a los posibles beneficios; actitud de cooperación entre las partes implicadas para resolver problemas comunes mediante medidas políticas integradas, encaminadas a mejorar el medioambiente, la competitividad y el empleo, y acciones para reducir los riesgos antes de que se disponga de *pruebas* evidentes de los daños si los impactos pudieran ser graves o irreversibles. AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE (AEMA). *Op. cit.*, pág. 13.

menoscabo de los bosques»⁴⁷. Asimismo, conviene recordar algunos de los acontecimientos a nivel internacional que han tenido lugar en los últimos años relativos al principio precautorio. Por ejemplo, los asuntos de las pesquerías; las radiaciones; el benceno; el amianto; los bifenilos policlorados; los halocarburos; la capa de ozono; El DES (dietiltibestrol) administrado durante el embarazo; las hormonas del crecimiento; el dióxido de azufre; el MTBE (metil terbutil éter) en las gasolinas; la contaminación química de los Grandes Lagos en América del Norte; los antiincrustantes de tributilestano; las hormonas como promotoras del crecimiento; la enfermedad de las vacas locas, etc.⁴⁸. Todos estos asuntos no tuvieron la gestión del riesgo adecuada a la luz de los resultados probablemente inciertos sobre los futuros riesgos, tras las investigaciones científicas realizadas y las alertas tempranas advertidas⁴⁹.

A la luz del estudio de este principio y de las alertas tempranas, se concluyeron las primeras lecciones que las políticas debían tener en cuenta⁵⁰: «Reconocer la ignorancia y hacerle frente, así como a la incertidumbre y el riesgo, en las evaluaciones de recursos tecnológicos y en la elaboración de medidas de intervención. 2. Realizar investigaciones y seguimientos a largo plazo sobre las alertas tempranas en relación con la salud y el medio ambiente. 3. Identificar y afrontar los *puntos ciegos* y lagunas del conocimiento científico. 4. Identificar y reducir los obstáculos interdisciplinares al conocimiento. 5. Asegurarse de que las evaluaciones con fines normativos tienen debidamente en cuenta las condiciones del mundo real. 6. Examinar de modo sistemático las justificaciones y beneficios que se aduzcan, junto con los riesgos potenciales. 7. Valorar, junto a la opción examinada, otras posibles alternativas para responder a las necesidades, y promover tecnologías más sólidas, diversas y adaptables, para minimizar los costes de posibles sorpresas y maximizar los beneficios de la innovación. 8. Recurrir no solo al conocimiento especializado pertinente, sino también al conocimiento local y *profano* en la evaluación. 9. Tener en cuenta la totalidad de las premisas y valores de los diferentes grupos sociales. 10. Man-

⁴⁷ Carta de la Tierra Internacional. Valores para un futuro sostenible [en línea]. Disponible en <http://www.earthcharterinaction.org/contenido/pages/La-Carta-de-la-Tierra.html>

⁴⁸ AEMA. *Op. cit.*, pp. 17-125.

⁴⁹ BOURG, D.; SCHLEGEL, J-L. *Anticiparse a los riesgos. El principio de precaución*. Barcelona: Ariel 2004, pág. 137. Estos autores consideran que, en una situación de riesgo, debe actuarse cuando surjan las dudas entre si hacerlo o no. Sostienen que la precaución invita a actuar y a intervenir a pesar de la falta de conocimientos sobre los fenómenos que conviene modificar, apoyando esa decisión en conocimientos ya adquiridos.

⁵⁰ El proyecto del Observatorio Europeo de Ciencia y Tecnología (ESTO) sobre los riesgos tecnológicos y la gestión de la incertidumbre aportó el marco inicial de este análisis.

tener la independencia normativa de las partes interesadas, preservando un enfoque global respecto a la recopilación de información y opiniones. 11. Identificar y reducir los obstáculos institucionales al conocimiento y la acción. 12. Evitar la *parálisis de los análisis* reduciendo el posible daño cuando existan motivos fundados de preocupación».

Así surgió la Declaración de Wingspread de la Science And Environmental Health Network (SEHN) en enero de 1998⁵¹, que ofrece una aproximación del principio de precaución en los siguientes términos: «Cuando una actividad se plantea como una amenaza para la salud humana o el medio ambiente, deben tomarse medidas precautorias aun cuando algunas relaciones de causa y efecto no se hayan establecido de manera científica en su totalidad»⁵². Con base en esta aproximación, algunos autores entienden que la puesta en práctica del principio de precaución requiere la defensa de los derechos básicos de todos como recoge la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH) y, por tanto, la acción precautoria debe darse cuando exista una evidencia razonada de que está ocurriendo o puede ocurrir un daño, aunque no totalmente identificado, por lo que deben establecerse los procesos más seguros y viables para solventarlo⁵³. Esta afirmación conduce a que los que propongan una actividad (acción) deben ser quienes asuman la carga de la prueba y deben tener en cuenta todas las alternativas posibles, incluyendo la posibilidad de la no acción⁵⁴.

⁵¹ Declaración de Wingspread (Wisconsin), enero de 1998, recogida en «El principio de precaución ante la incertidumbre científica». *Daphnia* 13, Madrid, junio de 1998, pág. 16. Los trabajos de la conferencia de Wingspread han dado lugar al libro: RAFFENSPERGER, C.; TICKNER, J. *Protecting Public Health and the Environment Implementing the Precautionary Principle*. Island Press 1999.

Con base en ella, algunos autores, como Riechmann y Tickner, entienden que la puesta en práctica del principio de precaución requiere la defensa de los derechos básicos de todos como recoge la DUDH y, por tanto, la acción precautoria debe darse cuando exista una evidencia razonada de que está ocurriendo o puede ocurrir un daño, aunque no totalmente identificado, por lo que deben establecerse los procesos más seguros y viables para para solventarlo. En RIECHMANN, J.; TICKNER, J. (coords.). «El principio de precaución». *ICARLA*, 1.ª ed., mayo 2002. pp. 125-126.

⁵² RIECHMANN, J.; TICKNER, J. (coords.). *Ibidem*, pág. 40.

⁵³ RIECHMANN, J.; TICKNER, J. (coords.). *Ibidem*, pp. 125-126.

⁵⁴ Así, un enfoque precautorio para la toma de decisiones puede basarse, fundamentalmente, en los siguientes criterios: obligación general de actuar de modo precautorio ante una situación de incertidumbre; establecer objetivos para la protección del medioambiente y de la salud pública, analizando los posibles daños irreversibles; derivar la carga de la prueba hacia los iniciadores de actividades potencialmente dañinas, lo que va a incluir que se aporten pruebas del daño, alternativas contrastadas y magnitud del daño procedente de una actividad concreta; incluir instrumentos o criterios para la toma de decisiones en condiciones de incertidumbre; establecer métodos orientados a la prevención, tales como la producción limpia, incluyendo el estudio de alternativas y la información sobre su seguridad; Incluir incentivos económicos para fomentar la precaución. En situaciones de incertidumbre e ignorancia científicas hay que lograr un equilibrio entre los costes

2.1. SU PRESENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

A nivel internacional, podemos citar ejemplos en los que se ha puesto de manifiesto el principio precautorio: en transportes, el accidente del *Titanic*, o del Concorde en julio de 2000, en el aeropuerto de Roissy, que dio lugar a la prohibición inmediata de vuelos de todos los Concorde en servicio; en medioambiente, el accidente de la central nuclear de Chernobyl, o la mina de Courrières, por la inflamación de una gran cantidad de polvo en suspensión de cuyo peligro e incluso existencia apenas se sabía en Francia y que tuvo 1 100 muertos y cientos de inválidos permanentes; en EE. UU., la central nuclear Three Mile Island en 1979, donde se temieron los efectos de la fusión del núcleo del reactor, pero no hubo muertos.

La terminología es distinta en función del lugar en que nos encontremos. Así, en EE. UU. se habla de *prevención cautelar* (conocemos los riesgos, pero ignoramos la probabilidad de que se produzcan), y no de *principio de precaución*, como se puede observar, por ejemplo, en seguridad alimentaria (aditivos carcinógenos) con la cláusula de Delaney⁵⁵ incluida en la ley relativa a los alimentos, fármacos y cosméticos de 1957-96, que prohibía la presencia de carcinógenos animales en la cadena trófica de los seres humanos⁵⁶.

Así, los Tratados del Mar del Norte (Bremen de 1984, Londres 1987, Den Haag 1990, Esbjerg 1995) son los primeros ejemplos de tratados internacionales en los que el principio de precaución adquirió verdadera preponderan-

de ser demasiado restrictivo con las innovaciones y los riesgos y los costes de ser excesivamente permisivos; proponer instrumentos para la medición continua de efectos potencialmente adversos tanto de las actividades actuales como de las alternativas. Ante un alto grado de incertidumbre o de ignorancia respecto a las relaciones causaeffecto, quizá no deba paralizarse la acción, sino iniciarla y al tiempo seguir investigando hasta que se llegue a la mayor certeza posible sobre los riesgos, y, por último, establecer estructuras democráticas para la toma de decisiones.

⁵⁵ GONZÁLEZ VAQUÉ, L. *Op. cit.*, pág. 11. Cláusula (que debe su nombre al congresista demócrata James J. Delaney) introducida en la sección 409 de la Federal Food, Drug and Cosmetic Act de 1958 que dispone que un aditivo no se considerará seguro (y, por lo tanto, su empleo estará prohibido) si se prueba que puede provocar cáncer cuando es ingerido por el hombre o los animales. Dicha cláusula consagra el *criterio de riesgo cero* y fue discutida tanto desde el punto de vista científico como jurídico porque no valoraba la relación causa y efecto. Dicha cláusula se ha sustituido por la certeza razonable de que no se producirán efectos negativos o que el riesgo es muy bajo.

⁵⁶ Es probable que la prohibición impuesta al uso de carne de cabra y oveja infectada por tembladera (*scrapie*) a principios de la década de 1970 haya favorecido que no se dé la encefalopatía espongiforme bovina (EEB) en USA; en seguridad ambiental, prohibición impuesta al uso de clorofluorocarburos de los aerosoles en 1977, varios años antes de que se adoptara una medida similar en la mayor parte de Europa; y en salud pública, prohibición impuesta al uso del dietiltibestrol (DES) como agente promotor del crecimiento en el ganado vacuno, 1972/79, casi diez años antes de que se impusiera la prohibición de la UE en 1987.

cia. En la declaración final de la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (1972) se vio aflorar la idea de precaución. Pero es en la Convención de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono, firmada en 1985, donde puede apreciarse, *a posteriori*, la primera puesta en práctica, con carácter anticipado, del principio de precaución en el derecho internacional.

Otros instrumentos jurídicos son la Convención de Cartagena sobre la Prevención de Riesgos Biotecnológicos, de Montreal, de 29 de enero de 2000, que sitúa el principio de precaución como una cláusula de salvaguardia en materia de salud pública, y el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad al Convenio sobre Diversidad Biológica, de 26 de febrero de 2000.

Además de oír las *alertas tempranas* se prestó atención a las *alertas insistentes tardías* de situaciones en las que la evaluación del riesgo tenía un alcance demasiado limitado y de circunstancias en las que se adoptaron medidas reguladoras sin prestar la suficiente atención ni a otras posibles alternativas ni a las condiciones necesarias para ponerlas en práctica de forma satisfactoria en el mundo real⁵⁷.

El principio de precaución aparece en el ámbito internacional como un «enfoque cautelar o de precaución»⁵⁸, «medidas preventivas»⁵⁹, «me-

⁵⁷ AEMA. *Op. cit.* Para llegar a esas medidas se partió del cuestionamiento de cuatro factores: el momento en que se produce la primera alerta temprana con credibilidad científica; la identificación de las acciones o inacciones que se habían adoptado en cada caso por los organismos reguladores u otros para reducir los riesgos y el momento en que se emprendieron; la identificación de los costes y beneficios de las acciones o inacciones, y la enumeración de las lecciones que podían extraerse para servir de ayuda a los responsables de la toma de decisiones en el futuro.

⁵⁸ Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992: «Con el fin de proteger el medioambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el *enfoque de precaución* conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente». Asimismo, el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad, 2000: «De conformidad con el *enfoque de precaución*, el objetivo del presente Protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos». Y también el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (COP), 2001: «La precaución o cautela, incluidas la transparencia y la participación pública, quedan operativas en el tratado, con referencias explícitas en el preámbulo, el objetivo y las disposiciones para agregar COP, así como la determinación de las mejores tecnologías disponibles. En el objetivo se establece lo siguiente: Teniendo presente el *enfoque de precaución* consagrado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Convenio es proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes».

⁵⁹ Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, 1987: «Las partes en el presente Protocolo, decididas a proteger la capa de ozono adoptando *medidas*

didadas de precaución»⁶⁰ o «principio de precaución»⁶¹, lo que dificulta la comunicación y el diálogo sobre cuál es la mejor manera de afrontar las incertidumbres científicas y los posibles peligros.

No obstante, este principio ha experimentado en el derecho internacional una consolidación progresiva en el derecho del medioambiente que lo ha ido convirtiendo en un verdadero principio de derecho internacional de alcance general. Andorno señala:

«A pesar de las diferencias que todavía subsisten en cuanto a las condiciones de su aplicación, el principio de precaución puede considerarse hoy como un nuevo principio emergente de derecho internacional. Habiendo sido ya afirmado en términos generales, necesita ahora una concreción a través de regulaciones específicas acerca de las condiciones para su aplicación, no solo a nivel internacional, sino también regional y local»⁶².

2.2. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN EL DERECHO EUROPEO Y ESPAÑOL

Ya señalamos que en Europa este principio es denominado mayoritariamente como *principio de cautela*. Su aplicación se ha ido haciendo extensiva, partiendo del derecho internacional medioambiental al derecho europeo mediante en el art. 174 del Tratado de la Unión Europea⁶³, que lo enuncia como uno de los pilares de la política ambiental comunitaria, pero no lo define: «La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo

preventivas para controlar equitativamente las emisiones mundiales totales de las sustancias que la agotan».

⁶⁰ Convenio Marco sobre el Cambio Climático, 1992: «Las partes deberían tomar *medidas de precaución* para prever, prevenir o minimizar las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos».

⁶¹ Tercera Conferencia del Mar del Norte, 1990: «Los participantes [...] seguirán aplicando el *principio de precaución*, que consiste en emprender acciones para evitar posibles daños de sustancias que sean persistentes, tóxicas y susceptibles de bioacumularse, aun cuando no haya pruebas científicas de que exista una relación causal entre las emisiones y los efectos».

⁶² ANDORNO, R. *Validez del principio de precaución como instrumento jurídico*. *Op. cit.*, pág. 26.

⁶³ Tratado de la Unión Europea (TUE) firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992; entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. El apartado 2 del art. 174 ha sido redactado por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997.

presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma y en el principio de quien contamina paga».

Más tarde, la Comunicación de la Comisión Europea sobre el Recurso al Principio de Precaución de 2 de febrero de 2000 COM (2000) ha sido el gran instrumento donde se han fijado las condiciones para asegurar una aplicación razonable de este principio y evitar su uso arbitrario. Tras esta comunicación, quedó claro que la precaución es un principio, y no solo un enfoque⁶⁴.

Varios son los asuntos que sirven de ejemplo como consolidación del principio de precaución en el derecho europeo; destacan fundamentalmente los acontecidos en Francia y Reino Unido.

Francia fue uno de los primeros países que incluyeron el principio de precaución en su derecho positivo, mediante la Ley Barnier de 2 de febrero de 1995, debido al escándalo de la *sangre contaminada*. El hecho fue que, en 1995, el 56,23 % de los casos de SIDA sobrevenidos tras una transfusión de sangre en el ámbito de la Comunidad Europea eran franceses, hecho que generó desconfianza hacia la comunidad científica y la clase política, pues la llamada *excepción francesa* supuso una decepción y una gran herida en la opinión pública.

Otro asunto acaecido en Francia fue el de las *hormonas de crecimiento*, pues en el mismo año, 34 de los 52 casos de enfermedad de Creutzfeldt-Jakob inventariados en el mundo eran franceses.

En Reino Unido, el caso de la encefalopatía espongiforme bovina (ESB), conocido como el caso de las vacas locas, fue quizá el caso europeo que tuvo más repercusión internacional. Lo que ocurrió fue que, a pesar de que los primeros casos se habían identificado en 1986, e incluso se habían identificado los riesgos estudiando las relaciones de causaeffecto entre la ingestión de estas harinas y la encefalopatía, no fue hasta dos años después cuando, en 1994, las autoridades veterinarias británicas prohibieron en su territorio las harinas que contenían proteínas de origen animal, pero en ese tiempo continuaron exportándolas, sobre todo a Francia, y hasta 1996 no reconocieron las autoridades británicas que había un peligro para la salud humana. Se tuvo en cuenta un solo informe minoritario para prohibir la ex-

⁶⁴ El art. 5.7 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS) se cita como fuente para que la Comisión Europea elaborara su COM (2000): «Las medidas adoptadas en aplicación del principio de precaución cuando los datos científicos sean insuficientes son provisionales, lo cual implica que serán necesarios esfuerzos adicionales para obtener o para generar los datos científicos necesarios».

portación de carne de vacuno desde Reino Unido. En ese informe simplemente no se excluía el riesgo que presentaba la carne en forma de músculo por contener pequeñas cantidades de tejido linfático, pero eso fue motivo suficiente para concluir que la Comisión no había vulnerado el principio de proporcionalidad al adoptar una medida restrictiva de la libre circulación de mercancías en la Unión Europea⁶⁵. Por tanto, un riesgo hipotético sirvió para justificar que no se había probado suficientemente que la enfermedad no se transmitía por ingesta. El TJCE se pronunció sobre la validez de la decisión de la Comisión que prohibía la exportación de vacuno del Reino Unido para limitar el riesgo de transmisión de la encefalopatía espongiforme bovina y declaró que «cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos», lo que constituyó una formulación del principio de precaución.

Por otra parte, el TPI señaló que las instituciones comunitarias podían adoptar una medida preventiva relativa al empleo de la virginiamicina como aditivo en la alimentación animal, aunque a causa de la incertidumbre científica subsistente no se hubieran demostrado plenamente la realidad y la gravedad de los riesgos para la salud humana relacionados con dicha utilización. Así pues, para actuar con carácter preventivo, las instituciones comunitarias no estaban obligadas a esperar a que los efectos perjudiciales del empleo de dicho producto como factor de crecimiento se hicieran realidad⁶⁶. El principio de precaución o de cautela puede, por tanto, justificar una acción adoptada para prevenir un daño incluso cuando no pueda establecerse con absoluta certeza una relación de causa-efecto basándose en la evidencia científica disponible y «cuando exista un riesgo, y en particular un riesgo para la salud humana, que, sin estar basado en meras hipótesis no verificadas científicamente, aún no ha podido ser plenamente demostrado».

Lo que ocurrió, como apuntan Bourg y Shlegel, es que no se adoptó el criterio de que, cuanto más grave es el riesgo potencial, menos tiempo deben esperar las autoridades públicas para tomar las medidas de precaución; y cuanto mayores son la incertidumbre y el desconocimiento, menos

⁶⁵ STJCE (National Farmers Union), de 5 de mayo de 1998, asunto C-157/1996.

⁶⁶ GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas confirma la jurisprudencia comunitaria sobre el principio de precaución: la sentencia *virginiamicina*». *El principio de precaución*. Recopilación de artículos. Bruselas 2002, pág. 88. (FJ n.º139, sentencia *Virginiamicina*). En el mismo sentido. la STJCE, de 2 de agosto de 1993, asunto C-355/90., FJ, 15.

orientadas a un sector concreto deben ser las medidas. La precaución se debe ampliar, y en todo caso se debe aplicar, de manera menos restrictiva⁶⁷. De todo ello se dedujo que no se podía esperar para tomar medidas y que estas deben ejecutarse lo antes posible, no solo por los políticos y por los científicos, sino por todos los que, en la cadena, deban intervenir. Los posibles riesgos, por tanto, obligan a tomar medias, aunque estas medidas a su vez pueden entrañar nuevos riesgos que deben ser analizados.

A la luz de los ejemplos citados puede comprobarse que, por una parte, los principios de acción preventiva y de precaución se encuentran claramente relacionados⁶⁸ y, por otra, que la Comisión Europea considera que el principio de precaución es un principio de aplicación general que debe ser tenido particularmente en cuenta en los ámbitos de la protección del medioambiente y de la salud humana, animal o vegetal en el ámbito europeo. Fuera del ámbito europeo, la jurisprudencia internacional todavía es reticente a admitir este principio con valor general más allá del ámbito del derecho ambiental.

En España también encontramos casos mucho más recientes, algunos antes de ser expresamente reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, donde se hubiera necesitado la aplicación del principio de precaución como principio normativo, y otros donde, existiendo ya como principio consolidado, no se supo actuar por falta de regulación de una correcta aplicación del principio de precaución. Así ocurrió con el desastre ecológico del caso *Prestige*, al plantearse la cuestión de los fallos de precaución que provocaron el hundimiento del petrolero en 2002 ante las costas gallegas, convertida ya en la mayor catástrofe ecológica europea de los últimos decenios⁶⁹; el trasvase del Ebro y sus consecuencias sobre el medioambiente, los accidentes en las minas, o los incendios en los bosques; en temas alimentarios, el caso de la colza o las comidas basura⁷⁰; en transporte, los accidentes ocurridos, como, por ejemplo, el accidente de tren en Santiago de Compostela en 24 de julio de 2014, o, en el ámbito biosanitario, la reciente gestión del ébola o el uso masivo de los cigarrillos de vapor, etc. Todos ellos ejemplos de la necesidad de un replanteamiento de la aplicación del principio de precaución; pues a pesar de su reconocimiento en estos años,

⁶⁷ BOURG, D.; SCHELEGELL, J. L. *Op. cit.*, pág. 11.

⁶⁸ MANTECA VALDELANDE, V. *Op. cit.*, pág. 3.

⁶⁹ STS de 15 de julio de 2013.

⁷⁰ Término creado en 1970 por Joël de Rosnay. A pesar de ello, hubo quince mil muertos en 1956 por intoxicación alimentaria, y hoy siguen cifras similares. Un ejemplo de precaución en este campo fue la directiva que obligó a que los quesos elaborados con leche cruda se conservaran en frigoríficos especiales, a lo que solo pudieron acceder algunos comerciantes debido al alto precio de la maquinaria.

son numerosos los daños y los efectos que se han ocasionado por una falta de previsión del principio, y otros muchos los que, a largo plazo, se podrían ocasionar en caso de no replantearse una gestión más eficaz y eficiente con medidas políticas basadas en el principio precautorio por parte de los poderes públicos.

Nuestro ordenamiento jurídico ya recoge en numerosa normativa el principio de precaución, si bien en la mayoría se enuncia, aunque no se define. Así, comenzó incorporándose al Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre la Seguridad General de los Productos, la Ley 33/2011 de Salud Pública y la Ley 26/2011 de Seguridad Alimentaria, entre otras. No obstante, y a pesar de su expresa mención en numerosa normativa, siguen y seguirán surgiendo situaciones donde la aplicación del principio de precaución será siempre nueva, pues nuevas serán las situaciones, nuevas las soluciones y nuevas las proporcionalidades en las medidas a adoptar. No hay dos situaciones iguales cuando se habla de riesgo, por lo que será necesaria una continua adaptación por el poder público a la certidumbre científica y probabilística del momento. La formación científica y jurídica especializada en cada sector será la garantía de la mejor preparación para la toma de decisiones urgentes.

3. LA SOCIEDAD DEL RIESGO

3.1 EL RIESGO CERO. EL RIESGO PERMITIDO

La teoría estudiada por Beck define el riesgo como una amenaza que puede devenir real⁷¹. Beck observó que nos encontrábamos en una nueva

⁷¹ Resumidamente, la teoría de la sociedad del riesgo según BECK concibe el riesgo como una amenaza, una realidad virtual que puede devenir real y supone que haya una decisión y, consecuentemente, una responsabilidad con vistas al futuro, que es la causa y el parámetro de influencia de las acciones actuales. Los riesgos son proposiciones fáticas y valorativas. La interpretación del riesgo puede no ser coincidente con la población, dependiendo del contexto cultural de cada persona. Puede haber desinformación sobre quiénes son los que producen los riesgos y quiénes garantizan el bienestar. Riesgos y percepción de riesgos son consecuencias de la lógica del control. Los riesgos de la sociedad moderna tienden a ser globales, y no tan solo locales, una vez que todos pueden ser afectados. A este aspecto Beck lo denomina *glocalidad*. Hay un espacio temporal (también denominado *jaula temporal*) entre el impacto que produce el riesgo y la manifestación de los efectos no deseados por él proporcionados. BECK, U. *La sociedad del riesgo global*. 2.ª edición. Madrid: Siglo XXI 2006, pp. 20 y ss.

etapa, que denominó *modernidad reflexiva* por el cambio que se había producido en la percepción de los riesgos⁷².

Aunque científica y jurídicamente aspiremos al riesgo cero, somos conscientes de que este no existe, o al menos es casi imposible de alcanzar. No se pueden evitar todos los riesgos, pero sí su graduación, determinación o reducción. No debe permitirse que la población se someta a un riesgo mayor a fin de que la precaución quiera evitar otro de magnitud similar o menor⁷³; por ello se ha planteado si existen límites a la capacidad de la autoridad pública para fijar niveles de riesgo aceptables, si se puede fijar un nivel de riesgo cero o si se puede permitir la puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos⁷⁴. A veces, lo mejor es enemigo de lo bueno⁷⁵.

Aunque la jurisprudencia comunitaria se manifestó partidaria del riesgo cero en las sentencias Melkunie⁷⁶, y por el contrario la niega en Pfizer Animal Health⁷⁷, sin embargo, los no partidarios del riesgo cero, como Romeo Casabona, señalan que este comportaría la paralización de actividades de gran trascendencia económica que se viene realizando en la actualidad sin excesivas oposiciones⁷⁸. La finalidad de la actividad política reguladora es lograr un *riesgo aceptable*, es decir, que los riesgos que tengan que correr la sociedad o los ciudadanos sean aceptados por estos. Es lo que se puede denominar como *percepción del riesgo* o *riesgo real*. Para ello, primero es necesario saber si el riesgo es real e identificarlo, actividad

⁷² BECK, U. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós 1998, pág. 204.

⁷³ BOURG, D.; SCHLEGEL, J-L. *Anticiparse a los riesgos*. Op. cit., pp. 152-153.

⁷⁴ La cláusula Delaney, en EE. UU., aplica un riesgo cero a los aditivos que sean o puedan contener carcinogénicos. Recordemos que la OMC, en el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS), prevé el principio de precaución en su art. 5.7. Este reconoce el derecho de todo Estado miembro a definir soberanamente el nivel de protección sanitaria que juzgue apropiado para sí mismo, y admite que el nivel adecuado de protección sea el riesgo cero.

⁷⁵ Por ello, la COM (2000), en su resumen inicial afirma que: «La prohibición total puede no ser una respuesta proporcionada a un posible riesgo en todos los casos, pero en algunos es la única respuesta posible ante un riesgo dado».

⁷⁶ STJCE Melkunie, de 6 de junio de 1984, asunto 97/1983, FJ 15.

⁷⁷ STPI de 11 de Septiembre de 2002 (TPI), Aasunto T-13/99 Pfizer Animal Health SA (ST *virginiamicina*), FJ 152.

⁷⁸ ROMEO CASABONA C. M.^a «Aportaciones del principio de precaución al derecho penal». *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Op. cit.

Asimismo, Kiundäuser sostiene que «para la seguridad de ciertos ámbitos de la vida que están expuestos a grandes peligros deben prohibirse ciertas acciones en tanto no se haya demostrado su carácter inofensivo». Cit. en *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. LÓPEZ DÍAZ, C. (trad.). Santa Fe de Bogotá: Univ. Externado de Colombia 1996, pág. 83, cit. en ROMEO CASABONA C. M.^a *Principio de precaución, bioseguridad y derecho europeo*. Op. cit., pág. 160. También en CAFFERATTA, N. A. *Introducción al derecho ambiental*. Buenos Aires: Instituto Nacional de Ecología 2003, pág. 169.

que se logrará con la investigación científica. Después, debe valorarse si es aceptable, teniendo como medida si el nivel de seguridad es suficiente o no y determinarlo⁷⁹, pues las medidas a adoptar van a depender de lo que la autoridad pública considere nivel de riesgo inaceptable para cada caso concreto.

El científico puede carecer de la garantía de la objetividad y racionalidad de cómo un método científico se gestiona en el ámbito jurídico⁸⁰. Y este hecho, como recoge Embid Tello, origina una situación de falta de responsabilidad generalizada de la decisión de no gestionar el riesgo en cuestión, puesto que «quien decide (organismo científico) ni sabe ni responde ante las urnas y quien sí responde (autoridad pública) no decide, sino que la decisión le viene dada por un artificial *estado de la ciencia* que lo legitima ante la opinión pública»⁸¹. Así, «la asignación exclusiva y determinante de las responsabilidades de evaluación de riesgos inciertos a determinados organismos científicos no juega a favor de la protección de la población frente a los riesgos de la técnica, sino más bien de la protección de los poderes públicos frente a la población damnificada»⁸², lo que obliga a una revisión judicial de las conclusiones alcanzadas por el organismo científico competente en la evaluación del riesgo⁸³.

El conocimiento total del riesgo es prácticamente imposible, así que habrá que decidir entre las posibilidades existentes de riesgo una vez realizado el análisis científico, y sin descartar las teorías defendidas por las minorías⁸⁴, y se debe justificar en un informe motivado la decisión por la

⁷⁹ STPI de 11 de septiembre de 2002 (TPI), asunto T-13/99 Pfizer Animal Health SA (ST *virginiamicina*). FJ 160.

⁸⁰ Respecto al papel del juicio científico para el derecho, *vid.* ESTEVE PARDO, J. *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante la incertidumbre de la ciencia*. Madrid: Marcial Pons 2009.

⁸¹ EMBID TELLO, A. E. «El principio de precaución». *Op. cit.*, pág. 1233.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Un ejemplo es el caso Paraquat: herbicida de la comercial Syngenta (con ganancias de mil millones de dólares al año) que mata hierbas, maleza y tejido al contacto, además de ser venenoso para el humano por ingestión. Se retiró del mercado por sentencia del TPI europeo de 11 de julio de 2007, aplicando el principio precautorio con nivel de tolerancia cero. Se comprobó que el informe científico había mentido, pues solo tuvo en cuenta el informe de un país (España) de los tres (Guatemala, Francia y España) que habían evaluado, en los que se había comprobado la posible relación de esta sustancia con la enfermedad del Parkinson entre otras. Sin embargo, España era el único que mostraba un nivel de exposición aceptable, y fue este informe el que se incorporó a la evaluación. El juez no entra a valorar la ciencia, sino el cómo se ha llegado a esas conclusiones, con qué racionalidad y lógica. En este sentido, *vid.* STG de 16 de diciembre de 2011 (asunto T-257/07).

⁸⁴ GUTWIRTH, S.; NAIM-GERSBERT, E. «Science et droit de L'environnement: réflexions pour le cadre conceptuel du pluralisme de verités». *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*

que finalmente se ha optado⁸⁵. Aun así, este hecho es difícil porque siempre puede escaparse algo, ya que algún informe científico podría ocultar datos sobre la posible incertidumbre⁸⁶. Es decir, en el caso en que el consejo científico solo estuviera apoyado por una parte minoritaria de la comunidad científica, sus opiniones deberían tenerse en cuenta a condición de que su credibilidad y reputación estén debidamente reconocidas⁸⁷. En definitiva, en la inicial evaluación o análisis del riesgo, y en relación con la protección de la salud, los poderes públicos tienen la función de enlace entre la comunidad científica y el ámbito político y social. Pero recordemos que el poder público no se encuentra vinculado de forma completa por el contenido al dictamen científico, ya que este solo está destinado a suministrar elementos de juicio, no una determinada respuesta sobre qué medida adoptar. Esto garantiza la autonomía de la decisión de las autoridades, pues de lo contrario asistiríamos a una delegación formal y material del poder público legítimo en los comités científicos.

El *riesgo real* es un fenómeno objetivo propio de la naturaleza de las cosas, pero para algunos autores, como Starr, la percepción que tienen los ciudadanos sobre el riesgo es un asunto subjetivo, propio de sus sentimientos. Por ello, es importante poder distinguir entre lo que puede o no ocurrir y cómo percibimos ese hecho⁸⁸. La respuesta al riesgo real es la que surge cuando hay suficiente razón para creer que existe un nexo causal entre el riesgo incierto y la medida del daño no deseado. Pero, como decimos, es un hecho subjetivo que va a depender de los valores de esa sociedad concreta y de la evolución de la ciencia y la tecnología en dicho tiempo y lugar. Así, se comprueba cómo la evaluación del riesgo no es algo puramente objetivo resultado de las investigaciones científicas, sino que intervienen otros fac-

(RIEJ), 1995, n.º 34, pp. 93 y ss., cit. en EMBID TELLO, A. E. «El principio de precaución». *Op. cit.*, pág. 1232.

⁸⁵ Así se deriva de las conclusiones de la presidencia en el Consejo Europeo de Niza, 7-9 de diciembre de 2000, anexo III, punto 10.

⁸⁶ Una contundente crítica a la OMS puede verse en EMBID TELLO, A. E. *Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos*. Madrid: Iustel 2010. «En el caso de los campos electromagnéticos, sector donde la OMS es partidaria de no aplicar el principio de precaución, esta organización omite o censura sistemáticamente casi cualquier informe que acredite la existencia de riesgos para la salud, de modo que las autoridades públicas normalmente desconocen su existencia».

⁸⁷ Véanse, por ejemplo, los votos particulares de las leyes de reproducción asistida. Asimismo, el informe del Órgano de Apelación de la OMC en el asunto de las hormonas, apartado 194: «En algunos casos, la existencia misma de opiniones discrepantes sostenidas por científicos calificados que han investigado la cuestión particular objeto de examen puede indicar un estado de incertidumbre científica».

⁸⁸ *Vid.* STARR CHAUCEY. «Introductory Remarks». SCHWING, R. C.; XALTER, A. *Societal Risk Assessment*. Nueva York: Springer 1980, cit. en LOSADA MAESTRE, R. *Op. cit.*, pág. 117.

tores, como la apreciación de ese riesgo por la sociedad. Así, evaluación del riesgo y aceptación del riesgo están íntimamente relacionados.

La idea del *riesgo permitido* aporta criterios de orientación sobre la conducta exigible en relación con actividades que implican un cierto riesgo, pero que, a pesar de ello, son lícitas, ayudan a encontrar el límite de riesgo que no debe ser sobrepasado con el fin de no incurrir en responsabilidad, civil o penal, según los casos⁸⁹.

Por otra parte, el concepto de *riesgo residual* nace en el Tribunal Supremo Federal alemán y es aquel que puede desembocar en una situación de peligro que debe evitarse y diferenciarse del riesgo permitido. La percepción y asunción del riesgo por parte de la sociedad están íntimamente relacionadas con el concepto de riesgo permitido. En principio, se acepta utilizar cualquier medio cuando peligre la existencia humana. En las acciones humanas siempre existe un cierto riesgo (residual) que debe ser aceptado y sobrellevado por la sociedad. El concepto de riesgo residual equivale a riesgo aceptado por la sociedad, pues describe un riesgo cuya realización parece tan poco probable que su existencia es evaluada como aceptable por la sociedad.⁹⁰ Por tanto, el principio de precaución debería aplicarse cuando la intensidad de un riesgo todavía no representa un peligro, pero significa un riesgo que puede identificarse y que supera los límites del riesgo residual⁹¹.

Como conclusión, la sociedad se ha vuelto más intolerante con los riesgos y hay que analizar qué tipo de riesgos está dispuesta a aceptar⁹². No olvidemos, como señala Losada, que en la aceptabilidad del riesgo influyen, además otras características, como que «sea voluntario o no, crónico o catastrófico, común o terrorífico, cierto, pero no fatal o cierto y

⁸⁹ ROMEO CASABONA, C. M. «La biotecnología y los principios de eficacia, seguridad y precaución». Cit. en *Bioética 2000*. PALACIOS, M. (coord.). Oviedo: Nobel, pág. 131.

⁹⁰ Sentencia de 8 de agosto de 1978 (B VerfG, E 49,89) cit. en BÁRCENA, I.; SHÜTTE, P. «El principio de precaución medioambiental en la Unión Europea. Aspectos jurídico-políticos». *Op. cit.*, pág. 17. En relación con el medioambiente, el concepto de *riesgo residual* fue creado por la Corte Constitucional de la RFA en una decisión relacionada con la evaluación de riesgos creados por el uso civil de energía nuclear. BverfG, BeschluB vom 8.8.1978, E 49, 89 (Kalkar I). En la decisión de Kaldar, la Corte Constitucional definió una situación de riesgo como aceptable cuando la aparición del daño posible según el estado de conocimiento de ciencia y de la técnica está prácticamente excluida.

⁹¹ La Corte Constitucional alemana justificó esta decisión por la desproporcionalidad de medidas que llevan a la exclusión de cualquier avance técnico.

⁹² Documento de trabajo de los servicios de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre *Ciencia, sociedad y ciudadanos en Europa*. Ap 3.1. Bruselas, 24/11/2000 [SEC(2000)].

fatal, conocido o desconocido, inmediato o postpuesto, controlable o no, nuevo o antiguo»⁹³.

3.2. LOS NUEVOS RIESGOS

Por todo ello, es necesario reparar sobre los efectos que pueden surgir del daño antes de actuar. Ente ellos, los efectos tardíos, colaterales, secundarios y nocivos⁹⁴.

Separar el ámbito de lo precautorio (por exceder del riesgo aceptable o residual), insistimos, es algo que hay que definir en cada caso concreto, en función de los nuevos riesgos, del grado de conocimiento técnico y científico y de la perceptibilidad del daño por la sociedad. Del riesgo que estaba la sociedad dispuesta a aceptar, se ha pasado al riesgo aceptado. El Estado no tiene obligación jurídica alguna de tomar medidas contra la existencia de un riesgo definido como aceptable. Además, los riesgos fuera de la capacidad del conocimiento humano y los riesgos cuya evitación queda fuera de las posibilidades del Estado, como, por ejemplo, las transfusiones de sangre cuando el estado de la ciencia no conoce el peligro, hacen que el poder público quede fuera del ámbito de responsabilidad. Ello no obsta para que exista la obligación de garantizar el derecho a la salud que implica a todas las autoridades públicas.

En la actualidad nos encontramos con nuevos riesgos, como los denominados *riesgos tecnológicos*, que pueden ser de origen natural o humano, como, por ejemplo, en lo ocurrido con el caso Chernóbil, en el que hubo muchísimos fallecidos; con *riesgos de origen accidental*, como la enfermedad de CreutzfeldtJakob (vacas locas); con *riesgos sanitarios*, como, por ejemplo, las transfusiones de sangre que han llevado a la contaminación de hemofílicos con el virus del SIDA, o como el caso del dietilestilbestrol, que era un medicamento que se administraba a las mujeres embarazadas para prevenir los abortos, pero ha provocado malformaciones genitales en los niños cuyas madres habían recibido dicha sustancia, entre otros, o, como señalábamos anteriormente, el caso del ébola; riesgos derivados de efectos colaterales de operaciones militares por la toma de decisiones para actuar en una operación militar que a su vez puede conllevar nuevos riesgos que deben ser ponderados con el fin de evitar daños y delimitar al máximo las posibles responsabilidades. Conforme a Bellver Capela, «el principio de

⁹³ LOSADA MAESTRE, R. «La percepción y el análisis de riesgos». CASES MÉNDEZ, J. I. *Op. cit.*

⁹⁴ *Vid.* COM (2000) y COMEST (2005).

precaución se aplica a aquellas tecnologías cuyos efectos indeseados son imposibles o muy difíciles de evaluar a largo plazo. Ante la duda razonable de unos riesgos desmesurados para la vida humana, habrá que realizar una ponderación entre los bienes que se alcanzan y los riesgos que se corren con la aplicación tecnológica, por un lado, y los bienes que se pierden y la ausencia de riesgos al no recurrir a la técnica de que se trate, por otro»⁹⁵. En este sentido, señala Palou que la consideración basada en el principio de precaución surge, sobre todo, de la incertidumbre que generan los nuevos productos o procesos, para los que no se ha acumulado suficiente información científica relativa a su inocuidad ni hay evidencias que vayan a generar efectos adversos. Existe la impresión de que las Administraciones tienden a ser cada vez más prudentes y conservadoras apelando al citado principio de precaución⁹⁶.

4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

4.1. EVALUACIÓN DEL RIESGO

Denominada *risk assessment*, y se puede definir como «el procedimiento sistemático que comprende la evaluación científica y su probabilidad de aparecer en un contexto dado». Dicho proceso, tal y como señala la COM (2000), consiste en la evaluación de todas las medidas que permiten reducir el riesgo a un nivel aceptable. Para ello, es necesaria la identificación de la existencia de un daño y su gravedad⁹⁷, daño que puede ser provocado por la naturaleza o por el propio ser humano⁹⁸. Los distintos documentos internacionales que definen el principio de precaución se refieren al daño o a los efectos nocivos, algunos al perjuicio grave, otros al daño grave e

⁹⁵ BELLVER CAPELLA, V. *Op. cit.*, pág. 294.

⁹⁶ PALOU, A. «Evaluación científica de riesgos y seguridad alimentaria en la Unión Europea». LUIS LUJÁN, J.; ECHEVERRÍA, J. (ed.). *Gobernar los riesgos: ciencia y valores en la sociedad de riesgos*. Madrid: Biblioteca Nueva 2004, pág. 151.

⁹⁷ GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «La aplicación del principio de precaución en la legislación alimentaria ¿una nueva frontera de la protección del consumidor». *Selección de artículos*. Bruselas: 2002, pp. 21-22.

⁹⁸ RIECHMANN J.; TICKNER J. (coords.). *El principio de precaución. Op. cit.*; «Perspectivas más profundas». TICKNER, J. (ed.). *Precaution, Environmental Science and Preventive Public Policy*. Washington: Island Press 2003.

irreversible y otros aun al daño global, irreversible y transgeneracional⁹⁹. Incluso en el *Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio COMEST* (2005) se trata el término de *daño moralmente inaceptable*, que debe servir para la adopción de medidas que evitan o disminuyan el daño cuando las actividades humanas puedan acarrear un daño científicamente plausible pero incierto que abarque la posibilidad de efectos presentes y futuros¹⁰⁰.

Así, por una parte, evaluación sobre el *daño potencial* y su magnitud, que puede producir la actividad a emprender, y, por otra, evaluación sobre la *incertidumbre sobre los nuevos riesgos*, de los que no se tiene experiencia científica previa¹⁰¹. Y, como es cierto que los informes científicos son importantes en las decisiones políticas, es necesario que estos tengan un conocimiento lo más certero y completo posible para poder informar, aunque sea parcialmente, pues la ciencia requiere un continuo trabajo de investigación para poder descubrir efectos desconocidos. No se puede hablar con certeza sobre lo que no conoce. Esta es una medida necesaria también para la posterior fase de gestión del riesgo.

Remitiéndonos al punto de vista clásico, se entiende por *peligro* el grado de gravedad y de probabilidad de daño potencial atribuido al riesgo. Se dice que la situación o la acción es más o menos peligrosa cuando se expone a daños importantes, pero no mínimos. Por el contrario, el *riesgo* es la ponderación de la probabilidad de un efecto perjudicial para la salud y la gravedad de dicho efecto como consecuencia de un factor de peligro. «Se pueden correr riesgos, pero no poner en peligro»¹⁰². Pero no saber si una acción puede o no resultar peligrosa no equivale a saber que es segura; por ello, lo que importa es probar que, al menos, no sea perjudicial, lo que nos llevará a analizar la necesaria *inversión de la carga de la prueba*, pues

⁹⁹ COM (2000) y COMEST (2005). Por otra parte, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo señala en su artículo 15: «Con el propósito de proteger el medioambiente, el enfoque precautorio deberá ser ampliamente aplicado por los Estados, de acuerdo a sus capacidades. Donde existan amenazas de daños graves o irreversibles, la falta de certidumbre científica total no debe usarse como razón para posponer la adopción de medidas costo-efectivas para prevenir el deterioro ambiental».

¹⁰⁰ COMEST (2005) Recuadro 2. «El principio precautorio, una definición práctica: El daño moralmente inaceptable consiste en el infligido a seres humanos o al medio ambiente que sea: - una amenaza contra la salud o la vida humanas, o grave y efectivamente irreversible, o injusto para las generaciones presentes o futuras, o impuesto sin tener debidamente en cuenta los derechos humanos de los afectados».

¹⁰¹ FIGUEROA YAÑEZ, G. El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil». ROMEO CASABONA, C. M. *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Op. cit., pp. 301-318.

¹⁰² BOURG, D.; SHLEGEL, J-L. *Anticiparse a los riesgos*. Op. cit., pág. 36

una técnica nueva es el resultado de conocimientos nuevos, pero a su vez esta técnica puede dar origen a realidades nuevas de las que se desconoce todo o casi todo.

En la citada COM (2000) se señala que la evaluación del riesgo permite la identificación y valoración de los *peligros* para la salud de los consumidores mediante la estimación de un cálculo de probabilidad de aparición en una situación específica, lo que constituye la base del asesoramiento científico¹⁰³. A este respecto, una de las maneras de estudiar los posibles riesgos de las nuevas situaciones ha sido la que ha aportado la cindínica (aspecto matemático puramente objetivo) al que se le suma un aspecto subjetivo, como es la actuación libre de una persona de provocar, por ejemplo, un accidente de coche¹⁰⁴. Según las definiciones clásicas de la cindínica, el peligro es la tendencia de un sistema a dar lugar a uno o varios accidentes, y posee dos propiedades, su probabilidad y su gravedad. La probabilidad mide las oportunidades que hay de que se materialice, la gravedad mide el impacto de esta materialización por el daño máximo correspondiente. Y el riesgo es la medida del peligro, que, combinando los dos elementos citados del peligro, ofrece como resultado una medida de este. El riesgo, por tanto, puede ser calculado matemáticamente¹⁰⁵.

En este sentido, conforme al *Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio* COMEST (2005), se considera riesgo una contingencia o posibilidad de pérdida, consecuencias negativas, efectos ad-

¹⁰³ Según las definiciones propuestas por el *Codex Alimentarius*, la evaluación de los riesgos es un proceso basado en conocimientos científicos, que consta de las siguientes fases: determinación y caracterización del peligro, evaluación de la exposición y caracterización del riesgo.

¹⁰⁴ GUIDDENS, A. *The Consequences of Modernity*. Stanford: Stanford University Press 1990.

¹⁰⁵ «Del griego *Kyndinos*, 'peligro'. Ciencia(s) que estudia(n) los peligros o los riesgos en las sociedades y su prevención. El término fue definido en los años 1990, luego popularizado en 1995 por George-Yves Kervern. La cindínica pretende aproximar los riesgos por medio de manchas globales, sistémicas y rigurosas. Los promotores de la cindínica pretenden construir su campo científico precisando con cuidado los conceptos de base necesarios, por ejemplo, separando netamente el azar* (probabilidad de ocurrencia de fenómenos de intensidad dada), los riesgos (probabilidades de ocurrencia de fenómenos de intensidad dada, perjudiciales para una sociedad dada), las posturas materiales o humanas (número y valor de los bienes y personas afectados por un acontecimiento) y las catástrofes (acontecimientos que afectan gravemente a las sociedades humanas). La cindínica estudia las ocurrencias, los ritmos, las intensidades, los mecanismos del azar y de los riesgos, la vulnerabilidad de las sociedades en relación con esos riesgos, la percepción de unos y otros, muy variable según los individuos, los grupos sociales y las épocas. Intenta evaluar el costo de los riesgos potenciales y de las catástrofes ocurridas (en particular en la demanda de seguros de las sociedades). Profundiza también la gestión de las catástrofes y la gestión de los riesgos por medio de las medidas de precaución, las zonificaciones, la información y la formación del público». Disponible en <http://www.hypergeo.eu/spip.php?article449>

versos, efectos indeseables o daños para la salud, el medioambiente y los bienes. En dicho Informe se cuantifica el riesgo aplicando una fórmula matemática:

«Por riesgo se entiende una contingencia o posibilidad de pérdida o de consecuencias negativas. Supone la posibilidad, con un cierto grado de probabilidad, de daño para la salud, el medio ambiente y los bienes, en combinación con la naturaleza y magnitud del daño. La fórmula clásica para cuantificar el riesgo combina la magnitud del daño con la probabilidad: $\text{Riesgo} = \text{Probabilidad} \times \text{Daño}$. El riesgo denota una posibilidad de que un estado indeseable de la realidad (efectos adversos) pueda sobrevenir como resultado de acontecimientos naturales o actividades humanas. Ello significa que los seres humanos establecen conexiones causales entre las acciones (o los acontecimientos) y sus efectos, y que los efectos indeseables pueden evitarse o atenuarse si los acontecimientos o acciones causales se evitan o se modifican».

Así, se deduce que la noción de riesgo se refiere a las *probabilidades*, mientras que la noción de incertidumbre, al *cálculo de probabilidades*, pues existe una dependencia de acontecimientos únicos, no repetitivos, o que no se pueden, *a priori*, identificar como posibles¹⁰⁶.

Así, algunos autores entienden que el riesgo no tiene ninguna dimensión humana, no puede reflejar en caso alguno las debilidades o fallos del hombre que ejecuta la técnica de que se trate, sino solo los peligros intrínsecos de esta, y afirman que el riesgo es una noción estadística, universal y absoluta que existe en todos los países donde se utiliza la técnica, que se presenta igual y con la misma posibilidad de realización en todos los países comparables en el plano científico y técnico. También esta postura es la de autores que presentan un planteamiento demasiado objetivo anulando voluntariamente la acción y el sentimiento y donde importa exclusivamente el aspecto estadístico¹⁰⁷.

Y para poder llegar a la conclusión de la existencia de *incertidumbre científica* a la que hacemos referencia, se ha tenido que llevar a cabo una evaluación en la que se han tenido en cuenta cinco características del método científico: la variable escogida, las medidas realizadas, las muestras toma-

¹⁰⁶ MUÑOZ, E. «Los cultivos transgénicos y su relación con los bienes comunes». *Bioética* 2000. PALACIOS, M. (coord.). Oviedo: Nobel 2000, pág. 376.

¹⁰⁷ En este sentido, *vid.* MORELLE, A. *El fracaso de la salud pública*. Título original: *La Défaite de la santé publique*. París: Flammarion 1996.

das, los modelos utilizados y la relación causal empleada¹⁰⁸. Y, para reducir cuanto sea posible la incertidumbre científica, conviene que las decisiones puedan basarse en los conocimientos más recientes, completos, seguros y precisos, resultado de la fase de evaluación, como, por ejemplo, la puesta a punto de métodos de evaluación de los riesgos más precisos y más seguros y la producción, validación y actualización sistemática de los conocimientos específicos necesarios para prever la crisis y reaccionar cuando se produzcan, sustentando las normativas y controlando su aplicación¹⁰⁹.

Otra de las maneras de estudiar los posibles riesgos es el que realizan, por una parte, las agencias independientes en el ámbito científico y los órganos políticos ya existentes, el poder político y regulador, en el ámbito jurídicopolítico¹¹⁰. Por último, la jurisprudencia, por su parte, también se pronuncia sobre la *evaluación científica de los riesgos* y la define normalmente como un procedimiento científico consistente en identificar un peligro y determinar sus rasgos característicos, evaluar la exposición a este y determinar el riesgo¹¹¹.

En otro orden de cosas, que pueda considerarse como *daño muy incierto* va a depender del caso concreto, pues la información disponible puede ser inadecuada y poco concluyente, pero cabe prever razonablemente que aparecerá más información y se podrán aclarar interrogantes cruciales. Por este motivo, pueden incluirse en este contexto los denominados *riesgos ocultos*, que aún no se han descubierto o simplemente no se han estudiado o en los que no se piensa lo suficiente, bien porque sean desconocidos o porque sean raros; incluso que sean fenómenos habituales, pero estadísticamente invisibles, lo que puede ocurrir si los datos reunidos se clasifican en categorías que no revelan el riesgo; o que sean ignorados por estimarse que no se puede hacer nada contra ellos; o porque surgen por sorpresa o porque han sido objeto reciente de controversia¹¹².

¹⁰⁸ Se sostiene así, resumidamente, que el principio precautorio descansa sobre la base de dos pilares fundamentales como son la identificación de efectos potencialmente peligrosos y la evaluación de riesgo.

¹⁰⁹ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Ciencia, Sociedad y Ciudadanos en Europa. SEC (2000) de 24 de Noviembre de 2000, «El principio de precaución», epígrafe n.º 3.2 (pág. 11).

¹¹⁰ ESTEVE PARDO, J. «El principio de precaución: decidir en la incerteza». *Op. cit.*, pág. 239. Esta división de funciones entre ciencia y derecho en la valoración y gestión de riesgos es asumida por la normativa europea más reciente. Por ejemplo, puede consultarse la Directiva (EC) 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Seguridad Alimentaria.

¹¹¹ Sentencia Virgiamicina STPI de 11 de septiembre de 2002, asunto T-13/99, FJ 156 y FJ 143.

¹¹² La Organización Mundial de la Salud en su *Informe sobre la salud en el mundo* (2002), pág. 160.

En cuanto al *daño como amenaza*, se ha cobrado mayor conciencia de que la ciencia y la tecnología han contribuido también a crear nuevas amenazas para la vida de los seres humanos y la calidad de esta. La ciencia y la tecnología no solo alivian algunos de los sufrimientos de la vida, sino que pueden contribuir a evitar o disminuir muchos de los riesgos más amenazadores de la naturaleza¹¹³.

Por su parte, los *riesgos probados* han sido objeto de experiencias que han sido inventariadas, por ejemplo, los accidentes de carretera o las averías de una central nuclear. También existen los *riesgos potenciales*, pues su potencialidad está en función de su realización efectiva y son los que hasta el momento no han sido experimentados ni vividos. Lo que es potencial no es solo la realización del daño, sino el daño mismo. Es una especie de riesgo del riesgo, y la existencia misma del riesgo puede decirse que es nexo de unión con la potencialidad. Es decir, con la noción de riesgo comprobado o probado se sabe cuál es la amenaza, pero con el riesgo potencial, la incertidumbre de la gravedad y sus efectos puede ser mucho mayor.

Otros autores también distinguen entre *riesgos ciertos*, que, por lo general son más aceptados tanto individual como colectivamente cuando pueden estimarse las consecuencias o efectos individuales de un riesgo; su aceptación depende de la probabilidad del daño, de su gravedad y del beneficio que se obtenga asumiendo dicho riesgo, de los *riesgos inciertos*, que, aunque pueda estimarse el beneficio, no se puede determinar la probabilidad ni gravedad del daño, y por ello no es extraño que se sitúe en lo peor¹¹⁴.

4.2. LA PRUEBA DEL DAÑO: INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

En nuestro derecho existen también situaciones de incerteza que el derecho debe resolver mediante *presunciones*. La norma impone su certeza jurídica, presunción *iure et de iure*; o si hay incerteza de los hechos, presunción *iuris tantum*. En numerosos casos los tribunales deciden mediante la imposición de la carga de la prueba¹¹⁵. El principio de precaución no obliga *a priori* a una inversión de la carga de la prueba de los riesgos (aunque la reconoce como una posibilidad), sino que establece un detallado procedimiento de evaluación y gestión tendente a evitar la responsabilidad

¹¹³ BECK, U. *La sociedad del riesgo global*. 2.^a ed. Madrid: Siglo XXI 2006.

¹¹⁴ MANTECA VALDELANDE, V. «El principio de precaución en el derecho europeo y español». *Op. cit.*, pág. 8.

¹¹⁵ Sobre inversión de la carga de la prueba, puede consultarse DAMIÁN MORENO, J.; GONZÁLEZ GRANDA, P. *La inversión de la carga de la prueba*. Tirant Lo Blanch 2007, capítulos V y VI.

de las autoridades públicas en su labor de protección de los derechos de todas las personas.

En el ámbito de los productos, lo más común en la legislación comunitaria es la *autorización previa*, antes de la comercialización de medicamentos, plaguicidas o aditivos alimentarios, pues, como es sabido, ya existe en la mayoría de los países un sistema de autorización previa para la comercialización de ciertos productos cuya potencialidad de riesgo es especialmente alta. Pero nadie pretende generalizar un sistema semejante para todo tipo de productos o actividades potencialmente peligrosas, aunque no hay actividad humana que no implique algún riesgo¹¹⁶. La peligrosidad del proceso se presume mientras no se demuestre su inocuidad, al contrario de la idea general, según la cual se presume la inocuidad, por ejemplo, de un producto, mientras no se demuestre su riesgo. Es decir, se invierte la carga de la prueba, pasando de un riesgo *ex post* a un riesgo *ex ante*¹¹⁷. Algunos autores, como Kindhäuser, sostienen que, para la seguridad de ciertos ámbitos de la vida que están expuestos a grandes peligros, deben prohibirse ciertas acciones mientras no se demuestre carácter inofensivo¹¹⁸.

En el apartado 6 del resumen y en el punto 6.4 de la COM (2000) se advierte que, cuando se trata de productos en los que la normativa comunitaria o nacional aplican el principio de autorización previa para su comercialización, esta fórmula supone de alguna forma la aplicación del principio de precaución, pues el legislador invierte la carga de la prueba partiendo de que esos productos son considerados peligrosos mientras no se demuestre lo contrario. Por ello, las empresas son las encargadas de realizar las investigaciones necesarias, pues el legislador no cuenta con un fundamento jurídico suficiente para autorizarlo¹¹⁹. Cuando se afirma que el principio de precaución implica una inversión de la carga de la prueba, no debe entenderse de manera estricta, pues no es obligatoria. Es decir, no supone eliminar cualquier duda acerca de la peligrosidad del producto o actividad en cuestión y probar un riesgo cero. Sería contradictorio exigir la prueba científica de que no existe ningún riesgo en un campo donde predomina la incertidumbre científica. Ello supondría reclamar una prueba imposible, una prueba negativa, *probatio diabólica*, pues, como ya se

¹¹⁶ ANDORNO, R. «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico». *Op. cit.*, pág. 32.

¹¹⁷ ROMEO CASABONA, C. M. «Principio de precaución, bioseguridad y derecho europeo». *Op. cit.*, pág. 177.

¹¹⁸ KINDHÄUSER, U. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia 1996, pág. 83, cit. en ROMEO CASABONA, C. M. «Principio de precaución, bioseguridad y derecho europeo». *Op. cit.*, pág. 160.

¹¹⁹ En este sentido, ÁNGEL YAGÜE, R. de. *Op. cit.*, pág. 286.

anunció, eso es prácticamente imposible. De lo que en realidad se trata es de establecer el grado de probabilidad del daño, así como su magnitud¹²⁰. Es decir, no se puede invertir la carga de la prueba porque no se puede pedir por ley una prueba imposible al carecer de datos suficientes¹²¹.

En el ámbito de los medicamentos y productos sanitarios, hay autores que también consideran que esta prevención ya existe y que es contraria a la incertidumbre propia del principio de precaución porque la exigencia de la inocuidad podría paralizar la economía y afectar a los efectos a largo plazo; aunque es cierto que debe investigarse sobre el peligro de la puesta a disposición de estos medicamentos y continuar investigando para poder revelar su potencial nocividad, pues la puesta en funcionamiento no equivale *a priori* a probar su inocuidad. Según esta parte doctrinal, esa debería ser la actitud con respecto a los organismos modificados genéticamente (OMG)¹²² y que considero que debe extenderse a todos los medicamentos y productos sanitarios sin excepción.

Para autores como Bourg y Schlegel, si no se obliga a la inversión de la carga de la prueba, sí se hace al menos necesaria una atenuación de esta, lo que exige una continuación en la investigación sobre su nocividad. Para prohibir la comercialización de un producto basta con aportar análisis científicos serios, aunque sean cuestionables sobre la posibilidad de peligro y aunque esos resultados no estén confirmados. Esto no invalida el informe pericial, pues lo único que lo invalidaría sería su falta de objetividad o falta de independencia¹²³.

¹²⁰ ANDORNO, R. «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico». *Op. cit.*, pág. 17. Ver también GONZÁLEZ VAQUÉ, L. *El principio de precaución. Op. cit.*, pág. 23: «El hecho de que existan listas positivas de aditivos alimentarios que solo se autorizan cuando se dispone de certeza científica de su inocuidad, no puede considerarse realmente como un supuesto de inversión de la carga de la prueba, sino más bien como una consecuencia de la aplicación del principio de prevención».

¹²¹ MANTECA VALDELANDE. *Op. cit.*, pág. 4. El autor afirma que en el derecho alimentario no puede aplicarse esta inversión de la carga de la prueba que vincula la actividad y el probable perjuicio, pues ello «equivaldría a imponer *ex lege* una prueba imposible en los casos de aplicación pasiva o negativa del principio de precaución, cuyo ejemplo más socorrido es el régimen de listas positivas de aditivos alimentarios que solo se autorizan cuando se dispone de certeza científica de su inocuidad, lo que se considera una consecuencia de la aplicación del principio de prevención, y no un supuesto de inversión de la carga de la prueba».

¹²² BOURG, D.; SCHLEGEL, J-L. *Anticiparse a los riesgos. Op. cit.*, pág. 148.

¹²³ Como el caso de los análisis sobre el cambio climático financiado por los grupos petrolíferos, que deben ser evaluados. La objetividad supone actuar con honestidad. Si los investigadores se vinculan a una empresa porque esta les financia su investigación, deberían declararlo, pues lo contrario descalifica sus investigaciones. Si bien es cierto que en no pocas ocasiones no se puede saber todo y hay también que decirlo, lo que obliga con más razón a no con la participación de los políticos y de los ciudadanos.

En definitiva, la COM (2000), en su pág. 12, no propugna la inversión de la carga de la prueba como regla general, sino que la prevé como una posibilidad que deberá examinarse en cada caso particular. Es lógico que sea así, por una parte, porque el que introduce el riesgo será el que deberá probarlo, por justicia, pues es el que se va a beneficiar económicamente con este, y, por otra, porque normalmente serán los mismos fabricantes del producto quienes estén en mejores condiciones técnicas para demostrar, hasta donde sea posible, su carácter inocuo¹²⁴. Por tanto, podríamos afirmar que el fundamento último de la inversión de la carga de la prueba, en función de lo que afirma la COM (2000) en su pág. 6.4, es que hasta que el nivel de riesgo para la salud o para el medioambiente no pueda ser evaluado con la certeza suficiente, el legislador no cuenta con un fundamento jurídico válido para autorizar la utilización de la sustancia, salvo excepcionalmente para realizar ensayos. Por tanto, ante una actividad potencialmente peligrosa, el proponente de esta debe aportar información sobre su inocuidad, necesidad de la actividad y disponibilidad de alternativas. Si existen indicios de daño (en contraste con la certeza), deberá presumirse que la actividad es dañina hasta que de manera concluyente se pruebe lo contrario. Por otra parte, en el supuesto de que se trate de productos que no hayan suscitado aún ningún tipo de indicio de peligro y sean pocos los casos analizados, la aplicación del principio deberá gestionarse exclusivamente por el poder público a través de la aplicación de las medidas de gestión del riesgo que se consideren más oportunas¹²⁵.

Las llamadas *agencias* a las que nos hemos referido en la evaluación del riesgo también desempeñan una gran labor en la identificación del riesgo, pues no todas las autorizaciones tienen el mismo significado y validez, y habría que determinarla para poder decidir si, en ese caso concreto, ese

¹²⁴ ANDORNO, R. «Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución». *Op. cit.*, pp. 962-968. Además, cuando se teme la existencia de un daño grave o irreversible, quien introduce el producto o desarrolla la actividad potencialmente arriesgada es quien debe aportar los elementos contrarios a la presunción del riesgo; ANDORNO, R. «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico». *Op. cit.*, pp. 32-33.

¹²⁵ A este respecto, la técnica jurídicoadministrativa de la autorización previa puede dar juego para la gestión del riesgo, tanto en los productos en los que la inversión de la carga de la prueba se exija jurídicamente como para los productos *frontera* en los que bastaría utilizar la técnica autorizante con un menor grado de intensidad, por ejemplo, exigiendo una mera declaración responsable. Asimismo, cabría gestionar el riesgo con medidas todavía de menor intensidad que la autorización previa, como puede ser la mera exigencia de una comunicación previa, como, por ejemplo, la administración de vacunas por razones de urgencia.

medio de prueba es ajustado¹²⁶. Así, cuando no existe un procedimiento de autorización previa, tendrían que ser los usuarios, las asociaciones de consumidores o la autoridad pública quienes tuviesen que demostrar la naturaleza de un peligro y el nivel de riesgo del producto.

4.3. GESTIÓN Y COMUNICACIÓN DEL RIESGO

Un mero temor, por difundido que se encuentre en la opinión pública, no basta para justificar la adopción de medidas de precaución si no hay datos científicos que presenten al riesgo en cuestión¹²⁷. Es decir, como señala la COM (2000), la aplicación del principio de precaución debe basarse en «una evaluación científica lo más completa posible del riesgo potencial y de las consecuencias que podría tener la inacción».

Es cierto que el límite entre una precaución razonable y una precaución excesiva es difuso y deja un amplio margen de apreciación al encargado de adoptar la medida. Pero en todos los casos, y a fin de evitar la arbitrariedad, es necesario que los riesgos potenciales sean definidos y evaluados hasta donde resulte posible, contando para ello con la ayuda de expertos independientes¹²⁸.

Por tanto, la fase de la gestión de los riesgos se aplica cuando la incertidumbre científica no permita evaluar completamente el riesgo. A esta fase se la conoce como *risk management* y es competencia de la autoridad pú-

¹²⁶ Así se crea, por ejemplo, la Autoridad Europea para la Seguridad Alimentaria, la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, la Agencia Española del Medicamento y los comités en la Ley de Salud Pública, entre otros. Aunque el control parte en principio de la Administración Pública, es interesante destacar que cada vez son más las industrias agroalimentarias transformadoras y distribuidoras que realizan controles propios, incluso más estrictos que los oficiales, a las materias primas suministradas por sus proveedores (productores primarios) para tener más garantías en cuanto al cumplimiento normativo en materia de seguridad alimentaria, entre otras. Para ampliar esta información, puede consultarse ESTEVE PARDO, J. «El principio de precaución: decidir en la incerteza». *Op. cit.*, pág. 242.

¹²⁷ El TPI indica que «el principio de precaución solo puede aplicarse [...] cuando exista un riesgo, y en particular, un riesgo para la salud humana, que, sin estar basado en meras hipótesis no verificadas científicamente, aún no ha podido ser plenamente demostrado» (Sentencia de 11 de Septiembre de 2002 (TPI), asunto T-13/99 Pfizer Animal Health SA (ST *virginiamicina*), pág. 144).

¹²⁸ Precisamente, en los años noventa, y a raíz del escándalo de las transfusiones con sangre contaminada con virus de SIDA, se han creado en Francia, sobre la base del modelo norteamericano, diversas agencias especializadas en la evaluación del riesgo. Estos organismos cuentan con un alto grado de autonomía respecto del poder político, y actúan en áreas tales como la seguridad alimentaria, la seguridad sanitaria y la seguridad del medioambiente. EWALD, F. «Philosophie politique du principe de précaution». EWALD, F.; GOLLIER, C.; SADELEER, N. *Le principe de précaution*. París: PUF 2001, pp. 50-51.

blica, que tiene como misión la adopción de medidas concretas¹²⁹ y como finalidad contener o reducir el nivel de riesgo identificado en el procedimiento de evaluación para alcanzar un nivel adecuado de protección. Al respecto, sobre la «incertidumbre de los propios saberes científicos»¹³⁰, el *Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio COMEST* (2005) recoge la obligación de actuar cuando una actividad representa una amenaza o un daño para la salud humana o el medioambiente y haya que tomar medidas de precaución, incluso cuando la relación causaefecto no haya podido demostrarse científicamente de forma concluyente. Esta declaración implica actuar, aun en presencia de incertidumbre, derivar la responsabilidad y la seguridad a quienes crean el riesgo, analizar las alternativas posibles y utilizar métodos participativos para la toma de decisiones¹³¹.

En cuanto al carácter de *irreversibilidad del daño*, también juega un rol decisivo en el momento de decidir si se debe aplicar una medida de precaución. Una pauta que puede ayudar en la determinación de la irreversibilidad del daño es el *carácter no renovable* de aquellos bienes que resultan afectados o su renovabilidad a muy largo plazo o con un alto costo económico¹³². No debe olvidarse que las medidas de precaución supondrán en algunos casos una restricción a la libertad de actuación. Por ello, se justifican únicamente cuando los posibles perjuicios resultantes de un determinado producto o actividad tengan una magnitud importante¹³³.

¹²⁹ Cada vez se delega más en los particulares este cometido. En este sentido, ilustra también la obra de CANALS, D. *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (Control, inspección, certificación)*. Granada: Comares 2003; ESTEVE PARDO, J. «El principio de precaución: decidir en la incerteza». ROMEO CASABONA, C. M.^a (coord.). *El principio de precaución, biotecnología y derecho*. *Op. cit.*, pp. 238-239.

¹³⁰ BARCENA, I.; SCHÜTTE, P. y AA.VV. «El principio de precaución medioambiental en la Unión Europea. Aspectos jurídicospolíticos». *Revista de Derecho Ambiental de la Unión Europea*, n.º 19, 1997, pág. 17.

¹³¹ Andorno señala que, para que el daño se considere grave, se necesita que sea significativo y atente a la vida y salud de las personas o los recursos naturales y para que sea irreversible, que el hecho tenga consecuencias no recuperables. ANDORNO. «Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución». *Op. cit.*, pp. 962-968. En este sentido, Cortina señala que los daños no pueden ser someros, sino grandes y con peligro potencial, es decir, que no posibilite la evaluación continuada del riesgo. CORTINA. *Ética de las biotecnologías*. *Op. cit.*, pp. 73-89.

¹³² DOVERS, S. R.; HANDMER, J. W. «Ignorance, sustainability, and the precautionary principle: Towards an analytical framework». HARDING, R.; FISHER, E. *Perspectives on the Precautionary Principle*. Sidney: The Federation Press 1999, pág. 172.

¹³³ En este sentido, la *eventualidad del daño grave e irreversible* significa que exista el temor a un gran riesgo. Por ejemplo, los daños colectivos, como las catástrofes. Por el contrario, debe apuntarse que, en algunos casos, el principio de precaución también puede aplicarse cuando el daño temido no sea grave o irreversible de modo inmediato, pero sí pueda serlo a largo plazo, a través del efecto residual de una larga cadena de perjuicios menores. ANDORNO, R. «Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución». *Op. cit.*, pp. 962-968.

Por tanto, la falta de certeza en una evaluación del riesgo, necesariamente, y a pesar de ello, tiene que conllevar obligatoriamente la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas, por razones de urgencia y de necesidad. No se puede esperar a disponer de la certeza suficiente para adoptar las medidas necesarias, pues impera el evitar o prevenir un perjuicio que puede llegar a ser grave e irreversible, y entonces ya podría ser demasiado tarde¹³⁴. Para ello, deben considerarse las alternativas de tratamiento según los resultados de la evaluación de los riesgos, y, si fuese necesario, seleccionar y aplicar las opciones apropiadas de control, incluidas las medidas de reglamentación, las alternativas políticas a partir de los resultados de la evaluación del riesgo y del nivel de protección deseado¹³⁵.

El TPI ha indicado que la Comisión Europea puede separarse del dictamen técnico¹³⁶ o incluso, con carácter excepcional, decidir en su ausencia¹³⁷. En cualquier caso, la decisión debe estar basada en un dictamen científico (bien porque se tiene en cuenta, o bien porque no se tiene en cuenta). Y si no ese tiene en cuenta, hay que motivar las razones por las que no se sigue y hacerlo con un nivel científico, al menos equivalente, al del dictamen en cuestión. Después, la autoridad decidirá si el riesgo que ha evaluado es intolerable y, por lo tanto, hay que prevenirlo mediante la adopción de medidas precautorias¹³⁸. De lo que se deduce que los gestores del riesgo deben tener el conocimiento suficiente para adoptar las medidas pertinentes y, a fin de cuentas, tienen la última palabra. La sociedad exige explicaciones a los poderes públicos y, por este motivo, la respuesta que

¹³⁴ Por este motivo, no debe confundirse la voluntad política de asegurar un nivel de protección elevado con la prohibición, por ejemplo, de la comercialización de un producto en cuestión cuando sí existen datos científicos sobre su riesgo, pues esto pertenece al ámbito de la prevención, ya analizado. El principio de precaución, por tanto, va más lejos que el principio de prevención.

¹³⁵ GONZÁLEZ VAQUÉ, L. *El principio de precaución*. Op. cit., pág. 20. Como señala Yankelovitch, «el primer paso consiste en medir todo lo que se puede medir fácilmente. Eso es correcto. El segundo paso estriba en ignorar lo que no puede medirse, o darle un valor cuantitativo arbitrario. Eso es artificial y engañoso. El tercer paso consiste en suponer que lo que no se puede medir fácilmente en realidad no importa mucho. Eso es ceguera. El cuarto paso estriba en decir que lo que no puede medirse fácilmente no existe. Eso es el suicidio». Cit. en RIECHMANN, J. «Introducción: Un principio para reorientar las relaciones de la humanidad con la biosfera». RIECHMANN, J.; TICKNER, J. (coords.). *El principio de precaución. En medio ambiente y la salud pública: de las definiciones a la práctica*. 1.ª ed. Barcelona: Icaria 2002.

¹³⁶ STPI de 11 de septiembre de 2002 (TPI), asunto T-13/99 Pfizer Animal Health SA (ST virginiamicina).

¹³⁷ Sentencia del TPI de 11 de septiembre de 2002, caso Alpharma Inc/Consejo, asunto T-70/99, ap. 213.

¹³⁸ STPI de 11 de septiembre de 2002 (TPI), asunto T-13/99 Pfizer Animal Health SA (ST virginiamicina), ap. 199.

se establezca debe estar en función del nivel de riesgo aceptable para la sociedad que debe soportar ese riesgo.

A este respecto, señala Arias que la democracia deliberativa es el modelo más adecuado para el tratamiento y el control democrático del riesgo, pues exige una mayor participación ciudadana, a quienes se facilita para ello la capacidad de entender los problemas, los términos técnicos empleados, las soluciones, de manera interdisciplinar, pues el poder público no puede asumir sin más los juicios del público, que pueden estar sesgados y no ajustarse a la realidad¹³⁹. Por ello, para poder gestionar el riesgo, es muy valorada la participación ciudadana, como, por ejemplo, para aportar qué considera riesgo aceptado (residual). Esta es una forma de contar con la mayor información de este, de modo claro y transparente, por parte del Estado¹⁴⁰.

Bobbio señala que «la democracia nació para erradicar de la sociedad el poder invisible y dar vida a un gobierno cuyas acciones deberían haber sido realizadas en público»¹⁴¹. Y Peña, a su vez, afirma que «la deriva oligárquica de la democracia contemporánea hace necesario el desarrollo de la intervención de los ciudadanos, en las instituciones, en la sociedad civil o en la esfera política para trasladar a dichos sectores sus necesidades y demandas»¹⁴². Sin embargo, la precaución implica necesariamente realizar consultas, deliberaciones y audiencias públicas que podrán centrarse en determinados efectos colaterales o daños posibles, como señala COMEST (2005).

Con el fin de que los medios de comunicación no lancen opiniones infundadas o no contrastadas científicamente, la labor de análisis de los riesgos potenciales debe ser realizada por expertos independientes —agencias, entre otros—, que analizaremos en el apartado de la prueba. De esta forma se podrá comunicar a todos los implicados, por ejemplo, asociaciones de consumidores, sanitarias, industriales, con la mayor certeza posible.

Por ello, la evaluación científica debe permitir a la autoridad pública competente estimar si se ha sobrepasado el nivel de riesgo que considera aceptable

¹³⁹ ARIAS, M. «Democracia y sociedad del riesgo. Deliberación, complejidad, incertidumbre». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 122, 2003, pág. 238.

¹⁴⁰ CASES MÉNDEZ, J. I. «Participar no es solo votar: mecanismos de articulación de la participación social en España». en *Catástrofes medioambientales: La reacción social y política*. Valencia: Tirant lo Blanch 2010, pág. 152.

¹⁴¹ BOBBIO. *El futuro de la democracia*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica 1992, pág. 25.

¹⁴² PEÑA, J. en ARTETA, A. *El saber del ciudadano. Las nociones capitales de la democracia*. Madrid: Alianza 2008, pág. 315; PEÑA, J. «La sociedad civil». ARTETA, A.; GARCÍA GAITIÁN, E.; MAÍZ, R. *Teoría Política: poder, moral, democracia*. Madrid: Alianza 2003.

para la sociedad y que esta sea la base de la que debe partir dicha autoridad para decidir si se impone o no la adopción de medidas preventivas¹⁴³.

En cuanto a las medidas que adoptar, su uso no puede ser discrecional y, para ello, se sujeta principalmente a tres límites:¹⁴⁴

– El primero se refiere a los casos en que se decide no actuar. En este aspecto, la doctrina se encuentra dividida, pues, por una parte, los tribunales, sin entrar en el terreno científico, solo exigen haber agotado las vías y procedimientos para el más preciso conocimiento; y, en cambio, los órganos técnicos de las Administraciones sí que entran en dichas valoraciones¹⁴⁵. Es importante recordar la sentencia de 11 de septiembre de 2002 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, que recoge la jurisprudencia comunitaria y señala:

«No pueden constituir una motivación válida para una medida preventiva, basada en el principio de cautela o precaución, una concepción del riesgo puramente hipotética, basada en meras suposiciones aún no verificadas científicamente. Por el contrario, de la interpretación del principio de cautela efectuada por el órgano jurisdiccional comunitario, se deduce que, solo puede adoptarse una medida preventiva cuando el riesgo, cuya existencia y alcance no han sido “plenamente” demostrados mediante datos científicos concluyentes, resulta, sin embargo, suficientemente documentado, a la vista de los datos científicos disponibles en el momento en que se adopte la medida».

Lo novedoso de la sentencia radica en que las instituciones comunitarias pueden adoptar medidas de protección en virtud del principio de cautela sin tener que esperar a que se demuestren plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos. Y, por tanto, se va mucho más allá de lo que es una mera prevención basada en los datos científicos comprobados.

Ante este hecho, señala Esteve Pardo que el principio objeto de este estudio excepciona a todos los demás principios jurídicos, pues es una excepción de la legalidad vigente por motivos científicos, y no políticos, por lo que queda la legalidad vigente en suspenso, pues, en principio, un pro-

¹⁴³ STPI de 11 de septiembre de 2002 (asunto T-13/99) FJ 162.

¹⁴⁴ ESTEVE PARDO, J. «Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica». *Op. cit.*, pág. 49.

¹⁴⁵ Como ejemplo de ello puede consultarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 21 de marzo de 2000, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés sobre la normativa europea relativa a los organismos mutados genéticamente, concretamente sobre la autorización de una modalidad de maíz transgénico.

ducto que cumple con la normativa vigente en su elaboración y que cuenta con las autorizaciones que se exigen puede quedar, sin embargo, bajo sospecha de producir efectos nocivos para la salud humana, y esa valoración de riesgos se realiza desde la ciencia, pero la decisión sobre la retirada del producto, sin embargo, se produce desde el derecho, por las instancias públicas¹⁴⁶. Puede entenderse que esta decisión se extiende a otros ámbitos donde deben adoptarse medidas precautorias.

– El segundo límite es el relacionado con los efectos económicos, y, por ello, el derecho comunitario establece que las medidas adoptadas con base en el principio de precaución deben ser proporcionadas y contener las restricciones para el comercio que resulten puramente necesarias para obtener el mayor nivel de protección de la salud.

– El tercer límite es la necesaria temporalidad de las medidas y su consecuente revisión periódica¹⁴⁷.

De estos tres límites iniciales para la adopción de medidas se extraen los siguientes principios generales, citados en la COM (2000), sobre el principio de precaución, que deben ser tenidos en cuenta en la aplicación de estas: proporcionalidad, examen de los beneficios y costes, temporalidad, transparencia, comunicación del riesgo e información a las partes afectadas, no discriminación y coherencia¹⁴⁸.

En cuanto a la proporcionalidad¹⁴⁹, se exige que los actos de las instituciones comunitarias no sobrepasen los límites de aquello que sea apropiado y necesario en la realización de los objetivos legítimos perseguidos por la reglamentación en cuestión¹⁵⁰. Una prohibición absoluta no cons-

¹⁴⁶ ESTEVE PARDO, J. «La función decisoria del derecho ante la complejidad técnica de los riesgos». *Op. cit.*, pág. 44.

¹⁴⁷ Así lo establece la COM (2000): «Las medidas deberán revisarse periódicamente para tener en cuenta los nuevos datos científicos disponibles. Los resultados de las investigaciones científicas deberán permitir completar la evaluación del riesgo y, si fuera necesario, revisar las medidas en función de las conclusiones».

¹⁴⁸ STPI (Asunto T-13/99) sobre la virgiamicina. FJ n.º 172. El TPI afirmó en la sentencia virginiamicina, en relación con los principios mencionados: «La realización de una evaluación científica de los riesgos debe ser tan exhaustiva como sea posible, y debe estar basada en un asesoramiento científico fundado en los principios de excelencia, independencia y transparencia, constituyendo una garantía de procedimiento importante para asegurar la objetividad científica de las medidas y así evitar la adopción de medidas arbitrarias».

¹⁴⁹ Art. 5.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 5.3 TCE). Existe, además, un Protocolo sobre la Aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad anejo al TCE, de 16 de diciembre de 2004, C 310/207.

¹⁵⁰ Este principio es el alegado para argumentar de ilegítima una medida precautoria. Por ejemplo, en los asuntos Pfizer y Alpherma, las empresas recurrentes alegaron que el reglamento atacado había sido adoptado en violación de dicho principio, en la medida en que existía la posibilidad de adoptar medidas distintas menos lesivas.

tituye una reacción proporcionada a un determinado riesgo potencial. A menudo, pueden arbitrarse otras medidas alternativas de reducción del riesgo que hacen posible alcanzar un nivel de protección equivalente. Por ser el principio eje de la toma de las medidas precautorias, todos los demás principios giran en torno a este. Como señala la propia COM (2000), «las medidas previstas deberían poder aportar un beneficio global en cuanto a reducción del riesgo a un nivel aceptable». Por ello, las normas que contengan medidas justificadas por el principio de precaución no deben ser desproporcionadas en relación con el nivel de protección que se tiene que obtener¹⁵¹.

Sobre los análisis de los beneficios y costes, hay que decir que está en íntima relación con la exigencia de *proporcionalidad* en la aplicación del principio de precaución, pues al decidir aplicarlo se hace normalmente referencia al costo económico de las medidas a adoptar, ya que tales medidas deben ser soportables para la sociedad, pues es la que debe asumirlas¹⁵². La doctrina americana ha criticado el análisis coste/beneficio precisamente porque niega los valores que no pueden ser objeto de una evaluación económica¹⁵³. En cualquier caso, las medidas deben ser lo menos lesivas posibles a otros bienes jurídicos dignos de protección¹⁵⁴. Es cierto que el criterio de precaución supone dar prioridad a la salud pública y a la protección del medioambiente por encima del mero criterio de rentabilidad económica; sin embargo, ello no significa que deba dejarse de lado el análisis de los costos de la acción (o de la inacción), ya que normalmente existen medidas alternativas¹⁵⁵. En tales casos, será razonable optar por aquella que suponga un menor costo económico y social.

¹⁵¹ MANTECA VALDELANDE, V. *Op. cit.*, pág.5.

¹⁵² ANDORNO, R. «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico». *Op. cit.*, pág. 30.

¹⁵³ SADELEER, N. de. *Op. cit.*, pág. 34.

¹⁵⁴ EMBID TELLO, A. E. «El principio de precaución». *Op. cit.*, pág. 1245.

¹⁵⁵ ANDORNO, R. «Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución». *Op. cit.* «Jurisprudencia Argentina. Suplemento de Bioética, 2003. Precaución: actitud que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras, o para el medio ambiente. Se impone especialmente a los poderes públicos, que deben hacer prevalecer los imperativos de salud y seguridad por encima de la libertad de intercambios entre particulares y entre Estados. Así, ordena tomar todas las medidas que permitan, en base a un costo económico y social aceptable, detectar y evaluar el riesgo, reducirlo a un nivel aceptable y si es posible, eliminarlo. Al mismo tiempo, el principio de precaución obliga a informar a las personas implicadas acerca del riesgo y de tener en cuenta sus sugerencias acerca de las medidas a adoptar. Este dispositivo de precaución debe ser proporcionado a la gravedad del riesgo y debe ser en todo momento reversible».

En cuanto a la temporalidad de la medida y su revisión periódica, hay que señalar que la vigencia temporal de estas no debe superar a la propia situación de incertidumbre. Para ello, debe evitarse la adopción de medidas excesivas alegando que es necesario estar seguros de que el riesgo potencial será eliminado. Así pues, la revisión periódica, o estudio de la evolución científica, debe ser continua y pormenorizada, lo que irá permitiendo que unas medidas puedan sustituirse por otras más drásticas o, por el contrario, más leves, en función de la evaluación del riesgo que se tenga en cada momento.

El requisito de la transparencia supone que los procedimientos y criterios empleados por las autoridades públicas para la eventual adopción de medidas precautorias deben ser conocidos tanto por el público como por las empresas. La transparencia también supone el compromiso de quienes promueven productos o actividades potencialmente arriesgados de difundir los estudios que hayan efectuado acerca de la magnitud de los riesgos potenciales y de los esfuerzos que han hecho con vistas a reducir al mínimo o a eliminar tales riesgos¹⁵⁶.

Para que la toma de medidas sea adecuada, se considera, por una parte, la necesaria relevancia que tiene la transparencia en la información, ponderada, en cualquier caso, para que no dé lugar a la desconfianza de la ciudadanía. En consecuencia, una mayor participación ciudadana para que esta pueda aportar su percepción del riesgo y facilite a la Administración sus temores y conocimiento de los peligros con base en su propio conocimiento, lo que permitirá la celeridad en la toma de medidas precautorias más adecuadas.

Por último, no hay que olvidar otros principios como el de no discriminación y coherencia.

5. DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA: EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

Recordemos que aparece reflejado en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que enuncia el principio de precaución, pero no lo define. Según el art.130 R.2 del Tratado UE, «la política medioambiental de la Comunidad hoy reside en los principios de prevención y precaución».

¹⁵⁶ ANDORNO, R. «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico». *Op. cit.*, pág. 31.

Asimismo, el principio fue recogido en tratados, en 1990, en la Declaración de Bergen para el Desarrollo Sostenible¹⁵⁷.

Pero sobre todo fue en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 14 de junio de 1992, cuyo resultado fue la Declaración de Río, en 1992, sobre Medioambiente y Desarrollo, donde, en su art.15 ya consagra el principio de precaución: «Para proteger el medio, las medidas de precaución han de ser ampliamente adoptadas por los Estados, según sus capacidades. En caso de riesgo de daños graves o irreversibles, la ausencia de certeza científica absoluta no debe servir como pretexto para retrasar la adopción de medidas efectivas tendentes a prevenir la degradación del medio»¹⁵⁸.

Posteriormente, la COM (2000) establece los factores que llevan a utilizar el principio de precaución para la toma de decisiones y cómo debe aplicarse de forma razonada y coherente, y el *Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio* COMEST (2005) es el que considera al principio de precaución como principio general del derecho, como posteriormente se analizará. Este informe afirma:

«Cuando las actividades humanas pueden acarrear un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, se

¹⁵⁷ Tratado de Maastricht: «Alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las diferentes regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de precaución y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente preferentemente en la fuente misma, y en el principio de que quien contamina paga». Las exigencias de la protección del medioambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad, según el art. 130.2 del Tratado de Maastricht, y luego artículo 174.2 del Tratado Constitutivo de la UE; además, cabe recordar que en el proyecto de tratado constitucional para Europa, actualmente estancado, se mantiene la misma formulación.

Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 14 de junio de 1992, art. 15: «Con el propósito de proteger el medioambiente, el enfoque precautorio deberá ser ampliamente aplicado por los Estados, de acuerdo a sus capacidades. Donde existan amenazas de daños graves o irreversibles, la falta de certidumbre científica total no debe usarse como razón para posponer la adopción de medidas costo-efectivas para prevenir el deterioro ambiental».

¹⁵⁸ Otras referencias al principio de precaución en materia medioambiental hacen referencia a la necesidad de reducir las amenazas sin deber alegar falta de pruebas científicas inequívocas (párrafo n.º 9 del preámbulo de la Declaración de Río); o incluso que la ausencia de certeza científica absoluta no debe servir como pretexto para diferir la adopción de tales medidas cuando hay riesgo de perturbaciones graves o irreversibles (Convención de Naciones Unidas sobre los Cambios Climáticos); ante la amenaza de riesgos graves e irreversibles, la ausencia de certeza científica absoluta no debería servir como argumento para retrasar la adopción de medidas eficaces en relación a su coste tendentes a prevenir la degradación del medio (Convención de Barcelona de 1995, revisada en 1996, sobre la Protección del Medio Marino y del Litoral del Mediterráneo).

adoptarán medidas para evitar o disminuir ese daño. El daño moralmente inaceptable consiste en el infligido a seres humanos o al medio ambiente que sea una de las siguientes situaciones: una amenaza contra la salud o la vida humanas, o grave y efectivamente irreversible o injusto para las generaciones presentes o futuras, o impuesto sin tener debidamente en cuenta los derechos humanos de los afectados. El juicio de plausibilidad deberá basarse en un análisis científico. El análisis tendrá que ser permanente, de modo que las medidas resueltas puedan reconsiderarse. La incertidumbre podrá aplicarse a la capacidad o a los límites del posible daño, pero no se circunscribirá necesariamente a esos elementos. Las medidas constituyen intervenciones iniciadas antes de que sobrevenga el daño y que procuran evitarlo o disminuirlo. Deberá optarse por medidas que sean proporcionales a la gravedad del daño potencial, habida cuenta de sus consecuencias positivas y negativas, y se procederá a una evaluación de las repercusiones morales tanto de la acción como de la inacción. La elección de la acción deberá ser el resultado de un proceso de participación¹⁵⁹».

A la luz de las normas citadas, por ser las más relevantes, podemos aportar una definición que sea lo más adecuada para poder ser aplicada en cualquier rama del saber jurídico, y afirmamos que puede entenderse el principio de precaución como la actitud y aptitud de los gobernantes para evaluar y gestionar los riesgos científicos, jurídicos y sociales causados por las incertidumbres que puedan derivarse del estado de las investigaciones que afecten a las personas, y la adopción de medidas efectivas y proporcionadas que, sin impedir los avances científicos, protejan simultáneamente la vida, la salud y los demás derechos fundamentales de todas las personas afectadas presentes y de las generaciones futuras. Actitud, pues, es una decisión que proviene de la gestión del riesgo por las autoridades. Aptitud, pues, significa que deben poseerse los conocimientos necesarios sobre el asunto que tratar, no solo desde el punto de vista científico, sino también desde el jurídico, para poder evaluar, gestionar y comunicar el riesgo adecuadamente. Y, además, deben tenerse en cuenta los riesgos jurídicos de esas intervenciones, y no solo los científicos, con el fin de colmar las pretensiones de todas las personas, garantizar su protección y evitar responsabilidades patrimoniales.

¹⁵⁹ COMEST (2005). Pág. 14, recuadro 2, «El principio precautorio, una definición práctica».

En cuanto a la naturaleza jurídica del principio de precaución, podemos señalar que este comenzó siendo entendido como una *recomendación* para el medioambiente recogida en la Declaración de Río, y por lo tanto no vinculaba a los Estados. Este hecho hizo que se tuviera en cuenta como fuente del derecho internacional, lo que facilita su incorporación como fuente indirecta en nuestro derecho interno, no dando solución a los nuevos problemas de la incertidumbre, pero sí orientando para seguir criterios útiles ante un riesgo potencial.

También fue entendido como un *principio de procedimiento*¹⁶⁰, pues la precaución cuenta en derecho comunitario con un auténtico procedimiento de evaluación, gestión y comunicación del riesgo y tiene un valor normativo como principio jurídico, pues así lo declaró el Grupo de Expertos sobre el Principio de Precaución en el año 2005 [COMEST(2005)]. Partiendo de que, en el proceso judicial, las presunciones y las pruebas indiciarias son admitidas para responder ante situaciones de incertidumbre, el principio de precaución es una respuesta que da el derecho para responder ante situaciones en las que no existe una certeza absoluta de su producción, pero sí hay motivos razonables para creer que se pueden producir¹⁶¹. Finalmente, dicho informe (COMEST, 2005) le da el alcance, como ya hemos señalado, de principio jurídico. Casi nadie pone en duda su carácter de principio jurídico *normativo* a nivel comunitario¹⁶², lo que supera la concepción norteamericana, que mayoritariamente lo considera como un *mero enfoque* sin fuerza jurídica.

Andorno considera el principio de precaución como un *principio general*, pues afirma que puede ser interpretado como una guía amplia, reglas de contenido indeterminado y criterio orientador cuyo sentido se determinará en cada caso¹⁶³. En este sentido, en nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos con los denominados *principios generales* como fuente del derecho, junto con la ley y la costumbre¹⁶⁴. Estos, dice el art. 1.1 del

¹⁶⁰ En este sentido, *vid.* ÁNGEL YAGÜE, R. de. *Op. cit.*, pág. 286.

¹⁶¹ COMEST (2005), pp. 22-23. En dicho informe se señala que hay diferencias exclusivamente teóricas entre *criterio* y *principio*. Principio como fundamento filosófico de la precaución, y criterio cuando se trata de su aplicación práctica. Por tanto, el primero es causa para que se pueda dar el segundo.

¹⁶² GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «La definición del contenido y ámbito de aplicación del principio de precaución en el derecho comunitario». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 221. 2002. pp. 420, 79 y ROMERO MELCHOR, S. «Principio de precaución: ¿principio de confusión?». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, n.º 207, 2000, pp.90-91

¹⁶³ ANDORNO, R. «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico». *Op. cit.*, pág. 27.

¹⁶⁴ Art. 1.1.º del Código Civil: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho»» Artículo 1.4.º del C.C. establece:

Código Civil, «se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico» y podrán tener distintas funciones relacionadas entre sí¹⁶⁵.

En España, sobre la naturaleza de los *principios generales del derecho*, la opinión no ha sido siempre unánime. Romeo Casabona opina que el principio de precaución comparte una doble naturaleza, «es guía de acción y juicio de la acción»¹⁶⁶. Por un lado, sería un principio *orientativo* para los poderes públicos, pero también un principio jurídico *regulativo* respecto a los comportamientos individuales y grupales. Ossengühl parece aceptar esta doble naturaleza cuando dice que, en relación con la precaución como principio jurídico, es necesario distinguir una política ambiental de un derecho ambiental, una política de salud de un derecho sobre la salud, y así sucesivamente. Y, como consecuencia, cumple también la función *interpretativa* de las normas jurídicas¹⁶⁷. De hecho, en 1996, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), en su sentencia sobre el caso de la carne bovina proveniente de Gran Bretaña, a raíz de la crisis de las vacas locas, reconoce de forma explícita el valor normativo del principio de precaución¹⁶⁸, por lo que no se trata simplemente de un principio inspirador u orientador de las políticas, sino, como de un principio general del derecho, un auténtico principio jurídiconormativo¹⁶⁹.

«Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

¹⁶⁵ Brevemente, recordemos: a) Función creativa: el legislador debe conocer los principios para poder inspirarse y si es posible positivizarlos; b) Función interpretativa: asimismo, los principios interpretan las normas, pues no todo está recogido y hay que trasladarlo al momento actual y circunstancia concreta y llevar a cabo una interpretación lo más acorde posible a la realidad; c) Función suplementaria: los principios tienen la función de completar las posibles lagunas legales.

¹⁶⁶ ROMEO CASABONA, C. M.^a «Principio de precaución, bioseguridad y derecho europeo». *Op. cit.*, pág. 167.

¹⁶⁷ OSSENGÜHL, V. «La doble naturaleza del principio de precaución». Cit. en BÁRCENA, I.; SHÜTTE. *El principio de precaución medioambiental en la Unión Europea. Aspectos jurídico-políticos*. Documento de trabajo del Dpto. de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad del País Vasco. Bilbao: Universidad del País Vasco 1997, pp. 24 y ss. Estos últimos distinguen los siguientes efectos del principio de precaución: a) norma de acción; b) norma reinterpretación; c) norma de ponderación, y d) justiciabilidad.

¹⁶⁸ Sentencia de 5 de Mayo de 1998 del TJCE, caso de la carne bovina proveniente de Gran Bretaña.

¹⁶⁹ De la necesidad de los principios jurídicos, *vid.* OLLERO, A. *El derecho en teoría*. Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 98. «El derecho no es concebible sin normas; pero resultaría incompleto un planteamiento que nos lo presente como integrado solo por un conjunto de ellas, ignorando que han de verse acompañados por otros elementos no menos jurídicos. En concreto, desde el punto de vista de su despliegue dinámico, las normas jurídicas no pueden cumplir su función sin la ayuda de unos principios tan jurídicos como ellos».

Pues bien, a la luz de las distintas naturalezas estudiadas sobre los principios generales del derecho, se puede afirmar que el principio de precaución puede incorporarse en nuestro ordenamiento jurídico a la lista *apertus* de los principios generales. Y entre las varias funciones generales que podrían reconocérsele, destacan la orientadora, normativa, creativa, de aplicación directa, informativa, integradora, interpretativa o social. En definitiva, se trata de entender al principio como guía para inspirar a parlamentarios y políticos, sin tratarse de una norma concreta que un juez pueda aplicar a un Estado concreto o a un particular, pues, aunque no encuentra una posición destacada en nuestro derecho interno, la existencia del principio de precaución es una garantía para la interpretación y aplicación del derecho, lo que está en conexión con el principio de legalidad, que protege a los poderes públicos, pues les permite ponderar sus actuaciones¹⁷⁰.

6. BREVE REFERENCIA AL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El derecho internacional humanitario (DIH), derecho de los conflictos armados o derecho de la guerra¹⁷¹ es:

«Conjunto de normas jurídicas (fundamentalmente: convenios internacionales y costumbre internacional) que regulan a) los derechos y deberes de los que participan en un conflicto armado y la conducción de las hostilidades: los medios y modos de combatir (Derecho de La Haya); b) la protección de las personas (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros y población civil) y de los bienes (culturales, indispensables para la supervivencia de la población civil y medio ambiente natural) víctimas de la acción hostil. (derecho internacional humanitario o Derecho de Ginebra, y c) integrado por principios intransgredibles,

¹⁷⁰ En este sentido, como señala Beladiez, «los principios del Derecho, los principios jurídicos y los principios generales del Derecho son expresiones distintas que designan un fenómeno único denominado valores jurídico-éticos de una comunidad». BELADIEZ. *Los principios jurídicos. Cuadernos Civitas*. Aranzadi: Thomson Reuters 2010, pág. 184.

¹⁷¹ Cabe señalar que «las expresiones *derecho internacional humanitario*, *derecho de los conflictos armados* y *derecho de la guerra* actualmente son equivalentes y la utilización de una u otra dependerá del caso concreto. En efecto, las organizaciones internacionales, universidades y Estados emplean la expresión *derecho internacional humanitario*, a diferencia de las Fuerzas Armadas, que emplea la expresión *derecho de los conflictos armados* o *derecho de la guerra*». Cit. en LÓPEZ DÍAZ, P. «Principios fundamentales del derecho internacional humanitario» [en línea]. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *REVISTA-MAR*, 3/2009, pág. 230. Disponible en <https://revistamarina.cl/revistas/2009/3/lopez.pdf>

aplicables a todas las circunstancias, que limitan el uso de la fuerza, sin afectar al estatuto jurídico de las partes en conflicto»¹⁷².

Al Derecho de La Haya y de Ginebra hay que sumar un cuerpo de normas consuetudinarias que han sido estudiadas por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y que están basadas en la práctica de los Estados.

Entre los principios que rigen la conducción de las hostilidades (Derecho de La Haya), Rodríguez-Villasante Prieto incluye el principio de precaución, según el cual los ataques deben limitarse estrictamente a los objetivos militares y debe determinarse previamente (verificarse) la condición de tales objetivos y adoptarse las precauciones exigibles para que el ataque no afecte a las personas y bienes civiles. Contiene, por tanto, una limitación de los ataques por razón del objeto y tiene como consecuencia principal la prohibición de los ataques indiscriminados¹⁷³.

En lo que se refiere a la protección del medioambiente como bien necesario para la supervivencia de las personas, prevista en el Derecho de La Haya, Rodríguez-Villasante Prieto vuelve a referirse al principio de precaución cuando señala que son cuatro los principios generales del derecho internacional humanitario que protegen al medioambiente en caso de conflicto armado, tanto de carácter internacional como no internacional: «El principio de distinción, el principio de necesidad militar, el principio de proporcionalidad y el principio de precaución»¹⁷⁴. Por su parte, Domenech Omedas también incluye el principio de precaución entre «los principios humanitarios sustentadores en el derecho de conducción de las hostilidades», junto con los principios de igualdad, el de distinción, el de no reciprocidad y el de proporcionalidad¹⁷⁵.

¹⁷² RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L.; LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *Derecho internacional humanitario*. 3.^a ed. Tirant Lo Blanch 2017, pág. 57.

¹⁷³ *Ibidem*, pág. 72.

¹⁷⁴ RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. «La protección del agua por el derecho internacional humanitario, como bien indispensable para la supervivencia de la población civil». Cit. en <http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1840691/ponencia3.pdf/2e800d14-02d6-4b47-83c7-99d91f00fc55>

También *vid.*, GASSER HANS, P. «El derecho internacional humanitario y la protección de las víctimas de guerra». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Génova, 1998; Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad o Empleo de Armas Nucleares, cit. en LÓPEZ DÍAZ, P. *Op. cit.*, pág. 231.

¹⁷⁵ Doménech Omedas considera, con base en el caso Kupresqui y a la ST 14/1/2000 del TPI de la antigua Yugoslavia, que el principio de precaución es un corolario al principio de distinción. DOMÉNECH OMEDAS, J. L. «Acciones hostiles y objetivos militares. Los principios de igualdad, distinción precaución y proporcionalidad». RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. E.; LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *Derecho internacional humanitario*. *Op. cit.*, pp. 364-365.

A tenor de lo expuesto en los apartados anteriores de este trabajo, se ha podido comprobar que el derecho medioambiental ha sido el pionero en recoger la normativa en relación con el principio de precaución¹⁷⁶. Así ocurre también en la protección del medioambiente en el DIH, donde encontramos las bases para un desarrollo de la regulación y una aplicación más amplia de este principio en otros ámbitos.

En principio, y referido a la protección del medioambiente, la norma 43 del DIH consuetudinario hace presentes los principios de necesidad y proporcionalidad, y establece la aplicación de los citados principios en la conducción de las hostilidades con el fin de proteger el medio ambiente natural. «Está prohibido atacar cualquier parte del medio ambiente natural a menos que sea un objetivo militar». Debe distinguirse entre los objetivos militares y los bienes de carácter civil, tal y como lo han entendido el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)¹⁷⁷ y la Corte Internacional de Justicia (CIJ)¹⁷⁸.

Por otra parte, y en relación con el principio de proporcionalidad, los daños incidentales que afectan al medioambiente natural no deben ser excesivos en relación con la ventaja militar que se prevé obtener de un ataque a un objetivo militar¹⁷⁹. En este mismo sentido, la CIJ señaló que «los Estados deben tener en cuenta el medio ambiente cuando evalúen lo que es necesario y proporcionado al intentar conseguir objetivos militares legítimos¹⁸⁰. Por ello, los ataques contra objetivos militares que se sabe, o de los que cabe suponer razonablemente, que causarán graves daños ambientales deben ofrecer una ventaja militar potencial muy significativa para que se consideren legítimos»¹⁸¹.

Pues bien, es en la norma 44 del DIH consuetudinario donde se recoge principalmente la aplicación del principio de precaución y se establece la

¹⁷⁶ Nos remitimos a lo explicado en el apartado 2 de este trabajo.

¹⁷⁷ HENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L. *Customary International Humanitarian Law*. CICR y Cambridge University Press 2005, pág. 159.

¹⁷⁸ CIJ, Nuclear Weapons case, cit. en *Ibidem*, pág. 161.

¹⁷⁹ *Directrices para la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado* y en el *Manual de San Remo sobre la guerra*. HENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, pág. 162.

¹⁸⁰ CIJ, Nuclear Weapons case, opinión consultiva. HENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, pág. 162.

Por ejemplo, el comité establecido para examinar la campaña de bombardeos de la OTAN contra la República Federal de Yugoslavia opinaba que el impacto ambiental de esos bombardeos debía considerarse a la luz de «los principios fundamentales del derecho de los conflictos armados, como la necesidad y la proporcionalidad». HENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, pág.161.

¹⁸¹ HENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, pág. 162.

manera en que deben emplearse los métodos y medios de hacer la guerra, teniendo en cuenta la necesidad de proteger y preservar el medioambiente natural, no causando daños incidentales al medioambiente, o reducirlos al menos todo lo posible, y no eximiendo a las partes en conflicto de tomar tales precauciones ante la falta de certeza científica acerca de los efectos de ciertas operaciones militares sobre el medioambiente. Con esta norma se realiza una aproximación más amplia al principio objeto de este estudio.

Asimismo, Rodríguez-Villasante Prieto, en cuanto a la necesidad de proteger y preservar el medioambiente natural, y con base en los comentarios de la norma 44¹⁸², sostiene que «se precisa con acierto que la protección se deriva también del reconocimiento de la necesidad de protección especial del medioambiente como tal, debido a la concienciación sobre su peligroso deterioro causado por el ser humano»¹⁸³. Con más razón, no deben causarse daños incidentales al medioambiente o, de no poder evitarlo, deben reducirse al menos todo lo posible, pues, con el fin de no causar daños excesivos al medioambiente, durante las operaciones militares deben tomarse las precauciones que exige el derecho internacional¹⁸⁴. En este sentido, el CICR señaló que se necesita tomar medidas *preventivas* y que es urgente conseguir mejores formas de abordar las consecuencias inmediatas y de largo plazo del daño causado al medioambiente natural en relación con conflictos armados¹⁸⁵.

A continuación, la norma 45 DIH consuetudinaria recoge: «Queda prohibido el empleo de métodos o medios de guerra concebidos para causar, o de los cuales quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medioambiente natural. La destrucción del medioambiente natural no puede usarse como arma». Como no siempre se pueden prever las consecuencias, comparto con Rodríguez-Villasante Prieto que «quizá las mayores dudas se presentan en la interpretación del significado de la frase “quepa prever que causen”», como se señaló en relación con la utilización de las armas nucleares¹⁸⁶. Estados Unidos se proclamó *objector persistente* de la

¹⁸² HENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, pp.165-166.

¹⁸³ RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. «La protección del agua por el derecho internacional humanitario, como bien indispensable para la supervivencia de la población civil», pág. 7. Cit. en <http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1840691/ponencia3.pdf/2e800d14-02d6-4b47-83c7-99d91f00fc55>

¹⁸⁴ *Ibidem*, pág. 8.

¹⁸⁵ Informe de la Comisión de Derecho Internacional: Declaración del CICR ante la ONU, 2016.

¹⁸⁶ «Así, algunos importantes Estados estiman que la citada norma contenida en el referido Protocolo I de 1977 no es consuetudinaria, como Estados Unidos y el Reino Unido en sus alegatos ante el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto del uso o amenaza de las armas nucleares. O Estados Unidos y Francia en sendas declaraciones interpretativas

primera parte de esta norma¹⁸⁷; y Francia y el Reino Unido, objetores persistentes a la aplicación de esta regla al empleo de las armas nucleares. «Y, estos dos mismos Estados, al ratificar el mencionado Protocolo I de 1977, declararon que el riesgo de daños ambientales (por la utilización de medios o métodos que causen daños extensos duraderos y graves al medioambiente natural) debe evaluarse objetivamente según la información disponible en el momento»¹⁸⁸. Continúa señalando el autor que la práctica de los Estados (manuales militares, legislación penal y declaraciones oficiales) nos permite afirmar el carácter consuetudinario de esta norma¹⁸⁹.

Por último, en cuanto a no eximir a las partes en conflicto de tomar las adecuadas precauciones para evitar daños injustificables ante la falta de certeza científica sobre los efectos de ciertas operaciones militares en el medioambiente, es donde el principio de precaución, dado el efecto potencial de dichas operaciones sobre el medioambiente, debe tenerse en cuenta en la planificación de un ataque, ante la incertidumbre sobre el impacto total sobre este¹⁹⁰. Por ello, «el principio de precaución se reconoce cada vez más en derecho ambiental»¹⁹¹ y se está llevando a conflictos arma-

formuladas en el momento de ratificar la Convención de 1980, sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales excesivamente dañinas o de efectos indiscriminados». Cit. en RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. «La protección del agua por el derecho internacional humanitario, como bien indispensable para la supervivencia de la población civil». *Op. cit.*, pág. 9.

¹⁸⁷ Prohibición de causar daños graves, extensos y duraderos al medioambiente natural. Ver la postura de EE. UU. en BELLINGER J. B.; HAYNES W. J. «Una respuesta del Gobierno de EE. UU. al estudio “El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario”». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, junio 2007, n.º 866, pág. 444.

En el mismo número, ver la respuesta de HENKAERTS, J. M. cit. en RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. «La protección del agua por el derecho internacional humanitario, como bien indispensable para la supervivencia de la población civil». *Op. cit.*, pág. 9.

¹⁸⁸ Los arts. 35.3 y 55.1 del Protocolo I de 1977 disponen la prohibición del empleo de medios o métodos de guerra concebidos para causar (o de los que quepa prever que causen) daños graves, duraderos y extensos al medioambiente natural. Cit. en RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. *Ibidem*, pág. 9.

¹⁸⁹ HENKAERTS, J. M.; DOSWALDBECK, L. *Customary International Humanitarian. Op. cit.*, pp. 171-172. Cit. en RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. «La protección del agua por el derecho internacional humanitario, como bien indispensable para la supervivencia de la población civil». *Op. cit.*, pág. 9.

¹⁹⁰ En este mismo sentido, el CICR, en un informe presentado en 1993 a la Asamblea General de las Naciones Unidas acerca de la *Protección del medioambiente en tiempo de conflicto armado*, se refirió al principio de precaución como: «Un principio nuevo pero generalmente reconocido de derecho internacional. Tiene por objeto prever y prevenir los daños al medio ambiente y velar por que, cuando existan amenazas de daños graves o irreversibles, no se posponga la adopción de medidas que permitan preverlos so pretexto de falta de certeza científica absoluta».

¹⁹¹ *Vid.* Convenio sobre la Diversidad Biológica, preámbulo (*ibíd.*, párr. 126); Declaración de Río, principio 15 (*ibíd.*, párr. 127); las declaraciones de Francia (*ibíd.*, párr. 131)

dos, como, por ejemplo, se pudo observar cuando la Corte Internacional de Justicia declaró que «los principios básicos reconocidos al analizar la legalidad de las armas nucleares en 1995 se aplicarían también al empleo efectivo de esas armas en un conflicto armado, lo que comprendería, entre otras cosas, el principio de precaución, que es un elemento clave de la argumentación en el asunto citado»¹⁹². El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)¹⁹³ consideró al principio de precaución como un principio nuevo, pero «generalmente reconocido» de derecho internacional, que «tiene por objeto velar por que, cuando existan amenazas y daños graves o irreversibles al medioambiente natural, no se posponga la adopción de medidas que permitan preverlos a pretexto de falta de certeza científica absoluta»¹⁹⁴. Por su parte, Rodríguez-Villasante Prieto afirma que «no cabe duda de que, en realidad, los posibles efectos de un ataque sobre el medioambiente se evalúan en la etapa de planificación por parte del responsable de la conducción de las operaciones militares. Y aquí es donde debe ser respetado el principio de precaución»¹⁹⁵.

En este sentido, parece que prevención y precaución puedan confundirse, pues a la luz de lo expuesto la labor principal para la protección del medioambiente parece que se encuentra regulada con base en el principio de prevención, y no en el de precaución¹⁹⁶. Recordemos que el primero

y Nueva Zelanda (ibid., párr. 132); Naciones Unidas, Comisión Económica para Europa, Declaración Ministerial de Bergen sobre el Desarrollo Sostenible, art. 7 (ibid., párr. 133). HENCKAERTS, J. M.; DOSWALDBECK, L. *Customary International Humanitarian Law*. Op. cit., pág. 167.

¹⁹² Nueva Zelanda sostenía que el principio de precaución era una norma vinculante (ibid., párr. 132). Francia sostuvo que no era seguro que el principio de precaución se hubiera convertido en una norma vinculante de derecho internacional, pero que, no obstante, en la práctica tomaba precauciones conformes con sus obligaciones en virtud del derecho internacional ambiental (ibid., párr. 131). La CIJ llegó a la conclusión de que, en sus alegatos, Francia y Nueva Zelanda habían reafirmado su compromiso de cumplir sus obligaciones de respetar y proteger el medioambiente natural (ibid., párr. 139) HENCKAERTS, J. M.; DOSWALDBECK, L. Ibidem, pág. 168.

¹⁹³ Informe presentado por el CICR a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la *Protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado*, CICR, 1993, cit. en RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. «La protección del agua por el derecho internacional humanitario, como bien indispensable para la supervivencia de la población civil. Op. cit., pág. 4.

Seguimiento de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra (1993). «Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 01/03/1996, punto 4.

¹⁹⁴ RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. Ibidem, pág. 8.

¹⁹⁵ Ibidem.

¹⁹⁶ «Existen también pruebas de que las preocupaciones ambientales influyeron en la planificación militar durante la guerra del Golfo, ya que hay constancia de que la Coalición

se refiere a que los riesgos son conocidos, por lo que pueden tomarse las medidas oportunas para evitarlos, y que el segundo es invocado ante la incertidumbre científica sobre los riesgos, al no poder esperar a tener más información para actuar debido a la urgencia y gravedad de la situación.

A priori, podemos comprobar cómo el principio de precaución aparece recogido en la norma 44 del derecho consuetudinario, como hemos señalado, pero a falta de un reconocimiento normativo expreso y positivo con todas las garantías para su aplicación, es decir, un reconocimiento completo tal que su aplicación conlleve la exigencia de los criterios propios y objetivos que configuran la existencia del principio de precaución como categoría jurídica, que son: la completa evaluación del riesgo, la adecuada gestión de este y su comunicación de manera suficiente¹⁹⁷.

Esta conclusión está en línea con la postura final de González Barral, que no incluye expresamente el principio de precaución entre los principios generales del DIH y la protección del medioambiente, y termina concluyendo el insuficiente tratamiento jurídico internacional de la protección del medioambiente en caso de conflicto armado, derivado, por un lado, de las dificultades de una aplicación general de los convenios medioambien-

desistió de llevar a cabo determinados ataques por motivos ambientales. O, o, en el asunto relativo a las armas nucleares en 1996, la Corte Internacional de Justicia halló que la obligación de los Estados de cerciorarse de que las actividades que están bajo su jurisdicción y control respetan el medio ambiente de otros Estados o zonas que quedan fuera del control nacional formaba parte del derecho internacional consuetudinario». HENCKAERTS, J. M.; DOSWALDBECK, L. *Customary International Humanitarian Law. Op. cit.*, pág. 165.

¹⁹⁷ El art. 8. 2) b. IV del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) tipifica como crimen de guerra, aplicable en los conflictos armados internacionales, los ataques que causen daños extensos, duraderos y graves al medioambiente natural y que sean manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar. GONZÁLEZ BARRAL, J. C. «La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario». Cit. en RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. «La protección del agua por el derecho internacional humanitario, como bien indispensable para la supervivencia de la población civil». *Op. cit.*, pág. 9.

Por su parte, critica este precepto aduciendo con razón que no protege directamente el medio ambiente, por lo que la previsión penal es insuficiente. «Lo que hace el tipo penal es incriminar la violación del principio de proporcionalidad en relación con la causación de daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente, en las situaciones de conflicto armado, pues se trata de proteger el medio ambiente como bien civil frente a las necesidades de la guerra». DOMÍNGUEZ MATÉS, R. *La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario*. Cruz Roja Española. Valencia: Tirant lo Blanch 2005, pp. 464467 y 479. Cit. en RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO «La protección del agua por el derecho internacional humanitario, como bien indispensable para la supervivencia de la población civil». *Op. cit.*, pág.10.

Cabe señalar que el art. 51.5. b) del Protocolo I de 1977 considera indiscriminados los ataques *excesivos*, pero no emplea la expresión *manifiestamente excesivos*, que sin embargo utiliza el Estatuto de Roma para incriminarlos. Cit. en HENCKAERTS, J. M.; DOSWALDBECK, L. *Customary International Humanitarian Law. Op. cit.*

tales de paz en caso de conflicto armado y, de otro, de la falta de aceptación universal de los convenios del derecho internacional humanitario. Sin embargo, concluye también que considera esperables «frutos normativos próximos ante la consolidación progresiva de una tendencia en la práctica internacional de mayor preocupación por la protección del medioambiente en caso de conflicto»¹⁹⁸.

Superando el ámbito concreto de la protección medioambiental, el principio de precaución puede aplicarse igualmente a otras áreas del DIH. En este sentido, Quéguiner afirma:

«Tanto el atacante como el defensor deben tomar precauciones para evitar, o al menos reducir lo máximo posible, las bajas y los daños incidentales. Si bien las normas que imponen esas medidas de precaución son muy claras, su formulación es suficientemente flexible como para tomar en cuenta la realidad de que los errores son inevitables y no siempre es fácil lograr un equilibrio entre los intereses militares y los intereses humanitarios»¹⁹⁹.

Así, por una parte, las medidas precautorias que aparecen recogidas fundamentalmente en los arts. 57 y 58 (Protocolo I de 1977) y en las normas 15 a 24 y 44, fundamentalmente del DIH consuetudinario, no son obligaciones imperantes, sino que pueden ser adaptadas a las circunstancias de cada situación concreta. En concreto, la norma 15 señala: «Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil. Se tomarán todas las precauciones factibles para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente».

«El principio de precaución en el ataque se estableció por primera vez en el párrafo 3 del artículo 2 de la Convención (IX) de La Haya, de 1907, en el que se indica que, si por motivos militares es preciso emprender una acción inmediata contra objetivos navales o militares ubicados en una localidad o un puerto sin defender, y no es posible

¹⁹⁸ GONZÁLEZ BARRAL, J. C. «La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario». RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. (coord.). *Derecho internacional humanitario*. 3.^a ed. pp. 913-935.

¹⁹⁹ QUÉGUINER, JF. «Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades.», Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades». *International Review of de Red Cross*, n.º 864, diciembre 2006, resumen, pág. 1.

dar un plazo de tiempo al enemigo, el comandante de una fuerza naval “tomará todas las providencias requeridas para que resulte a la ciudad el menor daño posible”. Actualmente, está codificado con más claridad en el párrafo 1 del artículo 57 del Protocolo adicional I, al que no se han hecho reservas»²⁰⁰.

Encontramos medidas precautorias que todos los combatientes están obligados a tomar, como establece el Protocolo I de 1977, la parte atacante (art. 57) y la parte que es objeto de un ataque (art. 58)²⁰¹ y, aunque no es el objeto principal de este trabajo, sirvan como ejemplo las siguientes deducciones que de manera somera pueden realizarse sobre el principio de precaución a la luz de lo establecido fundamentalmente en el Protocolo I de 1977 del Convenio de Ginebra y en las normas consuetudinarias.

Por una parte, si bien el principio de distinción obliga a diferenciar entre combatientes y no combatientes, pues «solo es lícito dirigir los ataques contra objetivos militares y, por consiguiente, los ataques a civiles serían contrarios a derecho»²⁰² (arts. 51.2 y 51.4 Protocolo I de 1977), el principio de precaución nos da las pautas para poder llevar a cabo esta obligación.

En este sentido, es indispensable como medida precautoria obtener información sobre la naturaleza militar de la intervención y evaluar los posibles daños, por ello es necesario recabar, «evaluar y hacer circular la información sobre los objetivos potenciales»²⁰³. Además, en caso de duda, debe obtenerse información adicional antes de iniciar un ataque, pues la falta de información no exonera de la posible responsabilidad²⁰⁴. Por lo tanto, solo puede lanzarse un ataque (la decisión forma parte de la gestión del riesgo) cuando una autoridad militar está convencida, con base en la

²⁰⁰ HENCKAERTS, J. M.; DOSWALDBECK, L. *Customary International Humanitarian Law. Op. cit.*, pp. 5960.

²⁰¹ También en otros ámbitos más específicos. P. ej., el art. 57.4 Protocolo I de 1977 señala: «En las operaciones militares en el mar o en el aire, cada parte en conflicto deberá adoptar [...] todas las precauciones razonables para evitar pérdidas de vidas en la población civil y daños a bienes de carácter civil».

²⁰² POZO SERRANO, P. «Los ataques letales selectivos en la política y la práctica de Estados Unidos». *Anuario Español de Derecho internacional*, vol. 29, 2013, pp. 282 y 283. Por otra parte, como señala el art. 51.3 del Protocolo I de 1977, las partes deben dirigir sus operaciones solamente contra los objetivos militares (personas o bienes).

²⁰³ Conforme al art. 57.2.a.i del Protocolo I de 1977, esa verificación debe realizarse cuando se planifica o decide un ataque. «Sin embargo, si ha transcurrido un período de tiempo entre la planificación y la decisión de atacar, existe una obligación de actualizar la información para verificar que ninguna circunstancia ha cambiado la naturaleza del objetivo». URBINA, J. J. *Derecho internacional humanitario*. La Coruña, 2000, pág. 241.

²⁰⁴ OETER, S. «Methods and means of combat». DIETER, F. *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford: Oxford University Press 1995, pág. 457.

información con la que cuenta (fase de evaluación del riesgo), de que el objetivo es de naturaleza militar. Así, con la evaluación y gestión del riesgo entran en juego elementos propios del principio de precaución.

El principio precautorio también se encuentra vinculado a los principios de proporcionalidad, limitación y necesidad militar, en cuanto a que no se debe causar sufrimiento ni destruir en una medida superior a la necesaria y se deben evitar los ataques indiscriminados²⁰⁵. De hecho, la medida precautoria de suspensión o anulación del ataque es quizá la más estricta ante determinadas circunstancias, pues así se decidirá «si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas», por cuanto las bajas y los daños incidentales solo son lícitos en el derecho convencional y consuetudinario si no son excesivos en relación con la «ventaja militar concreta y directa prevista» (art. 57.2.b), por lo que se debe optar por el objetivo cuyo ataque presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil (art. 57.3 Protocolo I de 1977).

Así pues, las partes en un conflicto no pueden actuar de cualquier modo para hacer la guerra, conforme al principio de limitación, y para aquello que esté prohibido por el derecho de la guerra, pueden invocar el principio de necesidad militar. Se puede entender que, aunque el ataque que se inicie sea lícito, la parte atacante y la parte atacada deben tomar medidas de precaución a fin de evitar o al menos reducir lo máximo posible los efectos incidentales (bajas) o colaterales en las personas civiles, la población civil y los bienes de carácter civil²⁰⁶.

De ello se observa otra medida precautoria propia de la fase de *comunicación del riesgo* propia de la teoría objetiva del principio de precaución, que consiste en «dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil con el fin de permitir su evacuación²⁰⁷, salvo que las circunstancias lo impidan» (art. 57.2.c), pues en ocasiones se permite (o incluso se exige) que la norma no

²⁰⁵ «Se entiende que son indiscriminados los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista» (art. 51.5.b, Protocolo I de 1977).

²⁰⁶ El *Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar* (norma 13.c), lo define como «las pérdidas de vidas de civiles u otras personas protegidas o las lesiones que se les inflijan, así como los daños causados al medio ambiente natural o a bienes que no son objetivos militares en sí mismos, o su destrucción».

²⁰⁷ El Código de Lieber se refiere a los jefes militares en general, mientras que la Declaración de Bruselas impone esta obligación de modo más específico al comandante responsable de la fuerza de ataque. Manuales que recogen esta obligación de informar militares y otros elementos de la práctica estatal diplomática y militar, en HENCKAERTS, J. M.; DOSWALDBECK, L. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. Op. cit., pp. 400-413.

se respete si de lo contrario se impidiese el éxito de la operación. A pesar de ello, las fuerzas militares no deben omitir su obligación de tomar permanentemente las precauciones necesarias y posibles para proteger a los civiles y a sus bienes aunque permanezcan en la zona en conflicto. En este sentido, además, no solo basta con comunicar el riesgo a la población, sino que este debe contener la información necesaria para saber afrontarlo, por lo que no puede ofrecerse ni de manera anticipada ni de manera tardía²⁰⁸. Es decir, para que la comunicación del riesgo sea acorde con el principio de precaución, debe tenerse en cuenta la *percepción del riesgo* que tiene la sociedad en ese momento con el fin de conocer qué nivel de riesgo está dispuesta a asumir. De lo que se deduce que las medidas precautorias se limitarán a lo que *razonablemente* es posible llevar a cabo.

Por otra parte, no hay que olvidar que surgen *riesgos emergentes* con los que no se cuenta desde el principio²⁰⁹, que no se han podido prever ni, por tanto, comunicar, para los que habrá que ir adoptando progresivamente nuevas medidas de precaución que den solución a la situación de incertidumbre en la que la población civil, las personas individualmente consideradas, sus bienes y el atacado o atacante se encuentren.

La *evaluación del riesgo* es otro presupuesto necesario para la adopción de decisiones precautorias. En la amplia mayoría de los casos, quienes planifican o deciden un ataque basan sus decisiones en informaciones indirectas provistas por los servicios de inteligencia o de reconocimiento «humano, aéreo, satelital, u otro»²¹⁰. En cuanto a los medios de combate, existe la obligación de los combatientes de emplear las armas más precisas²¹¹ a su disposición cuando se dirigen ataques que pueden causar bajas o daños incidentales (art. 57.2.a.ii). En general, la doctrina jurídica apoya la ausencia de esta obligación, pues se considera que la elección de armas se

²⁰⁸ Por ejemplo, en el ataque de la OTAN contra la torre de la radio y televisión serbia, se dio un aviso a las autoridades yugoslavas el 12 de abril de 1999. Sin embargo, cuando se efectuó el ataque, once días después, es decir el 23 de abril, la amenaza ya no era percibida como plausible. Cit. en QUÉGUINER, JF. *Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades*. Op. cit., pág. 18.

²⁰⁹ En el contexto del conflicto en Irak en 2003, se afirmó que el proceso de evaluar los daños incidentales por lo general funcionó bastante bien en relación con los objetivos predeterminados, si bien no puede decirse lo mismo cuando el proceso se aplicó a objetivos emergentes. En este último caso, no hubo tiempo para realizar evaluaciones suficientemente precisas, lo que dio lugar a bombardeos desproporcionados. Cit. en Ibídem, pág. 7.

²¹⁰ Ibídem.

²¹¹ Para más información sobre tipos, utilización y prohibición de armas, vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. «Limitaciones al empleo de medios de combate en el derecho internacional. Desarrollos recientes en materia de armas convencionales». En III *Jornadas defensa y seguridad internacional en el siglo XXI. Las armas convencionales: avances recientes en su regulación y control*. IEEE, pp. 14 y ss.

deja a discreción de la parte combatiente, conforme a sus intereses militares particulares y a las circunstancias de cada operación. Es decir, se deben «tomar todas las precauciones “factibles” en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil» (art. 57.2.a.ii del Protocolo I de 1977). Asimismo, la precaución ha de estar presente también al elegir el objetivo militar que sea menos peligroso para las personas civiles y bienes de carácter civil²¹².

Por último, en cuanto a los efectos de los ataques, se tomarán «las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control» (art. 58 del Protocolo I de 1977).

Por último, se establece una obligación abierta de tomar «las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control» (art. 58.c. del Protocolo I de 1977). Esta disposición autoriza a los Estados a tomar otras medidas de precaución en función de las circunstancias, como son los medios disponibles con los que cuenta el Estado y otras consideraciones sobre el conflicto. Tanto la práctica estatal como la doctrina aportan ejemplos útiles de medidas para cumplir con dicha obligación. Así, entre las precauciones más comunes se incluyen la construcción de refugios, el establecimiento de organizaciones de defensa civil y la instalación de sistemas de alerta y evacuación de la población civil, programas de socorro para los heridos, servicios de bomberos, descontaminación e identificación y señalización de áreas de alto riesgo²¹³.

²¹² Puede hallarse una lista de los manuales militares que incluyen esa obligación en HENCKAERTS, J. M.; DOSWALDBECK, L. *Customary International Humanitarian Law. Op. cit.*, pp. 413-414. Como ejemplos, las «medidas de precaución tomadas por los aliados en la II Guerra Mundial durante el bombardeo de fábricas ubicadas en territorios ocupados por tropas alemanas. Esos bombardeos se efectuaron en días y horarios en que las fábricas estaban desocupadas, pues la finalidad era destruir las fábricas y no matar a los obreros que trabajaban allí. Un ejemplo más reciente es el de las fuerzas armadas estadounidenses que, en 2003, bombardearon áreas urbanas en repetidas ocasiones durante las operaciones contra Irak, pero decidieron reducir lo máximo posible el número de muertos y heridos entre la población civil tratando de efectuar los ataques por las noches, en la medida de lo posible, cuando la población ya no circulaba por las calles». Cit. en QUÉGUINER, JF. *Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades. Op. cit.*, pág. 9.

²¹³ Las obligaciones establecidas en el art. 58 dependen tanto de las autoridades civiles como de las Fuerzas Armadas. Cit. en QUÉGUINER, JF. *Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades. Op. cit.*, pág. 28.

Por otra parte, la responsabilidad de aplicar el principio de precaución corresponde a las dos partes del conflicto (atacante y atacado) y se basa fundamentalmente en proteger a la población, las personas individualmente consideradas y los bienes presentes en su territorio. La responsabilidad recaerá sobre la parte que no cumple sus obligaciones en materia de precaución, fundamentalmente por las bajas o los daños causados por un ataque contra un objetivo militar legítimo.

Las precauciones que deben tomarse contra los efectos de los ataques están formuladas en términos relativos con base en que se tendrán en cuenta *hasta donde sea factible*. El informe preparado por el comité designado por el fiscal del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) para analizar el bombardeo del 24 de marzo al 10 de mayo de 1999 de la RFY efectuado por la OTAN subrayó que «la determinación de que se han efectuado esfuerzos inadecuados para distinguir entre objetivos militares y bienes de carácter civil no debería concentrarse necesaria y exclusivamente en un incidente. Si las medidas de precaución han sido eficaces en un alto porcentaje de casos, el hecho de que no lo hayan sido en un número menor de casos no significa necesariamente que son inadecuadas en general». De todos modos, no significa que sea imposible identificar una violación si una medida de precaución ha sido eficaz en general. Si bien toda medida de precaución ineficaz debería analizarse a la luz de esa aplicación más amplia, el incidente concreto también debe ser analizado. Por tanto, cuando la precaución no ha evitado muertos y heridos entre la población o daños a bienes de carácter civil, se ha de proceder necesariamente a una modificación de esa medida a fin de evitar que se repitan esos efectos si esto es factible y más adecuado como medida precautoria.

Además, debe tenerse en cuenta que se trata de una obligación de *medios*, y no de *resultados*²¹⁴, por lo que la diligencia no se demuestra en el resultado, sino en la actuación, lo que vincula directamente estas operaciones al derecho de daños. Asimismo, habría que depurar las responsabilidades cuando surgen posibles daños emergentes. Por ejemplo, cuando el responsable en el ataque percibe que debe incumplir la orden para evitar daños mayores en ese momento.

En definitiva, la obligación de tomar medidas de precaución no es absoluta. Es un deber actuar de buena fe para tomar las medidas realizables,

²¹⁴ Cfr. DINSTEIN, Y. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press 2004, pág. 126. «Es indudable que no se puede tener certezas absolutas en el proceso de evaluar el carácter militar de un objetivo elegido para un ataque, pero existe la obligación de actuar con la debida diligencia y de buena fe».

y las personas que actúan de buena fe pueden cometer errores. Por lo tanto, una evaluación jurídica de una situación dada permitirá establecer una línea divisoria clara entre un acto de negligencia, que es ilícito con arreglo al derecho internacional (responsabilidad estatal, que ha de distinguirse de la responsabilidad penal individual), y un error cometido a pesar de haber tomado todas las precauciones factibles²¹⁵.

Y, así, concluimos que, a la luz de todo lo expuesto y de la importancia de las medidas precautorias recogidas en el Protocolo I de 1977, el principio de precaución debería incorporarse como un auténtico principio independiente en el DIH, teniendo en cuenta todos sus presupuestos objetivos para su toma en consideración, a saber, la evaluación del riesgo, gestión del riesgo, comunicación del riesgo e inversión de la carga de la prueba, para así elevarlo a categoría jurídica normativa, trasladando la teoría objetiva y práctica que sobre este ya se ha consolidado, fundamentalmente, en el derecho medioambiental internacional y europeo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE. AEMA. *Lecciones tardías de alertas tempranas: el principio de precaución, 1896-2000: algunos puntos a modo de resumen*. Dirección General de Calidad y Evaluación ambiental (AEMA). Ministerio de Medio Ambiente 2003.
- ANDORNO, Roberto. «Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución». *Jurisprudencia Argentina*. Suplemento de Bioética, 2003.
- «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico». ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.). *Principio de precaución biotecnología y derecho*. Granada: Comares 2004.
- ÁNGEL YAGÜE, Ricardo de. «El principio de precaución y su función en responsabilidad civil». ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.). *Principio de Precaución Biotecnología y Derecho*. Granada: Comares 2004.
- ARIAS, Manuel. «Democracia y sociedad del riesgo. Deliberación, complejidad, incertidumbre». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 122, 2003.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Alianza Editorial 2004, «La prudencia».

²¹⁵ Cit. en QUÉGUINER, J-F. *Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades*. Op. cit. pág.19.

- BAHONA NIETO, Elisa. «El principio de precaución, principio orientativo de las decisiones de las administraciones públicas». *Principio de precaución biotecnología y derecho*. ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.). Granada: Comares 2004.
- BARCENA, Iñaki; SCHÜTTE, Peter. «El principio de precaución medioambiental en la Unión Europea. Aspectos jurídicos-políticos». *Revista de Derecho Ambiental de la Unión Europea*, n.º 19, 1997.
- *Documento de trabajo del Dpto. de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad del País Vasco*. Bilbao 1997.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. 2.ª ed. Madrid: Siglo XXI 2006.
- *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós 1998.
- BELADIEZ ROJO, Margarita. *Los principios jurídicos*. Cuadernos Civitas. Navarra: Thomson ReutersAranzadi 2010.
- BELLINGER, J. B.; HAYNES W. J. «Una respuesta del Gobierno de EE. UU. al estudio El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, junio 2007, n.º 866.
- BELLVER CAPELLA, Vicente. «Bioética y ecología». TOMÁS GARRIDO (coord.). *La bioética en el milenio biotecnológico*. Murcia: Sociedad Murciana de Bioética 2001.
- BERBEROFF AYUDA, D. «Aspectos generales del principio de precaución y su incidencia en el ámbito local». *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 7, febrero de 2005.
- BERGEL, Salvador. «Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil». *Derecho privado*. Buenos Aires: Hammurabi 2001.
- BOBBIO, Norberto. «El futuro de la democracia». Bogotá: *Fondo de Cultura Económica* 1992.
- BONAMIGO, Elcio Luz. *El principio de precaución: un nuevo principio bioético y biojurídico*. Departamento de Ciencias de la Educación, Lenguaje, Cultura y Arte. Facultad de Ciencias del Turismo. Madrid: URJC 2010.
- BOURG, Dominique; SCHLEGEL, Jean-Louis. *Anticiparse a los riesgos. El principio de precaución*. Barcelona: Ariel 2004.
- CAFFERATTA, Néstor. *Introducción al derecho ambiental*. Buenos Aires: Instituto Nacional de Ecología 2003.
- CANALS, Dolors. *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección, certificación)*. Granada: Comares 2003.
- CASES MÉNDEZ, José Ignacio. «Participar no es solo votar: mecanismos de articulación de la participación social en España». *Catástrofes*

- medioambientales: La reacción social y política*. Valencia: Tirant lo Blanch 2010.
- CORTINA, Adela. «Fundamentos filosóficos del principio de precaución». ROMEO CASABONA, (ed.). *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Granada: Comares 2004.
- «Ética de las biotecnologías». *ISEGORÍA*, n.º 27, 2002.
- DAMIÁN MORENO, J.; GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Tirant Lo Blanch 2007.
- DINSTEIN, Y. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press 2004.
- DOMÍNGUEZ MATES, Rosario. *La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario*. Cruz Roja Española. Valencia: Tirant lo Blanch 2005.
- DOMÉNECH OMEDAS, J. L. «Acciones hostiles y objetivos militares. Los principios de igualdad, distinción precaución y proporcionalidad». RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. E.; LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *Derecho internacional humanitario*. 3.^a ed.
- EMBED TELLO, Antonio Eduardo. «El principio de precaución». SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (ed.). *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. 1.^a ed. La Ley 2010.
- ESTEVE PARDO, José. *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*. Barcelona: Ariel 1999.
- *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Madrid: Marcial Pons 2009.
- «El principio de precaución: decidir en la incerteza». *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.). Granada: Comares 2004.
- «La función decisoria del derecho ante la complejidad técnica de los riesgos». *Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica*. *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 3, 2003.
- FIGUEROA YÁÑEZ. Gonzalo. «El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil». *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.). Granada: Comares 2004.
- GASSER, Hans P. «El derecho internacional humanitario y la protección de las víctimas de guerra». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Génova, 1998.
- GONZÁLEZ BARRAL, J. C. «La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario». RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, José

- Luis (coord.). *Derecho internacional humanitario*. Cruz Roja Española. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, pág. 254.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis. «La aplicación del principio de precaución en el marco de las políticas comunitarias: la actividad legislativa en caso de incertidumbre científica». *El principio de precaución y su proyección en el derecho administrativo español*.
- HENCKAERTS, J. M.; DOSWALD-BECK, L. *Customary International Humanitarian Law*. CICR y Cambridge University Press 2005, pág. 159.
- JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia. «Análisis del principio de precaución». *Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea. Política y Sociedad*, vol. 40, n.º 3, UCM, 2003.
- JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder 1995.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia. *Principios fundamentales del derecho internacional humanitario* [en línea]. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *REVISMAR*, n.º 3, 2009. Disponible en <https://revistamarina.cl/revistas/2009/3/lopez.pdf>.
- LOSADA MAESTRE, R. «La percepción y el análisis de riesgos». CASES MÉNDEZ, J. I. *Catástrofes medioambientales. La reacción social y política*. Valencia: Tirant lo Blanch 2010.
- VANACLOCHA; MARTINÓN; LOSADA. *Documentos de Trabajo Política y Gestión*. 2005.
- MANTECA VALDELANDE, Víctor. «El principio de precaución en el derecho europeo y español». *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 1, 2013.
- MOURE, A. M. «El principio de precaución en el derecho internacional. Debate: riesgos, cautelas y el principio de precaución». *Revista Dielmata*, n.º 11, 2013.
- MUÑOZ, Emilio. «Los cultivos transgénicos y su relación con los bienes comunes». PALACIOS, M. (ed.). *Bioética 2000*. Oviedo: Nobel 2000.
- PALOU, Andreu. «Evaluación científica de riesgos y seguridad alimentaria en la Unión Europea». LUIS LUJÁN, José.; ECHEVERRÍA, Javier. *Gobernar los Riesgos: ciencia y valores en la sociedad de riesgos*. Madrid. Biblioteca Nueva 2004.
- PALACIOS, Marcelo (ed.). *Bioética 2000*. Oviedo: Nobel 2000.
- PARDO LEAL, Mercedes. «El Libro Blanco sobre la gobernanza: ¿la reforma de la gobernación de la Comunidad servirá para mejorar la calidad de la legislación comunitaria?». *Gaceta Jurídica de la UE*, n.º 216, 2001.

- PEÑA, Javier. «La sociedad civil». ARTETA, A.; GARCÍA GAITIÁN, E.; MAÍZ, R. (eds.). *Teoría política: poder, moral, democracia*. Madrid: Alianza 2003.
- POZO SERRANO, Pilar. «Los ataques letales selectivos en la política y la práctica de Estados Unidos». *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013.
- QUÉGUINER, Jean-François (asesor jurídico en la División Jurídica del CICR). «Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades». *International Review of de Red Cross*, n.º 864, diciembre 2006.
- RIECHMANN, J.; TICKNER, J. (eds.). *El principio de precaución*. 1.ª ed. Icaria 2002.
- «Perspectivas más profundas». *El principio de precaución*. Barcelona: Icaria 2001. TICKNER, J. (ed.). *Precaution, Envioiremental Science and Preventive Public Policy*. Washington: Island Press 2003.
- *El Principio de precaución en medio ambiente y salud pública: de las definiciones a la práctica*. 1.ª edición. Barcelona: Icaria 2002.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, José Luis; LÓPEZ SÁNCHEZ, Joaquín (coords.). *Derecho Internacional Humanitario*. 3.ªed. Tirant lo Blanch 2017.
- «Limitaciones al empleo de medios de combate en el Derecho Internacional. Desarrollos recientes en materia de armas convencionales». *III Jornadas Defensa y seguridad internacional en el siglo XXI. Las armas convencionales: avances recientes en su regulación y control*. IEEE.
- «Introducción al derecho internacional humanitario». *Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario*. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Washington: Departamento de Asuntos Internacionales de la OEA 2007.
- «La protección del agua por el derecho internacional humanitario, como bien indispensable para la supervivencia de la población civil». Cit. en <http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1840691/ponencia3.pdf/2e800d14-02d6-4b47-83c7-99d91f00fc55>
- *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2002.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.). *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Granada: Comares 2004.
- «Aportaciones del principio de precaución al derecho penal». ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.). *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Granada: Comares 2004.

- «Principio de precaución, bioseguridad y derecho europeo». *Genética y Derecho II*, Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid: Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid 2003.
- ROMERO MELCHOR, Sebastián. «Principio de precaución: ¿principio de confusión?». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, n.º 207, 2000.
- SADELEER, N. de. «Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución». *Revista de Derecho Ambiental*, n.º 25, 2002.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (ed.). *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. 1.ª ed. La Ley 2010.
- SGRECCIA, E. *Manual de bioética*. México: Diana 1994.
- *Manual de Bioética II. Aspectos médico-sociales*. Madrid: BAC 2014
- TOMÁS GARRIDO, Gloria M.ª (coord.). *Manual de Bioética*. 1.ª ed. Barcelona: Ariel 2001.
- *La bioética en el milenio biotecnológico*. Murcia: Sociedad Murciana de Bioética 2001.
- URBINA, Jorge J. *Derecho internacional humanitario*. La Coruña 2000.
- VECCHIO, G. del. *Filosofía del derecho*. T. II. Barcelona: BOSCH 1935 (adiciones por Luis Recasesns Siches).

LOS LÍMITES DE LA OBEDIENCIA

Jacobo Barja de Quiroga López
Magistrado del Tribunal Supremo

Resumen

La obediencia siempre ha sido uno de los pilares sobre los que se soporta una organización jerarquizada; por ello, y con mayor razón, en el Ejército. Sin embargo, tal obediencia no es ciega, sino que tiene límites. Aquí se examinan dichos límites partiendo de que no es posible ampararse, cualquiera que sean las circunstancias, en que se ha recibido una orden.

Palabras clave: Obediencia. El delito de desobediencia. El cumplimiento del deber. El error.

Abstract

Obedience has always been one of the main pillars on which a hierarchical organisation is based, hence it is even more important in the Army. However such obedience is not absolute and has some limits. Here we are analyzing these limits assuming that it is not possible to protect oneself under the umbrella of having received an order whatever the circumstances are.

Keywords: Obedience. The crime of disobedience. The fulfilment of duty. The error.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Historia. 2.1. El derecho romano y las Partidas. 2.2. La Constitución de 1812 y diversas leyes militares. 2.3. Los códigos penales españoles. 2.4. Ámbito internacional. 2.4.1 Después de la Segunda Guerra Mundial. 2.4.2 El Estatuto de la Corte Penal Internacional. 3. La legalidad actual. 3.1. Introducción. 3.2. La eximente de obediencia debida. 3.3. El delito de desobediencia. 3.3.1 Código Penal. 3.3.2 Código Penal Militar de 2015. 4. El delito de desobediencia en el ámbito militar. 5. La obligación de desobedecer. 6. La obligación de obedecer. 7. La naturaleza de los límites de la obediencia. 8. El cumplimiento del deber. 9. El error. 9.1. Nuestra posición. 9.2. Otra solución.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la desobediencia a las órdenes no es ni ha sido una cuestión nada pacífica; más aún cuando se traslada al ámbito militar. Aquí, en este ámbito, se piensa en la jerarquía y la disciplina como elementos nucleares de todo Ejército; así como que la no obediencia ciega afectaría a tales elementos, de manera que su ausencia mermaría al Ejército su capacidad de combate. La jerarquía y la disciplina —se dice— implican que exista el deber de obediencia; de aquí que se defiendan la obediencia ciega y la obediencia debida. Al respecto basta con referirnos a Pacheco¹, que, refiriéndose a la eximente de obediencia debida, señala:

«Y sobre todo, en el orden militar es mas indispensable que en ninguna otra esfera ese carácter obediente y pasivo de los subordinados. La milicia no vive sino por la severidad de la disciplina; y aun la suposición de la desobediencia abstracta es en ella de malísimo efecto. En sus leyes no se puede admitir ni aun la posibilidad de que el inferior se exima de ejecutar las órdenes superiores; porque no puede admitirse que el superior ordene lo que no esté en sus facultades. En la milicia el que manda más, sabe más y lleva siempre razón. Habrá excepciones, pero no pueden decirse o preverse en las leyes. De otro modo no habría ejército».

Pero, a nuestro juicio, este planteamiento no es correcto.

La cuestión de la obediencia debida pone de manifiesto (nada más acercarse a ella) la existencia de una importante tensión dialéctica entre el

¹ PACHECO. *El Código Penal concordado y comentado* I. 2.º ed. 1856, pág. 177.

deber de obedecer y sus límites, o lo que viene a ser lo mismo, los límites de la posibilidad de desobedecer.

2. HISTORIA

2.1. EL DERECHO ROMANO Y LAS PARTIDAS

Ya en el derecho romano se mantenía que: *servus non in omnibus rebus sine poena domino dicto audiens esse solet, sicuti si dominus hominem occidere, aut furtum alicui facere servum inssisset*² («el esclavo que da oídos a lo que dice su señor no está exento de pena cuando el señor le ordena matar a un hombre o que cometa un hurto»). Y, en la misma línea, se afirma: *ad, ea, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis, vel his, qui vice dominorum sunt, veluti tutoribus et curatoribus, obtemperaverint*³ («por aquello que no tiene la atrocidad de un delito o de un crimen, los esclavos son perdonados cuando hubieran obedecido a sus dueños, o a los que se encuentran en el lugar de estos, como a los tutores o a los curadores»).

Así pues, el deber de obediencia no llegaba a amparar la comisión de un delito.

Aunque también leemos en el *Digesto*⁴: *qui iussu iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet* («el que por mandato judicial hace alguna cosa, no lo hace con dolo malo porque tiene necesidad de obedecer»). Y, añade⁵: *is damnum dat, qui iubet dare; eius vero nulla culpa est, cui parere necesse sit* («causa el daño quien manda causarlo; y no tiene ninguna culpa el que tiene necesidad de obedecer»). En ese sentido se afirma: *non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit*⁶ («no puede carecer de dolo quien no obedeció al imperio del magistrado»); lo cual a la inversa implica que carece de dolo el que actúa bajo la obediencia del magistrado. Y, por último, en la ley Aquilia se determina: *liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est, qui iussit, si modo ius imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit* («si un hombre libre causó con su mano un

² *Digesto*. Lib. LXLIV, tít. VII, ley 20 (Alfenus).

³ *Digesto*. Lib. L, tít. XVII, regla 157 (Ulpiano).

⁴ *Digesto*. Lib. L, tít. XVII, regla 167 (Paulo).

⁵ *Digesto*. Lib. L, tít. XVII, regla 169 (Paulo).

⁶ *Digesto*. Lib. L, tít. XVII, regla 199 (Iavolenus).

daño por mandato de otro, hay la acción de la ley Aquilia contra quien lo mandó, si tenía derecho a mandarlo; pero, si no lo tenía, se debe hacer contra el que hizo el daño»⁷.

También en la 7.^a Partida⁸ después de disponer que el hijo, vasallo o siervo que estuviese bajo el poder de su señor, que actuase haciendo daño en las cosas «non seria tenuto de fazer emienda del daño que assi fuesse fecho. Mas aquel lo deue pechar por cuyo mandado lo fizo». No obstante, seguidamente añade: «pero si alguno destos deshonrrasse, o firriesse, o matasse a otro, por mandado de aquel en cuyo poder estouiesse, non se podría escusar de la pena: porque non es tenuto de obedecer su mandado en tales cosas como estas, e si lo obedesciere, e matare, o fiziere algunos de los yerros sobredichos, deue ende auer pena también como el otro que lo mando fazer»⁹.

Se sigue, pues, la idea romana: hay que obedecer, y el que actúa no es responsable, salvo que lo mandado sea un *atrocitatem facinoris*, en cuyo caso no se deben obedecer tales órdenes.

Dejando al año 1265 (fecha de conclusión de las Siete Partidas¹⁰) y por ir rápido en el tiempo, solo nos detendremos seguidamente en algunos pequeños hitos.

2.2. LA CONSTITUCIÓN DE 1812 Y DIVERSAS LEYES MILITARES

La Constitución de 1812, en su curioso art. 173, expone el juramento que el rey (no se olvide que se trataba de Fernando VII) ha de realizar en su advenimiento al trono: prestará juramento ante las Cortes con la fórmula que allí se expresa. En ella se realiza un juramento sobre los fundamentos más importantes del Estado constitucional y termina diciendo: «Si en lo que he jurado o parte de ello, lo contrario hiciere, no debo ser obedecido; antes aquello en que contraviniere, sea nulo y de ningún valor».

Aquí encontramos una clara imposición del deber de desobedecer al rey si este ordena algo contrario a la Constitución, al respeto a la libertad política y a la personal de los individuos.

La historia nos muestra que fue precisamente él, Fernando VII, quien no se atuvo a su juramento, pues su verdadera naturaleza era ser un mo-

⁷ *Digesto*. Lib. IX, tit. II, 37 (Iavolenus).

⁸ Partida 7.^a, título XV, ley V.

⁹ Esta ley V continúa resolviendo supuestos de obediencia en los que no se debe obedecer.

¹⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Tratado de derecho penal*. 2010, pág. 206.

narca absoluto. Como es sabido, el siglo XIX se inicia con la lucha entre liberales constitucionalistas, defensores de una Constitución en la que se limitara el poder del rey y se dejaran claros los derechos de los ciudadanos, y, por otra parte, los absolutistas, partidarios del rey absoluto, sin trabas, sin Constitución y sin sujeción a ley alguna.

Por medio del Decreto de 1814, Fernando VII declaró nula la Constitución de 1812.

Pero los liberales recurren a la fuerza militar y existirán diversas conspiraciones, y de entre ellas debemos mencionar la del entonces coronel Antonio Quiroga, que, con Rafael del Riego, López Baños y Felipe del Arco Agüero, en 1820 se levantó en Cádiz, lo cual posteriormente daría lugar a que Fernando VII tuviera que volver a aceptar la Constitución de 1812. Esta situación duró hasta 1823, año en que el duque de Angulema, primo del rey Fernando VII, al mando de los llamados Cien Mil Hijos de San Luis, reestableciera a Fernando VII en el trono absolutista.

Pues bien, en ese periodo de 1820 a 1823 (Trienio Liberal), se dictaron algunas leyes interesantes¹¹. Así, la Ley de 9 de junio de 1821, constitutiva del Ejército.

En su art. 7 se define el *delito de traición* en los siguientes términos:

«Es delito de traición el abuso de la fuerza armada cuando esta se emplea en los casos siguientes:

- 1.º Para ofender la persona sagrada del Rey.
- 2.º Para impedir la libre elección de Diputados de Cortes.
- 3.º Para impedir la celebración de las Cortes en las épocas y casos que previene la Constitución.
- 4.º Para suspender ó disolver las Cortes ó la Diputación permanente de las mismas.
- 5.º Para embarazar de cualquier manera las sesiones ó deliberaciones de las Cortes ó de su Diputación permanente».

Y, seguidamente, el artículo siguiente establece que «ningún militar obedecerá al superior que abuse de la fuerza armada en los casos expresados en el artículo anterior, bajo las penas que las leyes prefijaren».

Es evidente que lo que se pretendía era defender la legalidad constitucional y establecer el deber de desobediencia para el militar ante la orden del superior que pretendiera hacer uso de fuerza armada contra dicha lega-

¹¹ Entre otras, la Ley Orgánica de la Armada de 27 de diciembre de 1821. En ella no se trata esta cuestión, pues es puramente organizativa de la Armada.

lidad. Es aquí donde encontramos la redacción más clara y directa sobre la obligación de desobedecer en ciertos casos una orden.

Precisamente en el Dictamen de la Comisión de Organización de Fuerza Armada, que se emitió previamente a dicha ley constitutiva del Ejército (este dictamen fue presentado en sesión extraordinaria en la noche del 24 de octubre de 1820), se dice lo siguiente:

«Supuesta por la Constitución la existencia del ejército permanente, y confiada exclusivamente al Rey la distribución de la fuerza armada, y la provision de todos los empleos militares, se trata de constituir la milicia del modo mas propio para la defensa exterior del estado, y la conservación del orden interior. Pero este orden interior es necesariamente el orden constitucional; de otro modo el objeto de la fuerza armada no seria proteger, sino oprimir; y por eso se ha desenvuelto este principio en el artículo 6.º del proyecto, para fijar del modo mas terminante los únicos casos en que la ley autoriza y prescribe como un deber la desobediencia del militar á sus gefes. Porque si bien es cierto que la base fundamental de la disciplina consiste en obedecer sin deliberar, también es indudable que si la subordinación del militar se confunde en ciertos casos con la ciega abnegación del cenobita, no tendria garantía ninguna la libertad política de la nación. Esta escepcion, por decirlo asi, es común a todas las clases de la fuerza armada, y ha sido preciso presentarla en los términos menos equívocos, antes de descender á determinar las bases sobre que deben constituirse las tropas de continuo servicio, para que correspondan dignamente al objeto de su instituto, que es por el artículo 356 de la Constitución, la defensa exterior del estado, y la conservación del órden interior».

Posteriormente, hubo otras leyes constitutivas del Ejército, como la de 29 de noviembre de 1878 (reinando Alfonso XII) y la ley de 19 de julio de 1889 (reinando Alfonso XIII y como reina regente María Cristina), en las que nada se dice sobre la cuestión que estamos tratando. Si bien podemos referirnos a la Real Orden de 1 de septiembre de 1883, y a la circular de la misma fecha, dictadas con ocasión de los sucesos ocurridos en el Ejército en Badajoz, en Santo Domingo de la Calzada y en la Seo de Urgel, en donde se dice: «El que manda desde que se pone á la cabeza de su tropa, ha de celar la obediencia en todo». Seguidamente, la Real Orden continúa dictando órdenes sobre cómo deben comportarse los militares ante una sublevación, pues «su honor le exige que se oponga a él [al movimiento

insurreccional] hasta perder la vida»; y si no lo hiciere serán juzgados por un consejo de guerra.

Como es sabido, la justicia militar puede ser resumida de la siguiente manera: de una organización procedente de la Edad Media, se reorganiza con la Constitución de 1812, luego las leyes constitutivas del Ejército, más tarde los dos códigos de justicia militar (el de 1890 y el de 1945) hasta que bastante después de la Constitución de 1978 se dicta el Código Penal Militar de 1985 y de este al Código Penal de 2015. Paralelamente, existen muy diversas normas sobre el fuero militar.

De aquí hemos de ir al Código de Justicia Militar de 1890¹², que se dictó siendo M.^a Cristina la reina regente (en nombre de su hijo el rey Alfonso XIII) y el presidente del Consejo de Ministros don Antonio Cánovas del Castillo. En este Código, al tratar el delito de desobediencia (arts. 266 al 268), no recoge disposición alguna relativa a la posibilidad de desobedecer. Señala el art. 267 que «el militar que desobedezca las órdenes de sus superiores relativas al servicio, será castigado con la pena de prisión militar correccional a prisión militar mayor». Si la desobediencia fuera estando frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, la pena será la de muerte.

El Código de Justicia Militar de 1945, en su art. 185, al enumerar las eximentes, en su apartado n.º 12 considera eximente el que obra en virtud de obediencia debida. Ahora bien, seguidamente añade: «Esta eximente la tomarán o no en cuenta los tribunales según las circunstancias de cada caso y teniendo presente si tratándose de un hecho penado en este Código, se prestó obediencia con malicia o sin ella».

Y, en cuanto al delito de desobediencia, aparece recogido en los arts. 327 al 332, con bastante similitud al Código de Justicia Militar anterior; no hay referencia específica a la posibilidad de desobedecer.

En la modificación que sufrió este Código mediante ley de 1949, la indicada eximente se mantuvo con la misma redacción.

Ya en la democracia se dictó el Código Penal Militar de 1985. En su art. 21 se remite a las eximentes previstas en el Código Penal, pero añade que «no se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución».

¹² Se trata de una ley de organización, procesal, penal y disciplinaria en el sentido de que mediante sus preceptos se organiza la jurisdicción castrense, se establece el sistema procesal y se determinan los delitos, las penas y su ejecución, así como las infracciones y sanciones disciplinarias.

Específicamente, al establecer el delito de desobediencia en el art. 102, no contiene ninguna disposición concreta en relación con la posibilidad de desobedecer ciertas órdenes.

Paralelamente, tanto en las Reales Ordenanzas como en la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, se nota que existe una cierta contemporización entre el deber de obedecer y la necesidad de introducir un límite a la obediencia.

Las normas que establecen este límite no son, a mi juicio, todo lo contundentes que debieran serlo. Aunque lo son suficientemente para extraer de ellas interpretativamente que no existen mandatos antijurídicos obligatorios.

No obstante, es preciso concretar este extremo.

El actual Código Penal Militar de 2015, en el art. 44 apartado 3.º, dispone:

«No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del derecho internacional de los conflictos armados».

Parece, pues, que excluye el mandato que infrinja cualquier disposición general que no tenga rango de ley. Pero esto es solo una apariencia. Es preciso analizar la cuestión con más detenimiento.

2.3. LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES

Veamos a continuación sucintamente cómo aparece regulada esta cuestión en los distintos códigos penales que hemos tenido a lo largo de la historia.

El Código Penal de 1822 (arts. 483-491), dictado durante el denominado Trienio Liberal, estaba muy preocupado por la defensa de la Constitución, por lo que considera que existe el delito de desobediencia, salvo que se trate de desobedecer a una orden contraria a la Constitución.

Además, en su art. 21 establece:

«En ningún caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete la acción contra su voluntad, forzado en el acto por

alguna violencia material á que no haya podido resistir, ó por alguna orden de las que legalmente esté obligado á obedecer y ejecutar. Compréndese en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar á un hombre prudente, y dejarle sin arbitrio para obrar».

Con el cambio ideológico, se introduce en el Código de 1848 (arts. 277 a 279) la eximente de obediencia debida (art. 8 n.º 12) y se castiga la desobediencia a las órdenes de sus superiores y también al que «habiendo suspendido con cualquier motivo la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después que aquellos hubieren desaprobado la suspensión».

Así pues, aparece aquí la *remonstratio*.

Lo mismo se mantiene sin cambios en el Código de 1850.

Posteriormente, se producirá la denominada Revolución Gloriosa de 1868, que dio lugar a la Constitución de 1869, en cuyo art. 30 párrafo segundo se declara que «el mandato del superior no eximirá de responsabilidad en los casos de infracción manifiesta, clara y terminante de una prescripción constitucional. En lo demás, solo eximirá a los agentes que no ejerzan autoridad». Este sistema será el que aparezca reflejado en el Código Penal de 1870.

En efecto, el Código de 1870 también mantiene la eximente de obediencia debida (art. 8 n.º 12), pero, al establecer el delito de desobediencia (arts. 380-383), ya considera que no lo comete el funcionario que desobedece un «mandato administrativo» que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional y tampoco los funcionarios públicos constituidos en autoridad cuando el mandato «de igual clase» infrinja manifiesta, clara y terminantemente «cualquier otra ley».

Mantiene la *remonstratio*. De manera que el delito aparece una vez suspendido el cumplimiento de la orden, si se desobedece después de que el superior hubiera desaprobado la suspensión.

La misma redacción vamos a encontrar en los códigos de 1928 y de 1932.

En el Código de 1944 ya no hay Constitución y, consiguientemente, desaparece la no obligación del cumplimiento de una orden o mandato contrarios a la Constitución; también desaparece la concreción de que el mandato debía ser «administrativo» y, simplemente, se refiere al no cumplimiento de un «mandato».

El Código de 1944 mantiene la eximente de obediencia debida (art. 8 n.º 12) y, específicamente, en relación con el delito de desobediencia (arts.

369 a 372), señala que no incurrirán en responsabilidad criminal «los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley». E igualmente tampoco «los funcionarios públicos constituidos en autoridad que no den cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquier otra disposición general».

Repárese que desde el Código de 1870 el sistema diferencia entre:

- a) El funcionario público puede/debe desobedecer cualquier mandato administrativo que infrinja la Constitución.
- b) La autoridad puede/debe desobedecer cualquier mandato administrativo que infrinja cualquier otra ley .

Así pues, en el Código de 1870 se refiere la desobediencia de la autoridad a mandatos administrativos que infrinjan cualquier ley. Seguramente se pensaba en el error y la capacidad de la persona para comprender. Cualquiera, todo funcionario, puede darse cuenta de cuándo la orden va contra la Constitución. Si es contra la ley, a quien se le exige que lo sepa es a la autoridad.

Y es en el Código de 1944 cuando se refiere a la desobediencia a cualquier otra disposición general.

De manera que la evolución histórica nos muestra que mientras los liberales defendían la no existencia de delito de desobediencia ante mandatos contrarios a la Constitución, lo que tenían en mente y querían impedir eran pronunciamientos militares contra la Constitución y la forma de Estado que ella establecía. Por esta razón, aparecerá posteriormente en la Constitución de 1869 la idea de la no obediencia debida en las órdenes contrarias a la Constitución.

Evidentemente, la idea era que ningún militar o autoridad pudiera considerarse obligado a obedecer mandatos contra la Constitución, por la única razón de que procedieran de un superior jerárquico.

La ideología absolutista y, más tarde, las formas dictatoriales mantendrán un sistema que coexiste con la exigente de obediencia debida. No vamos a entrar a exponer cómo se desarrolló en la práctica esta coexistencia, pues debemos llegar al sistema actual. No obstante, apuntaremos que es fácil comprender que con ese sistema es más sencillo imponer la obediencia ciega: «usted cumpla lo que se le ordena, sin pensar, pues ninguna responsabilidad le va a arrastrar por actuar así».

En efecto, Álvarez García¹³ hace especial hincapié en que mientras el Código Penal de 1870 se refería a «mandato administrativo», lo que se mantuvo en los códigos de 1928 y 1932; sin embargo, la calificación de «administrativo» fue eliminada en el Código Penal de 1944. Explica que la razón de este cambio se debió al «deseo que embargaba al régimen fascista de ejercer un control absoluto de todas las decisiones que se tomaran en el “nuevo Estado”, ya fueran administrativas o judiciales; y tal perspectiva exigía, desde luego, arrumbar todo centro de poder independiente y, por lo tanto, no sometido a control. Esa visión [...] imponía la no diferenciación entre las resoluciones administrativas y judiciales a los efectos del control político sobre la legalidad de las mismas». Y, para una mejor comprensión, añade Álvarez García, que «era necesario que los funcionarios ideológicamente fieles por cómplices en la rebelión de 1936 corrigieran las “debilidades” o “equivocadas orientaciones” por parte de los jueces en el dictado de sus resoluciones, a través de un efectivo control sobre las mismas».

Precisamente por ello, Álvarez García, con toda razón, considera llamativo que «hoy en día perviva ese santuario fascista en el Código Penal español». A nuestro juicio, no debe existir ninguna duda respecto a que es preciso replantearse todo el tema de la obediencia/desobediencia en el marco de un Estado democrático de derecho.

2.4. ÁMBITO INTERNACIONAL

2.4.1. Después de la Segunda Guerra Mundial

Para terminar esta visión histórica, solamente diremos que después de la Segunda Guerra Mundial se elaboró el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945, en cuyo art. 8 se determina que «el hecho de que el acusado actuara obedeciendo órdenes de su Gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el tribunal estima que la justicia así lo exige».

Precisamente, después de la victoria de los aliados se presentó con toda gravedad la cuestión de la obediencia debida. Al respecto, Rad-

¹³ ÁLVAREZ GARCÍA. «Prólogo». ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.). *Derecho penal español. Parte especial (II)*. 2011, pp. 32-33.

bruch elaboró la conocida como *fórmula Radbruch*, que fue empleada entonces y volvió a ser utilizada en 1989 en relación con los soldados de la RDA que habían disparado sobre los que intentaban saltar el muro de Berlín¹⁴.

2.4.2. El Estatuto de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue aprobado en Roma el 17 de julio de 1998¹⁵. En relación con España, fue concedida la autorización para su ratificación mediante Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, y por ello fue ratificado por España por medio de instrumento de ratificación que lleva fecha de 19 de octubre de 2000 y publicado en el BOE de 27 de mayo de 2002. En su art. 33 se refiere a la cuestión que estamos tratando en los siguientes términos:

«Artículo 33. Órdenes superiores y disposiciones legales

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un Gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal, a menos que:

- a) estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
- b) no supiera que la orden era ilícita, y
- c) la orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas».

¹⁴ Véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Introducción a la teoría del Estado*. 2014, pp. 40-41; BACIGALUPO. «Veinte años de la caída del Muro de Berlín. Recuerdos de un penalista». *Revista Tiempo de Paz*, 95/2009, pp. 41 y ss.; STEDH, Streletz, Kessler and Krenz contra Alemania, de 22 de marzo de 2001, en cuanto a la vigencia del principio *nullum crimen sine lege* en relación con las personas que participaron en la muerte de personas que intentaron escapar de Alemania del Este (RDA) hacia Alemania del Oeste (RFA).

¹⁵ Al respecto, *vid.* PIGNATELLI Y MECA (Ed.). *El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y textos complementarios*. 2003.

3. LA LEGALIDAD ACTUAL

3.1. INTRODUCCIÓN

La eximente de obediencia debida se ha venido interpretando como una exención de responsabilidad criminal aplicable en aquellos casos en los que se ha cometido un delito porque así lo ha ordenado un superior jerárquico. Tal sistema antepone la autoridad (el mandato de la autoridad) a la ley, por lo que, aunque el mandato sea antijurídico, debe ser obedecido.

Evidentemente, esta forma de ver las cosas no puede ser admitida en un Estado de derecho. En este no hay nadie por encima de la ley, de manera que ningún mandato contrario a la ley debe ser obedecido, y quien lo haga no puede pretender ser exonerado de responsabilidad por tal razón. El sistema de la obediencia debida no cabe en un Estado de derecho; por esta razón desapareció la citada eximente en el Código Penal de 1995.

No debe confundirse la obediencia debida con la obediencia jerárquica. Cuando la orden está dada por el superior dentro de sus atribuciones y se ordena a quien debe obedecerla, existe entre ambos una relación de obediencia jerárquica; y cuando lo que se ordena es conforme a la ley o, en general, al ordenamiento jurídico, no se plantea ningún problema, pues no se comete delito alguno. Los mandatos jurídicos plantean otro tipo de cuestiones en los que ahora no vamos a entrar.

Lo que examinamos es la cuestión de la obediencia debida como fundamento de exención de responsabilidad por obrar cumpliendo una orden ilícita del superior. Esto es, la problemática de los mandatos antijurídicos obligatorios.

Para ello, volvamos a los códigos actuales: el Penal y el Penal Militar.

3.2. LA EXIMENTE DE OBEDIENCIA DEBIDA

Como *eximente*, la obediencia debida no existe en el Código Penal. Y el Código Penal Militar en esta materia no contiene ni eximentes, ni agravantes, ni atenuantes, si bien existe una remisión sorprendente en el artículo 19 del Código Penal Militar. No obstante, ha de recurrirse al art. 1.2 del Código Penal Militar que introduce el Código Penal como supletorio en todo lo no previsto expresamente. Desde este punto de vista, las eximentes, atenuantes y agravantes del Código Penal serán aplicables a los

delitos del Código Penal Militar. Por consiguiente, no existe la eximente de obediencia debida en el ámbito militar.

Además, es preciso indicar lo que dice el art. 616 bis del Código Penal: «Lo dispuesto en el artículo 20.7.º de este Código en ningún caso resultará aplicable a quienes cumplan mandatos de cometer o participar en los hechos incluidos en los capítulos II y II bis de este título». Disposición que, aunque nuestro Código no incorpore ya la eximente de obediencia debida, pretende reafirmar que no es aplicable el cumplimiento del deber. Tal norma es ciertamente superflua, pues el cumplimiento del deber y la obediencia debida no son conceptos intercambiables.

En efecto, no hay duda de que tal eximente tiene claros sus límites frente a la de obediencia debida, por lo que no es admisible desbordar tales límites para abarcar con el cumplimiento del deber lo que antes era terreno de la obediencia debida. El cumplimiento del deber nunca abarca situaciones ajenas al deber, y en un Estado democrático de derecho no hay posibilidad de admitir deberes de carácter ilícito. El cumplimiento de un deber solo se plantea cuando se presenta frente a otro deber y, entonces, aparece una situación de necesidad; siempre ha de tratarse de deberes jurídicos (no morales)¹⁶.

3.3. EL DELITO DE DESOBEDIENCIA

En cuanto al delito de desobediencia, debemos exponer la regulación tanto del Código Penal como del Código Penal Militar.

3.3.1. Código Penal

Lo encontramos en los arts. 410 y 411.

«Artículo 410

1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

¹⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Op. cit.*, pág. 662.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general.

Artículo 411

La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

3.3.2. Código Penal Militar de 2015

Lo encontramos en el art. 44:

«1. El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se tratase de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

2. Cuando la desobediencia tenga lugar en situación de conflicto armado, estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión.

3. No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del derecho internacional de los conflictos armados.

4. A los efectos del presente artículo se entenderá por superior a quien lo sea en la estructura orgánica u operativa, o a quien ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria».

4. EL DELITO DE DESOBEDIENCIA EN EL ÁMBITO MILITAR

El art. 44 del Código Penal Militar contiene cuatro apartados: los apartados 1.º y 2.º configuran el delito de desobediencia en relación con órdenes relativas: a) al servicio, b) al servicio de armas, y c) en situación de conflicto armado, estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas.

En otras palabras, establece el delito de desobediencia en relación con la obediencia jerárquica como tipo básico y luego añade dos tipos agravados.

El *tipo básico*, referido a la obediencia jerárquica, se determina por los siguientes elementos:

- c) Órdenes legítimas (mejor hubiera sido decir *legales*).
- a) Procedentes de un superior.
- b) Relativas al servicio.

En relación con el segundo elemento (procedentes de un superior), el término superior tiene una interpretación auténtica en el propio art. 44, concretamente en su apartado 4º, donde señala: «A los efectos del presente artículo se entenderá por superior a quien lo sea en la estructura orgánica u operativa, o a quien ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria»; que deberá ser interpretada teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 5 del mismo Código.

Evidentemente, todos estos elementos precisan de interpretación: ¿qué es una orden legítima?¹⁷, ¿cuáles son relativas al servicio?, ¿quién es superior, partiendo del propio concepto aportado por el art. 44?

También tienen una interpretación auténtica los términos *actos de servicio* en el art. 6 del Código Penal Militar.

Y, naturalmente, el concepto de *orden* aparece desarrollado en el art. 8 del Código.

¹⁷ El concepto de *legítima* trata de adjetivar el sustantivo *orden*, pero a nuestro juicio desborda el concepto y es difícil conocer qué es lo que quiere decirse. Una orden legal o lícita es un concepto aprehensible, pero la legitimidad de una orden es algo difícil de entender. Solo es legítima aquella orden que procede de quien tiene competencia para darla, pero eso poco ayuda en el contexto, dado que es una obviedad que no aporta dato alguno en relación con lo que es la *ratio* del precepto, que es referirse a los mandatos antijurídicos. Hoy en día, en muchas ocasiones, se usa el término *legitimidad* como sinónimo de *legalidad*; si eso es lo que se quiso decir y esa es la interpretación que debe darse, bien podía haber sido utilizado el término *legal*. En otras palabras, una orden legítima es una orden legal, esto es, una orden que cumple todos los requisitos para ser conforme con los requisitos de legalidad.

No obstante, también la legitimidad se define como aquella orden que (además de legal) es justa. Si es así, entramos en el terreno pantanoso de los valores.

En cuanto a los *tipos agravados*, en ellos únicamente se modifica este último elemento, y permanecen los otros dos. De manera que los tipos agravados se forman con los elementos del tipo básico y el elemento *servicio de armas*, o bien, cuando la desobediencia tenga lugar «en situación de conflicto armado, estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas» (art. 44.2 del Código Penal Militar).

En relación con otros términos utilizados en los tipos agravados diremos: en cuanto al concepto de *actos de servicio de armas*, tiene una interpretación auténtica en el art. 6 del Código Penal Militar; *conflicto armado* no tiene interpretación auténtica; para el *estado de sitio* ha de acudirse a la ley que desarrolló el precepto constitucional¹⁸; el concepto de *enemigo* está desarrollado en el art. 7.1 del Código, y los términos *rebeldes* o *sediciosos* requieren una explicación suplementaria.

En el Código Penal Militar existe el delito de sedición, pero no el de rebelión, que solo lo prevé en caso de conflicto armado internacional en el art. 9.2.b) y, para ello, aunque lo considera delito militar, se remite a la tipificación del Código Penal común. Sobre *circunstancias críticas* hay una interpretación auténtica en el art. 7.3 del Código Penal Militar.

Además, es preciso tener en cuenta que estos tipos penales de desobediencia se presentan en concurso con la desobediencia al cumplimiento de las *prescripciones* contenidas «en los bandos que dicten las autoridades militares en situación de conflicto armado o estado de sitio» (art. 30 del CPM). En principio debe resolverse considerando que el art. 30 es ley especial.

Debemos referirnos ahora brevemente a los problemas que plantean los términos *rebeldes* o *sediciosos*¹⁹.

La sedición militar (art. 38) está configurada como un delito de desobediencia cuando concertadamente se desobedezca por cuatro o más militares (o bien, si no llegaren a este número que constituyan al menos la mitad de una fuerza, dotación o tripulación) las órdenes legítimas que recibieren. No hay referencia a fines, como sí la hay en el art. 544 del Código Penal común.

¹⁸ Art. 55 de la Constitución y Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estado de Alarma, Excepción y Sitio.

¹⁹ Sobre los delitos de rebelión y de sedición nos remitimos a lo que decimos en *Código Penal comentado* (Dir. Conde-Pumpido Ferreiro), II, 3ª ed., 2012, págs. 1689 y ss. y 1818 y ss.

a) Código Penal

Rebelión

«Artículo 472

Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes:

- 1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.
- 2.º Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al rey o a la reina, al regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.
- 3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.
- 4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier asamblea legislativa de una comunidad autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.
- 5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.
- 6.º Sustituir por otro el Gobierno de la nación o el Consejo de Gobierno de una comunidad autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una comunidad autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.
- 7.º Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno».

La rebelión puede ser con armas o sin ellas, pues el art. 473 del Código Penal considera una agravante el hecho de que se hayan esgrimido armas.

Sedición

«Artículo 544

Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales».

b) Código Penal Militar

La rebelión como tal delito no aparece. Esta situación es absurda, pues no hay delito más estrictamente militar que el de rebelión cometido por

militares. Nuestra historia nos muestra muy variadas formas de pronunciamientos y alzamientos militares que son, sin duda, delitos de rebelión²⁰.

La rebelión en caso de conflicto armado internacional: el art. 9.2.b) del Código Penal Militar lo considera delito militar y se remite a la tipificación del Código Penal.

Sedición: se recoge en el art. 38. No hay referencia a fines y, en realidad, considera la sedición cuando hay una desobediencia.

Para que haya sedición habrán de obrar concertadamente, deberán ser en número de cuatro o más o, si no llegaran a este número, que constituyan al menos la mitad de una fuerza, dotación o tripulación, cuando se niegan a obedecer las órdenes, no cumplieren las órdenes, incumplieren los deberes del servicio o amenazaren, ofendieren o ultrajaren a un superior.

Ahora bien, debemos preguntarnos qué ocurre con una rebelión militar que no sea durante un conflicto armado internacional. Son posibles dos soluciones:

a) Se aplica el Código Penal por la jurisdicción ordinaria.

b) Se aplica el Código Penal Militar, considerando una sedición, por la jurisdicción castrense.

Ahora bien, en este caso, si fuera más grave la rebelión en el Código Penal, en aplicación del art. 1.3 del Código Penal Militar, se aplicaría el Código Penal por la jurisdicción militar.

No obstante, siendo así, debemos preguntarnos qué sucede con las penas accesorias del art. 15 del Código Penal Militar. A mi juicio, deben ser impuestas: la razón es que se ha cometido un delito militar y uno civil, por lo que se resuelve el concurso mediante la aplicación de la ley más grave, aunque enjuiciado por la jurisdicción castrense. Luego deben añadirse las accesorias previstas en el art. 15 para los militares que sean condenados.

Y ¿qué ocurre con la sedición militar? En principio parece que no hay correlación con el delito de sedición del Código Penal: en este la clave son los fines pretendidos, y en el del Código Penal Militar es la desobediencia. Ahora bien, es posible (y muy probable) desobedecer para obtener determinados fines. No obstante, aunque encontremos la correlación entre los tipos penales, sin embargo, determinar qué regulación es más grave no es fácil. Es sencillo si nos fijamos únicamente en la pena máxima, pero no es así si nos fijamos en cuál es la pena mínima que puede imponerse. En el

²⁰ La excusa de que la jurisdicción castrense no dio la talla en el caso del 23F y que, por ello, ese delito debe ser del ámbito de la denominada jurisdicción ordinaria no es convincente. Además, entonces el recurso se interpuso ante la Sala 2.^a del Tribunal Supremo y si ahora se introdujera el delito en el Código Penal Militar y lo enjuiciara la jurisdicción militar, tendría recurso ante la Sala 5.^a del Tribunal Supremo.

supuesto de *dirigentes*, el marco penal en el Código Penal Militar es de dos a quince años, mientras que en el Código Penal es de ocho a diez años, y, además, si tales dirigentes fueren *autoridad*, de diez a quince años, y a los *meros ejecutores*, de uno a diez años en el Código Penal Militar y de cuatro a ocho en el Código Penal.

5. LA OBLIGACIÓN DE DESOBEDECER

Esta cuestión nos conduce directamente a la relativa a los mandatos antijurídicos obligatorios, cuya evolución histórica ya hemos visto.

La situación en el Código Penal común²¹ es la siguiente:

- a) La negativa abierta: es delito, en principio, del art. 410.1.
- b) No hay responsabilidad por el incumplimiento: cuando el mandato «constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general».

Así pues, cuando se habla de mandato antijurídico, este abarca tanto los mandatos contra ley como contra cualquier disposición general.

- c) La *remonstratio*.

Es posible la *remonstratio*, esto es, hacer presente, mostrar las dificultades o consecuencias que el cumplimiento de lo mandado va a producir.

Ha de tratarse de órdenes que no constituyan mandatos antijurídicos, pues, si así fueran, entonces no por el hecho de efectuar la *remonstratio* desaparece, para el que recibe la orden, la obligación de no obedecer.

Se trata de un supuesto de mandato correcto con la legalidad ante el cual el que debe obedecer no realiza una negativa abierta a su cumplimiento, sino que le demuestra a su superior las dificultades o las consecuencias, y si el superior desaprueba la suspensión de la ejecución de la orden, entonces el inferior debe cumplirla y, si no lo hiciere, entonces incurrirá en delito de desobediencia; este tipo constituye un tipo agravado respecto al básico de desobediencia. No es fácil comprender por qué se configura como un tipo agravado.

¿Qué ocurre cuando el que debe obedecer hace la *remonstratio* exponiendo al superior que, a su juicio, la orden es contraria al ordenamiento jurídico, el superior le explica que no es así y entonces aquel obedece la orden, la cual era ilegal? Nos encontraremos ante un problema de error.

²¹ Con más detalle: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Op. cit.* «Parte especial», III, 1992, pp. 277 y ss.

Por supuesto, también puede existir un problema de error, aunque no haya *remonstratio*. Pues el obediente puede obedecer porque crea equivocadamente que la orden es correcta con arreglo al ordenamiento jurídico.

Se plantea aquí el problema del error²²; a esta cuestión nos referiremos más adelante.

Y ¿qué ámbito tiene el adverbio *manifestamente* que utilizan tanto el Código Penal como el Código Penal Militar?

El contenido que debe darse al adverbio *manifestamente*, a mi juicio, es nulo. En otras palabras, tenerlo por no puesto. No añade nada, y los que pretenden darle un contenido no pueden llegar a resultados satisfactorios de cara a la *ratio legis*.

En efecto, la norma donde se excluye la responsabilidad criminal (art. 410 del Código Penal y art. 44.3 del Código Penal Militar), en caso de mandato antijurídico, no pretende —como piensan los defensores de dotar de contenido al citado adverbio— reforzar la autoridad y el deber de obediencia. En otras palabras, consideran que al poner el acento en el adverbio lo que hacen es restringir los supuestos de desobediencia; es un argumento de corte autoritario.

Desde este punto de vista, se piensa que solo están excluidos del cumplimiento aquellas órdenes que sean *manifestamente* contrarias a la ley, de manera que las que no lo sean deben ser cumplidas. Por esa vía llegan, a su juicio, al cumplimiento ciego en todo lo que no sea *manifestamente* contra la ley. Pero, como todo pensamiento autoritario, olvidan o no les importa la persona que ejecuta la orden; esta persona será responsable penalmente de lo que haya realizado al cumplir la orden ilegal.

Sin embargo, la cuestión no va por ahí. El ámbito de la citada norma es establecer los casos de exclusión de responsabilidad. La cuestión de la desobediencia se encuentra en la primera frase tanto del art. 410 del Código Penal Militar como en la del art. 44.1 del Código Penal Militar. En otras palabras, el adverbio solamente tiene como ámbito de actuación la irresponsabilidad del cumplidor o incumplidor de la orden.

Así pues, si la orden es manifestamente ilegal y el destinatario no la cumple, no habrá delito. Pero cuando la orden no es *manifestamente* ilegal (pero realmente lo es), caben dos opciones: a) el destinatario la cumple, en cuyo caso habrá cometido algo ilegal y no podrá ampararse en la exención por cuando la orden no era *manifestamente* ilegal, o b) el destinatario no

²² Al respecto, véase extensamente: PÉREZ DEL VALLE. «Aproximación a los problemas dogmáticos de la obediencia en el derecho penal militar». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 68, 1996, pp. 37 y ss.

la cumple, en cuyo caso no habrá cometido algo ilegal, pero será reo de desobediencia por incumplir la orden que no era *manifiestamente* ilegal.

El resultado al que se llega es totalmente absurdo: una persona resulta responsable por desobedecer una orden cuyo cumplimiento constituye la realización de un acto delictivo. Evidentemente, llegamos a los mandatos antijurídicos obligatorios y a las teorías autoritarias.

Como esa no es la *ratio legis*, sino todo lo contrario (erradicar los mandatos antijurídicos obligatorios), es evidente que al adverbio *manifiestamente* no debe dársele contenido alguno. Ni siquiera en el ámbito del error.

A nuestro juicio²³, como no pueden existir mandatos antijurídicos obligatorios, resulta que una orden antijurídica (manifiesta o no) nunca puede ser de obligatoria obediencia, por lo que, en consecuencia, no cabe que su desobediencia pueda ser considerada típica.

6. LA OBLIGACIÓN DE OBEDECER

De muy diversas maneras puede establecerse la obligación de obedecer. Podemos hacer la siguiente clasificación.

a) Obediencia ciega: siempre que exista una relación jerárquica, existirá la obligación de obedecer, se trate de una orden legal o ilegal, contraria al ordenamiento jurídico o no; en correlación con esto, únicamente el superior es responsable de lo que suponga el cumplimiento de la orden y el ejecutor queda radicalmente exento porque actuó con obediencia debida.

b) Obediencia legal: siempre que exista una relación jerárquica, deben obedecerse únicamente aquellas órdenes que sean de acuerdo al ordenamiento jurídico. Las que lo contravengan no deben ser obedecidas, y, si se ejecutan, el ejecutor es responsable por lo realizado sin que pueda oponer la obediencia debida.

c) Obediencia en función de la gravedad de la consecuencia: es una teoría mixta. Se parte, como en los otros supuestos, de la existencia de una relación jerárquica. Conforme con esta teoría, habría obligación de desobedecer en relación con todos los mandatos que supongan una contradicción grave con el ordenamiento jurídico, pero habría obligación de obedecer ante un mandato antijurídico que supusiera una infracción menor del ordenamiento jurídico.

²³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Op. cit.* Parte especial, III, pp. 288 y ss.

La cuestión sobre el carácter grave o de menor entidad puede elaborarse en función de que lo mandado contradiga lo dispuesto en la Constitución o en una ley, que daría lugar a que se considerara grave. O que contradiga una disposición de otro orden, en cuyo caso sería considerado de carácter menor²⁴.

La base de esta teoría se encuentra, por una parte, en que, en la colisión de deberes (deber de obedecer y deber de no infringir el ordenamiento jurídico), es preferente el cumplimiento del deber de no infringir el ordenamiento jurídico cuando tal infracción es de carácter grave —con el ámbito que le hemos dado—. Pero, cuando la transgresión del ordenamiento jurídico es de carácter menor —con el ámbito que le hemos dado—, sería prevalente el deber de obedecer. Por otra parte, se fundamenta esta distinción en que el que obedece puede y debe ser capaz de comprender que lo que se le manda es contrario al ordenamiento jurídico cuando lo ordenado lo transgrede de forma grave —con el ámbito que le hemos dado—, pero eso no ocurre cuando la transgresión es de carácter menor —con el ámbito que le hemos dado—.

Además, a esta teoría se añade en ocasiones que ha de tenerse en cuenta la posición del que recibe la orden, pues hay una mayor exigencia de examen de la orden cuanta mayor importancia en el orden jerárquico tiene el que ha de cumplir la orden.

Ahora debemos preguntarnos cuál es el sistema que sigue nuestro Código Penal.

La respuesta es clara: sigue la teoría de la obediencia legal. Debe desobedecerse todo mandato antijurídico; es indiferente que contradiga la Constitución, la ley o cualquier otra disposición general, aunque no tenga el carácter de ley formal.

¿Y el Código Militar?

A primera vista, parece que el Código Penal Militar sigue el sistema de obediencia en función de la gravedad de la consecuencia.

Parece que se alinea con esa teoría, pues el Código Penal Militar, al regular el delito de desobediencia en el art. 44, admite que no hay delito cuando se desobedece una orden que suponga la ejecución de actos que *manifiestamente* constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción «manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del derecho internacional de los conflictos armados».

²⁴ Al respecto, véase JAKOBS. *Strafrecht*. Pp.16-11 y ss.

Se trata de un precepto absolutamente perfecto en su confusión. Luego volveremos sobre él.

Pero lo cierto es que se refiere a una norma con rango de ley, de ahí que parezca que excluye cualquier otra disposición de carácter general que no tenga el rango de ley.

Por otra parte, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero), en su art. 48, establecen que «si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión». Es decir, sigue la línea del Código Penal Militar (o este sigue a aquellas, pues son anteriores en el tiempo).

Además, la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en su art. 7.9, considera falta grave «dar órdenes que sean contrarias al ordenamiento jurídico». Aquí ya no aparece distinción alguna entre contrarias a lo dispuesto en una ley o en otro tipo de disposiciones. El ordenamiento jurídico abarca todo tipo de normas.

No es posible admitir que el ordenamiento establezca el deber de no ordenar nada contra el ordenamiento jurídico y que paralelamente obligue a cumplir algo que va contra el ordenamiento jurídico.

Por ello, la única manera de interpretar este grupo normativo sobre la obediencia y sus límites es considerando que, cuando se refiere a una norma con rango de ley, ha de entenderse en el sentido de contrario al ordenamiento jurídico.

También es preciso reparar en el ámbito disciplinario de la Guardia Civil, concretamente en el art. 7, apartado 15, de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, donde se considera falta muy grave «la desobediencia grave o la indisciplina frente a las órdenes o instrucciones de su superior, salvo que estas constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico». En otras palabras, en relación con la Guardia Civil, el sistema se alinea claramente con la teoría de la obediencia legal.

Así pues, en el ámbito de la Guardia Civil, en relación con los delitos el Código Penal Militar, no puede interpretarse conforme a la teoría de la obediencia en función de la gravedad de la consecuencia, pues, si cabe desobedecer sin que constituya infracción disciplinaria en caso de que la orden infrinja el ordenamiento jurídico, no cabe pensar que, en ese caso, pueda ser delito.

El ordenamiento jurídico no puede desorientar a los ciudadanos y declarar o establecer obligaciones contrapuestas con respuestas diferentes.

La consecuencia es que, en el ámbito de la Guardia Civil, rige la teoría de la obediencia legal. La interpretación de lo establecido para la Guardia Civil, así como lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, conduce a que pueda afirmarse que también en este ámbito, esto es, en las Fuerzas Armadas, rige el sistema de la obediencia legal.

En otras palabras, debemos concluir, por consiguiente, que la teoría de la obediencia legal rige para el Código Penal, para la Guardia Civil y para el Ejército. Desde luego, otra solución es absolutamente absurda.

Hemos llegado a esta conclusión mediante la interpretación de los textos legales correspondientes. A propósito, hemos dejado a un lado la Constitución, que lógicamente debió ser tenida en cuenta en primer lugar. Pero lo hemos hecho porque, de no haber llegado a tal resultado, la consecuencia sería la inconstitucionalidad del precepto. Era preciso examinar si existía alguna interpretación posible que estuviera de acuerdo con la Constitución.

En efecto, el art. 103.1 de la Constitución señala que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

Aquí nos encontramos el bien jurídico protegido por el delito de desobediencia, que es el principio de jerarquía ejercido de una determinada manera y en los casos precisos para que la Administración Pública pueda servir a los intereses generales²⁵; pero también supone la constitucionalización del principio de jerarquía. Ahora bien, tal constitucionalización se enmarca en el sometimiento pleno a la ley y al derecho. Por consiguiente, queda claro que, fuera de ese marco, el principio de jerarquía no puede funcionar, lo cual es coherente con los principios de un Estado de derecho y con la erradicación de la teoría autoritaria.

Y, por *ley y derecho* ha de entenderse equivalente al bloque de legalidad, de manera que, como señala Álvarez García²⁶, la vinculación no es solo con «las disposiciones de carácter general de cualquier rango y fuente competencial de que proceden, sino también a los principios generales del derecho extraíbles de nuestro ordenamiento positivo, a la costumbre, al precedente administrativo, etc.». Y, en esa línea también forma parte del

²⁵ Al respecto: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Op. cit.* III, pág. 278; ÁLVAREZ GARCÍA. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. 1987, pp. 220-223.

²⁶ ÁLVAREZ GARCÍA. *Ibídem*, pág. 250.

derecho la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional.

De manera que únicamente interpretando el delito de desobediencia del art. 44 del Código Penal Militar y los límites del deber de obediencia en el indicado sentido cabe afirmar su constitucionalidad.

En el sentido indicado, la STS 5.^a (pleno), n.º 32/2018, de 22 de marzo, afirma que «en nuestro Estado de derecho no cabe la aplicación del principio de jerarquía, base del deber de obediencia (jerárquica), cuando en virtud del mismo se sobrepasan los límites marcados por la ley y el derecho». Y añade:

«La referencia a la ley contenida en el art. 44.3 del Código Penal Militar no puede entenderse en el sentido de ley formal, pues el principio de jerarquía constitucionalmente admisible es únicamente aquel que se somete no sólo a la ley, sino también al derecho. En definitiva, no caben en nuestro ordenamiento jurídico —y esto afecta, desde luego, entre otros y a lo que aquí interesa, a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil— mandatos antijurídicos obligatorios, entendiendo por ello cualquier mandato que vaya contra la ley o el derecho.

De manera que, por las razones expuestas, cabe afirmar que el sistema establecido en relación con los límites de la obediencia tanto en las Fuerzas Armadas como en la Guardia Civil es el que podemos denominar de *obediencia legal*, incluyendo en este término toda orden o mandato que sea conforme al ordenamiento jurídico».

7. LA NATURALEZA DE LOS LÍMITES DE LA OBEDIENCIA

El art. 44.3 del Código Penal Militar contiene una redacción poco afortunada.

Por una parte, el deber de desobedecer la orden antijurídica no aparece declarado de forma directa. En vez de imponer el deber de desobedecer, parece querer establecer un supuesto de causa de justificación cuando se desobedece porque la orden es antijurídica. Luego nos ocuparemos de la naturaleza jurídica de la *autorización* que contiene el art. 44.3, aunque ya adelantamos que, a nuestro juicio, no es una causa de exclusión de la culpabilidad²⁷, ni únicamente una causa de justificación, al considerar que una

²⁷ Defiende esta posición, entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA. *Op. cit.*, VI, pp. 800 y 805 y ss.

autorización como la recogida en el Código pertenecería al ámbito de las causas de justificación, sino que constituye una causa de exclusión de la tipicidad²⁸, junto con causas de exclusión de la antijuridicidad. En efecto, hay supuestos de exclusión de la tipicidad y supuestos de exclusión de la antijuridicidad. Esto lo veremos al tratar el error.

Por otra parte, la acumulación de autorizaciones que contiene la norma es claramente redundante y, por tanto, superflua. En efecto, una vez que ya dice que la orden entraña la ejecución de actos que constituyan delito, o una infracción de una norma con rango de ley, todo lo demás carece de relevancia. Por dos veces utiliza los términos *manifiestamente* y *manifiesta*, respecto de lo que nos remitimos a lo que ya dijimos con anterioridad.

Y la referencia al derecho internacional de los conflictos armados es difícil de entender. Cabe pensar que se refiere a los delitos contenidos en los arts. 609 y ss. del Código Penal, en cuyo caso es redundante, pues ya ha dicho antes que constituya delito; ahora bien, también cabe pensar que se refiere a todo lo establecido dentro del ámbito internacional en relación con los conflictos armados, incluyendo lo determinado en los tratados internacionales, aunque no hayan sido tipificados como delitos, lo cual también resulta redundante, pues el tipo del art. 614 ya configura como delito el actuar contra los tratados con ocasión de conflicto armado²⁹. Así pues, quedaría la cuestión de si el precepto abarca la costumbre internacional en caso de conflicto armado que no haya sido incorporada a algún tratado internacional o incluso a actos contra lo dispuesto en tratados internacionales en los que España no sea parte.

8. EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER

Ya dijimos que no es admisible ni correcto considerar que, como ha sido derogada la eximente de obediencia debida, sus supuestos deben ser reconducidos al ámbito de la eximente del cumplimiento del deber. Y no es posible pues no tiene nada que ver una eximente con la otra, ni por su fundamento ni por su ámbito.

²⁸ Así, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Op. cit.*, pág. 289; VIVES ANTÓN. «Consideraciones politocriminales en torno a la obediencia debida». *Estudios penales y criminológicos*, V, 1982, pág. 144; ÁLVAREZ GARCÍA. *Op. cit.*, pp. 251 y 290; ORTS *et al.* *Derecho penal. Parte especial*. 1988, pág. 446; PIGNATELLI Y MECA. *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios* LEÓN VILLALBA, F.; JUANES PECES; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (Dir.). 2017, pág. 523.

²⁹ Sobre esta cuestión, en profundidad: PIGNATELLI Y MECA. *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*. 2003, pp. 193 y ss., 596 y ss. y 703 y ss.

Sin perjuicio de las dificultades para encontrar los principios justificantes³⁰, podemos decir con carácter general que las causas de justificación se fundamentan bien en la ausencia de interés, o bien en la existencia de un interés preponderante. La obediencia debida se fundamentaba en que, en la colisión de intereses, era preponderante el mantenimiento de la jerarquía por encima del cumplimiento de la ley; por el contrario, en la eximente del cumplimiento de un deber, el interés preponderante es el cumplimiento de aquel deber que es conforme a la ley.

Tampoco los ámbitos coinciden: el cumplimiento del deber exige —para que sea eximente— que se trate de un deber jurídico legalmente establecido, esto es, un deber que sea conforme a la ley, que no infringe la ley. Mientras que en la obediencia debida su ámbito de actuación, esto es, donde despliega su eficacia, es precisamente cuando el mandato de obrar es contrario a la ley.

Así pues, es preciso insistir en que en lo que estamos exponiendo nada tiene que ver la eximente de la responsabilidad criminal contenida en el art. 20.7.º del Código Penal, aplicable al ámbito militar en virtud de lo dispuesto en el art. 1.º.2 del actual Código Penal Militar.

Como hemos indicado, no tiene nada que ver, pues los ámbitos de actuación de la antigua eximente de responsabilidad criminal de obediencia debida y el de la eximente del cumplimiento de un deber son diferentes. Esta última, esto es, el cumplimiento del deber, se refiere a deberes legales, mientras que la obediencia debida parte de que se cumple un mandato antijurídico. Como es fácil de entender, la cuestión que se plantea es qué ocurre cuando se cumple una orden antijurídica, y no cuando se cumple un deber legal. Por ello, en modo alguno puede razonarse al examinar esta cuestión acudiendo a la eximente contenida en el art. 20.7.º del Código Penal.

9. EL ERROR

9.1 NUESTRA POSICIÓN

Evidentemente, la cuestión depende en gran medida de cómo se conceptúe el deber: si es un elemento del tipo o si, por el contrario, pertenece a la antijuridicidad del hecho. Por ello, las soluciones variarán en función de

³⁰ Véase al respecto: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Op. cit.*, pp. 639 y ss.

la posición teórica que se mantenga: si el deber es un elemento típico o si lo típico es el no cumplimiento del deber y, junto a ello, existe la posibilidad de que el no cumplimiento (por razón de ciertas circunstancias) constituya una justificación del hecho. En otras palabras, podemos partir de que el cumplimiento del deber solo *existe* en tanto sea conforme al ordenamiento jurídico; o partir de que el incumplimiento del deber ya configura una conducta típica y posteriormente se examinará si concurre alguna causa que justifique la desobediencia.

Así pues, es preciso determinar el lugar en el que consideramos que debe ser examinado el *deber*, pues, si estimamos que constituye un elemento del tipo, entonces un error sobre la existencia del deber excluye el dolo. Por el contrario, si conceptuamos el deber como un elemento de la antijuridicidad, el error incide sobre la conciencia de la antijuridicidad. Las consecuencias en el ámbito del error son claras: en la primera concepción se aplicará el art. 14.1 del Código Penal, y en la segunda se aplicará el art. 14.3 del Código Penal.

En los delitos de infracción de deber, un error sobre el deber da lugar a un error de tipo, y no de prohibición. En efecto, en los tipos penales en los que este consiste en la infracción del deber se plantea si el error sobre dicho deber es de tipo o de prohibición (esto es, sobre la ilicitud). A nuestro juicio, el deber forma parte del tipo y el error es un error de tipo (a pesar de la mala redacción del art. 14.1 del Código Penal, que parece referirse únicamente a un *hecho* y, por consiguiente, excluye los elementos normativos del tipo)³¹. Por ello, incluso un error que recae no sobre la existencia del deber de obedecer, sino sobre la existencia de una causa que conducía a la desobediencia, como también afecta a la propia existencia del deber, será un error de tipo (art. 14.1 del Código Penal).

Además, en aquellos supuestos en los que se considera que la orden es ilícita puede haber una colisión de deberes: entre el deber de obedecer y el deber de no transgredir el ordenamiento jurídico. Este planteamiento puede conducir a un supuesto de error.

Ya hemos dicho que, a nuestro juicio, el deber es un elemento del tipo y, en consecuencia, un error sobre el deber es un error de tipo, esto es, en los supuestos vencibles queda excluido el dolo. En otras palabras, cuando la persona desconoce que está incumpliendo un deber quedará excluido el dolo.

³¹ Véase, al respecto, por todos: BACIGALUPO. «Cuestiones de error (artículo 14 CP) en los delitos económicos y especialmente en el delito fiscal». *Diario La Ley*, n.º 9051, 29 de septiembre de 2017.

Asimismo, cuando el error recae sobre las circunstancias (de hecho o jurídicas) que hacen que la orden sea antijurídica, a nuestro juicio, entonces el error sobre ellas dará lugar a un error de tipo; pero si se considera que tales circunstancias constituyen una causa de justificación, se trataría de un error de prohibición, que no excluye el dolo y conduce a una pena atenuada. Ya dijimos que esta última solución no es la que defendemos.

Veamos a continuación cómo, a nuestro juicio, deben resolverse los diferentes supuestos.

Debe tenerse presente que, en los supuestos de obediencia indebida, suponiendo que lo ordenado suponga la comisión de un delito, se produce un delito porque al cumplir la orden recibida se ejecuta lo ordenado.

En los supuestos de desobediencia indebida hay un delito, que es el de desobediencia.

Podemos distinguir los siguientes supuestos:

1) Ante una orden ilegal.

a) Cuando el que tiene que obedecer no la obedece. En este caso no hay delito.

b) Cuando el que tiene que obedecer la obedece y cumple lo mandado:

— Bien porque cree que la orden es correcta.

— Bien porque cree que debe obedecer sin entrar a examinarla.

En ambos casos, cuando ha realizado algo ilegal (la orden lo era), si lo hace porque ha incurrido en los errores indicados, nos encontraremos ante un supuesto de error de tipo respecto del delito ejecutado.

2) Ante una orden legal.

a) Cuando el que tiene que obedecer la obedece y cumple lo ordenado: en este caso no hay delito.

b) Cuando el que tiene que obedecer la desobedece y no cumple lo mandado:

— Bien porque crea que la orden es ilegal.

— Bien porque no quiere cumplirla.

En el primer caso, se trata de un supuesto de un error de tipo respecto del delito de desobediencia.

En el segundo caso, no hay ningún supuesto de error y existe un delito de desobediencia.

9.2 OTRA SOLUCIÓN

a) Cuando el que debe obedecer no considera que debe cumplir la orden, bien por no considerar que es una orden, o bien por estimar que ha

sido dada por quien no es competente para darla (estando equivocado en ambos casos, pues se trata de una orden o el que la da es competente para darla).

Se trata de un error de tipo, pues afecta a elementos del tipo. En este sentido, Álvarez García³².

b) Cuando el obediente cree erróneamente que debe obedecer la orden (porque la cree conforme a derecho sin serlo): en este caso, se considera que se trata de un error de prohibición, pues desconoce la antijuridicidad de su obrar.

Entonces, respecto al delito cometido al obedecer la orden, debe examinarse la cuestión de la vencibilidad del error, de manera que:

- 1) Si es invencible: se excluye toda responsabilidad criminal para el obediente. Pero el que dio la orden sería autor mediato con instrumento no culpable.
- 2) Si es vencible: no se excluye el dolo en el obediente y se le castigaría por el delito doloso, aunque atenuando la pena. En este sentido, Álvarez García³³ considera que el sujeto yerra sobre una causa de justificación, esto es, obra creyendo que se encuentra amparado por una causa de justificación, por lo que el error es de prohibición. Y el que dio la orden sería autor mediato del delito.

Frente a la acción del que actúa, esto es, del que lleva a cabo la orden cometiendo un delito, cabe legítima defensa y estado de necesidad defensivo. Evidentemente, a otra solución se llega si se acepta la obediencia debida como causa de justificación, pues en tal caso frente al actuar del obediente no cabría oponer la legítima defensa.

c) Cuando el desobediente cree erróneamente que debe desobedecer la orden (porque la cree contraria a derecho sin serlo): en este caso, también se trataría de un error de prohibición. No obstante, Álvarez García³⁴ lo considera un error de tipo. Al respecto, debe repararse en la dificultad que, en ocasiones, entraña separar este supuesto del que hemos recogido bajo el apartado a). En efecto, según hemos indicado, si la persona se equivoca sobre la existencia de la orden, sería un error de tipo, pero si el error recae sobre el carácter contrario a derecho de la orden, sería de prohibición. Pero ¿qué ocurre cuando cree erróneamente que la orden no es de acuerdo a derecho porque ha sido dada por quien no puede darla? En este caso, la orden sería, a juicio del que la recibe, contraria a derecho, pero como afecta a la

³² ÁLVAREZ GARCÍA. *Op. cit.*, pp. 288 y ss.

³³ ÁLVAREZ GARCÍA, *Op. cit.*, pág. 291.

³⁴ *Loc. cit.*

esencia de la existencia de la orden, sería un supuesto del apartado antes señalado como a) y, por consiguiente, daría lugar a un error de tipo. En ese sentido, Álvarez García.

Ahora bien, debe repararse que el delito que se ha cometido es el de desobediencia.

Al respecto, también debería examinarse la cuestión de la vencibilidad del error, de manera que:

1. Si es invencible: se excluye toda responsabilidad criminal.
2. Si es vencible: se excluye el dolo y, en su caso, habría un delito imprudente.

d) Cuando el obediente sabe que la orden es contraria a derecho, pero cree que debe cumplirla por venir de un superior.

Álvarez García³⁵ lo resuelve como un error sobre una causa de justificación y, por consiguiente, como un error de prohibición.

³⁵ ÁLVAREZ GARCÍA. *Op. cit.*, pp. 291-292.

NOTAS

EL RECURSO DE REVISIÓN PENAL MILITAR COMO VÍA PARA LA EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Pedro M. Garciandía González
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de La Rioja

SUMARIO

1. Introducción. 2. La revisión penal: configuración general. 2.1. Fundamento. 2.2. Naturaleza jurídica. 2.3. Concepto y caracteres. 3. La revisión penal militar: jurisdicción, competencia, objeto y causas de rescisión. 3.1. Jurisdicción y competencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. 3.2. Objeto de la revisión: las sentencias firmes de condena. 3.3. Supuestos de revisión: carácter taxativo y finalidad rescindente. 4. Motivos clásicos de revisión penal militar. 4.1. Casos concretos de error judicial. 4.2. Pruebas obtenidas mediante la comisión de un delito. 4.3. Delito de prevaricación judicial. 4.4. Doble sentencia por el mismo hecho. 4.5. Nuevos elementos de prueba. 5. El nuevo motivo de revisión penal militar: sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 5.1. Necesidad de la reforma: la doctrina jurisprudencial previa. 5.2. La regulación de la LOPM. 5.2.1. Excepcionalidad del motivo. 5.2.2. Legitimación limitada. 5.2.3. Procedimiento de revisión: solicitud sometida a plazo. 5.2.4. Efectos de la estimación del motivo. 6. A modo de conclusión. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En una línea que «ahonda en la búsqueda de soluciones que den respuesta a algunos de los problemas que aquejan al sistema judicial español», la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la Ley Orgánica

del Poder Judicial (LOPJ), articula «un paquete de medidas estructurales y organizativas encaminadas al logro de una mejor respuesta a los ciudadanos que acuden a la jurisdicción en defensa de sus derechos e intereses»¹. En tal sentido, además de realizar una serie de modificaciones orgánicas y procesales, introduce un importante cambio en el instituto del mal llamado *recurso* de revisión. En particular, mediante la creación de un nuevo motivo de revisión —que se introduce no solo en la LOPJ, sino también en las leyes reguladoras del proceso civil, el proceso contencioso-administrativo y el proceso militar²—, la reforma viene a cubrir una importante laguna: la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de un mecanismo procesal, largamente reclamado por doctrina y jurisprudencia, que permita otorgar efectividad a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que declaran la vulneración de un derecho reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus protocolos (CEDH). Más en concreto, y por lo que ahora interesa, la Ley Orgánica 7/2015 dedica su disposición final segunda a la «Modificación de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar» (LOPM) y procede a reformar cuatro de sus preceptos: los arts. 328 y 336, referidos a la revisión penal militar; y los arts. 504 y 505, relativos a la revisión de las resoluciones judiciales dictadas en el recurso contencioso-disciplinario militar. En ambos casos la introducción del supuesto señalado se acompaña de una remisión normativa para su régimen; en el primero, a las normas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) sobre la sustanciación del proceso y los efectos de las sentencias dictadas en él; y en el segundo a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en relación con la legitimación, los términos y los procedimientos previstos para esta revisión.

Centrándonos en el ámbito de la revisión penal militar objeto de este trabajo, un segundo paso en la regulación se produce solo unos meses más tarde, con La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrím para la Agilización de la Justicia penal y el Fortalecimiento de las Garantías Procesales. Esta norma, además de otra serie de medidas procesales

¹ Según el apartado I del preámbulo de la citada Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; publicada en el BOE n.º 174, de 22 de julio de 2015, pp. 61593-61660.

² Además de los preceptos de la Ley Orgánica Procesal Militar que se estudian en el presente trabajo (disposición final segunda), la citada Ley Orgánica 7/2015 modifica en materia de revisión de sentencias firmes el art. 5 bis LOPJ (artículo único, apartado tres), los arts. 102 y 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (disposición final tercera) y los arts. 510 y 511 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (disposición final cuarta).

penales de diferente calado y consideración³, introduce en el art. 954.3 LECrim, en coincidencia esencial con el contenido del nuevo art. 328.2 LOPM, la posibilidad de solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el TEDH haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el citado Convenio. Igualmente, el legislador procesal penal aprovecha la reforma de 2015 para realizar importantes cambios en el contenido del resto de los motivos de revisión, de tal forma que, junto con una modificación de los supuestos ya existentes —que se acomodan en gran medida a la interpretación extensiva realizada durante años por nuestra jurisprudencia—, se incorporan otros cuatro motivos de nuevo cuño; dos de ellos —prevaricación judicial e interdicción del *non bis in idem*— coincidentes en esencia con los ya regulados en la LOPM desde 1989.

Pues bien, en atención a todas las modificaciones expuestas, el presente estudio se dedica, de manera particular, al examen del nuevo supuesto de revisión basado en la violación de los derechos y libertades fundamentales declarada por el TEDH, no sin antes proceder a realizar unas consideraciones generales respecto del instituto y del resto de los motivos contenidos en el art. 328.1 LOPM. El análisis obligará a examinar no solo los caracteres del nuevo motivo, sino también, en virtud del reenvío normativo, la legitimación, el procedimiento y los efectos previstos para este caso en la LECrim. Esto nos lleva a advertir de la existencia de un importante defecto en la reforma operada. La modificación de los arts. 954 LECrim y 328 LOPM no se ha visto acompañada de la remodelación del art. 958 LECrim; precepto que describe los efectos de la sentencia dictada en el juicio de revisión y que resulta aplicable a los dos ámbitos jurisdiccionales en el caso que ahora interesa. Ello suscita, como veremos, ciertas dudas acerca de la eficacia de la sentencia estimatoria del nuevo supuesto de revisión, al igual que deja constancia de la falta del rigor técnico con que se ha acometido la reforma en esta concreta materia.

³ Publicada en el BOE n.º 239, de 6 de octubre de 2015 (pp. 90220-90239), esta norma recoge, entre las medidas más importantes, la reforma de las reglas de conexidad, la modificación del régimen de remisión a la autoridad judicial de los atestados policiales sin autor conocido, el establecimiento de plazos máximos para la instrucción, la instauración de un proceso por aceptación de decreto y un proceso de decomiso autónomo, la generalización de la segunda instancia penal y la remodelación del recurso de casación.

2. LA REVISIÓN PENAL: CONFIGURACIÓN GENERAL

Con unos antecedentes que en el ámbito militar se remontan a mitad del siglo pasado⁴, el denominado todavía en la LOPM *recurso de revisión* constituye un cauce procesal que permite la rescisión de sentencias firmes y, por tanto, un instrumento de carácter excepcional que se admite únicamente en aquellos supuestos fijados en la ley en que se pone de manifiesto la injusticia de tales resoluciones. Esta escueta y genérica definición, ofrecida en sustancia por nuestra jurisprudencia⁵, si bien recoge los elementos esenciales de la revisión penal, tanto en la modalidad prevista para la jurisdicción ordinaria (arts. 954 y ss. LECrim) como para la militar (arts. 328 y ss. LOPM), debe completarse y matizarse con referencias más específicas al fundamento y a la naturaleza jurídica de la figura que permitan precisar el concepto y los caracteres que la identifican.

⁴ Con prescindencia de los antecedentes remotos de la figura, que se encuentran relacionados no solo con la revisión, sino también con el recurso de casación y que la sitúan en la *restitutio in integrum* del derecho romano, la revisión penal española se halla históricamente asociada al derecho de gracia y a la rehabilitación del inocente. Sus orígenes se encuentran en el derecho francés y se remontan a principios del siglo XIV, a las denominadas *Lettres de grâce de dire contre les arrêts*, una concesión hecha por el soberano a una de las partes del proceso, a la que le concede un trámite extraordinario para solicitar, en el plazo de un año, un acto de gracia real. Transformadas en *Lettres de proposition d'erreur* y en *Lettres de revisión* durante los siglos siguientes, esta posibilidad fue abolida con los movimientos revolucionarios del siglo XVIII, si bien su consagración definitiva se produjo con el *Code d'Instruction Criminelle* de 1808. En España, los tres motivos de revisión incluidos en este texto fueron recogidos en la Ley provisional sobre el Establecimiento del Recurso de Casación en los Juicios Criminales de 18 de junio de 1870 (arts. 9496), para pasar luego a la LECrim de 1872 (art. 892), más tarde a la Compilación General de 1879 (art. 952) y a la LECrim vigente de 1882 (art. 954). En el ámbito de la jurisdicción militar, la primera regulación específica de la revisión penal data del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 (arts. 954979), modificada por la LO de 6 de noviembre de 1980 (arts. 976 y 979), dejada sin contenido por la Ley de 21 de abril de 1988 (arts. 954975, 977 y 978) y finalmente sustituida por la LOPM de 13 de abril de 1989 vigente en esta materia (arts. 328336). Se extienden con más detalle sobre toda esta evolución histórica, MUÑOZ ROJAS, T. «Estudios sobre la revisión penal». *Revista de Derecho Procesal*, 1.ª época, n.º II, abril-junio 1968, pp. 7071; BARONA VILAR, S. «La revisión penal». *Justicia*, n.º 4, 1987, pp. 852 y ss.; y CASTILLO GONZÁLEZ, F. *El recurso de revisión en materia penal*. San José: Colegio de Abogados Costa Rica 1980, pp. 20 y ss. Respecto del concreto ámbito militar, cfr. DE QUEROL Y LOMBARDEO, J. F. «El recurso de revisión en el proceso penal militar». *Comentario a las leyes procesales militares*. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica. Madrid: Ministerio de Defensa 1995, tomo II, pág. 1786; y MARTÍN DELPÓN, J. L. «La revisión penal militar: la doctrina de la Sala 5.ª en relación a los procesos penales castrenses del franquismo». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 98, 2011, pp. 135-136.

⁵ Cfr. STS (Sala de lo Penal) 15 junio 2015 (RJ 2015, 2757). En igual sentido, STS (Sala de lo Penal) 28 octubre 2002 (RJ 2002, 10462) y AATS (Sala de lo Penal) 20 marzo 2002 (JUR 2002, 91733) y 20 febrero 2003 (JUR 2003, 39655). También ATS (Sala de lo Militar) 15 enero 2016 (RJ 2016, 6578).

2.1. FUNDAMENTO

Puesto que la revisión, como se acaba de señalar, permite anular sentencias firmes y contrariar el principio de que lo resuelto por estas resulta inmodificable, el fundamento de la revisión de sentencias firmes se inserta en la pugna o confrontación existente entre dos principios fundamentales que constituyen la base de todo enjuiciamiento: la seguridad jurídica y la justicia. El primero se manifiesta en la normal eficacia de las resoluciones judiciales y responde a la necesidad de que, consumados los estadios procesales previstos por ley, quede sellado lo resuelto en el proceso. Más precisamente, la exigencia de seguridad jurídica determina la necesidad de que, tras el agotamiento o la renuncia a los recursos legalmente establecidos, las resoluciones alcancen el valor de cosa juzgada y, por tanto, que resulte inconvencible e inalterable el contenido de lo decidido en ellas cuando han devenido firmes. Por su parte, la justicia, configurada en el art. 1.1 CE, junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los valores superiores que propugna el Estado social y democrático de derecho en el que se constituye España, es el que anima y da sentido a las normas y a la resolución judicial, y es en realidad el genuino fundamento de la revisión⁶. Frente a la firmeza de las sentencias que concluyen el proceso con un pronunciamiento condenatorio se establece una excepción, de particular relieve en materia penal, en supuestos en que pueda evidenciarse posteriormente la injusticia de lo resuelto. A través de la revisión se deshace y se deja sin efecto lo acordado en la resolución que ha alcanzado el valor de cosa juzgada, pero que, por haber concurrido una causa que está prevista en la ley, es básicamente injusta⁷.

⁶ STC 124/1984 de 18 de diciembre (RTC 1984, 124). En el mismo sentido, SSTC 150/1997 de 29 septiembre (RTC 1997, 150); 123/2004 de 13 julio (RTC 2004, 123); 240/2005 de 10 octubre (RTC 2005, 240); y 59/2006 de 27 febrero (RTC 2006, 59); STS (Sala de lo Penal) 28 octubre 2002 (RJ 2002, 10462) y ATS (Sala de lo Penal) 20 febrero 2003 (JUR 2003, 39655).

⁷ «Frente al interés normal del Estado en el mantenimiento, en su integridad, del pronunciamiento jurisdiccional de la sentencia dictada por un tribunal, reconociéndole los efectos propios de la cosa juzgada, surge y se sobrepone otro, de indudable sobreestimación y acogimiento, cual es la conveniencia de revisión de aquellas resoluciones que, obtenidas por medios reprobables o fraudulentos, constituyan soporte o vehículo de comprobados errores, consumación de materiales injusticias, perturbación, en suma, de un orden de derecho, cuyo restablecimiento y equilibrio ha de lograrse, permitiendo —en los excepcionales supuestos a que provee la ley— la quiebra de la seguridad jurídica y haciendo prevalecer sobre ella los inmutables principios de justicia, corporeizados en una nueva resolución que la reconozca y proclame». Así, STS (Sala de lo Penal), 25 mayo 1987 (RJ 1987, 3127). De acuerdo con ello, la revisión tiene como finalidad, subrayada de continuo por el TS, «encontrar el necesario equilibrio entre la seguridad jurídica que reclama el respeto a la cosa

2.2. NATURALEZA JURÍDICA

Si existe un tema cuyo tratamiento resulta clásico en relación con la revisión de sentencias firmes es el de su naturaleza jurídica. Desde antiguo, la doctrina y la jurisprudencia se han venido planteando, tanto en sede de proceso civil como en el ámbito procesal penal ordinario y militar, cuál es la esencia de la institución en su desenvolvimiento en el mundo del derecho. En concreto, se ha suscitado la duda de si, en atención a los caracteres que le son propios, nos hallamos ante un recurso en sentido estricto⁸ o ante un medio de impugnación de carácter autónomo; esto es, un proceso independiente de la causa que concluyó con la sentencia firme que se revisa⁹.

Pues bien, puesto que la revisión supone «una derogación al principio preclusivo de la cosa juzgada, exigencia de la seguridad jurídica», a pesar de que la LOPM —y la precitada Ley Orgánica 7/2015 y el preámbulo de la Ley 41/2015— la califique como *recurso*, según afirma el propio TC:

«En puridad no estamos ante una reivindicación relativa al acceso a los recursos, sino que se trata más bien de una vía de impugnación autónoma que, desde nuestra perspectiva constitucional, se aproxima más a la del acceso a la jurisdicción que a la del acceso a los recursos.

juzgada y la exigencia de la justicia en que sean anuladas aquellas sentencias condenatorias de quienes resulte posteriormente acreditado que fueron indebidamente condenados. Representa, pues, el triunfo de la verdad material frente a la verdad formal amparada por los efectos de la cosa juzgada». Así, entre las últimas, SSTs (Sala de lo Penal) 21 septiembre 2016 (RJ 2017, 4071), 15 diciembre 2016 (RJ 2016, 6277) y 22 febrero 2017 (RJ 2017, 1443); STS (Sala de lo Militar) 19 febrero 2015 (RJ 2015, 1629) y ATS (Sala de lo Militar) 4 febrero 2016 (RJ 2016, 4274).

⁸ Esta primera opción tiene su origen histórico en la calificación legal que la institución recibió en sus primeras regulaciones. En tal sentido, las leyes de enjuiciamiento de finales del siglo XIX y mitad del siglo XX consideraron a la revisión un recurso de carácter extraordinario a través del cual se persigue la modificación de determinadas resoluciones judiciales con base en la concurrencia de unos motivos tasados. La LEC de 1881 se refirió a la revisión como recurso en el título XXII de su libro II, mientras que la LECrim de 1882 reguló el *recurso de revisión* de sentencias penales, junto con los recursos de apelación y de casación, en el título III de su libro V. Siguiendo la estela de esta segunda norma, la LOPM trata «Del recurso de revisión» junto con el recurso de casación, dentro del título IV del libro II, que se ocupa, dentro de los procedimientos ordinarios militares, «De las actuaciones ante la Sala de lo Militar del TS». Las opiniones doctrinales que han respaldado esta consideración proceden esencialmente de autores pertenecientes a los primeros años de vigencia de estas leyes. Así, por todos, AGUILERA DE PAZ, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid: Reus 1916, tomo VI, pp. 5 y 487.

⁹ Desde el punto de vista legal, a diferencia de lo que sucede en la LECrim y en la LOPM, la LEC del año 2000 vino a zanjar la polémica en el ámbito civil al introducir una regulación (arts. 509 y ss.) por la que se concibe acertadamente la revisión como una institución diferenciada de los recursos.

No es, así, una instancia más en la que replantear el debate fáctico o jurídico, sino un nuevo proceso derivado de una novedad extrínseca al procedimiento que constituye su objeto»¹⁰.

Así lo entiende en la actualidad la generalidad de la doctrina procesalista¹¹ y así lo hemos sostenido también nosotros en un momento reciente¹². Igualmente, en el ámbito jurisprudencial, frente a una primera corriente que mantuvo que la revisión es un recurso de naturaleza excepcional y extraordinaria, que la ley procesal penal y la militar han previsto como garantía última del reconocimiento de inculpabilidad de quien ha sido considerado responsable de un delito con manifiesto error¹³, prevalece la postura que atribuye a la revisión el carácter de nuevo proceso en el que se ejercita una acción de impugnación autónoma del anterior¹⁴.

2.3. CONCEPTO Y CARACTERES

Llegados a este momento en el estudio, en la línea de las ideas señaladas en los apartados anteriores, ya es posible proporcionar un concepto

¹⁰ STC 240/2005, de 10 octubre (RTC 2005, 240). En el mismo sentido, *vid.* SSTC 150/1997 de 29 septiembre (RTC 1997, 150) y 59/2006 de 27 febrero (RTC 2006, 59); y ATC 204/2006 de 29 junio (JUR 2006, 244523).

¹¹ Así, entre otros, en referencia a la revisión en el ámbito específico castrense, DE QUEROL Y LOMBARDEO, J. F. *Op. cit.*, pág. 1787; y ROJAS CARO, J. *Derecho procesal militar*: Bosch 1991, pág. 503. Respecto al ámbito ordinario, *cfr.* MARTÍNEZ ARRIETA, A. *El recurso de casación y de revisión penal*. Valencia: Tirant lo Blanch 2013, pp. 393-394; SÁNCHEZ MONTENEGRO, J. C. *El recurso de revisión penal*. Madrid: Edisofer 2005, pág. 39; MUÑOZ ROJAS, T. *Op. cit.*, págs. 5859; BARONA VILAR, S. *Op. cit.*, pág. 859; TOMÉ GARCÍA, J. A. «Sugerencias en torno a una futura reforma legislativa de la revisión penal». *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º 22, 1990, pág. 112; y MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal penal*. 6.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch 2012, pág. 579.

¹² *Cfr.* GARCIAÑDIA GONZÁLEZ, P. M. *El proceso de revisión de las sentencias penales. Análisis de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*. Aranzadi: Thomson Reuters 2016, pp. 23 y ss.

¹³ *Vid.* por todas las SSTs (Sala de lo Penal) 19 marzo 1987 (RJ 1987, 3088) 14 de diciembre de 1989 (RJ 1990, 1916) y 29 marzo 2000 (RJ 2000, 2401).

¹⁴ Así, SSTs (Sala de lo Penal) 14 enero 2009 (RJ 2009, 51), 8 octubre 2015 (RJ 2015, 4571) y 18 febrero 2016 (RJ 2016, 608); STS (Sala de lo Militar) 6 noviembre de 2000 (RJ 2001, 4939); y AATS (Sala de lo Militar) 9 septiembre 2007 (PROV 2007, 275867) y 15 enero 2016 (RJ 2016, 6578). En contadas ocasiones el Alto Tribunal ha llevado hasta el final esta concepción, y ha llegado a hacer explícita en sus sentencias la lógica consecuencia de que «la revisión no es propiamente un recurso». *Cfr.* ATS (Sala de lo Penal) 12 julio 1994 (RJ 1994, 6368); y SSTs (Sala de lo Penal) 13 febrero 2012 (RJ 2012, 2652), 30 diciembre 2012 (RJ 2013, 488), 20 junio 2013 (RJ 2013, 5563), 17 diciembre 2014 (RJ 2014, 6394), 9 abril 2015 (RJ, 2015, 1184), 9 julio 2015 (RJ 2015, 3256) y 22 febrero 2016 (RJ 2016, 636).

más elaborado de revisión de las sentencias penales. En concreto, un estudio exhaustivo de la jurisprudencia dictada sobre el instituto lleva a destacar la existencia de una reciente definición, procedente de la Sala Quinta del TS, la cual, según creemos, sintetiza con un especial acierto el concepto y los caracteres del proceso de revisión penal en el marco tanto de la jurisdicción militar como de la ordinaria:

«Venimos diciendo con el TC que el denominado por la Ley Procesal Militar, y asimismo por la LECrim, recurso extraordinario de revisión es en puridad un proceso autónomo en el que se ejerce una acción impugnativa frente a determinada cosa juzgada, cuyo objeto consiste en modificar la situación jurídica creada por una sentencia penal condenatoria y firme, ya sea mediante la rescisión de esta en función de los nuevos datos o elementos aportados al TS como órgano rescindente, o bien dándose lugar a un nuevo juicio rescisorio a celebrar ante el tribunal competente para el enjuiciamiento del hecho punible»¹⁵.

3. LA REVISIÓN PENAL MILITAR: JURISDICCIÓN, COMPETENCIA, OBJETO Y CAUSAS DE RESCISIÓN

Profundizando ahora en el estudio en la revisión penal en el ámbito castrense, un análisis previo al tratamiento de los concretos supuestos previstos en la LOPM pasa por examinar la jurisdicción y competencia del órgano encargado de conocer de este proceso, el objeto sobre el que recae la revisión y los dos caracteres más importantes de los motivos que constituyen su fundamento.

3.1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LA SALA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO

Para que un órgano judicial pueda actuar válidamente y entre a conocer de un asunto determinado se requiere que concurran en él dos presupuestos

¹⁵ STS (Sala de lo Militar) 19 febrero 2015 (RJ 2015, 1629). *Vid.* también las SSTS (Sala de lo Militar) 13 mayo 2003 (RJ 2003, 6234) y 21 abril 2005 (RJ 2005, 4260); y los AATS (Sala de lo Militar) 26 marzo 2003 (PROV 2003, 262429) 16 junio 2004 (PROV 2005, 54394), 26 enero 2006 (PROV 2006, 126411), 20 junio 2006 (RJ 2006, 5363), 28 marzo 2014 (PROV 2014, 118360) y 5 de diciembre de 2014 (PROV 2015, 20444).

procesales: que tenga jurisdicción y que sea competente para actuar en el caso concreto. Comenzando por el primero, puesto que la jurisdicción para el conocimiento de un asunto se atribuye normalmente en función de la materia, la solicitud de revisión de las resoluciones penales militares se asigna con carácter general a un órgano de la jurisdicción militar que conoció del proceso del que la revisión trae causa¹⁶. Aunque es claro que, en el caso que examinamos, ya ha concluido el proceso penal militar anterior, y no nos hallamos ante una causa en la que se enjuicie la comisión de un delito, ello no quita para que la decisión de atribuir el proceso de revisión a la jurisdicción militar no se muestre, en nuestro criterio, desacertada. Así, en consideración de los graves y excepcionales efectos que produce la sentencia estimatoria de la revisión, resulta más que evidente que solo un órgano con atribuciones penales ha de ser el competente para anular una sentencia firme, más cuando ello se basa en la inocencia del condenado o la necesidad de imponerle una pena menos grave. Pero además, también a efectos prácticos, nos parece aconsejable que el examen de la concurrencia de los motivos de revisión quede en manos de los órganos de la jurisdicción militar a la que pertenece el tribunal que dictó la sentencia que se revisa. Pensemos que, si bien el proceso de revisión busca únicamente la rescisión de una resolución judicial, para decidir sobre la concurrencia de los motivos del art. 328.1 LOPM se deben examinar elementos contenidos en la sentencia y supervisar varios de los aspectos relativos al desarrollo y enjuiciamiento de la causa en el proceso anterior¹⁷; lo que avala su atribución a los tribunales de la jurisdicción especial.

Con independencia de la materia sobre la que haya versado el proceso cuya sentencia firme pretende rescindirse y el órgano jurisdiccional que la haya dictado, las leyes procesales atribuyen en exclusiva la competencia para conocer del proceso de revisión a un único órgano jurisdiccional: el TS. En concreto, según dispone el art. 23 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, en sintonía con lo previsto en el art. 329 LOPM, del denominado *recurso* de revisión contra las resoluciones del Tribunal Militar Central y de los tribunales militares territoriales conoce la Sala de lo Militar del TS. La

¹⁶ Este criterio rige también cuando la sentencia que se revisa versa sobre materias civiles, penales, laborales o contenciosoadministrativas y fue dictada por órganos judiciales de los respectivos órdenes. *Vid.* al respecto los arts. 56.1.º, 57.1.1.º, 58 y 59 LOPJ.

¹⁷ Así, por ejemplo, han de ser objeto de examen: la valoración que hizo el tribunal que dictó la sentencia firme del documento, el testimonio o la prueba obtenida ilícitamente (art. 328.1.3.º LOPM); la influencia que tuvo la resolución recaída en virtud de prevaricación judicial en el fallo de la sentencia (art. 328.1.4.º LOPM); y el carácter indubitado y novedoso de la prueba cuyo conocimiento sobrevino a la sentencia (art. 328.1.6.º LOPM).

competencia de esta sala afecta a todas las causas contenidas en el art. 328 LOPM, y solo escapa a su conocimiento la revisión basada en doble condena por el mismo hecho cuando una de las sentencias la dicta un tribunal de la jurisdicción militar y la otra un juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria, o cuando la resolución revisable se dicta en única instancia por la propia Sala Quinta del TS. Para estos dos casos, el art. 334 LOPM atribuye la competencia a la Sala Especial del TS a que se refiere el art. 61 LOPJ¹⁸.

El que la competencia para conocer de la revisión se otorgue al TS, cuando en realidad no estamos ante un recurso, sino ante un verdadero proceso, ha sido objeto de ciertas críticas¹⁹. Pese a ello, en nuestro criterio, la atribución de la competencia al Alto Tribunal encuentra su fundamento en el carácter especial del objeto del proceso de revisión; esto es, en la importancia que tiene la irrevocabilidad de las sentencias que han alcanzado firmeza y que han producido efectos de cosa juzgada, y en lo que supone la ruptura de esta cosa juzgada, mecanismo de obtención de la seguridad y certeza jurídicas. Además, en un concreto supuesto, en el nuevo motivo fundado en la concurrencia de una sentencia del TEDH que declara la vulneración de un derecho fundamental (art. 328.2 LOPM), la rescisión de la sentencia firme viene acompañada de la anulación de una sentencia desestimatoria emanada del TC. Puesto que el haber intentado el recurso de amparo es un requisito previo para poder acudir a Estrasburgo (art. 35.1 CEDH), no nos parece errado que quien se encargue de la revisión y de emitir la resolución que enerve todos estos importantes efectos sea el órgano que se encuentra en la cúspide de la jurisdicción; en este caso de la jurisdicción militar.

3.2. OBJETO DE LA REVISIÓN: LAS SENTENCIAS FIRMES DE CONDENA

Siguiendo el tenor literal del art. 328.1 LOPM, en relación con su objeto, el recurso de revisión solo debe interponerse contra sentencias condenatorias que hayan puesto fin al proceso, hayan alcanzado firmeza y hayan producido efectos de cosa juzgada material²⁰.

¹⁸ No obstante, hasta abril de 1988, en el régimen anterior a este, en virtud de lo señalado en el art. 961 del Código de Justicia Militar de 1945, el conocimiento de estos supuestos era también competencia de la Sala Segunda del TS. Sobre la atribución de esta competencia, *vid.* MUÑOZ ROJAS, T. *Op. cit.*, pp. 80-81.

¹⁹ *Vid.* BARONA VILAR, S. *Op. cit.*, pág. 872; y CASTEJÓN, F. «La revisión penal». *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo 20, fasc/mes 12, 1967, pp. 97-102.

²⁰ «Es revisable, pues, toda sentencia firme y condenatoria a una pena de cualquier clase dictada en proceso ordinario o especial por delito del que haya conocido un tribunal

En efecto, el alcance de la revisión se limita, en primer lugar, a aquellas resoluciones que tienen la forma de sentencia. La doctrina se muestra unánime en que, como consecuencia del carácter extraordinario de la acción de impugnación que se ejercita en este proceso, capaz de excepcionar el principio riguroso y casi absoluto de la cosa juzgada, no es posible que se haga en este extremo una interpretación extensiva que permita revisar otro tipo de resoluciones²¹.

En segundo lugar, también por imperativo legal, la revisión cabe únicamente contra aquellas sentencias que han alcanzado firmeza. De hecho, según dispone el art. 84 LOPM, «son sentencias firmes aquellas contra las que no cabe más recurso que el de revisión». Pese a ello, la firmeza es la circunstancia que diferencia de forma esencial a este cauce de impugnación autónoma de los recursos. Como ya se ha señalado, con la revisión no se pretende un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta en el anterior proceso. La revisión tiene por objeto la rescisión de una sentencia que pone término al juicio y consolida una situación jurídica, con independencia de que pueda o no entablarse posteriormente un proceso sobre el mismo asunto ante el órgano jurisdiccional competente.

En tercer lugar, otro de los requisitos que ha de reunir la sentencia revisable es su carácter condenatorio. Esto es, en España la revisión en vía penal, tanto en el ámbito de la jurisdicción ordinaria como de la militar, solo puede entablarse para impugnar sentencias que sancionan la conducta delictiva con una pena²². Así, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, en el que cabe revisar toda sentencia con independencia del sentido del fallo, el art. 328.1 LOPM exige de forma directa que la sentencia firme

español, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1.º) que haya sido dictada en proceso por delito, y no por falta; 2.º) por un órgano jurisdiccional español y no extranjero, incluido el Tribunal del Jurado; 3.º) que sea definitiva y firme, esto es que ponga fin al proceso, resolviendo su objeto, y que sea invariable para el tribunal e inimpugnable para las partes; y 4.º) que sea condenatoria, pues no procede en las sentencias absolutorias». ATS (Sala de lo Penal), 18 junio 1998 (RJ 1998, 5496).

²¹ Por todos, SÁNCHEZ MONTENEGRO, J. C. *Op. cit.*, pág. 48.

²² Nuestra legislación, que sigue el sistema francés, parte de la idea de la validez absoluta de la cosa juzgada, que solo puede ser revisada en el ámbito penal cuando se haya condenado injustamente a un inocente. El sistema procesal español acuña plenamente el denominado principio del *favor defensionis* o *favor rei*, de tal forma que la revisión penal solo se da en beneficio del reo para evitar que subsista y se perpetúe una condena injusta. Por el contrario, en los países que siguen el sistema germánico de la revisión, que parten de la idea de ser el fin del proceso la búsqueda de la verdad material y de que, por tanto, ninguna sentencia penal puede mantenerse firme si se determina que no se corresponde a la situación jurídica material verdaderamente existente, admiten la revisión no solo en favor, sino también en contra del reo, con posibilidad de revisión de la sentencia firme absolutoria que se demuestre es injusta. Así, STS (Sala de lo Militar) 28 septiembre 1988 (RJ 1988, 10331).

tenga carácter condenatorio²³. De esta forma, no es posible que se entable con eficacia un proceso de revisión contra una sentencia absolutoria penal, cualquiera que haya sido la razón o fundamento jurídico sostenido por el tribunal para no condenar al imputado; y ello aun cuando, tras la firmeza, resulte con claridad, en virtud de nuevas pruebas o incluso por el reconocimiento del propio absuelto, su responsabilidad criminal por el hecho que fue juzgado²⁴.

3.3. SUPUESTOS DE REVISIÓN: CARÁCTER TAXATIVO Y FINALIDAD RESCINDENTE

Como ya ha quedado expuesto en el apartado anterior, la LOPM solo prevé la revisión frente a sentencias condenatorias firmes, pero, además, dado al carácter excepcional y extraordinario de este cauce, únicamente para aquellos supuestos en que concurren los motivos que recoge el art. 328. Dicho de otro modo, el proceso de revisión no es susceptible de una interpretación extensiva, de tal forma que los hechos concretos que se aleguen han de ser subsumibles en alguno o algunos de los motivos de revisión previstos en el citado precepto, sin que sea posible extender la causa de pedir a hechos no recogidos en él. Desde antiguo, la jurisprudencia del TS, tanto de la Sala Segunda como de la Sala Quinta, destaca que, en atención a la excepcionalidad predicada, la enumeración que realiza la ley es

²³ En concreto, el precepto establece la revisión contra las sentencias firmes en cuatro supuestos que comienzan con una expresión referida a que haya sido condenada o penada una persona (art. 328.1, n.º 1.º, 2.º, 3.º y 4.º) y en un quinto que alude a que haya sido dictada tal sentencia condenatoria (art. 328.1, n.º 6.º). En tal sentido, la STS (Sala de lo Militar) 6 noviembre 2000 (RJ 2001, 4939), señala: «El legislador castrense toma la cautela de señalar, en el caso de la Ley Procesal Militar que examinamos, que la sentencia firme que habría, en ese supuesto, de ser revisada ha de ser condenatoria, cautela no estrictamente necesaria pues es indudable que en una sentencia absolutoria será imposible la revisión en perjuicio del absuelto, puesto que, en tal caso, en la ponderación entre el valor superior de la justicia, que exigiría la condena, y el de la seguridad jurídica que tendería a la preservación del fallo firme, habría de prevalecer este último porque el interés social de la punición cedería frente a la inamovilidad de la cosa juzgada que declara la absolución del procesado, al que no puede mantenerse indefinidamente en la incertidumbre de que nuevos hechos de posterior aparición permitan su condena».

²⁴ Si bien puede resultar difícil de justificar el distinto tratamiento de unas y otras sentencias dependiendo del sentido del fallo, son varios los argumentos utilizados por la doctrina en su defensa. Sobre el particular, *vid.* BARONA VILAR, S. *Op. cit.*, pág. 864; y VILAMARÍN LÓPEZ, M. L. «La revisión penal *contra reum*». *Revista de Derecho Procesal*, n.º 13, 2003, pp. 491-493.

taxativa, cerrada o *numerus clausus*, sin que quepa ampliarla merced a criterios analógicos o de política criminal²⁵.

Por otro lado, la doctrina mayoritaria estima que en el proceso de revisión se ejercita una acción autónoma de impugnación que trata de *revocar* o dejar sin ningún efecto una sentencia firme de condena²⁶. La discrepancia suele surgir en el momento de especificar si esta ineficacia que la impugnación persigue entra dentro de la categoría de la nulidad o de la rescisión²⁷. En nuestro criterio, puesto que la sentencia objeto de revisión es válida y plenamente eficaz, ya que con su firmeza ha desplegado los efectos para los que fue emitida, es obvio que la acción de impugnación revisora presenta una importante similitud con la acción de rescisión. Así, a diferencia de un acto inválido, que hubo nacido viciado al faltarle inicialmente alguno de los elementos esenciales o los presupuestos necesarios exigidos por la ley, la denuncia y estimación de la concurrencia de alguna de las causas legales de revisión, basadas en circunstancias acaecidas o conocidas una vez que esta se perfeccionó, lleva consigo la ineficacia sobrevenida de la sentencia firme impugnada.

4. MOTIVOS CLÁSICOS DE REVISIÓN PENAL MILITAR

A diferencia de la Ley 41/2015, de 5 de octubre —que, además de introducir un nuevo motivo de revisión, aprovecha la reforma de la LECrim para realizar importantes cambios en el contenido de los cuatro motivos clásicos del art. 954—, la precitada Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, si bien introduce un idéntico motivo en el ámbito castrense, art. 328.2 LOPM, deja inalterados el resto de los supuestos del art. 328.1. Estos ha-

²⁵ Cosa distinta es que «dentro de los supuestos legales se presenten distintas manifestaciones» y que el citado precepto extienda su cobertura a una variedad de casos, «sin que ello —a decir del Alto Tribunal— suponga forzar el número cerrado de supuestos legales de revisión». Así, entre otras, SSTs (Sala de lo Penal) 2 diciembre 2009 (RJ 2010, 186), 20 diciembre 2014 (RJ 2013, 8239), 22 junio 2017 (RJ 2017, 3591), 12 julio 2017 (RJ 2017, 3636) y 12 diciembre 2017 (RJ 2017, 6005); y ATS (Sala de lo Militar) 15 enero 2016 (RJ 2016, 6578).

²⁶ Igualmente, la jurisprudencia hace referencia de continuo a la *revocación* de sentencias firmes como fin perseguido por los motivos de revisión. Entre las últimas, SSTs (Sala de lo Penal) 10 febrero 2016 (RJ 2016, 261), 18 febrero 2016 (JUR 2016, 46349) y 18 marzo 2016 (RJ 2016, 867), 10 octubre 2016 (RJ 2016, 4734) y 15 diciembre 2016 (RJ 2016, 6277).

²⁷ Adviértase que la LOPM hace referencia al contenido de la acción de impugnación en un único precepto: el art. 335; en el que el legislador estima que la sala que conoce de la revisión ha de proceder en todos y cada uno de los supuestos a *anular* la sentencia firme.

cen referencia al error judicial, a la comisión de delitos, a la contradicción entre sentencias y al conocimiento sobrevenido de nuevos materiales probatorios. Veamos casa uno de ellos.

4.1. CASOS CONCRETOS DE ERROR JUDICIAL

El art. 328.1 LOPM, en sus dos primeros números, recoge dos motivos de revisión previstos: para los casos en que dos o más personas sufren condena en virtud de sentencias contradictorias por un mismo hecho delictivo que no puede ser cometido más que por una sola (n.º 1.º) y para aquellos supuestos en que alguien sufre condena como responsable de la muerte de una persona cuya existencia se acredita después de la condena (n.º 2.º). Ambos motivos —hasta la reforma de 2015 coincidentes con los dos primeros números del art. 954.1 LECrim²⁸— incluyen supuestos de error judicial muy concretos cuya incidencia en la práctica de los tribunales ha sido muy limitada²⁹.

4.2. PRUEBAS OBTENIDAS MEDIANTE LA COMISIÓN DE UN DELITO

Según dispone el n.º 3.º del art. 328 LOPM, es posible solicitar la revisión de las sentencias firmes «cuando haya sido condenada una persona en sentencia cuyo fundamento fuera: un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada con violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en procedimiento seguido al efecto»³⁰.

²⁸ Por qué el legislador procesal penal ha procedido a eliminar ambos motivos de este precepto bien puede explicarse por el hecho de que pueden encajarse también en el supuesto de aparición de nuevos hechos o nuevas pruebas que evidencien la inocencia del condenado o la imposición de una pena menos grave: art. 954.1.d) LECrim. Así lo hemos sostenido en *El proceso de revisión de las sentencias penales...* *Op. cit.*, pág. 92.

²⁹ Respecto del primero son muy pocas las resoluciones del Alto Tribunal que en toda su historia han dado luz verde a este motivo. En concreto, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, *vid.* SSTs (Sala de lo Penal) 28 octubre 1975 (RJ 1975, 4026) y 3 julio 2001 (RJ 2001, 8493). En relación con su denegación, AATS (Sala de lo Penal) 12 julio 1994 (RJ 1994, 6368) y 4 abril 2001 (RJ 2001, 4650). En referencia al segundo motivo, la única resolución conocida en la materia es la STS (Sala de lo Penal) 10 julio 1926, dictada en el denominado caso Grimaldos, que dio lugar a la famosa cinta cinematográfica *El crimen de Cuenca*.

³⁰ Concluye el motivo que se examina, con un inciso según el cual: «A estos fines podrán practicarse cuantas pruebas se consideren necesarias para el esclarecimiento de los

El presente motivo de revisión —reproducido esencialmente por el art. 954.1.b) LECrim— exige, según tiene declarado nuestro TS, la concurrencia de cuatro requisitos para poder prosperar: 1.º) que haya una sentencia penal firme de carácter condenatorio; 2.º) que esté sufriendo condena alguien en virtud de dicha sentencia; 3.º) que haya existido otro pronunciamiento también firme en causa criminal que ponga de manifiesto la existencia de otro hecho punible, y 4.º) que entre este hecho punible posterior y aquella condena anterior que el culpable está sufriendo, y que se pretende anular mediante la revisión, exista una relación tal que pueda afirmarse que dicho hecho punible posterior ha servido de *fundamento* para esa otra condena anterior³¹. Mientras el primer requisito hace referencia exacta a la resolución judicial a impugnar, el segundo —que alguien se encuentre *sufriendo condena* en virtud de dicha sentencia firme— no ha de ser interpretado de manera restrictiva. Entender que con él se alude implícitamente a las penas privativas de libertad en trámite de cumplimiento, dejaría fuera otro tipo de sanciones penales y los casos en que la pena ya se haya cumplido o extinguido³². El tercer requisito contiene tanto los factores o extremos que fundamentan la injusticia de la sentencia —el documento o testimonio declarados falsos, la confesión arrancada por violencia o coacción, el hecho punible ejecutado por un tercero³³— como el hecho básico que posibilita la revisión: que la comisión de los hechos constitutivos de tales delitos haya sido declarada por pronunciamiento también firme seguido al efecto. Como advirtiera Gómez

hechos controvertidos en el procedimiento, anticipándose aquellas que por circunstancias especiales pudieran luego dificultar y hasta hacer imposible la sentencia firme base de la revisión». Con la reforma de 2015 este inciso ha quedado suprimido del art. 954.1.a) LECrim, lo que obedece, lógicamente, al carácter superfluo de su contenido.

³¹ STS (Sala de lo Penal) 26 febrero 2015 (RJ 2015, 598). Igualmente, SSTS (Sala de lo Penal) 23 julio 2003 (RJ 2003, 6501), 22 diciembre 2011 (RJ 2012, 1924), 22 de marzo 2012 (RJ 2012, 4594) y 6 julio 2012 (RJ 2012, 8628).

³² En el ámbito de la revisión penal ordinaria, el nuevo art. 954.1.a) LECrim ha zanjado cualquier discusión al sustituir la expresión anterior por «cuando haya sido condenada una persona», lo que evita cualquier problema interpretativo. Así, MUERZA ESPARZA, J. *Las reformas procesales penales de 2015*. Aranzadi: Thomson Reuters 2015, pág. 95.

³³ La práctica nos muestra que los únicos casos en que se ha planteado y estimado este motivo en el ámbito de la jurisdicción ordinaria se han basado en la falsedad del testimonio, y no en la existencia de documentos falsos y de confesiones forzadas. En tal sentido, *vid.* SSTS (Sala de lo Penal) 10 mayo 1991 (RJ 1991, 3802), 26 enero 1998 (RJ 1998, 92), 3 abril 2000 (RJ 2000, 1444), 23 julio 2003 (RJ 2003, 6501), 9 marzo 2010 (RJ 2010, 4046), 22 marzo 2012 (RJ 2012, 4594), 6 julio 2012 (RJ 2012, 8628), 26 febrero 2015 (RJ 2015, 598), 9 septiembre 2015 (RJ 2015, 3795), 28 marzo 2017 (RJ 2017, 1462) y 24 enero 2018 (RJ 2018, 191).

Orbaneja, esta firmeza de la sentencia penal es el *hecho jurídico* determinante de la revisión³⁴, ya que sin ella faltaría la certeza de que se produjo tal injusticia y no cabría la rescisión. Por último, el cuarto requisito puede traducirse en la idea de que para que prospere la revisión por esta causa legal no es necesario que la prueba ilícitamente obtenida haya sido la única practicada en el proceso; pero sí que, en el caso de que concorra con otras, haya sido suficiente por sí misma para declarar probados los hechos relacionados de forma directa con la condena.

4.3. DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

Según el n.º 4.º del art. 328.1 LOPM —incluido también por el legislador de 2015 en el art. 954.1.b) LECrim—, puede promoverse la revisión «cuando haya sido penada una persona en sentencia dictada por el Tribunal y alguno de sus miembros fuere condenado por prevaricación cometida en aquella sentencia, o cuando en la tramitación de la causa se hubiere prevaricado en resolución o trámite esencial de influencia notoria a los efectos del fallo». Puesto que nos hallamos aquí ante una causa de impugnación basada en la prevaricación judicial cometida a lo largo del proceso en que esta sentencia se dicta, estamos nuevamente ante la comisión de un delito, en este caso protagonizado por un juez o magistrado contra el bien jurídico de la Administración de Justicia (arts. 446 y ss., Código Penal común)³⁵. La revisión de sentencias basada en el presente motivo exige, como ocurría en el supuesto anterior, que haya recaído una sentencia penal firme de condena por el delito. Solamente a partir de entonces es posible entablar el proceso de revisión, en el que la rescisión se hace depender de que la resolución injustamente dictada afecte de forma directa al fallo de la sentencia revisable, hasta el punto de que sin ella este hubiera sido otro.

³⁴ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho procesal penal* (con HERCE QUEMADA). 8.ª ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones 1975, pág. 303. *Vid.* también el ATS (Sala de lo Penal) 20 julio 2001 (RJ 2001, 9556) y las SSTs (Sala de lo Penal) 25 marzo 2003 (RJ 2003, 4868) y 18 febrero 2016 (RJ 2016, 592).

³⁵ En concreto, según el Código Penal de 1995, el delito de prevaricación judicial consiste en «dictar sentencia o resolución manifiestamente injusta a sabiendas» (art. 446) o «por imprudencia grave o ignorancia inexcusable» (art. 447); en «negarse a juzgar, sin alegar justa causa penal o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley» (art. 448) y en «promover el retardo malicioso en la Administración de Justicia» (art. 449).

4.4. DOBLE SENTENCIA POR EL MISMO HECHO

Como es sabido, una de las garantías del acusado, recogida en el art. 24.1 CE, consagrada en el denominado principio del *non bis in idem*, es el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos³⁶. De acuerdo con ello, el supuesto que se examina es el consistente en la concurrencia de dos sentencias firmes que se pronuncian sobre la responsabilidad de una misma persona por los mismos hechos. En concreto, el n.º 5.º del art. 328.1 LOPM —reproducido en esencia en el art. 954.1.c) LECrim tras la reforma de 2015³⁷— admite la revisión «cuando sobre los propios hechos hayan recaído dos sentencias firmes y dispares dictadas por la misma o por distintas jurisdicciones».

Como se advierte, el precepto no exige que las dos resoluciones hayan atribuido a los hechos la misma calificación jurídica, ni tampoco que en ambas se haya producido la condena del encausado. Deriva de ello la posibilidad de que se revise una sentencia firme condenatoria por su incompatibilidad con otra previa que lo absolvió. De hecho, la propia Sala Quinta del TS ha llegado a señalar que es esta la consecuencia que ha de proceder en aquellos casos en que se llegue al convencimiento de que existe la sustancial identidad objetiva propia de la cosa juzgada entre una sentencia a favor del reo y otra de carácter condenatorio³⁸. El art. 328.1.5.º LOPM no excluye tampoco la posibilidad de que las sentencias que se pronuncien sobre el mismo objeto procedan de tribunales distintos, incluso de diversas jurisdicciones. Si bien no resulta el supuesto más frecuente, es posible la duplicidad de sentencias dictadas por tribunales de la jurisdicción ordinaria y de la militar, lo que tiene consecuencias, como hemos visto, respecto de la determinación del órgano que ha de conocer de la revisión por el motivo que se examina.

³⁶ *Vid.* igualmente el art. 4.1 del Protocolo 7 al CEDH de 1950, el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos y Políticos 1966, y el art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

³⁷ A poco más de dos años de la entrada en vigor de la reforma, el presente motivo se ha convertido en uno de los que mayores estimaciones experimenta en la jurisdicción ordinaria. Así, entre las últimas, SSTS (Sala de lo Penal) 12 mayo 2017 (RJ 2017, 2196), 22 junio 2017 (RJ 2017, 3591), 12 julio 2017 (RJ 2017, 3636), 19 octubre 2017 (RJ 2017, 4334), 12 diciembre 2017 (RJ 2017, 6005) y 17 enero 2018 (RJ 2018, 251).

³⁸ «La sentencia firme absolutoria produce un efecto vincular que se proyecta sobre cualquier otro proceso posterior de la misma clase y con igual objeto, que en términos negativos o excluyentes propios de la cosa juzgada material, se traduce en la imposibilidad jurídica de que otro tribunal o el mismo vuelva a conocer de hechos que fueron enjuiciados con anterioridad, porque de lo contrario se incurriría en el vedado *bis in idem*». STS (Sala de lo Militar) 19 febrero 2007 (RJ 2007, 1734).

4.5. NUEVOS ELEMENTOS DE PRUEBA

Para concluir con los supuestos tradicionales, el motivo previsto en el n.º 6.º del art. 328.1 LOPM permite la revisión «cuando después de dictada sentencia condenatoria se conociesen pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas». Así pues, a diferencia de la revisión de las sentencias civiles, que solo procede en virtud de conductas antijurídicas que hayan tenido virtualidad causal directa o indirecta sobre la resolución impugnada, la revisión de sentencias penales procede cuando aparece un medio de prueba no aportado previamente que evidencia la irregularidad de la sentencia firme condenatoria. De acuerdo con esta premisa, la referencia que el texto realiza a las pruebas excluye la posibilidad de instar la revisión a través del planteamiento de cuestiones de contenido jurídico³⁹. Esto es, no es posible que mediante este cauce de revisión se ponga de manifiesto la existencia de errores o irregularidades en la aplicación de las normas por el tribunal que juzgó⁴⁰, al igual que los elementos de prueba no se deben confundir con los juicios de valor y las simples declaraciones de intenciones con que trata de modificarse la valoración jurídica efectuada. Así ha tenido oportunidad de afirmarlo de manera reiterada la Sala Quinta del TS en relación con varias proposiciones no de ley presentadas como nuevas pruebas⁴¹.

³⁹ Según el ATS (Sala de lo Militar) 7 julio 2004 (JUR 2004, 242987), con cita a su vez de las SSTs (Sala de lo Militar) 30 enero 1990 (RJ 1990, 1647), 6 noviembre 2000 (RJ 2001, 4939) y 13 mayo 2003 (RJ 2003, 6234): «Si bien la norma invocada se refiere a las pruebas, ello no es sino una alusión indirecta a los hechos que mediante ellas en definitiva quedan acreditados, puesto que la prueba tan solo a los hechos tiene por objeto, lo que [...] excluye del ámbito de la revisión las cuestiones de naturaleza jurídica».

⁴⁰ Cfr. SSTs (Sala de lo Militar) 27 enero 2000 (RJ 2001, 4429) y 11 enero 2006 (RJ 2006, 1438).

⁴¹ En concreto, la promotora del recurso de revisión aducía seis proposiciones no de ley aprobadas por las comisiones de Asuntos Exteriores y Constitucional del Congreso de los Diputados como pruebas indubitadas suficientes para acreditar que el hecho histórico del alzamiento militar del 18 de julio de 1936, que inició la Guerra Civil, lo fue contra la legalidad constituida, encarnada en las instituciones políticas que representaban a la II República española, por lo que concluía que quienes sostuvieron a dichas instituciones no pueden ser considerados rebeldes. Señala el Alto Tribunal que es necesario diferenciar lo que constituye «un medio de prueba a la luz de su regulación en las normas procesales» o la traducción de «una afirmación fáctica positiva o negativa», de lo que supone «un juicio de valor político y ético sobre unos hechos históricos», ya que este, aunque sea muy importante y «de alto valor simbólico», «ningún alcance puede tener para producir la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia en la que se centra la pretensión revisora». Así, ATS (Sala de lo Militar) 27 julio 2004 (JUR 2004, 242978). En igual sentido, AATS (Sala de lo Militar) 29 junio 2004 (JUR 2005, 14073), 7 julio 2004 (JUR 2004, 242987), 17 junio 2004 (JUR 2005, 14076), 17 junio 2004 (JUR 2005, 54393), 16 junio 2004 (RJ 2005, 5659) y 16 junio 2004 (JUR 2005, 54394).

Si bien el art. 328.1.6.º LOPM no recoge de forma expresa el calificativo *nuevas* en referencia a las pruebas, la exigencia en el precepto de que sobrevenga el conocimiento de estas que antes fueron ignoradas obliga a sostener la necesidad de la novedad como primer requisito de este motivo⁴². De acuerdo con ello, parece claro que la novedad hace referencia o al momento en que las pruebas sobre los hechos se producen (*nova producta*) o, en el caso de que ya se hubieran producido, al momento en que estas se encuentran o son descubiertas (*nova reperta*); novedad cuya concurrencia se aprecia en atención a la fecha de adquisición de firmeza de la sentencia que se revisa. Además, aun cuando los elementos probatorios no se hubieran aportado previamente al proceso, tampoco pueden fundar la revisión por el motivo que se comenta los que, siendo conocidos, no fueron introducidos en juicio por razones imputables a quien procede a impugnar la sentencia firme⁴³. Igualmente, pervive el deber del tribunal de examinar la relación que el nuevo medio de prueba guarda con los hechos delictivos imputados al condenado, de tal forma que la revisión no excluye la necesidad de supervisar la pertinencia de la nuevas pruebas que se proponen⁴⁴.

Por lo que se refiere al resultado del proceso de revisión que se insta por el presente motivo, el precepto que examinamos no exige que este conduzca a la falta de la responsabilidad penal del condenado. Como ha subrayado la Sala de lo Militar del TS, en comparación a lo previsto en la LECrim hasta la reforma de 2015 para el ámbito de la jurisdicción ordinaria:

⁴² Acerca de la novedad que se señala, para un examen en profundidad de los supuestos en que la Sala de lo Militar del TS ha considerado que concurre, *vid.* CALDERÓN CEREZO, Á. «Sobre la revisión penal militar y el concepto de hechos nuevos acreditativos del error de condena». *Diversas cuestiones relacionadas con el Derecho procesal militar y el asesoramiento jurídico en el ámbito de las Fuerzas Armadas*. V Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar. Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Defensa, Madrid, 2003, pp. 13 y ss.

⁴³ En tal sentido, la Sala de lo Penal del TS ha mostrado su severidad, en relación con el motivo homónimo de revisión ante la jurisdicción ordinaria, al denegar el acceso a la revisión a los hechos preexistentes a dicha sentencia que podían y debían haber sido alegados y acreditados; y a los medios probatorios que pudieron ser propuestos y practicados entonces; en los casos en que tales datos fácticos eran conocidos por el penado. Así, por ejemplo, la alegación y prueba de datos personales del acusado, tales como son su pretendida drogadicción y su supuesta debilidad mental. Cfr. los AATS (Sala de lo Penal) 6 noviembre 1997 (RJ 1997, 241), 21 enero 1998 (RJ 1998, 5296), 29 octubre 1998 (RJ 1998, 8309), 1 julio 2000 (RJ 2000, 7241), 5 febrero 2001 (RJ 2001, 5651), 16 mayo 2001 (RJ 2001, 4816), 21 octubre 2001 (RJ 2002, 3167), 20 marzo 2002 (JUR 2002, 91733) y 25 julio 2002 (JUR 2002, 15193).

⁴⁴ *Vid.* AATS (Sala de lo Penal) 15 julio 1998 (RJ 1998, 6568) y 14 diciembre 1998 (RJ 1998, 9778).

«Existe una importante diferencia entre ambas regulaciones: lo que en la norma castrense han de acreditar esas pruebas es el error del fallo, sin que sea preciso que evidencien la inocencia del condenado. Quiere esto decir que el caso previsto en el apartado 6.º del art. 328 de LOPM tiene mayor amplitud que el referido caso 4.º del art. 954 LECrim, pues no contiene la exigencia de este último de que los nuevos hechos o los nuevos elementos de prueba cuyo conocimiento sobrevenga después de la sentencia sean de tal naturaleza que evidencien aquella inocencia, y, ciertamente, no es lo mismo la evidencia de la inocencia que el restablecimiento de la presunción de dicha inocencia que será consecuencia, en todo caso, de la anulación de la sentencia condenatoria»⁴⁵.

5. EL NUEVO MOTIVO DE REVISIÓN PENAL MILITAR: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En el marco de un modelo jurisdiccional militar plenamente consolidado, que satisface de modo adecuado las garantías propias de una Administración de Justicia organizada conforme a los principios del Estado de derecho⁴⁶, una acertada interpretación del art. 117.5 CE exige, como bien ha subrayado el TC, la sujeción de la jurisdicción militar, como la del resto de los tribunales españoles, a la jurisprudencia emanada del TEDH y a los estándares europeos de protección de los derechos y libertades fundamentales que emanan de ella⁴⁷. De acuerdo con esta realidad, el TEDH, como

⁴⁵ SSTs (Sala de lo Militar) 6 noviembre 2000 (RJ 2001, 4939) y 21 abril 2005 (RJ 2005, 4260). No obstante, en la línea de lo previsto en la LOPM, el legislador procesal penal ordinario se ha hecho eco de una doctrina jurisprudencial de carácter expansivo y en el año 2015 ha modificado la redacción del precepto, y ahora admite la revisión, en el art. 954.1.d) LECrim, «cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave».

⁴⁶ En tal sentido, SSTC 204/1994 de 11 julio (RTC 1994, 204) y 113/1995 de 6 julio (RTC 1995, 113). Hoy en día, con carácter general, en atención a la especialidad del derecho militar, el necesario mantenimiento de la disciplina castrense y el cumplimiento de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas por la Constitución, no se cuestiona la necesidad de que exista la jurisdicción militar. Así, DOIG DÍAZ, Y. *Jurisdicción militar y Estado de derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante 2003, pp. 104 y ss.

⁴⁷ «El art. 117.5 CE ha establecido límites y exigencias muy estrictos de la ley reguladora de la jurisdicción militar. Impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la

órgano garante de los derechos de los particulares cuando el ordenamiento jurídico nacional no ha permitido su correcta garantía, ha conocido varias veces de demandas interpuestas por miembros de los Ejércitos y de la Guardia Civil relativas a la organización y funcionamiento de la jurisdicción militar y a la tutela de las garantías y derechos personales en el régimen disciplinar⁴⁸. El conocimiento de estos asuntos le ha llevado a dictar, en algunas ocasiones, sentencias en las que se constata la producción de la efectiva vulneración de alguno de los derechos contenidos en el CEDH alegada por el denunciante⁴⁹.

Pues bien, puesto que los tribunales de la jurisdicción militar, al igual que el resto de los tribunales españoles, han de preservar los derechos establecidos en el citado Convenio y están obligados a acatar las sentencias definitivas dictadas por el TEDH en los litigios en que nuestro Estado es parte (art. 46 CEDH), el motivo de revisión que examinamos a continuación se sitúa en el centro del problema de la ejecución o aplicación en España de tales sentencias por los órganos jurisdiccionales y, más en concreto, en lo que ahora interesa, por el órgano encargado del proceso de revisión en el ámbito castrense, la Sala de lo Militar del TS.

5.1 NECESIDAD DE LA REFORMA: LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Uno de los principales problemas de las sentencias del TEDH que constatan una violación de las disposiciones del CEDH por parte de nuestro Estado ha sido durante años el de su eficacia directa; esto es, la obtención en el ámbito interno de una reparación íntegra del derecho o libertad

independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa». STC 60/1991, de 14 marzo (RTC 1991, 60). FJ 3.º.

⁴⁸ Desde el punto de vista del contenido, la jurisprudencia del TEDH relativa a la jurisdicción militar española se ha centrado en cuatro ámbitos, referidos todos ellos al contenido del art. 6 CEDH: 1) la consideración de los tribunales militares españoles como tribunales ordinarios establecidos por la ley; 2) la independencia de los tribunales militares españoles; 3) su imparcialidad, y 4) el respeto de las garantías del debido proceso tanto en los procedimientos penales como en los sancionadores. Sobre las demandas planteadas hasta 2007, *vid.* RIPOLL CORULLA, S. «La justicia militar española ante el TEDH». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 89, 2007, pp. 19 y ss.

⁴⁹ Acerca de las sentencias del TEDH que se han ocupado de lo militar y han venido a modificar varios aspectos de este sector de nuestro ordenamiento *cfr.* PÉREZ GARCÍA, M. L. «El nuevo cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Jurisdicción Militar: los «procesos» de revisión penal y contencioso-disciplinario». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 105, 2016, pp. 83 y ss.

declarados violados⁵⁰. Así, puesto que el citado Convenio ni introducía en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional, en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni imponía a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declaradas por el TEDH⁵¹, nos hallábamos ante «una resolución meramente declarativa, sin efecto directo anulatorio interno, ni ejecutoriedad a cargo de los tribunales españoles»⁵². Además, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos para que pueda iniciarse el procedimiento ante el TEDH (art. 35.1 CEDH) limitaba las vías procesales posibles para hacer efectivas sus sentencias a los mecanismos que estaban previstos para la impugnación de sentencias firmes. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos de la mayor parte de los Estados miembros del Consejo de Europa, que cuentan con la posibilidad de reapertura de los procesos penales⁵³, el legislador español no recogía hasta ahora entre los motivos de revisión, ni en el ámbito ordinario ni en el castrense, el cumplimiento de las sentencias dictadas

⁵⁰ Lo poníamos ya de manifiesto en nuestros trabajos: «Revisión penal: interpretación extensiva por el TS de los motivos del art. 954 de la LECrim». *Tribunales de Justicia*, n.º 9, 1999, pp. 831-834, y «Revisión de sentencias firmes: inadecuación de esta vía procesal para hacer efectivo en España el contenido de las sentencias del TEDH». *Tribunales de Justicia*, n.º 11, 2000, pp. 13121315.

⁵¹ Como se subrayaba en la STC 245/1991, de 16 de diciembre (RTC 1991, 245). Según esta, «para coordinar adecuadamente la tutela del derecho reconocido en el Convenio y la tutela del derecho fundamental reconocida en la Constitución, el Poder Legislativo debería establecer cauces procesales adecuados a través de los cuales sea posible articular, ante los órganos del Poder Judicial, la eficacia de las resoluciones del TEDH en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, se haya declarado la infracción de derechos fundamentales en la imposición de una condena penal que se encuentra aún en trámite de ejecución». *Vid* igualmente STS (Sala de lo Penal) 22 julio 1994 (RJ 1994, 5524).

⁵² No obstante, la situación empezó a cambiar tras la vigencia del Protocolo n.º 13 de mayo de 2004, que España ratificó el 13 de marzo de 2006 (BOE el 28 mayo 2010) y que dio una nueva redacción al art. 46 CEDH, a partir del cual la naturaleza vinculante en nuestro ordenamiento jurídico de las sentencias dictadas por el TEDH quedaba fuera de toda duda. Así lo afirman la STS (Sala de lo Penal) 24 febrero 2017 (RJ 2017, 665) y AATS (Sala de lo Penal) 14 noviembre 2016 (RJ 2016, 5477) y 26 mayo 2017 (RJ 2017, 2636).

⁵³ Así sucede en países como Suiza, Luxemburgo, Noruega, Austria, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Rusia, Suecia, Reino Unido, Turquía, Grecia, Rumanía, Bulgaria, Lituania, Letonia, Estonia, Serbia, BosniaHerzegovina, Eslovenia, Albania, Macedonia, Moldavia y Montenegro. Sobre las soluciones adoptadas en algunos de estos países, así como sobre la validez de la revisión como cauce para proceder en el caso que examinamos, *vid.* ARANGÜENA FANEGO, C. «Revisión penal y ejecución de las sentencias del TEDH». ARANGÜENA FANEGO; SANZ MORÁN (coords.). *La reforma de la justicia penal (aspectos materiales y procesales)*. Valladolid: Lex Nova 2008, pp. 337 y ss.

en Estrasburgo, por lo que cualquier intento de hacerlo valer pasaba por su incardinación en uno de los motivos de revisión ya existentes.

Con la intención de poner término a esta situación, la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, obedece, según se declara en el propio preámbulo de esta segunda, a la necesidad de establecer un cauce legal que permita dar cumplimiento en España a las sentencias dictadas por el TEDH. Para ello, se modifica la LOPM y la LECrim, y se consagra legalmente una realidad jurisprudencial, con origen en la doctrina del TC, sostenida en los últimos años por el TS.

En efecto, con apoyo en una interpretación amplia del anterior n.º 4.º del art. 954 LECrim —que en esencia reproducía el contenido del art. 328.1.6.º LOPM, si bien con el presupuesto de concluir con la inocencia del condenado—, el primero de los tribunales citados entendió que, dentro de la regulación procesal existente, el cauce de la revisión de sentencia firme era la vía posible para el supuesto que se examina. En concreto, según declaró el TC, ni puede negarse que una sentencia es un *hecho*, «algo que acaece en el tiempo y en el espacio», ni cabe negar que respecto al proceso que finalizó con su condena la sentencia invocada del TEDH constituya un dato nuevo. Y es esto lo propio de la revisión, que no es una instancia más en la que replantear el debate fáctico o jurídico, sino un nuevo proceso derivado de una novedad extrínseca al procedimiento que constituye su objeto⁵⁴.

Por su parte, rompiendo con una corriente jurisprudencial inicial —sostenida en la imposibilidad de ampliar la revisión a otros supuestos distintos de los previstos en la ley aunque presenten analogía o respondan a criterios de una mejor política criminal⁵⁵—, «ante la constatación de la inexistencia de cauce

⁵⁴ «Desde esta perspectiva —se dijo—, una interpretación del art. 954.4 LECrim que excluya la subsunción de una sentencia del TEDH de este tipo en el concepto de *hecho nuevo* se opone al principio de interpretación *pro actione*, ya que se trata de una decisión de inadmisión que por su rigorismo y por su formalismo excesivo revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan —especialmente la seguridad jurídica que deriva de la intangibilidad de las sentencias firmes— y los intereses que sacrifican, que en este caso es, ni más ni menos, que un derecho fundamental como el derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE». STC 240/2005 de 10 de octubre (RTC 2005, 240).

⁵⁵ Durante cierto tiempo se sostuvo que la revisión no es medio adecuado para otros fines que no sean la modificación fáctica prevista en los arts. 954.4.º LECrim y 328.6.º LOPM y, por tanto, «no puede servir, normalmente, para dar cumplimiento a una sentencia del TEDH, ya que nuestro legislador no ha adoptado ninguna disposición que permita a los jueces ordinarios la revisión de sentencias penales a consecuencia de una sentencia del TEDH». Así, SSTs (Sala de lo Penal) 4 abril 1991 (RJ 1991, 2570) 27 enero 2000 (RJ 2001, 4429), 29 abril 2004 (RJ 2004, 3763) y 21 septiembre 2006 (RJ 2006, 8411); y, en referencia al ámbito procesal castrense, STS (Sala de lo Militar) de 27 de enero de 2000 (RJ 2001, 4429).

procesal en la ley para la ejecutividad en España de las sentencias del TEDH, con el fin de tomar una decisión general que ofrezca seguridad jurídica», el 21 de octubre de 2014 el Pleno No Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS se reunió para abordar esta cuestión. Se adoptó por unanimidad el acuerdo de que «en tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa precisión legal para efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de derechos fundamentales de un condenado por los tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 LECrim cumple este cometido»⁵⁶.

5.2. LA REGULACIÓN DE LA LOPM

En respuesta a la necesidad de que se acometiese una modificación legislativa que pusiese fin a la incertidumbre existente, según dispone ahora el primer párrafo del art. 328.2 LOPM, es posible solicitar la revisión de una resolución judicial firme «cuando el TEDH haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH 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». Así pues, a través de una previsión similar a las incluidas en 2015 en la LOPJ, en la LEC, en la LJCA y en la LECrim⁵⁷ el motivo permite dar cumplimiento en España a las sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo, si bien lo hace, como vamos a examinar, sometiendo el concreto cauce legal a determinadas restricciones.

5.2.1. Excepcionalidad del cauce procesal

En primer lugar, como se extrae de la literalidad del párrafo primero del precepto transcrito, el proceso de revisión mantiene su carácter excepcional al

⁵⁶ Cfr. SSTs (Sala de lo Penal) 12 marzo 2015 (RJ 2015, 1129), 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1496) y 23 octubre 2015 (RJ 2015, 4921).

⁵⁷ Si bien el texto de los arts. 328.2 (revisión penal militar) y 504 (contenciosodisciplinario militar) LOPM coinciden plenamente en su redacción con el art. 954.3 LECrim, el arts. 5 bis LOPJ incorpora la expresión «con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional»; mientras que los arts. 510.2 LEC y 102 LJCA incluyen una referencia final a que «sin que la misma [la revisión] pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas». Esta homogeneidad del régimen de la revisión por esta causa en los diferentes ámbitos jurisdiccionales es tildada de acertada por BELLIDO PENADÉS, R. «Revisión penal y generalización de la doble instancia penal en el proyecto de reforma de la LECrim de 2015». *Diario La Ley*, n.º 8526, 24 abril 2015, pág. 2.

verse excluido en todos aquellos casos en que la violación no produzca efectos graves, sus efectos no *persistan*⁵⁸ o estos efectos puedan cesar por otros medios. Si bien cabe plantearse que esto último ocurriría en los supuestos excepcionales en que todavía pudiera acudir al recurso de amparo constitucional o al denominado incidente de nulidad de actuaciones, los trámites y plazos a que estos se ven sometidos no permiten confiar en ninguna de las dos opciones.

En efecto, la posibilidad del amparo, mantenida por el TC como vía legítima para estos supuestos en el llamado caso Barberà, Messegué y Jabbardo (STC 245/1991 de 16 diciembre), se muestra muy limitada —frente a la inadmisión de la demanda de amparo no cabe recurso alguno (art. 50.4 LOTC)— a la vez que, a decir de una parte de la doctrina⁵⁹, resulta desacertada técnicamente. De la letra del art. 44.2 LOTC, que establece un plazo de treinta días a contar desde la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial para interponer el recurso de amparo, se concluye la imposibilidad de acomodar este cauce constitucional al resultado de un recurso ante el Tribunal de Estrasburgo.

Por otro lado, en los casos en que la resolución del TEDH evidencie la existencia de vicios considerados de nulidad radical, producidos en momento en que no hubiera sido posible la denuncia o el recurso antes de la firmeza de la sentencia que puso fin al proceso (art. 241 LOPJ), sería posible el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, si tenemos en cuenta el tiempo que ha de transcurrir entre que se dicta la sentencia firme y se obtiene la sentencia de Estrasburgo que constata la violación del derecho fundamental, los plazos a que debe ajustarse la petición de nulidad —«20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución», según el precepto citado— impedirán nuevamente hacer uso de este cauce por haber ya caducado⁶⁰.

⁵⁸ La expresión *persistan* no se acomoda al informe del CGPJ, fechado el 27 de junio de 2014, emitido con ocasión del Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la LOPJ, aprobada posteriormente en julio de 2015. En él se valoraba el nuevo art. 5 bis y se entendía como muy positivo que «no exija que la vulneración siga produciendo efectos negativos en el recurrente» (pág. 27). Pese a ello, la necesidad de la persistencia de los efectos se mantiene en el nuevo motivo de revisión tanto en la LOPJ y en la LECrim, como en la LOPM que ahora interesa.

⁵⁹ Cfr. BUJOSA VADELL, L. *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Ordenamiento español*. Madrid: Tecnos 1997, pp. 196 y ss.

⁶⁰ Además, a la utilización de este cauce se opone también el que el conocimiento de dicho incidente de nulidad de actuaciones se atribuya al órgano judicial que hubiese dictado la sentencia firme —en la jurisdicción militar al Tribunal Militar Central o a los tribunales

5.2.2. Legitimación limitada

En segundo lugar, como importante restricción que afecta únicamente al presente motivo de revisión, el art. 328.2 LOPM, en su párrafo segundo, dispone que en el supuesto que examinamos «se aplicarán las reglas sobre legitimación previstas en la LECrim para este tipo de procesos». Ello supone, en concreto, que por aplicación del art. 954.3 LECrim la revisión solo puede solicitarse «por quien, estando legitimado para interponer el recurso, hubiera sido demandante ante el TEDH».

Como es sabido, con carácter general, la legitimación para entablar el proceso de revisión de sentencias penales firmes, tanto en el ámbito de la jurisdicción ordinaria como en el de la militar, se encuentra atribuida tanto al Ministerio Fiscal como al condenado y a sus familiares. Ambas posibilidades se regulan en los arts. 329 y 331 LOPM y 955 y 961 LECrim, y, con independencia de la iniciativa reconocida al Ministerio de Defensa (art. 330 LOPM) y al Ministerio de Justicia (art. 956 LECrim) para la promoción del recurso, configuran un régimen doble de legitimación activa para el ejercicio de esta acción autónoma de impugnación⁶¹.

Pues bien, la previsión contenida en párrafo segundo del art. 954.3 LECrim, a la que remite el art. 328.2 LOPM, excluye la posibilidad de una revisión de oficio por el propio tribunal que dictó la sentencia firme de condena, así como la facultad del fiscal togado de solicitar la apertura del cauce revisorio. Además, también implica que el efecto de la sentencia del TEDH no se extienda a supuestos similares, lo que exige que cada persona afectada por la violación de derechos humanos interponga su propio recurso ante este tribunal, obtenga su propia sentencia condenatoria contra España e inste posteriormente ante la Sala de lo Militar del TS su propio proceso de revisión. En nuestra opinión, esta opción legislativa, objeto de fuertes críticas durante la tramitación parlamentaria de la reforma⁶², se

militares territoriales—, lo que no resulta muy acorde con el hecho de que el tribunal que conozca del incidente deba anular la sentencia firme, pero también la desestimatoria dictada en amparo por el TC como vía previa a la vía de Estrasburgo. En referencia a la jurisdicción ordinaria, cfr. ARANGÜENA FANEGO, C. *Op. cit.*, pp. 376-377.

⁶¹ Sobre los caracteres de este régimen, *vid.* QUEROL Y LOMBARDEO, J. F. de. *Op. cit.*, pp. 1797 y ss.; BARONA VILAR, S. «La legitimación en el proceso de revisión penal». *Poder Judicial*, n.º 36, 1994, pp. 305 y ss.; CALVO RUBIO, J. A. «Jurisprudencia constitucional sobre el recurso de revisión penal». *Poder Judicial*, n.º 10, 1988, pág. 73; y GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M. *El proceso de revisión de las sentencias penales...* *Op. cit.*, pp. 39 y ss.

⁶² Así, pueden verse las enmiendas al texto del Proyecto de Ley de Reforma de la LECrim de 2015 presentadas en el Congreso de los Diputados por el grupo parlamentario de la Izquierda Plural, IU, ICVEUIA y CHA (núms. 22 y 23) y por el Grupo Parlamentario Socialista (n.º 46); y en el Senado por don Jesús Enrique Iglesias Fernández —GPMX— (núms.

muestra gravosa para la persona que ha visto vulnerados sus derechos y ha debido sufrir un costoso peregrinaje hasta llegar al Tribunal de Estrasburgo⁶³. Además, tampoco se muestra conforme con el efecto directo que deberían tener las normas internacionales sobre derechos humanos y las resoluciones de los organismos que las protegen en el ordenamiento jurídico interno; y con la responsabilidad que pesa sobre el Estado de rectificar todas las situaciones de vulneración que hayan sido identificadas.

5.2.3. Procedimiento de revisión: solicitud sometida a plazo

Según dispone el art. 328.2 LOPM, en su párrafo segundo, en referencia al motivo que examinamos, «en estos casos, los procesos de revisión se sustanciarán conforme a las normas sobre esta materia contenidas en la LECrim y no será de aplicación lo previsto en los arts. 329 a 333, 335 y 336». La solicitud de revisión de una sentencia penal firme procedente de la jurisdicción militar, dictada según declara el TEDH en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH, habrá de seguir entonces los trámites del procedimiento previsto en los arts. 957 y ss. LECrim.

Adviértase que este régimen legal del procedimiento de revisión de la LECrim muestra una gran imperfección y se encuentra pendiente desde hace tiempo de una importante reforma. Caracterizado por la existencia de dos fases para la promoción e interposición del recurso, destaca la escasez de preceptos sobre su sustanciación y el sistema de remisiones, con reenvío y mezcla con la normativa del recurso de casación⁶⁴. Es por ello por lo que resulta muy criticable que la ley de 2015 no acompañe la reforma de los motivos de revisión con una nueva tramitación, más adecuada a las previsiones constitucionales y más acorde con la verdadera naturaleza jurídica del instituto⁶⁵.

Ahora bien, la particularidad más destacable del supuesto que examinamos —la tercera restricción a la que hacíamos referencia— la encontramos en la propia regulación del motivo, que condiciona el procedimiento

15 y 16), por el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya —GPEPC— (núms. 28, 55 y 56) y por el Grupo Parlamentario Socialista —GPS— (n.º 74). *BOCG. Congreso de los Diputados*. Serie A: Proyectos de Ley. 27 de mayo de 2015, n.º 1383.

⁶³ Con cita de la opinión de Vicente Gimeno Sendra, se hace eco de estas críticas PÉREZ GARCÍA, M. L. *Op. cit.*, pp. 101-102.

⁶⁴ Cfr. SÁNCHEZ MONTENEGRO, J. C. *Op. cit.*, pág. 174.

⁶⁵ Como hace ya cuatro décadas subrayara la STS (Sala de lo Penal) 18 febrero 1972 (RJ 1972, 850), la Ley Procesal Penal se encuentra en esta materia «necesitada de urgente reforma para agilizar este extraordinario e importante recurso».

para otorgar eficacia a una sentencia del Tribunal de Estrasburgo a un plazo de preclusión. El art. 954.3 LECrim, en su párrafo segundo, exige que la solicitud de revisión se formule «en el plazo de un año desde que adquiriera firmeza la sentencia del TEDH». Si bien es posible que se tilde de irrazonable el establecimiento de un plazo para la presentación de la demanda de revisión, cuando no se hace lo mismo en el resto de motivos contenidos en los arts. 954 LECrim y 328.1 LOPM, lo cierto es que la opción de restringir el tiempo para la solicitud de cumplimiento en un Estado de las sentencias procedentes del TEDH no resulta desconocida en otros sistemas jurídicos de nuestro entorno. Al contrario, es común entre los países que han modificado sus ordenamientos para introducir un cauce específico para proceder a la ejecución el exigir que la demanda se presente dentro de un plazo: noventa días (Suiza), tres meses (Serbia, Rumanía), seis meses (Bélgica, Bulgaria, Estonia, Moldavia) o un año (Francia, Turquía); a contar: desde que el interesado tuvo conocimiento de la decisión del TEDH (Suiza), desde que se comunicó al Gobierno del país (Moldavia), desde la fecha en que fue publicada en el diario oficial del Estado (Rumanía) o simplemente desde que la resolución fue dictada con carácter definitivo por la Corte de Estrasburgo (el resto de los países citados)⁶⁶. En el supuesto de España, la referencia que hace el art. 954.3 LECrim a la adquisición de firmeza de la sentencia nos sitúa ante esta última opción, aunque entendemos que hubiera resultado más acertado que se situase el inicio del plazo o *dies a quo* en el día siguiente a la notificación de la sentencia al demandante ante el TEDH⁶⁷; más cuando es este el único legitimado para entablar el proceso de revisión por el cauce que se examina.

5.2.4. Efectos de la estimación del motivo

En consonancia con el párrafo segundo del art. 328.2 LOPM, que dispone, como hemos visto, la inaplicación al nuevo supuesto de revisión del art. 335 de la norma, relativo a las consecuencias derivadas de la estimación de cada uno de los motivos, el párrafo tercero del precepto señala de

⁶⁶ *Vid.* al respecto el art. 411.2 del Código Procesal Penal suizo, el art. 485 del Código de Procedimiento Criminal serbio, el art. 465.4 del Código de Procedimiento Criminal rumano, el art. 442 del quater 2 Código de Instrucción Criminal belga, el art. 421.1 del Código de Procedimiento Penal búlgaro, el art. 368 del Código de Procedimiento Criminal estonio, el art. 454.3 del Código de Procedimiento Criminal moldavo, el art. 626-3 del Código de Procedimiento Penal francés y el art. 315 del Código de Procedimiento Criminal turco.

⁶⁷ Cfr. BELLIDO PENADÉS, R. *Op. cit.*, pág. 6.

forma expresa: «Igualmente, las sentencias que se dicten en dichos procesos tendrán los efectos prevenidos para este caso en la LECrim». Y precisamente es este, como ya advertíamos al inicio de este estudio, el defecto más importante y criticable de la reforma de la LECrim operada en octubre de 2015. La nueva configuración de los motivos de su art. 954 no se ha visto acompañada de la necesaria modificación de su art. 958, que es el que se ocupa de las consecuencias que produce la estimación de la revisión en cada uno de los supuestos. En consecuencia, el mantenimiento en este precepto de lo previsto para los anteriores cuatro motivos y la ausencia de una previsión normativa han hecho que surjan las dudas sobre cómo ha de resolver la Sala de lo Penal del TS en cada uno de los actuales siete supuestos de revisión y, por lo que ahora interesa, sobre cuál ha de ser la forma de proceder de la Sala de lo Militar en el caso de revisión de sentencias firmes fundado en la existencia de una sentencia del TEDH que declara la vulneración de un derecho reconocido en el citado Convenio.

Pues bien, puesto que no existe norma, solo la jurisprudencia incipiente puede ayudarnos a disipar las dudas que se plantean. En tal sentido, nuestro TS, en una concreta resolución, muy cercana al tiempo de la reforma, ha afirmado lo siguiente:

«No se ha de interpretar esta posibilidad en el sentido de que en todo caso, si el TEDH ha apreciado la vulneración de un derecho reconocido en el CEDH, haya de estimarse directamente la demanda y deba acordarse mecánica e ineludiblemente la nulidad de la sentencia cuya revisión se pretende. Pues la sentencia estimatoria del TEDH no acuerda la nulidad o la revocación de la sentencia interna, sino que se limita a declarar la vulneración de un derecho reconocido en el Convenio, aunque pueda contener, como ocurre cada vez con más frecuencia, una modalidad concreta de reparación o una satisfacción equitativa, como prevé el art. 41 del Convenio. No se trata, por lo tanto, de proceder a ejecutar la resolución del TEDH. Por el contrario, lo que permite el llamado recurso de revisión, más bien proceso de revisión, es precisamente el examen o reapertura del caso, que ya había sido cerrado por la sentencia firme, en orden a la precisión de los efectos que necesariamente haya de producir la declaración del TEDH en el supuesto concreto que se examina. Pues es claro que la declaración de la existencia de vulneración de un derecho reconocido en el Convenio, bien en el desarrollo del proceso, bien en la obtención o práctica de una determinada prueba de cargo, no siempre determinará la nulidad de la sentencia condenatoria dictada contra quien acudió al Tribunal de Es-

trasburgo, pues puede que no haya sido afectado todo el proceso o que la declaración no se refiera a todas las pruebas, y que subsista material suficiente, independiente de la vulneración declarada, que autorice el mantenimiento de la condena, total o parcialmente. Será preciso, pues, en cada caso determinar el alcance de la declaración efectuada por ese tribunal, en atención al contenido de su sentencia y de la sentencia que se pretende revisar. Y actualmente, al procederse a tal determinación a través de la revisión, la competencia corresponde a este TS»⁶⁸.

Estamos de acuerdo con el Alto Tribunal en que, como pueden ser diversas las posibles vulneraciones de los derechos y libertades que declara el TEDH, varios pueden ser los efectos que en atención a estas produce la sentencia de revisión. Por su propia naturaleza, el proceso de revisión tiende a la rescisión total o parcial de la sentencia condenatoria que se revisa; sin que esto tenga que llevar consigo la anulación de todas las actuaciones desarrolladas en el proceso concluido con ella⁶⁹. El carácter rescindente del cauce de revisión no resulta incompatible con la subsistencia de material «independiente de la vulneración declarada», que en un juicio rescisorio posterior puede llevar a que se imponga la misma pena que la inicialmente impuesta, a que ésta se reduzca, a que se absuelva a quien fue condenado o a que incluso se sobresea la causa.

Ahora bien, si repasamos los escasos supuestos en que la Sala de lo Penal ha dictado sentencia estimatoria de la revisión por la causa que se examina, observamos cómo, además de la rescisión de la propia sentencia firme, que como es lógico se ha producido en todos los casos⁷⁰, no halla-

⁶⁸ STS (Sala de lo Penal) 23 octubre 2015 (RJ 2015, 4921).

⁶⁹ Un ejemplo de lo que se señala nos lo proporciona la reciente STS (Sala de lo Penal) 21 septiembre 2017 (RJ 2017, 4071), la cual estima la revisión planteada con base en la existencia de una sentencia del TEDH en la que se declaró que el tribunal que condenó al recurrente por un delito continuado de calumnias e injurias con publicidad, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, incumplió los requisitos de un proceso equitativo, con vulneración del art. 6.1 CEDH. La STS anula parcialmente la sentencia condenatoria en lo referente a dicho delito, si bien dispone que se mantengan el resto de los pronunciamientos.

⁷⁰ Todavía con base en el antiguo n.º 4.º del art. 954 LECrim, la STS (Sala de lo Penal) 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1496) estima la revisión y anula la sentencia que se dictó en casación en atención a la declarada vulneración del art. 6.1 CEDH. Puesto que el TS reinterpretó los hechos y efectuó una nueva tipificación jurídica, considera el Tribunal de Estrasburgo que el demandante condenado por delito fue privado de su derecho a la defensa en el marco de un debate contradictorio. Igualmente, ya vigente el nuevo motivo de revisión, la STS 24 febrero 2017 (RJ 2017, 665) *anula* la sentencia dictada en segunda instancia, que condenaba a varias personas con base en una sentencia del TEDH. Según esta, también aquí el tribunal de apelación realizó una reinterpretación de los hechos declarados probados y efec-

mos un criterio que sea uniforme respecto de la posibilidad de retrotraer las actuaciones al momento de la infracción.

En efecto, en un momento anterior a la reforma de 2015, el TS se pronunciaba a favor de esta posibilidad, al tiempo que estimaba una demanda de revisión como consecuencia de la vulneración de un derecho declarada por el TEDH. Señalaba:

«No hay nada que objetar a la retroacción del procedimiento, pues dicho efecto está previsto para el recurso de casación por quebrantamiento de forma en el art. 901 bis a), debiendo entenderse aplicable por la remisión que el art. 959 LECrim hace al recurso de casación, que debe ser entendida en un sentido amplio a falta de regulación específica. En este caso el quebrantamiento de forma equivale a la vulneración del Convenio consecuencia del mismo»⁷¹.

Como se puede observar, ante la ausencia de una disposición legal que prevea tal efecto y otorgue legitimidad a esta forma de proceder, a la Sala no le queda otro remedio que echar mano, de una forma un tanto forzada, de la remisión legal existente en materia de procedimiento a los preceptos previstos para el recurso de casación.

En momento más reciente, ya vigente la reforma de 2015, la misma Sala se ha pronunciado en un sentido contrario. Ha ocurrido en un supuesto de vulneración del art. 6.1 CEDH —consecuencia de no haberse reproducido las pruebas ante el tribunal de segunda instancia que condenó a una persona que había sido absuelta en primera instancia—, en el que la propia sentencia del Tribunal de Estrasburgo declaraba que si se practicasen de nuevo las pruebas omitidas ello no implicaría automáticamente que

tuó una nueva calificación jurídica sin respetar las exigencias del principio de inmediación. Puesto que los demandantes no fueron oídos en audiencia pública, se produjo una violación del art. 6.1 CEDH. Por su parte, la estimación realizada en la STS (Sala de lo Penal) 19 abril 2017 (RJ 2017, 1830) se basa en una decisión del TEDH según la cual la condena del demandante no había sido proporcionada al fin perseguido, con vulneración del art. 10 CEDH. El Tribunal de Estrasburgo condenaba al Estado español a abonar al condenado por un delito, que incluso implicaba riesgo de encarcelamiento, la cantidad correspondiente al importe de la multa que había satisfecho por razón de su condena.

⁷¹ STS (Sala de lo Penal) 12 marzo 2015 (RJ 2015, 1129). En concreto, esta resolución declara la nulidad de la sentencia y ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la llegada de la causa a la Audiencia. Se ordena que se proceda a la celebración de una audiencia pública con magistrados distintos, donde la *recurrente* tenga ocasión de ser oída personalmente y de impugnar los elementos de cargo tenidos en cuenta para su condena, para a continuación dictarse nueva sentencia.

no pudiera volver a dictarse otra sentencia condenatoria. Sin embargo, la sentencia de revisión afirma:

«Como antes se señaló el objeto del recurso de revisión es simple y congruente con su naturaleza de recurso extraordinario: constatar si un hecho nuevo —en el caso de la sentencia del TEDH— supone una evidencia de que el recurrente no debió ser condenado. No es factible la solución que propone el abogado del Estado que insta se proceda a anular la sentencia condenatoria retrotrayendo las actuaciones al momento de la vista para ordenar una nueva suprimiendo la causa de nulidad, pues esa posibilidad no aparece prevista en el ordenamiento procesal y, además, supondría una lesión al derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho. Lo constatado y evidenciado por el hecho nuevo es que el acusado en la instancia fue enjuiciado y condenado lesionando su derecho de defensa. Por lo tanto, el hecho nuevo, la sentencia del TEDH debe relacionarse con el objeto del recurso de revisión, la anulación de la condena condenatoria que se ha producido con lesión de un derecho fundamental»⁷².

Como se observa, estas primeras sentencias de la Sala Segunda del TS —todavía no contamos con resoluciones de la Sala Quinta— presentan incoherencias a la hora de ordenar o no la reapertura del proceso y la posible retroacción de los actos al momento en que se produjo la vulneración declarada por la sentencia del TEDH. Se constata de esta forma la gravedad de la laguna legal, lo que nos lleva a incidir en la necesidad perentoria de contar con una norma que regule los efectos que produce la estimación del nuevo motivo recogido en los arts. 954.3 LECrim y 328.2 LOPM.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

De acuerdo con todo lo expuesto, el llamado recurso de revisión penal regulado en los arts. 328 y ss. LOPM se configura como un proceso excepcional o un medio de impugnación en el que se denuncia ante la Sala de lo Militar del TS la existencia de una sentencia condenatoria penal firme, y por tanto con valor de cosa juzgada, que en virtud de determinados motivos taxativamente fijados puede ser considerada injusta, a fin de obtener en favor del reo su rescisión y, en su caso, su sustitución por otra absolutoria

⁷² STS 22 febrero 2017 (RJ 2017, 1443).

o mas beneficiosa. Como novedad de la reforma operada en el año 2015, a los seis motivos tradicionales de revisión penal militar —de mejor factura que los clásicos supuestos contenidos en la LECrim— se suma un nuevo motivo legal, configurado de manera restrictiva y unitaria para la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar. Este motivo, si bien no coincide de forma exacta con el sustrato fáctico clásico de la revisión y con la exigida constatación de la inocencia o necesidad de imponer una pena menos grave al condenado⁷³, abre este cauce legal a la necesidad de otorgar efectividad en España a las sentencias estimatorias del TEDH. Considerado el carácter diverso de las circunstancias que pueden provocar la vulneración de un derecho fundamental en el proceso y las múltiples consecuencias que pueden derivarse de la rescisión de la sentencia firme en este supuesto, el problema más importante que presenta el motivo es la ausencia de una norma que establezca los efectos de su estimación. Es por ello por lo que, en atención a la gran variedad de supuestos que pueden llegar a plantearse en la práctica, convendría, en nuestro criterio, la fijación de una regla lo suficientemente amplia que permitiera albergarlos todos.

En un intento de no quedarnos solo en la crítica, hemos de advertir que existen dos textos prelegislativos que pudieran ayudarnos a fijar una regla clara de funcionamiento de cara a una futura reforma: el Anteproyecto de LECrim de 2011 y la Propuesta de Texto articulado de LECrim de 2013. El primero señalaba para estos casos que la Sala «establecerá la forma de reparación del derecho vulnerado» (art. 667.3), mientras que la segunda concretaba un poco más este criterio, al establecer que la Sala, «en atención a la naturaleza del derecho vulnerado, contenido de la sentencia y demás circunstancias, decidirá si es procedente o no la nulidad, su alcance, y, en su caso, el dictado de segunda sentencia o necesidad de repetición del juicio oral u otras actuaciones» (art. 631.5). Si bien no parece ser esta segunda opción una mala solución para el problema que se plantea, en la actualidad y hasta el momento en que se fragüe dicha reforma, sin una

⁷³ Es por ello por lo que, como hemos sostenido en otro trabajo, una vez nos encontramos en el terreno de la reforma legislativa, quizá hubiera sido mejor, en lugar de forzar los contornos de la institución, proceder a crear, como ha ocurrido en algunos concretos ordenamientos jurídicos, un instituto cercano a la revisión, pero dotado de un régimen propio y diferenciado, tendente a la *renovación* o la *reapertura* del procedimiento penal concluido o al reexamen de la decisión penal tras el pronunciamiento de una sentencia del TEDH. Así, sirvan como ejemplo el procedimiento recogido en el Código Procesal Penal de Austria bajo el título «Renovación de los procesos penales» (arts. 363a a 363c), el introducido en 2007 en el Código de Instrucción Criminal de Bélgica, relativo a la «Reapertura del procedimiento» (art. 442bis a 442 octies) o el regulado en el Código de Procedimiento Penal francés, dedicado al «Re-examen de una decisión penal consecutivo al pronunciamiento de una sentencia de la Corte europea de derechos del hombre» (art. 626-1 a 626-7).

norma que marque el camino que deba seguirse, solo queda confiar en el criterio que fije de la forma más homogénea nuestro TS en sus sentencias.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA DE PAZ, Enrique. *Comentarios a la LECrim*. Madrid: Reus 1916, tomo VI.
- ARANGÜENA FANEGO, Coral. «Revisión penal y ejecución de las sentencias del TEDH». *La reforma de la justicia penal (aspectos materiales y procesales)*. Valladolid: Lex Nova 2008.
- BARONA VILAR, Silvia. «La legitimación en el proceso de revisión penal». *Poder Judicial*, n.º 36, 1994.
- «La revisión penal». *Justicia*, n.º 4, 1987.
- BELLIDO PENADÉS, Rafael. «Revisión penal y generalización de la doble instancia penal en el proyecto de reforma de la LECrim de 2015». *Revista La Ley*, n.º 8526, 2015.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo. *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Ordenamiento español*. Madrid: Tecnos 1997.
- CALVO-RUBIO, Aparicio. «Jurisprudencia constitucional sobre el recurso de revisión penal». *Poder Judicial*, n.º 10, 1988.
- CASTEJÓN, Federico. «La revisión penal». *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo 20, fasc/mes 12, 1967.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *El recurso de revisión en materia penal*. San José: Colegio de Abogados Costa Rica 1980.
- DE QUEROL Y LOMBARDEO, José Francisco. «El recurso de revisión en el proceso penal militar». *Comentario a las Leyes Procesales Militares*. Tomo II. Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid: Ministerio de Defensa 1995.
- DOIG DÍAZ, Yolanda. *Jurisdicción militar y Estado de derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*. Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante 2003.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M. *El proceso de revisión de las sentencias penales. Análisis de la reforma de la LECrim de 2015*. Aranzadi: Thomson Reuters 2016.
- «Revisión de sentencias firmes: inadecuación de esta vía procesal para hacer efectivo en España el contenido de las sentencias del TEDH». *Tribunales de Justicia*, n.º 11, 2000.
- «Revisión penal: interpretación extensiva por el TS de los motivos del art. 954 LECrim». *Tribunales de Justicia*, n.º 9, 1999.

- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Derecho procesal penal* (con HERCE QUEMADA). Madrid: Artes Gráficas y Ediciones 1975.
- MARTÍN DELPÓN, José Luis. «La revisión penal militar: la doctrina de la Sala 5.^a en relación a los procesos penales castrenses del franquismo». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 98, 2011.
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. *El recurso de casación y de revisión penal*. Valencia: Tirant lo Blanch 2013.
- MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch 2012.
- MUERZA ESPARZA, Julio. *Las reformas procesales penales de 2015*. Aranzadi: Thomson Reuters 2015.
- MUÑOZ ROJAS, Tomás. «Estudios sobre la revisión penal». *Revista de Derecho Procesal*, n.º 2, abriljunio 1968.
- PÉREZ GARCÍA, Manuel Luis. «El nuevo cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Jurisdicción Militar: los «procesos» de revisión penal y contenciosodisciplinario». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 105, 2016.
- RIPOLL CORULLA, Santiago. «La Justicia Militar española ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 89, 2007.
- ROJAS CARO, José. *Derecho procesal militar*. Barcelona: Bosch 1991.
- SÁNCHEZ MONTENEGRO, Julio César. *El recurso de revisión penal*. Madrid: Edisofer 2005.
- TOMÉ GARCÍA, José Antonio. «Sugerencias en torno a una futura reforma legislativa de la revisión penal». *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, n.º 22, 1990.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa. «La revisión penal *contra reum*». *Revista de Derecho Procesal*, n.º 13, 2003.

LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y LA GUARDIA CIVIL

José Luis Cano Camarero

SUMARIO

1. Antecedentes. 2. El periodo constituyente. 3. El texto constitucional.
- 4 Las leyes orgánicas de desarrollo. 4.1. La regulación del Poder Militar.
- 4.2. La concreción del modelo de seguridad pública. 5. Epílogo

Resumen

El sistema político constitucional actual, que este año cumple su cuarenta aniversario, es el origen del periodo más sereno y pacífico de la historia de España. La Guardia Civil es una institución con la que el Estado ha dado respuesta a los retos de la seguridad interior desde los albores de la Edad Contemporánea. El artículo analiza en qué términos el legislador ha situado a la Guardia Civil dentro del ordenamiento jurídico actual. Para cumplir este programa, se describe cuál era el estado de situación de la Guardia Civil en el sistema político anterior, se aborda el periodo constituyente poniendo de manifiesto cuáles fueron los puntos discrepantes que fueron objeto de debate y, finalmente, se completa el examen de la cuestión identificando las divergencias surgidas en las leyes orgánicas de desarrollo así como las soluciones adoptadas por el legislativo.

Palabras clave: Constitución, Guardia Civil, Fuerzas Armadas, competencias, naturaleza.

Abstract

Spanish current constitutional politic system, which is nowadays commemorating 40 years, is in the origin of the most calm and pacific historic period in the nation. From the beginning of the Contemporary age, Guardia Civil is a Spanish Institution who has served as a tool to respond to the main challenges faced in the Spanish Security. This article analyses in which terms has the fathers of the Constitution situated Guardia Civil inside the constitutional system. In order to accomplish this programme the situation of Guardia Civil in the previous authoritarian state is described. Then the constituent period is approached highlighting the discrepant points of view debated at the sessions of The Spanish Parliament and The Spanish Senate. Finally the Organic laws of development are also evaluated identifying the differences raised among de Members of Parliament and the solutions given.

Keywords: Spanish Constitution, Civil Guard, Armed Forces, competencies, nature.

En 2018 se conmemora el cuarenta aniversario del texto constitucional, aprobado en referéndum nacional celebrado el 6 de diciembre de 1978. La entrada en vigor de esta norma, que constituye la clave de bóveda sobre la que descansa el ordenamiento jurídico español, representa el eje sobre el que España evolucionó desde el régimen político anterior (configurado en torno a las Leyes Fundamentales del Estado) hasta el sistema político actual, de monarquía parlamentaria y basado en los principios constitucionales que conforman el Estado social y democrático de derecho.

Tradicionalmente, se ha puesto el acento en el valor añadido que la Constitución de 1978 ha aportado en cuanto al reconocimiento de derechos, la consagración de la división de poderes y al establecimiento de las bases de una nueva organización política y territorial. No obstante, la promulgación de la norma suprema también tuvo que interpretar, incorporar y fijar las funciones de instituciones de derecho público que, al encontrarse vinculadas directamente con la creación del Estado liberal, no eran patrimonio del régimen anterior a la Constitución. Este es el caso de la Guardia Civil, creada en 1844 como cuerpo especial destinado a la eficaz protección de personas y propiedades, y que en 1978 ya acumulaba 134 años de servicio, a lo largo de sistemas políticos diversos, cuatro de ellos también constitucionales.

La efeméride constitucional que se celebra y la coincidencia del 175.º aniversario de la fundación de la Guardia Civil, cuya conmemoración llegará el próximo 2019, ofrecen una oportunidad para, a partir de las circuns-

tancias conocidas, reflexionar sobre cómo se llevó a cabo la incorporación del Benemérito Instituto al sistema político actual, y cuál es el balance de su situación dentro del actual sistema institucional del Estado.

Desde una perspectiva metodológica, una institución de derecho público se define por sus principales características, relacionadas con aquello que la distingue, y por cuál es su función en la vida en común. En consecuencia, en el análisis de la incorporación de la Guardia Civil al sistema constitucional se llevará a cabo prestando singular atención a las características que singularizan a la institución, así como a sus funciones o cometidos.

Por otro lado, el hito constitucional de 1978 no puede entenderse ajeno al sistema político que venía a sustituir, ni tampoco al contexto social y político en el que se generó. En consecuencia, el estudio de la cuestión debe transcurrir por esta misma senda constitucional, basada en la identificación de la herencia institucional de partida y en el análisis sucesivo de las iniciativas de la legislatura constituyente, el propio proceso constituyente y la culminación regulatoria con la satisfacción de las cuestiones que la Constitución endosa al procedimiento de la ley orgánica.

1. ANTECEDENTES

La Guardia Civil, como el resto de las instituciones del Estado que prestaban un servicio con despliegue en el territorio, quedó dividida en dos durante la Guerra Civil (1936-1939). El balance final fue dramático. El recuento de bajas del cuerpo en ambos bandos arroja la cifra escalofriante de 2 714 muertos y 4 117 heridos, lo que supone el 20 % de sus efectivos iniciales. Durante la guerra, el instituto había continuado existiendo como tal en el bando nacional, mientras que en el republicano se reorganizó, en un principio como Guardia Nacional Republicana¹ y más tarde, en diciembre de 1936, fue disuelta al crearse un único cuerpo de seguridad².

Con la finalización del conflicto bélico, el nuevo régimen político abordó la reorganización de las instituciones del Estado. En este contexto, la Jefatura del Estado, mediante Ley de 15 de marzo de 1940, llevaba a cabo una valoración de la Guardia Civil en su actividad como fuerza de orden público que determinaba su permanencia asumiendo los cometidos

¹ Decreto de 30 de agosto de 1936. *Gaceta de Madrid* n.º 244, de 31 de agosto de 1936.

² Esta disolución fue iniciada mediante Decreto de 26 de diciembre de 1936 (*Gaceta de la República* n.º 362, de 27 de diciembre de 1936), y consumada mediante Decreto de 12 de agosto de 1937 (*Gaceta de la República* n.º 225, de 13 de agosto de 1937).

y personal del disuelto Cuerpo de Carabineros y disponiendo su actuación en cuatro ejes: el ejercicio de la vigilancia y prevención fuera de las poblaciones; la vigilancia de costas y fronteras y la represión del contrabando; la persecución de delincuentes en todo momento y lugar, y la previsión y represión de cualquier movimiento subversivo. De esta manera, junto con la presencia en el ámbito rural y la asunción de los cometidos del Cuerpo de Carabineros, la facultad de persecución de delincuentes reafirmaba sus cometidos de policía criminal, y la responsabilidad con respecto a la subversión renovaba la razón de ser del instituto como último recurso del Estado en tiempo de paz.

Desde una perspectiva orgánica, la Guardia Civil permanecía como un cuerpo del Ejército de Tierra³, opción reiterada con ocasión de la aprobación del Reglamento Militar de la Guardia Civil⁴. Con posterioridad, la Ley Orgánica del Estado⁵ situaba a la Guardia Civil como cuerpo integrante de las Fuerzas Armadas (FAS), bien por su pertenencia orgánica al Ejército, o bien por su empleo como fuerza de orden público.

2. EL PERIODO CONSTITUYENTE

El fallecimiento de Francisco Franco, el 20 de noviembre de 1975, dio inicio al periodo de reforma política y jurídica que se ha venido a conocer como *Transición española*.

La Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política derogaba el resto de Leyes Fundamentales del Reino, abriendo el camino para que los poderes del Estado iniciaran el camino constitucional.

Durante este periodo de tiempo, de una manera precedente y simultánea al alumbramiento de la nueva Constitución, la estructura de la seguridad interior del Estado fue objeto de revisión desde un punto de vista político, así como también tuvo lugar su concreción e incorporación al ordenamiento jurídico.

En el ámbito del consenso político, durante 1977 fueron objeto de negociación y firma los llamados Pactos de la Moncloa. En estos pactos, concretamente en el Acuerdo sobre el Programa de Actuación Jurídica y

³ Tal y como disponía la Ley Adicional a la Constitutiva del Ejército el 19 de julio de 1889. *Gaceta de Madrid*, n.º 201, de 20 de mayo de 1889.

⁴ Reglamento Militar de la Guardia Civil, aprobado por el Excmo. Sr. ministro del Ejército, D. José Enrique Varela Iglesias, el 23 de julio de 1942.

⁵ Art. 37 de la Ley Orgánica del Estado 1/1967, de 10 de enero. Boletín Oficial del Estado n.º 9, de 11 de enero de 1967.

Política, se establecían los principios informadores del orden público y la reorganización de los cuerpos y fuerzas de orden público.

En particular, en cuanto a la reorganización de los cuerpos y fuerzas de orden público, en este instrumento político se establecía la existencia de dos grandes sectores de cuerpos y fuerzas, que pasarían a denominarse de orden público. De una parte, un cuerpo civil (el Cuerpo General de Policía) y, de la otra, dos cuerpos militares (la Policía Armada y la Guardia Civil).

En los Pactos de la Moncloa quedaba establecido que, desde una perspectiva orgánica, la Guardia Civil «debido a su pertenencia a las FAS, dependería del ministro del Interior solamente en lo que afecte al mantenimiento del orden público»⁶.

Por otro lado, el contenido de este acuerdo llevaba a cabo una incipiente distribución funcional y territorial de competencias que situaba a la Guardia Civil, territorialmente, fuera de los grandes núcleos de población y, funcionalmente, asociada a la disciplina del tráfico, armas y explosivos, resguardo fiscal y de fronteras. Las funciones de policía judicial, para la Guardia Civil, se verían reducidas y quedaron circunscritas a las primeras fases de investigación y prevención de delitos y faltas.

Pero la legislatura constituyente también especificó cómo debería ser el nuevo modelo de seguridad interior mediante la promulgación de una ley de Policía. Los trámites de elaboración de esta ley comenzaron el 30 de marzo de 1978, con la remisión del proyecto de ley a la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados y la apertura del plazo de enmiendas. Su aprobación definitiva coincidió en el tiempo con la de la propia Constitución y se publicó con la referencia de Ley 55/1978, 1 de diciembre, de la Policía⁷.

Esta ley disponía que la Guardia Civil era integrante de los cuerpos de seguridad del Estado, a los que también pertenecía la Policía. La norma asignaba tres cometidos principales a los cuerpos de seguridad: orden público, prevención e investigación de los delitos y colaboración institucional en la resolución de conflictos y calamidades públicas⁸. A continuación, y por primera vez en un instrumento regulatorio, se establece una distribución territorial y funcional de cometidos entre fuerzas dedicadas a la seguridad interior.

⁶ Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia. Los Pactos de la Moncloa. Texto Completo del Acuerdo Económico y del Acuerdo Político. Madrid, 8-27 octubre 1977 [en línea]. Disponible en <http://www.mpr.gob.es/servicios2/publicaciones/vol17/> [Fecha de la consulta 27/10/2018].

⁷ Boletín Oficial Del Estado n.º 293, de 8 de diciembre de 1978.

⁸ Artículo segundo.2 de la Ley 55/1978, 1 de diciembre, de la Policía.

Respecto de la distribución territorial, a la Guardia Civil le correspondería ejercer los cometidos principales de los cuerpos de seguridad en los términos municipales en los que no se supere una cifra de población de derecho que determine el Gobierno.

En cuanto a la distribución de cometidos, desde la perspectiva estrictamente funcional, la Guardia Civil continuaría desarrollando los cometidos relacionados con la legislación sobre armas y explosivos, costas y fronteras y resguardo fiscal, así como vigilancia del tráfico en las vías interurbanas. Además, de manera novedosa, se le asignarían por ley la custodia de puertos y aeropuertos, la vigilancia exterior de establecimientos penitenciarios y de edificios públicos que lo requieran, así como de protección civil. Por su parte, a la Policía⁹ le correspondería lo relacionado con la expedición de documentos de identidad y pasaporte, la entrada y salida de personas de territorio nacional, así como las relacionadas con la legislación sobre extranjería¹⁰.

La distribución territorial de competencias, de manera novedosa, realizaba una división en la que ejercer las funciones generales de seguridad interior tomando como referencia el municipio y su población de derecho.

La distribución funcional cumplía la misión de establecer, en una sola norma, el control completo e integral en todo el territorio nacional de determinadas actividades públicas consideradas de interés para la seguridad asociadas bien a una obligación ciudadana (necesidad de encontrarse identificado, entrada y salida de personas, entrada y salida de mercancías), o bien a un espacio físico concreto (costas, fronteras, puertos, aeropuertos, edificios públicos...). Además, el instrumento legislativo realizaba una distribución entre los dos cuerpos de seguridad: la Guardia Civil y la Policía (constituida por el Cuerpo Superior de Policía y por el Cuerpo de Policía Nacional).

De manera adicional, teniendo en cuenta que la Policía se encontraba integrada por dos cuerpos, la ley asignaba al Cuerpo Superior de Policía, de manera particular, la dirección y coordinación de los servicios policiales, especialmente en cuanto a información, policía judicial, expedición y control de documentos y cooperación con policías de otros países. Estas estipulaciones se especificaban, más allá de las generalidades sobre los cuerpos de seguridad del Estado, dentro de un capítulo dedicado exclusivamente a la Policía¹¹. En consecuencia, cabe convenir que el legislador

⁹ Integrada por el Cuerpo Superior de Policía y por la Policía Nacional.

¹⁰ Artículo cuarto.1 de la Ley 55/1978, 1 de diciembre, de la Policía.

¹¹ El capítulo segundo «De la Policía» de la Ley 55/1978, 1 de diciembre, de la Policía.

quiso, más allá de la distribución territorial y funcional de cometidos entre Guardia Civil y Policía, llevar a cabo dentro de la Policía una nueva delimitación de cometidos entre el Cuerpo Superior de Policía y el Cuerpo de Policía Nacional.

El trámite parlamentario estuvo ajeno a cualquier controversia y quedó aprobado el dictamen de la Comisión Mixta CongresoSenado por unanimidad¹²; la ley fue aprobada por el Senado el 8 de noviembre¹³ y por el Congreso el 9 de noviembre de 1978¹⁴.

3. EL TEXTO CONSTITUCIONAL

La Constitución entró en vigor el 29 de diciembre de 1978, una vez ratificada en referéndum nacional el 6 de diciembre y sancionada por el jefe de Estado. Este hito era la culminación de un proceso iniciado diecinueve meses antes, en cuyo debate estuvo presente la posición institucional que la Guardia Civil debía ocupar en el sistema político en ciernes.

El Congreso de los Diputados formado en las elecciones generales de 15 de junio de 1977, al amparo de lo dispuesto en el artículo tercero de la Ley para la Reforma Política, hizo uso de su derecho su iniciativa constitucional aprobando, en la sesión de 26 de julio de 1977, la creación de una Comisión Constitucional.

El 1 de agosto de 1977 tuvo lugar la constitución de la referida Comisión Constitucional y la designación de la Ponencia encargada de redactar el Anteproyecto de Constitución. La Ponencia Constitucional tuvo reuniones durante los meses de septiembre a diciembre de 1977, y mantuvo sus trabajos con carácter reservado.

El 5 de enero de 1977 fue publicado el Anteproyecto de Constitución redactado por la Ponencia. El referido anteproyecto ya dedica un artículo dentro de su parte dogmática (artículo décimo) a identificar quiénes son las FAS, cuál es su misión, así como a determinar una reserva de ley orgánica para la regulación de las bases de la organización militar.

Su texto original era el siguiente:

¹² El 2 de noviembre de 1978, la Presidencia de las Cortes, tomaba nota de la aprobación del Dictamen de la Comisión Mixta CongresoSenado y lo publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes de 6 de noviembre de 1977.

¹³ En el Senado fue aprobada por 144 votos a favor y ninguno en contra, con dos abstenciones.

¹⁴ En el Congreso de los Diputados fue aprobada por 221 votos a favor, un voto en contra y dos abstenciones.

«Art. 10:

1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

2. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar dentro de los principios de la presente Constitución».

Por otro lado, también dedica un artículo dentro de su parte orgánica (artículo 102) a establecer la existencia de unas fuerzas de orden público, con una misión determinada, así como a determinar una reserva de ley orgánica para la regulación de las funciones, principios básicos de actuación y estatuto de las fuerzas de orden público.

El texto original del artículo de las fuerzas de orden público era el siguiente:

«Art. 102:

1. Las fuerzas de orden público, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión defender el ordenamiento constitucional, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y garantizar la seguridad personal de estos.

2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatuto de las fuerzas de orden público».

En consecuencia, desde esta fase de anteproyecto, se generaba una situación en la que las características institucionales de la Guardia Civil la situaban en dos ramos de actividad que distinguía la Constitución. De una parte, las FAS, institución situada dentro del conjunto de principios que determinan la configuración política y territorial del Estado, y en cuya misión descansa la supervivencia del régimen político y de la nación. De otra parte, las fuerzas de orden público, instrumento identificado dentro de la estructura del Poder Ejecutivo y orientado a la protección de los derechos de los ciudadanos y su seguridad personal. La iniciativa constitucional, *a priori*, situaba la naturaleza institucional del cuerpo en el artículo de las FAS, y sus funciones ordinarias dentro de las asignadas a las fuerzas de orden público.

La existencia del concepto y de la misión de las FAS, y su diferenciación explícita de los cometidos relacionados con la seguridad interior, situados en dos artículos, y en dos lugares distintos de la Carta Magna generaría el debate y controversia sobre la situación institucional de la Guar-

dia Civil. De hecho, junto con la publicación del anteproyecto, uno de los votos particulares ya se refería a esta cuestión¹⁵.

Concretamente, el voto particular del Sr. Fraga Iribarne proponía, en lo que respecta al artículo décimo, la eliminación de la enumeración de los tres Ejércitos, exponiendo que todavía no se conocía «cuál sería la orgánica futura de las FAS, así como la de la Guardia Civil, que participa a la vez de la condición de fuerza militar y fuerza de orden público». También este voto particular se extendería al artículo 102, en el que se proponía añadir al final de este: «Sin perjuicio de su conexión con las Fuerzas Armadas cuando corresponda». Se justificaba esta adición así: «A los estados de excepción (estado de sitio) y a la tradicional dependencia mixta de la Guardia Civil, que debe conservarse».

El informe de la Ponencia del anteproyecto no modificó el artículo 10, y el Sr. Fraga mantuvo su voto particular. En el consiguiente debate en el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, se puso en evidencia la defensa del voto particular, basado simplemente en razones de técnica organizativa¹⁶. En este sentido, el defensor del voto entendía que, debido a la relevancia del papel de las FAS, «la redacción del artículo debería ser lo más simple posible, lo más permanente posible y lo menos sujeta a cuestiones formales o coyunturales». El parlamentario, para ilustrar lo innecesario de la identificación explícita de los Ejércitos, refería la reciente creación del Ejército del Aire y la expectativa de que se creara otro tipo de ramas de las FAS, como la aeroespacial. Concluía pidiendo que el artículo hablara solamente de FAS sin ninguna enumeración, que pudiera ser cambiada dentro de unos meses o años. El voto particular fue rechazado por 32 votos en contra, 2 a favor y ninguna abstención.

La Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas aprobó el dictamen relativo al Anteproyecto de Constitución sin ningún cambio en lo que respecta al artículo de las FAS (que pasaría a ser el octavo) y con el cambio de denominación de *fuerzas de seguridad*, en lugar de *fuerzas de orden público*, en lo que respecta al artículo 102 (que pasaría a ser el 96)¹⁷. El Sr. Fraga Iribarne mantuvo su voto particular con respecto al artículo

¹⁵ Votos particulares del grupo parlamentario Alianza Popular. Boletín de las Cortes de 5 de enero de 1978.

¹⁶ Cortes. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. 16 de mayo de 1978.

¹⁷ Conforme queda recogido en el informe de la Ponencia de Anteproyecto de Constitución realizado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. Cortes. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. 17 de abril de 1978.

de las FAS (antiguo artículo 10), al objeto de que el pleno del Congreso debatiera sobre él.

El debate en el pleno del Congreso tuvo lugar a lo largo del mes de julio de 1978. En esta ocasión, los argumentos aportados por el defensor del voto particular fueron análogos a los del debate en Comisión¹⁸ y obtuvo respuestas del grupo parlamentario Unión de Centro Democrático (GPUCD), así como del Grupo Parlamentario Socialista (GPS).

Desde GPUCD, el Sr. Llorens Barges, respecto de la posibilidad de incluir a la Guardia Civil en la relación de las FAS, respondió argumentando que se trataba de un tema más complejo que requeriría de matizaciones que el texto constitucional no admite. En este mismo sentido propuso que el asunto fuera tratado más adelante, en la ley orgánica a la que se hace mención en el propio proyecto, o en otras leyes posteriores. Por otro lado, en la réplica también mencionó que el tratamiento distinto de la Guardia Civil con respecto a otros institutos armados, como la propia Policía Armada, restaría ahora esa cualidad de eficacia que querían dar al constitucional.

En lo que respecta al PS, el Sr. Solana Madariaga expuso que la ausencia de la Guardia Civil de la relación de componentes de las FAS no debía ser una *preocupación*, pues: «Todos están citados cuando se está hablando de la defensa [...], puesto que es un tema de todo el pueblo y de todos los Organismos del Estado». En este sentido, añadió que la Guardia Civil estaría en la defensa, «como todos los demás ciudadanos», pero también dijo: «[Son] Las Fuerzas Armadas, exclusivamente las Fuerzas Armadas, quienes integran al pueblo en la defensa y solo ellas por lo tanto tienen que estar recogidas en la Constitución».

El voto particular del Sr. Fraga Iribarne fue rechazado por 295 votos en contra, 17 votos a favor y 2 abstenciones. No obstante, una vez aprobado el dictamen en lo que se refiere al artículo octavo, el Sr. Fraga tomó la palabra para, entre otros asuntos, dar réplica al Sr. Solana Madariaga respecto de la afirmación en la que este último incluía a la Guardia Civil como un elemento más de la defensa nacional, «colaborando como todos los ciudadanos». En este sentido, el diputado del grupo de Alianza Popular expuso que no le parecía bien que la afirmación «como todos los ciudadanos» (en referencia a la Guardia Civil) porque no se correspondía a los hechos: «Ni es esta la situación de la gendarmería, ni de los carabinieri en otros países; ni los muertos en los cuarteles asaltados y en los coches dinamitados por

¹⁸ Cortes. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Sesión plenaria. 5 de julio de 1978.

los enemigos de la unidad». Concluía entendiendo que hubiera sido muy afortunado dejar el asunto más claro.

El diputado de UCD, Sr. Llorens Barges concluía el tratamiento de la cuestión en el Congreso de los Diputados expresando que la ausencia de la Guardia Civil en la relación de las FAS no le inspiraban ninguna preocupación:

«Porque realmente la Guardia Civil, y esto es un caso claro, de hecho, es un cuerpo estrictamente militar. Es un cuerpo militar que lo manda un teniente general del Ejército, cuyos oficiales y cuyos mandos provienen de la Academia General Militar al igual que los demás cuerpos del ejército; que figura como tal en el organigrama del Ministerio de Defensa, y cuyas funciones, según sus propias ordenanzas, si bien en tiempos de paz pueden tener la de colaborar a las órdenes del Ministerio del Interior, en tiempo de guerra se transforma, también al lado de las restantes FAS, en Ejército de Tierra. Por consiguiente no ha lugar a esa preocupación».

En lo que respecta a las fuerzas de orden público, el artículo 102 salió del trámite del Congreso modificado en dos aspectos principales de su primer epígrafe. De una parte, conforme a las propuestas de las enmiendas del grupo comunista y del Sr. Sancho Rof se daba una nueva redacción al artículo en la que desaparecía la misión de defensa del ordenamiento constitucional. De otra parte, como ya se ha mencionado, aceptando parte de las enmiendas del Sr. Ortí Bordás y del GPUCD, se sustituía el término *fuerzas de orden público* por el término *cuerpos de seguridad*. La nueva redacción del artículo era la siguiente:

«Art. 102:

1. Las fuerzas y cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.
2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las fuerzas y cuerpos de seguridad».

Finalizado el trámite del Congreso, el anteproyecto pasó al Senado. Las enmiendas del Senado fueron estudiadas en agosto de 1978 y debatidas en la Comisión de Constitución durante agosto y septiembre. En este caso, fueron contabilizadas seis enmiendas expresas al apartado primero del artículo 8.º (de las FAS), y cuatro enmiendas al apartado primero del

artículo 97.º (de las fuerzas de seguridad). De nuevo, las enmiendas que afectaban singularmente a la Guardia Civil eran las relativas al artículo 8.º. En concreto las expresadas por los senadores almirante Sr. D. Marcial Gamboa Sánchez Barcáiztegui (senador por designación real), y el Sr. D. Camilo José Cela y Trulock (de la Agrupación Independiente).

El senador por designación real realizó un voto particular en el que se proponía una redacción que incluyera, de una parte, «las Fuerzas Armadas constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire» y, de la otra, «los institutos y cuerpos armados sometidos a disciplina militar» en el mismo artículo. En este caso, la justificación era la siguiente: «Básicamente las fuerzas de seguridad y orden público, en la medida que participan de esta común disciplina militar y, fundamentalmente, de la misión que en este artículo se les asigna, lo que no obsta a que las misiones específicas y primarias sean diversas, como lo son entre sí las de la Armada, el Ejército del Aire o el Ejército de Tierra».

A pesar de su rechazo en la Comisión (por 23 votos en contra, con 2 abstenciones) el Sr. Gamboa Sánchez Barcáiztegui defendió su voto particular en el pleno del Senado con base en los siguientes argumentos:

«Primero: porque los institutos y cuerpos armados sometidos a disciplina militar, constituidas básicamente por la Policía Armada y la Guardia Civil, participan, por su propia naturaleza, de la disciplina militar.

Segundo: Porque esa común disciplina militar, que exigen por su propia razón de ser los institutos y cuerpos armados, constituye una garantía de su imparcialidad política, de su neutralidad ante eventuales contingencias políticas, y evita la conversión de los mismos en un simple mercenariado político al servicio del partido turnante en el poder.

Tercero: Porque participan también de la misión general que este mismo artículo encomienda después a las Fuerzas Armadas, sin que suponga integración plena en ellas, misión consistente en garantizar, soberanía e independencia de la patria y defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

Bien entendido que participar de esta misión general, común, no significa identidad: sus misiones primarias son diversas, como lo son entre sí las peculiares de los tres ejércitos de forma que mientras a estos corresponde más directamente garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la patria, a las fuerzas de seguridad y orden público incumbe, primordialmente, la defensa del ordenamiento constitucional».

No hubo réplica a los argumentos del almirante. No obstante, el voto particular del Sr. Gamboa Sánchez-Barcáiztegui fue rechazado por el pleno del Senado por 172 votos en contra y 8 a favor, con 4 abstenciones.

Por su parte, en lo que respecta al artículo correspondiente a las fuerzas y cuerpos de seguridad fueron presentadas cuatro enmiendas en el Senado a la primera parte del artículo, donde se refiere el concepto y misión de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Las enmiendas pertenecían a grupos minoritarios (senadores vascos, grupo mixto y progresistas y socialistas independientes), se encontraban totalmente alejadas del consenso parlamentario y proponían bien la supresión del artículo, o bien la desaparición del concepto «fuerzas y cuerpos de seguridad, bajo dependencia del Gobierno». El artículo superó el trámite en el Senado, pero decayeron las enmiendas presentadas en el debate, bien por ausencia de los defensores de estas, o porque fueron retiradas *in voce*. El artículo permaneció exactamente igual que a la salida del Congreso.

El proceso continuó en la Comisión Mixta Congreso-Senado, que el 28 de octubre de 1978 presentó un dictamen sobre el Proyecto de Constitución en el que ya no existían variaciones respecto de ambos artículos que ya aparecían con su numeración definitiva, el artículo 8.º y el artículo 104.º. Con fecha 3 de noviembre de 1978, mediante la publicación de la aprobación del dictamen de la Comisión Mixta por los plenos de las Cámaras, el trámite parlamentario llegaba a su fin.

La redacción de la Constitución había establecido una distinción entre misiones relacionadas con la seguridad, las situaba en contextos diferenciados e identificaba nominalmente a sus actores.

De una parte, se encuentra la seguridad de la propia nación española, de su soberanía e integridad y de la pervivencia del propio sistema político constitucional. Esta misión forma parte de los pilares en los que se asienta la Constitución y se encuentra asignada a las FAS.

De otra parte, aparece la seguridad de los ciudadanos en el libre ejercicio de sus derechos y libertades. Esta misión se encuentra situada dentro de la estructura del Poder Ejecutivo y asignada a las fuerzas y cuerpos de seguridad.

La Guardia Civil, que no se encuentra mencionada en el texto constitucional, es en el momento constituyente un cuerpo que pertenece al Ejército de Tierra y ha sido situado en la Ley 55/1978 de Policía como uno de los cuerpos de seguridad del Estado. En 1978, ambas circunstancias hacen acreedor al cuerpo de encontrarse aludido, tanto por las misiones asignadas a las FAS como por las misiones asignadas a las fuerzas y cuerpos de seguridad.

En el trámite parlamentario se introduce la necesidad de concretar la situación institucional de la Guardia Civil. La posición oficial de UCD, grupo mayoritario en el Congreso, se basó en dos argumentos principales: la necesidad de posponer la cuestión en el desarrollo de la ley orgánica a la que hace mención el propio proyecto, o a otras leyes posteriores, y la certeza de que «la Guardia Civil es un cuerpo estrictamente militar».

4. LAS LEYES ORGÁNICAS DE DESARROLLO

En el debate constitucional, el diputado Sr. Llorens Barges había identificado la necesidad de abordar la cuestión de la situación institucional en la ley orgánica de desarrollo del artículo octavo. Por otro lado, el artículo 104.º establecía que una ley orgánica determinaría las funciones y los estatutos de las fuerzas y cuerpos de seguridad. En consecuencia, cabía esperar que la promulgación de ambas leyes concretara la posición institucional de la Guardia Civil, así como sus funciones concretas.

4.1. LA REGULACIÓN DEL PODER MILITAR

Apenas cuatro años después de la entrada en vigor de la Constitución, en 1980, las bases de la organización militar vieron luz en la correspondiente ley orgánica¹⁹, cuyo trámite parlamentario comenzó en septiembre de 1979 con la remisión a la Comisión de Defensa del Congreso del Proyecto de Ley Orgánica por la que se regulan las Bases de la Defensa Nacional y la Organización Militar.

En el texto original del proyecto de ley, la Guardia Civil aparecía en el artículo 35.º con la siguiente redacción:

«Artículo 35

1. La Guardia Civil es un cuerpo militar que, como tal, forma parte del Ejército de Tierra y depende en su organización, personal, disciplina, armamento y servicio militar del ministro de Defensa.

2. En el desempeño de sus funciones relativas al orden y la seguridad pública depende del ministro del Interior, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica sobre Seguridad Ciudadana.

¹⁹ Ley Orgánica 8/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar.

3. El Reglamento Orgánico de la Guardia Civil será aprobado por el Gobierno a propuesta de los ministros de Defensa e Interior y regulará, de acuerdo con la ley, su organización y funciones».

En el Congreso fueron presentadas dos enmiendas principales al referido artículo 35.²⁰ La enmienda n.º 61, del Grupo Parlamentario Comunista, proponía la supresión del artículo manifestando que «la Guardia Civil no forma parte de las Fuerzas Armadas» debido a su ausencia del artículo 8.º de la Constitución. Asimismo, se alegaba que «la Guardia Civil es un cuerpo de seguridad pública y sus funciones deben estar determinadas en la Ley Orgánica sobre Seguridad Ciudadana». La Ponencia no estimó las razones expuestas y rechazó la enmienda. El ponente, representante del Grupo Parlamentario de Coalición Democrática, manifestó su apoyo a la existencia de un título en la ley dedicado a la Guardia Civil: «No solo existe una tradición histórica en nuestro país que convierte a la Guardia Civil en parte de las Fuerzas Armadas, sino que existen precedentes en el derecho comparado de fuerzas que tienen el mismo carácter que la Guardia Civil como fuerza intermedia, a la vez militar y de seguridad». Los grupos parlamentarios Socialista del Congreso y Socialistas Vascos, así como el Grupo Centrista consideraron necesario mantener el título VI, dedicado a la Guardia Civil, alegando «razones de eficacia del Estado» que hacían conveniente «contar con instituciones intermedias entre fuerzas y cuerpos de seguridad, como debería ser la Guardia Civil».

La enmienda 107, del GPS, justificándose en la necesidad de «definir más exactamente la compleja dependencia de la Guardia Civil en el marco de una concepción actualizada de la seguridad del Estado y la defensa nacional», proponía la sustitución del texto del artículo 35.º por el siguiente:

«Artículo 35:

La Guardia Civil es un cuerpo de estructura y organización militar que depende del Ministerio de Defensa para su disciplina, armamento y en el cumplimiento de las funciones de carácter militar que se le encomiendan y del Ministerio del Interior en todas sus restantes funciones, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica por la que se regulan las Bases de la Organización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

²⁰ Informe de la ponencia del Proyecto de Ley Orgánica por la que se Regulan las Bases de la Defensa Nacional y la Organización Militar. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 19 de febrero de 1980.

El texto propuesto eliminaba su adscripción al Ejército de Tierra, así como su calificación de «cuerpo militar», que se sustituía por «de estructura y organización militar». La Ponencia no aceptó por mayoría la propuesta contenida en la enmienda.

En el debate realizado en el pleno del Congreso de los Diputados, celebrado el 10 de abril de 1979²¹, fueron abordadas las enmiendas n.º 61 del Grupo Parlamentario Comunista, de supresión del artículo 38.º (antiguo artículo 35.º) de la Guardia Civil, así como la enmienda n.º 102 del GPS de sustitución de contenido.

Para la defensa de la enmienda de supresión del Grupo Parlamentario Comunista, el Sr. Sánchez Montero empleó argumentos similares a los consignados en la justificación de la enmienda, la ausencia de la Guardia Civil de la relación del artículo 8.º de la Constitución y la pertenencia de la institución a las fuerzas de orden público.

Para la defensa de la enmienda n.º 102 del GPS, el Sr. Solana Madariaga centró su argumentación con base en la pregunta retórica «¿Cuál es el papel de la Guardia Civil?». A continuación, acudió a las fuentes históricas²² para defender que la actuación de la Guardia Civil como «una policía permanente, bajo dependencia del Ministerio de la Gobernación, a caballo entre las Fuerzas Armadas y las milicias». Refirió que su propuesta tenía como objetivo situar a la Guardia Civil en «ese puente que se buscaba en tiempos de Isabel II entre Fuerzas Armadas y los ciudadanos armados, que era lo que había en aquel momento, así como que eso hoy, entre las Fuerzas Armadas y la Policía, es la Guardia Civil». El diputado expuso la necesidad de que la Guardia Civil fuera dependiente del Ministerio de Defensa en lo imprescindible (armamento, disciplina y misiones militares) y del Ministerio del Interior en el resto de los asuntos.

Para reforzar esta argumentación se refirió a que, en la época fundacional, la participación de las FAS fue coyuntural, necesaria para proporcionar cuadros de mando al nuevo cuerpo con la finalidad de llevar a cabo la organización²³. También citaba que la opción de que la Guardia Civil quedara como estaba (como un cuerpo del Ejército de Tierra) era el resultado de una tradición mal entendida a tenor del decreto fundacional. En el derecho comparado, en lo que respecta al caso francés, restaba valor al ejemplo

²¹ Cortes. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Sesión plenaria. de 10 de abril de 1980.

²² Basándose en uno de los decretos fundacionales, el Real Decreto de 28 de marzo de 1844, de Fundación de la Guardia Civil (Gaceta de Madrid de 31 de marzo de 1844).

²³ En este sentido cita, por analogía, que en las Policías Locales actuales (del año 1978) también existen cuadros de mando procedentes de las FAS.

de la Gendarmería Nacional francesa con base en que, debido a no cumplir con las expectativas que se le habían marcado, estaba siendo sustituida por las Compañías Republicanas de Seguridad (CRS). Y en lo que respecta al caso italiano, calificaba de una especie de abuso el incorporar a las FAS a todos los cuerpos de seguridad (Carabinieri y Guarda de Finanza) e informaba de que el Parlamento italiano estaba estudiando el papel exacto de los carabineros, de si debían o no estar en las FAS.

De su intervención se concluye que la propuesta de la enmienda se basaba en que la mejor forma de que la Guardia Civil ocupara un lugar, dentro de un concepto de seguridad nacional basado en el escalonamiento de fuerzas (del que forman parte Policías Locales, Policías Autonómicas, Policía Nacional y FAS), era que su dependencia fuera del Ministerio del Interior y del Ministerio de Defensa solo en lo imprescindible. En consecuencia, la propuesta ofrecía un modelo de cuerpo civil, pero con estructura y organización militares.

El diputado Sr. Carro Martínez, del Grupo Coalición Democrática, tomó la palabra para defender un voto particular de oposición a ambas enmiendas. Respecto de la argumentación del Sr. Solana, el diputado replicó que la redacción propuesta inicialmente (con la Guardia Civil como cuerpo del Ejército) respetaba la situación tradicional que ya existía en relación con la Guardia Civil sin hacer ningún cambio y declaraba que era la mejor opción cuando no se sabía «hacia dónde cambiar».

Finalmente, el ponente, perteneciente al GPUCD, Sr. Jiménez Blanco llevó a cabo la contestación a ambas enmiendas en una sola intervención.

En lo que respecta a la supresión del artículo 35.º, enmienda del Grupo Comunista, el ponente informaba de que esa propuesta pretendía interpretar la Constitución de una manera tergiversada para eliminar a la Guardia Civil de la ley orgánica relativa a la defensa nacional.

En lo que respecta a la enmienda n.º 102, el ponente afirmaba que el planteamiento realizado por el diputado socialista era de dependencia, pero que el problema no era solo de dependencia, «sino también de naturaleza». En este sentido afirmaba: «Pocas instituciones del XIX continúan vivas en plenitud. Esta [la Guardia Civil] ha pasado por todos los regímenes posibles y continúa con su viveza. ¿Por qué? Porque ha conservado su naturaleza». Finaliza afirmando: «El verdadero carácter de esas instituciones es su fondo. Viene impuesto por su condición militar, y en el caso concreto de nuestra Guardia Civil es ello lo que le imprime carácter y lo que constituye su columna vertebral».

Con respecto a su pertenencia a las FAS, el ponente exponía que, ni aun con la enmienda del PSOE cambiaría su estatus porque, de acuerdo con

sus normas internas, seguiría siendo parte del Ejército de Tierra y, por lo tanto, de las FAS, aunque la Constitución no lo dijera: «Tampoco dice que el arma de infantería sea parte del Ejército de Tierra y, sin embargo, lo es».

Por otro lado, en lo que respecta al derecho comparado, el ponente refería que el modelo de la Guardia Civil es el de la Gendarmería en Francia, así como el de los Carabinieri en Italia. Continuaba afirmando que los tres cuerpos pertenecen al Ejército de Tierra de los respectivos países, y recordó el éxito que los Carabinieri estaban teniendo en la lucha antiterrorista durante aquellos años²⁴.

En lo que concierne a la existencia a un cuerpopuente afirmaba que antes lo fue la Guardia de Asalto y también lo había sido en el pasado reciente la Policía Armada y que, en consecuencia, ese papel de cuerpopuente le correspondía entonces a la Policía Nacional.

Finalmente, el ponente realizó una concesión al proponente de la enmienda al afirmar:

«Yo creo que en una ley orgánica podría perfectamente no hacerse referencia a la naturaleza del cuerpo. Y en eso puedo estar de acuerdo con él, en cuanto que es un criterio el de esta ley de dar las bases, no en el sentido de ley de bases, sino en el de criterios básicos de la defensa y de la organización militar, y bastaría que hablara de doble dependencia y podría haber sido una solución. [...] Aquí podría realmente reducirse el problema, puesto que estamos en una ley de criterios básicos de la defensa y de la organización Militar, que habla de la doble dependencia, y como el PSOE enfoca el problema, la Guardia Civil sigue siendo una parte del Ejército de Tierra».

Con este reconocimiento, de una manera implícita, el diputado estaba fijando una posición de anuencia a la propuesta socialista reconociendo que, en la ley objeto de trámite y discusión de criterios básicos de la defensa nacional y de la organización, bastaba con referir su dependencia y no era necesario afirmar su naturaleza, que le vendría dada por sus leyes internas y que, en todo caso, seguiría siendo una parte del Ejército de Tierra.

Recogiendo las intervenciones de defensa y respuesta a la enmienda n.º 102, y a pesar de las diferencias expuestas por el diputado proponente de la enmienda y el ponente, el diputado Sr. Cuatrecasas del Grupo Minoría Catalana, elevó una propuesta de enmienda transaccional en la que se

²⁴ En referencia a los éxitos del general del arma de Carabinieri Carlo Alberto dalla Chiesa contra el terrorismo de las Brigadas Rojas.

describían las dependencias del cuerpo, se reconocían misiones militares y de orden público y en la que se evitaba cualquier pronunciamiento sobre su naturaleza o situación institucional.

La votación aprobó la enmienda transaccional con el nuevo texto por 273 votos a favor y 7 votos en contra, con 3 abstenciones. El diputado Sr. Carro Martínez mantuvo que en el nuevo texto: «Solo se alude al artículo 104 de la Constitución, con lo cual incluye a la Guardia Civil dentro de las fuerzas de orden público y las excluye del artículo 8. O sea, que las excluye del Ejército». Y añade: «Es un texto totalmente nuevo que se aleja de las concepciones que tenemos de lo que debe ser la Guardia Civil y su integración dentro de las Fuerzas Armadas».

El texto propuesto en la enmienda transaccional era el siguiente:

«Artículo 35:

En tiempo de paz, el cuerpo de la Guardia Civil dependerá del ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que por su naturaleza se le encomienden, y del ministro del Interior en el desempeño de las funciones relativas al orden y la seguridad pública en los términos que establezca la ley orgánica prevista en el artículo 104 de la Constitución.

El reglamento orgánico del cuerpo de la Guardia Civil será aprobado por el Gobierno a propuesta de los ministros de Defensa e Interior y regulará, de acuerdo con la ley, su organización, funciones, armamento, el régimen de personal y de disciplina».

Este artículo ya no experimentaría modificaciones en su trámite parlamentario y, con la numeración de artículo 38.º, formaría parte de la referida Ley Orgánica 8/1980, de 1 de julio, por la que se Regulan los Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar.

4.2. LA CONCRECIÓN DEL MODELO DE SEGURIDAD PÚBLICA

El artículo 104.º de la Constitución dejaba una reserva de ley orgánica para la determinación de las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Dando cumplimiento a este mandato, el 14 de marzo de 1986 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuyo trámite parlamentario se había iniciado en septiembre del año anterior.

La norma se caracteriza por abordar la cuestión de la seguridad pública de una manera integral y determinar las funciones de todos los actores de la seguridad, en todos los niveles de las administraciones públicas y estableciendo las relaciones entre ellos, así como con el Poder Judicial. La norma, que invoca desarrollar el artículo 104.º de la Constitución, concreta las coordenadas en las que la Guardia Civil se integra en el sistema político actual y establece las particularidades de su régimen estatutario y sus funciones o cometidos dentro del modelo de seguridad.

En este contexto, puede afirmarse que la situación institucional del cuerpo en la estructura del Estado queda definida, a través de esta ley, por dos ejes fundamentales. De una parte, su naturaleza militar y, de la otra, su pertenencia a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

En lo que respecta a la naturaleza del cuerpo la ley se expresa en su preámbulo de la siguiente manera: «Con fundamentación directa en el artículo 104 e indirecta en el artículo 8, ambos de la Constitución, la ley declara, a todos los efectos, la naturaleza de fuerzas y cuerpos de seguridad que corresponde al Cuerpo Nacional de Policía —nacido de la integración de los Cuerpos Superior de Policía y de Policía Nacional— y al Cuerpo de la Guardia Civil». Este párrafo invoca los artículos constitucionales para fundamentar la naturaleza de las fuerzas y cuerpos de seguridad. En este caso, la referencia indirecta al artículo 8.º de la Constitución, sin lugar a dudas, tiene su razón de ser en dar cauce a la singularización de la naturaleza militar de la Guardia Civil.

Posteriormente, y una vez fijada la naturaleza de la institución, el mismo preámbulo realiza un análisis específico de cuál debe ser la perspectiva de su servicio en la sociedad:

«De la necesidad de dar cumplimiento al artículo 104.2 de la Constitución, se deduce que el régimen estatutario de la Guardia Civil debe ser regulado en la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ello significa que la Guardia Civil, como cuerpo de seguridad, sin perjuicio de realizar en determinadas circunstancias misiones de carácter militar, centra su actuación en el ejercicio de funciones propiamente policiales, ya sea en el ámbito judicial o en el administrativo.

En consecuencia, sin perjuicio del estatuto personal atribuible a los miembros del cuerpo de la Guardia Civil —por razones de fuero, disciplina, formación y mando—, debe considerarse normal su actuación en el mantenimiento del orden y la seguridad pública, función en la que deben concentrarse, en su mayor parte, las misiones y servicios asumibles por la Guardia Civil.

Con todo ello se pretende centrar a la Guardia Civil en la que es su auténtica misión en la sociedad actual: garantía del libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y la protección de la seguridad ciudadana, dentro del colectivo de las fuerzas y cuerpos de seguridad».

En estos párrafos del preámbulo de la ley se insiste en los cometidos de la Guardia Civil como fuerza de seguridad con los mandatos de «centrar su actuación», «función en la que deben concentrarse» y «su auténtica misión en la sociedad». En este punto, cabe referir que el esfuerzo principal de la Guardia Civil en 1986²⁵, tanto como en la época fundacional²⁶, ya se encontraba orientado a la seguridad pública. En consecuencia, el énfasis realizado respecto de los cometidos del cuerpo sugiere que el legislador ha tratado de realizar un balance con respecto a la declaración explícita de la naturaleza militar de la Guardia Civil, de manera que no existiera confusión entre su naturaleza, militar; y su misión, principalmente en el ámbito de la seguridad pública.

El articulado culmina abordando de lleno las características de la Guardia Civil y fija los dos ejes que la definen y establece sus dependencias.

«Artículo 9.º. Las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado ejercen sus funciones en todo el territorio nacional y están integradas por:

b) La Guardia Civil, que es un instituto armado de naturaleza militar, dependiente del ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta ley le atribuye, y del ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que este o el Gobierno le encomienden. En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del ministro de Defensa».

Durante el trámite parlamentario, las referencias a la naturaleza de la Guardia Civil, tanto en el preámbulo como el propio artículo, no

²⁵ En la última referencia de organización institucional y misiones del cuerpo, la Ley de 15 de marzo de 1940 reorganizando el benemérito cuerpo de la Guardia Civil (publicada en el Boletín Oficial del Estado de 17 de marzo de 1940), ya disponía en su artículo 5.º que sus funciones eran, entre otras, de «vigilancia y guarda» y, «en todo momento y lugar, de persecución de delincuentes».

²⁶ El artículo 2.º del Real Decreto de 28 de marzo de 1844, de Fundación de la Guardia Civil (*Gaceta de Madrid* de 31 de marzo de 1844) ya declaraba que «el objeto de esta fuerza es proveer al buen orden, a la seguridad pública y a la protección de las personas y de las propiedades, fuera y dentro de las poblaciones».

experimentaron variación²⁷, lo que pone de manifiesto un consenso previo de los partidos políticos que obtuvieron representación mayoritaria en la Segunda Legislatura (1982 a 1986).

No obstante, sí que existieron enmiendas al texto que fueron impulsadas desde grupos parlamentarios de entidad menor. Estas enmiendas se encontraban dirigidas a la atribución a la Guardia Civil de naturaleza civil, y no militar, y a que tuviera una dependencia exclusiva del Ministerio del Interior²⁸, a mantener una dependencia funcional del Ministerio de Economía y Hacienda para las funciones de resguardo fiscal y persecución del contrabando²⁹ y a la necesidad de que las misiones de carácter militar le fueran encomendadas por ley³⁰. Todas estas enmiendas, impulsadas desde los grupos parlamentarios Vasco, PNV, Minoría Catalana y grupo mixto no prosperaron debido al consenso mayoritario de los principales grupos parlamentarios, y fueron rechazadas en votación única por 16 votos a favor y 226 votos en contra, con 10 abstenciones.

La Ley de Orgánica establece que la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía son las fuerzas de seguridad del Estado y ejercen sus funciones en todo el territorio nacional. Por otro lado, reeditando la novedad de la Ley de Policía de 1978, establece una distribución de competencias que se asignan desde una doble perspectiva, territorial y material.

En lo que respecta a la distribución territorial de competencias, la ley abandona el criterio objetivo concretado en la Ley de 1978 de asignar a la Guardia Civil los términos municipales cuya población de derecho no supere una determinada cifra de habitantes que el Gobierno determine, y opta por el criterio potestativo de «los términos municipales y núcleos urbanos que el Gobierno determine».

En cuanto a la distribución material de competencias, la ley amplía el elenco de cometidos que asigna al Cuerpo Nacional de Policía y mantiene el de la Guardia Civil con respecto a la relación que hacía en la ley de 1978.

²⁷ En realidad sí que existió una variación menor, calificada de *gramatical* por la Ponencia del Congreso al incluirse, junto con el ministro de Defensa, al Gobierno como sujeto agente con capacidad de encomendar misiones de carácter militar a la Guardia Civil. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 25 de noviembre de 1985.

²⁸ Enmiendas números 182, del señor Pérez Royo; 444, del G. P. Minoría Catalana; 554, del señor Vicens i Giralt, y 613, del G. P. Vasco. Informe de la Ponencia sobre la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 25 de noviembre de 1985.

²⁹ Enmiendas números 41, del señor Vega Escandón; 357, del G. P. Centrista, y 614, del G. P. Vasco. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 25 de noviembre de 1985.

³⁰ Enmienda número 356, del G. P. Centrista. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 25 de noviembre de 1985.

La tipología de competencias materiales asignadas a la Guardia Civil en 1986 es de seis, al igual que en 1978. En cuanto al Cuerpo Nacional de Policía, las competencias materiales pasan a ser siete en 1986, de las tres inicialmente asignadas en 1978. El contenido de las competencias materiales fue decidido en el propio proyecto de ley³¹ y, en la práctica totalidad de los casos, quedó fijado definitivamente en el informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso³² y permaneció inalterado a lo largo del trámite parlamentario.

En esta ley orgánica, la Guardia Civil incorpora las competencias explícitas de protección de la naturaleza y de conducción interurbana de presos y detenidos; y deja de ejercer la competencia de vigilancia exterior de establecimientos penitenciarios y de protección civil.

No obstante, respecto de las competencias materiales atribuidas a la Guardia Civil, llama particularmente la atención la desaparición de la capacidad explícita de cooperación internacional.

En efecto, el proyecto de ley dotaba a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de sendas competencias materiales para ejercer cometidos de cooperación internacional. Por una parte, la Guardia Civil disponía de esta capacidad a la luz del artículo 10.2.a.8 (del proyecto de ley), según el cual la Guardia Civil llevaría a cabo «la relación con los cuerpos de seguridad de otros países, similares por su organización, funciones o ámbito de actuación». Por otra parte, el artículo 10.2.b.7 disponía que el Cuerpo Nacional de Policía llevaría a cabo «la colaboración y auxilio a las policías de otros países, conforme a lo establecido en los acuerdos y tratados internacionales». En el trámite de enmiendas en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso se suprimió el contenido relativo a la cooperación internacional de la Guardia Civil (artículo 10.2.a.8 del proyecto) al aceptar las enmiendas propuestas³³, a pesar de que el Grupo Parlamentario de Minoría Catalana propuso introducir un nuevo punto 3 para situar esta competencia de cooperación

³¹ El Proyecto de Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad fue publicado en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 18 de septiembre de 1985.

³² El informe de la Ponencia de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad fue publicado en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 25 de noviembre de 1985.

³³ Las enmiendas aceptadas fueron las números 11, señor Fraile Poujade; 104, G. P. Popular; 188, señor Pérez Royo; 264, señor Bandrés Molet, y 560, señor Vicens i Giral. La propuesta que recogía la Enmienda número 369, G. P. Minoría Catalana proponía la introducción de un nuevo punto 3 con la colaboración y auxilio a Policías de otros países. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 3 de diciembre de 1985. Dictamen de la Comisión, enmiendas y votos particulares al Proyecto de Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Orgánica).

con otras fuerzas de seguridad en una ejecución transversal y compartida por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

5. EPÍLOGO

El sistema político actual ha integrado a la Guardia Civil en su sistema institucional preservando su esencia, pero adaptando sus dependencias y relaciones de manera que se vea favorecida la eficacia del cuerpo como instrumento del Estado en el desempeño de sus funciones.

En el ámbito regulatorio de la institución militar, los textos orgánicos del siglo xx han evolucionado desde la referencia explícita al Ejército y a la Armada hasta el empleo del neologismo *Fuerzas Armadas*³⁴. A la parte dogmática del texto constitucional llega el concepto de FAS, al que se le vincula con la misión de la supervivencia del Estadonación y la preservación del ordenamiento constitucional. La decisión de identificar explícitamente a los tres Ejércitos como órganos integradores de las FAS en la Constitución tiene su origen en una aproximación tradicional³⁵, y no consta que los legisladores quisieran fracturar la correspondencia biunívoca que existe entre FAS e institución militar.

Durante la promulgación de la Constitución, los textos legales incluían a la Guardia Civil como integrante de las FAS. En el propio proceso constituyente se reafirma este vínculo y se cita a la Guardia Civil como cuerpo perteneciente al Ejército de Tierra.

En los textos legales también se percibe una progresiva consolidación del concepto, primero de *fuerzas de orden público*, y después de *cuerpos y fuerzas de seguridad*, como conjunto de instrumentos del Estado para proporcionar una respuesta a los retos de la seguridad interior. La Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, que construye el modelo español de seguridad pública, incorpora a la Guardia Civil como actor protagonista en la seguridad interior, integrando las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

³⁴ «Es una definición, casi un neologismo». De esta manera se expresaba el diputado ponente Sr. Llorens Barges para referirse al nominativo *Fuerzas Armadas*. Cortes. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. 5 de julio de 1978.

³⁵ «Es bien tradicional, dentro de nuestra terminología militar, la diferenciación o enumeración, en función del medio obvio en que se desenvuelven». De esta manera se refería el diputado ponente Sr. Llorens Barges para defender la enumeración de las Fuerzas Armadas. Cortes. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. 5 de julio de 1978.

Hasta su integración en el actual sistema institucional, la Guardia Civil proyectaba la imagen de un vínculo a la cadena operativa del mando militar (Ejército de Tierra) más consolidado que a quienes ejercían la dirección de la respuesta del Estado en materia de seguridad pública; el director de la Seguridad del Estado. Esta percepción queda patente en la defensa de la enmienda n.º 107 al Proyecto de Ley Orgánica por la que se regulan las Bases de la Defensa Nacional y la Organización Militar, en la que la principal preocupación del GPS es el fortalecimiento de la dependencia de la Guardia Civil con respecto al Ministerio del Interior.

El consenso de los principales grupos parlamentarios de la Transición ha determinado la integración de la Guardia Civil en el sistema político actual como cuerpo militar que forma parte del sistema de seguridad pública. Ese mismo consenso obvia deliberadamente referencias a la Guardia Civil como parte integrante de las FAS.

Lo anterior es el resultado final de la conciliación de dos perspectivas. De una parte, la preservación de la naturaleza militar del cuerpo como fundamento de su eficacia. De la otra, la necesaria dependencia operativa del ministro del Interior como base para su empleo eficaz, sin perjuicio de las misiones militares que le pudiera ser encomendadas por el Gobierno o por el ministro de Defensa.

La ausencia de la Guardia Civil en el artículo 8.º de la Constitución responde a su encuadramiento, durante el periodo constituyente, como un cuerpo dentro del Ejército de Tierra, lo que hace innecesaria su específica referencia en el artículo. La desaparición de la Guardia Civil como cuerpo integrado en las FAS responde al empleo de una técnica organizativa en la que el cuerpo de la Guardia Civil queda diferenciado del Ejército de Tierra³⁶. Estas circunstancias no impiden al instituto, como cuerpo militar, compartir la misión institucional de estas, dada en el referido artículo 8.º, ni formar parte de la institución militar.

La distribución de competencias que recoge las leyes de desarrollo dan testimonio del empleo preferente de la Guardia Civil en los retos más comprometidos que el Estado ha afrontado en materia de seguridad interior (seguridad de vías de comunicación, vigilancia del tráfico, resguardo fiscal), y mantiene a su vez su situación como una última ratio territorial. Esta circunstancia se ha mantenido desde la fundación del cuerpo.

³⁶ Esta circunstancia aparece por primera vez en el Real Decreto 136/1984, de 25 de enero, por el que se reestructura el Ministerio de Defensa. (Boletín Oficial del Estado de 1 de febrero de 1984).

Los debates mantenidos en el proceso constituyente y en los de aprobación de las leyes de desarrollo refieren la naturaleza particular de la Guardia Civil con una finalidad distinta a la de ser asociado al desempeño de unos cometidos regulados en una distribución material o territorial de competencias. El Poder Legislativo aborda la integración institucional del cuerpo en el Estado con la finalidad de seguir dotando al Poder Ejecutivo, dentro del sistema de seguridad pública, de un instrumento específico de respuesta a los retos de la seguridad interior, el que constituye una última ratio para el preservación de la seguridad interior en situación de normalidad, el que se corresponde con la tradición del Benemérito Instituto, cuya naturaleza militar es fundamento y garantía de su eficacia.

Cuando se cumplen 174 años de la creación de la Guardia Civil, los niveles de progreso y seguridad son perturbados en la sociedad española por la percepción de nuevas vulnerabilidades de origen distinto, en este caso relacionadas con las múltiples y complejas amenazas de catástrofes naturales, industriales o tecnológicas. En la actualidad, como durante la época del reinado de Isabel II, el Estado vuelve a optar, con la creación de la Unidad Militar de Emergencias, por la respuesta de naturaleza militar ante los retos de la seguridad interior. Esta decisión, que hace realidad el premonitorio voto particular a la Ponencia Constitucional que pedía «hablar solamente de Fuerzas Armadas sin ninguna enumeración», dado que podría ser cambiada en unos meses o años si cambiaban «las técnicas de la organización militar en función del país»³⁷, avala y renueva la vigencia de la característica natural del cuerpo de la Guardia Civil.

³⁷ Defensa del Voto Particular al artículo octavo del Anteproyecto de Constitución en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso de los Diputados. CORTES. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. 16 de mayo de 1978.

TEXTOS

DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz

Letrado mayor del Consejo de Estado

SUMARIO

1. Comentario general de doctrina legal: la revisión de actos preparatorios de entidades públicas transformadas en sociedades mercantiles. 2. Doctrina legal del Consejo de Estado: 2.1. Reglamentos: regulación de los drones. 2.2. Contratación administrativa. 2.2.1. Ideas informadoras de la contratación administrativa. 2.2.2. Contratos complementarios.

1. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL: LA REVISIÓN DE ACTOS PREPARATORIOS DE ENTIDADES PÚBLICAS TRANSFORMADAS EN SOCIEDADES MERCANTILES

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar la cuestión relativa a la posibilidad de que la Administración revise de oficio actos de una entidad pública empresarial, extinguida por absorción, e integrada en otra de la misma naturaleza que posteriormente adoptó forma jurídico mercantil.

El Consejo de Estado examinó la cuestión en el Dictamen 1037/2016, de 23 de febrero de 2017, y formuló en él consideraciones que excedían el caso concreto. Señaló en primer término que la naturaleza de los contratos, sus presupuestos, requisitos y condiciones no se veían alterados por los diferentes avatares orgánicos habidos. En este sentido, hizo hincapié en

que aquella y estos quedaban establecidos al momento de perfeccionarse. Indicó también que las entidades públicas empresariales se rigen «por el derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria» y, en lo tocante a la contratación, «por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las administraciones públicas». Y que, a la vista de estas previsiones, era claro que el derecho administrativo resultaba de plena aplicación al procedimiento de «formación de la voluntad de sus órganos».

Con estos mimbres, se ha de señalar que los actos de la adjudicación de un contrato y los que conforman su preparación —como los que se pretenden revisar— constituyen actos incardinables en el procedimiento de «formación de la voluntad de sus órganos». Tienen la consideración de separables del resto. Se rigen por el derecho público, con independencia de que el contrato sea privado. Ello comporta que el contrato nacido se someta al derecho privado solo en lo tocante a sus efectos y a su extinción, y le queda vedado a la Administración contratante interferir en ese ámbito mediante el ejercicio de poderes o potestades ajenas o extrañas al fuero privado.

El régimen de contratación aplicable a las entidades públicas empresariales avala lo expuesto. El ya derogado artículo 57.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y el artículo 106 de la Ley 40/2015, de 3 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece que su contratación «se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las administraciones públicas». Ello comporta que podrá ser administrativa o privada según los casos, pero, si los contratos tienen carácter privado, se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por las normas del derecho administrativo y, en cuanto a sus efectos y extinción, por el derecho privado. En otros términos, los contratos que celebran estas entidades son privados, pero la formación de la voluntad de sus órganos —en la que quedan comprendidos los actos de preparación y adjudicación— se rige por derecho público.

En consecuencia, al ser sus actos de formación de la voluntad administrativos, son susceptibles de revisión conforme con los artículos 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, según la fecha de iniciación del procedimiento revisor.

No lo impide el que, tras celebrarse, los contratos sean contratos privados y se rijan por el derecho privado en cuanto a sus efectos y extinción, pues su preparación y adjudicación se somete al derecho público.

La cuestión que se suscita es la de si el acto de adjudicación del contrato —acto administrativo separable inserto en el procedimiento de contratación de una entidad pública empresarial— y su régimen jurídico de invalidez por causas de derecho público declinan o se transmutan a consecuencia de la existencia de una cesión, efectuada por sucesivas subrogaciones habidas, a favor de una entidad mercantil.

El Consejo de Estado ya había señalado en su dictamen de 11 de abril de 2013 y reiteró en el citado 1037/2016, de 23 de febrero de 2017, que una cesión como la expuesta no alteraba en nada la naturaleza ni del acto de adjudicación ni de los contratos dimanantes de él. En efecto, las novaciones contractuales subjetivas que sustituyen como contratante a una entidad de derecho público por otra de idéntica naturaleza no comportan modificación ni de la naturaleza del acto de adjudicación ni de la índole de los contratos subsiguientes. Y tampoco lo hacen las novaciones contractuales que sustituyen como contratante a una entidad de derecho público por otra con forma jurídico-privada.

Es cierto que la cesión de un contrato privado entre particulares comprende su transmisión íntegra, no solo derechos y obligaciones, sino de otros efectos y situaciones jurídicos, como pueden ser las acciones civiles de nulidad, rescisión y anulabilidad y las facultades de modificación o extinción del contrato. Ahora bien, a la hora de aplicar técnicas o conceptos de derecho privado en el ámbito administrativo deben tenerse en cuenta las singularidades de la utilización de dichas técnicas por parte de las administraciones públicas. No son trasladables sin más. Su inserción las convierte en técnicas funcionales con perfiles propios; pueden jugar un papel diferente al desempeñado en las instituciones civiles por razón de la posición de las administraciones públicas.

La celebración de contratos privados por particulares se articula —orillando una eventual fase previa de tratos— en dos fases jurídicamente relevantes, siempre externas, ya distinguidas por el derecho intermedio: las fases *in fieri* e *in facto esse* o, en otros términos, las de su perfección y de su ejecución y extinción. Su validez y eficacia requiere la concurrencia de una serie de elementos, bien al momento de su perfección (los requisitos), bien con posterioridad (las condiciones). Como ya señalara la Glosa, en un contrato —privado hay que añadir hoy— solo hay requisitos (elementa) y condiciones (conditiones).

La cesión de contrato privado inter privados solo puede darse después de haberse perfeccionado. Lo que se cede es el contrato como estado, como relación permanente (*in facto esse*), con su complejo haz de prestaciones, derechos y obligaciones, entre las que se cuentan las acciones de rescisión o anulabilidad ejercitables sobre las condiciones, esto es, sobre los elementos posteriores a la perfección del contrato precisos para su eficacia. No se transmite, por el contrario, el contrato *in fieri* porque es un acto ya agotado con la perfección, aunque sí se ceden algunos derechos vinculados a él, que perviven y operan sobre los efectos reflejos de aquel. Así, se transfieren al cesionario las acciones de nulidad, rescisión o anulabilidad ejercitables en relación con el acto de perfección del contrato; es decir, en relación con los requisitos exigidos al momento de perfeccionarse.

El iter de formación de los contratos celebrados por las administraciones públicas —tanto privados como administrativos— se desenvuelve, por disposición de la ley, en tres fases: una fase previa, interna, de conformación de la voluntad pública, sujeta a estrictos trámites disciplinados por las normas del procedimiento administrativo que culmina con el acto de adjudicación; y otras dos externas, las ya citadas y propias de todo contrato privado: la de perfección del contrato y de ejecución y cumplimiento.

Cada una de esas fases tiene sus elementos conformadores.

Los elementos conformadores de la primera fase, la previa e interna —inexistente en el caso de los contratos privados inter privados—, son los denominados presupuestos. Se trata de elementos que deben concurrir con carácter previo a la perfección del contrato. Si faltan, este deviene nulo por sanción legal. No se integran en el contrato, sino que le sirven de base. Sin ellos, no hay contrato. Entre ellos, se cuentan por así disponerlos las leyes (Ley de Contratos del Sector Público y Ley General Presupuestaria), los actos que integran el procedimiento administrativo previo de formación de la voluntad —o, por utilizar la expresión legal, el expediente administrativo de contratación— y el acto de adjudicación.

El acto de adjudicación no es propiamente una declaración de voluntad en los términos propios del derecho civil y, por ello, tampoco se integra en el contrato mismo. En efecto, el acto de adjudicación exterioriza una voluntad administrativa, pero no es una declaración análoga a las propias del derecho civil. En estas, sus consecuencias se ligan a la exacta interpretación de su contenido (Código Civil, artículos 1254, 1258 y 1262). Por el contrario, en el acto de adjudicación, la declaración se vincula a la norma

que habilita al órgano para actuar, de modo que deviene inválido si no se ha ajustado a dicha norma.

En esta fase previa e interna, la Administración puede incurrir en vicios invalidantes que —en aplicación del principio de legalidad— deben ser depurados mediante los correspondientes remedios legales. Y, al estar sujeta toda ella al derecho administrativo, dichos remedios son también administrativos.

Por su parte, los elementos conformadores de las fases externas, las de perfección y de ejecución y extinción, contractuales propiamente dichas, son los antes mencionados, los requisitos y condiciones del contrato privado: los primeros deben darse al momento de perfeccionarse y los segundos con posterioridad a su perfección para que el contrato pueda producir efectos.

Pues bien, la cesión de contratos privados celebrados por administraciones públicas a otros sujetos en virtud de negocios jurídicos también privados —entre los que se cuenta la segregación de una rama de negocio y su aportación a una entidad mercantil— presenta perfiles propios. Se cede el contrato como estado (*in facto esse*) y solo las acciones de rescisión, nulidad y anulabilidad ejercitables en relación con sus requisitos y condiciones. En modo alguno se transmiten las acciones relativas a la fase previa e interna administrativa, esto es, a las ejercitables sobre los presupuestos contractuales. Ello porque, de una parte, estas no forman parte del contrato, sino que le sirven de sustento, como ya se ha dicho. Y, de otro lado, porque los mecanismos legales para remediar la invalidez de estos actos públicos —entre los que se cuenta el de la revisión de oficio— no pueden ser objeto de transmisión a ningún sujeto privado al comportar el ejercicio de potestades públicas.

Por ello, en los casos de cesión —aun universal— de una rama de actividad por parte de la entidad pública empresarial a otra mercantil, se produce la novación subjetiva de los contratos y la cesión del entramado de prestaciones, derechos, obligaciones y facultades que los integran y de las acciones encaminadas a declarar su invalidez o ineficacia en relación con sus requisitos o condiciones, esto es, con los elementos esenciales que debían concurrir al momento o con posterioridad a su perfección. Pero quedan fuera de dicha cesión, en todo caso, por exigencia legal, las acciones encaminadas eventualmente a depurar la invalidez de los presupuestos del contrato. Estas acciones siguen residenciadas siempre en la Administración Pública actuante.

2. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

2.1. REGLAMENTOS: REGULACIÓN DE LOS DRONES

El proyecto sometido a consulta tiene por objeto establecer la regulación de la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto —llamados vulgarmente drones— y modificar el Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del Aire y Disposiciones Operativas Comunes para los Servicios y Procedimientos de Navegación Aérea.

La norma se dicta primordialmente en el ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en el artículo 149.1.20.^a de la Constitución («aeropuertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo»).

Dicha competencia ha sido delimitada por el Tribunal Constitucional en varios pronunciamientos —entre los que destaca la Sentencia 64/1984, de 11 de junio— conforme a los cuales corresponde en exclusiva al Estado la totalidad de las competencias sobre el control del espacio aéreo y sobre los aeropuertos de interés general y la competencia, también exclusiva, para dictar normas de seguridad aérea. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha hecho hincapié en que «la seguridad de la navegación exige [...] una serie de garantías uniformes en todo el territorio nacional, las cuales, a su vez, derivan de normas internacionales que persiguen la misma finalidad» (Sentencia del Tribunal Constitucional 40/1998, de 19 de febrero).

El artículo 44 del proyecto y la disposición adicional primera encuentran, por su parte, su fundamento en el artículo 149.1.29.^a de la Constitución («seguridad pública»). Así las cosas, el proyecto de real decreto respeta el reparto constitucional de competencias.

Las aeronaves pilotadas por control remoto —denominadas muchas veces por sus diversos acrónimos en inglés UAV (unmanned aerial vehicle), UA (unmanned aircraft) y RPA (remotely piloted aircraft)— y sus sistemas de funcionamiento (RPAS) fueron reguladas por primera vez en España por el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio. Esta norma fue posteriormente tramitada por las Cortes Generales como proyecto de ley y se concretó en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia.

La Ley 18/2014, de 15 de octubre, en su artículo 50, regula, en primer término, el uso y las operaciones de las aeronaves civiles pilotadas por control remoto no comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 216/2008, del Parlamento y del Consejo de 20 de febrero de 2008, sobre Normas Comunes en el Ámbito de la Aviación Civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea y se deroga la Directiva 91/670/CEE, del Consejo. Esta regulación tiene carácter transitorio. Así se deduce de su apartado 1, que previene: «Hasta tanto se produzca la entrada en vigor de la norma reglamentaria prevista en la disposición final segunda, apartado 2, de esta ley, las operaciones de aeronaves civiles pilotadas por control remoto quedan sujetas a lo establecido en este artículo».

De otro lado, en su disposición final segunda, la Ley 18/2014, de 15 de octubre, habilitó al Gobierno para establecer, mediante norma reglamentaria, su régimen jurídico al instituir: «El Gobierno determinará reglamentariamente el régimen jurídico aplicable a las aeronaves civiles pilotadas por control remoto, así como las actividades y operaciones realizadas por ellas. A la entrada en vigor de la referida norma reglamentaria quedará sin vigencia el contenido del artículo 50».

Y, finalmente, en su artículo 51, la Ley 18/2004, de 15 de octubre, modificó el artículo 4 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea para incluir en su definición legal de aeronave a las pilotadas por control remoto. Se ajustó de este modo nuestra legislación interna a lo establecido en los párrafos 1.7 y 2.4 de la Circular 328-AN/190, de la OACI, aprobada en 2011, que dicen, respectivamente, que «los vehículos no pilotados son realmente aeronaves» y que «el hecho de que la aeronave sea tripulada o no tripulada no afecta a su condición de aeronave», lo que queda incluido en el anexo 7 del Convenio de Chicago de 1944.

Como se señaló en el Dictamen 1272/2015, de 10 de diciembre de 2015, la consecuencia obligada de la inclusión de las pilotadas por control remoto en el concepto legal de aeronaves contenido en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, es su sujeción al régimen jurídico establecido en el correspondiente bloque normativo, que tiene como normas de cabecera la mentada Ley 48/1960 y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

Así las cosas, el proyecto elaborado y sometido a consulta encuentra su fundamento en la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, y en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia.

El proyecto de real decreto vendrá a sustituir —no obstante su carácter reglamentario— la regulación contenida en el artículo 50 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, que tiene carácter temporal, como se ha dicho.

Como se dijo ya en el Dictamen 1272/2015, de 10 de diciembre de 2015, la habilitación normativa al Gobierno contenida en la disposición final segunda de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, para regular el Régimen de las Aeronaves Pilotadas por Control Remoto no está limitada por las previsiones materiales de su artículo 50. Aquella le faculta para sustituir íntegramente la regulación transitoria por otra nueva —y en su caso distinta— mediante disposición reglamentaria —en virtud de la degradación normativa establecida—. En otros términos, las determinaciones del artículo 50 no han de ser necesariamente respetadas por la nueva regulación reglamentaria. El precepto legal es una norma temporal, efímera, hasta tanto en cuanto se apruebe la que la sustituya. Y la nueva regulación, de rango reglamentario por mandato de la disposición final segunda antes citada, queda únicamente constreñida por las previsiones contenidas en la norma de cabecera del grupo normativo aplicable —la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea—, en su complementaria en el mismo grupo —la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea— y en los convenios internacionales aplicables, que se erigen así como límites materiales específicos de la potestad reglamentaria.

Por consiguiente, las disposiciones que ahora se pretenden aprobar, y que no se acomodan a lo establecido en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, no pueden calificarse como *ultra vires* por esta circunstancia.

La primera cuestión que debe examinarse es la atinente a la oportunidad de expedir el proyecto de real decreto sometido a consulta. Su objeto es regular los requisitos y operaciones de las aeronaves pilotadas por control remoto no incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 216/2008. En su Comunicación de 3 de mayo de 2015 sobre el proyecto elaborado, la Comisión Europea llamó la atención sobre su intención de regular las aeronaves hasta ahora excluidas del Reglamento (CE) 216/2008, dando a entender que se valorara la oportunidad de aprobar la nueva reglamentación.

En efecto, la Comisión Europea, en la Estrategia Europea de Aviación, presentada el 7 de diciembre de 2015, incluyó como uno de sus objetivos el establecimiento de una regulación unitaria de los drones, incluidos los de menos de 150 kg de masa al momento del despegue. Y, en consonancia con dicho objetivo, el 1 de diciembre de 2016, el Consejo aprobó una orientación general sobre la revisión de las normas comunes de seguridad de la aviación civil. Y, por su parte, la Agencia Europea de Seguridad Aé-

rea ha hecho público ya en 2017 un documento preparatorio del futuro reglamento de ejecución que contempla la obligación de registrar todas las aeronaves tripuladas por control remoto y la creación de un espacio, delimitado, seguro y cuidadoso con el medioambiente, de hasta 150 metros de altura, en el que podrán operar dichas aeronaves y cuyo control se realizará de manera automática usando tecnologías de identificación electrónica y geolocalización (U-Space), de establecimiento y configuración progresiva. La proyectada regulación, que está todavía en ciernes, contempla una *vacatio legis* de dos años para los requisitos de producto de la aeronave y de tres para las condiciones exigidas para sus operaciones.

El respeto al principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9 de la Constitución, comporta no solo que las normas sean ciertas y claras, sino también estables. Se acomoda mal con el referido principio la aprobación de normas que —fuera de casos justificados por las circunstancias— se sabe que van a tener una vida efímera.

A juicio del Consejo de Estado, sin embargo, este reparo no se puede formular al proyecto sometido a consulta. En efecto, la eventual regulación europea que discipline las aeronaves pilotadas por control remoto, sus operaciones y las condiciones que deben reunir quienes las manipulen no está todavía aprobada y los períodos de *vacatio legis* que contempla son lo suficientemente dilatados para justificar la expedición del proyecto de real decreto. A este hecho, se añade la conveniencia de hacerlo, a fin de facilitar el desarrollo del sector económico implicado, que es ya relevante y que previsiblemente verá incrementada su importancia según señala la memoria de la norma consultada.

El Consejo considera adecuada por otra parte la exclusión contenida en el artículo 2.2 en relación con las actividades deportivas, recreativas, de competición o exhibición y a las lúdicas propias de las aeronaves de juguete, atendiendo así a la observación de legalidad formulada en su día en el dictamen de 10 de diciembre de 2015. Todo ello sin perjuicio de su sujeción a las obligaciones derivadas de la necesidad de garantizar la seguridad y continuidad de las operaciones aéreas conforme se previene en la disposición adicional segunda del proyecto.

Cuestión que debe examinarse también es la relativa a la exclusión parcial del régimen general previsto en el proyecto de real decreto —salvo lo dispuesto en sus capítulos I y II— de las operaciones de vigilancia del tránsito viario realizadas por la Dirección General de Tráfico. En el expediente administrativo hay constancia de la insistencia tanto de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior como de la Dirección General de Tráfico en que las referidas operaciones de vigilancia del tránsito via-

rio queden excluidas parcialmente del régimen general establecido en el proyecto de real decreto y que se sujeten al específico que se deriva del artículo 3.2 de la norma consultada. Se invoca en tal sentido que los helicópteros de dicha Dirección General están asimilados a los de los servicios de aduana en cuanto a su regulación y que la conexión con la Agrupación de Tráfico es tan intensa que permite sujetarlos al régimen de los servicios policiales. Además, la Dirección General de Tráfico, en su informe de 2 de febrero de 2017, ha propuesto que los operadores aéreos contratados para ejecutar la prestación de servicios de vigilancia del tránsito puedan acogerse al régimen específico previsto en el proyecto y, por ende, estar sujetos a las exclusiones parciales contenidas en el artículo 3 y a las excepciones contenidas en el artículo 23 ter («Condiciones de uso del espacio aéreo») del Reglamento del Aire, aprobado por Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, y modificado por la disposición final primera del proyecto.

La propuesta de la Dirección General de Tráfico ha sido atendida por la Dirección General de Aviación Civil en el texto sometido a consulta, de modo que se ha incluido en el artículo 3.2 proyectado la mención a «las operaciones de vigilancia del tránsito viario realizadas por la Dirección General de Tráfico» como excluidas parcialmente de la regulación general instituida.

El Consejo de Estado no entra a valorar la exclusión hecha por el proyecto respecto de estas operaciones de vigilancia del tráfico. Debe señalar, no obstante, que dichas operaciones no están ni legalmente equiparadas a las de aduanas, a las desempeñadas por los cuerpos y fuerzas de seguridad y a las realizadas por el Centro Nacional de Inteligencia, ni pueden justificarse en la conexión íntima entre la Dirección General de Tráfico y la Agrupación de Tráfico, como se pretende, toda vez que los RPA de esta Dirección General no son operados por personal de la citada Agrupación. A juicio del Consejo de Estado, las operaciones de vigilancia del tráfico llevadas a cabo por sus contratistas no deben quedar comprendidas en el ámbito de las exclusiones parciales previstas en el artículo 3 y mucho menos orilladas del régimen general del uso del espacio aéreo contenido en el Reglamento de Circulación Aérea —y por tanto acogerse a las reglas especiales contenidas en el artículo 23 ter de dicho reglamento—. La simple enumeración de quienes quedan excluidos del régimen general —los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, el Servicio de Vigilancia Aduanera y el Centro Nacional de Inteligencia— evidencia que se trata de instituciones públicas a las que se les atribuyen competencias especialmente prevalentes, que merecen una singular protección y que se prestan directamente por sus respectivos servicios administrativos. Estas cualida-

des podrían reconocerse a las operaciones prestadas directamente por la Dirección General de Tráfico. Pero es claro que no cabe hacerlo a quienes gestionan indirectamente el servicio en virtud de contrato o encomienda. Por ello, el Consejo de Estado considera que la exclusión parcial prevista en el artículo 3.3 del proyecto debe quedar ceñido a las «operaciones de vigilancia del tránsito viario llevadas a cabo directamente por los servicios de la Dirección General de Tráfico».

El apartado 2 de la disposición adicional primera del proyecto dispone que, en la comercialización de las aeronaves pilotadas por control remoto, para cualesquiera usos, el vendedor está obligado a requerir al comprador su DNI u otro documento de identificación, el poder con que actúa si lo hiciere por cuenta de otro, las autorizaciones precisas y la documentación complementaria que se establezca en la normativa de aplicación y a consignar tales datos en los asientos de los libros o sistemas de registro del establecimiento los mencionados datos junto con los identificativos de la aeronave, mediante su designación específica. Impone a los comercializadores de aeronaves una obligación de documentación y registro que incide en su ámbito de libertad de sus actividades. Es principio general de nuestro derecho que la afectación al ámbito de libertad de los ciudadanos y también de los prestadores de servicios —con fundamento último en este último caso en el artículo 38 de la Constitución— requiere la existencia de un fundamento, expreso y claro, en norma de rango legal, que habilite a las administraciones públicas para hacerlo. Tal es el sentido de la regulación contenida en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio (en especial, su artículo 1) y en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado (artículos 1, 5, etc.). En consecuencia, la imposición de una obligación como la contenida en el mencionado apartado 2 del proyecto no puede hacerse mediante norma de rango reglamentario si no encuentra un fundamento legal expreso habilitante. En el caso presente, dicho fundamento no existe. No se encuentra en el bloque normativo regulador del derecho aeronáutico —Ley de Navegación Aérea y Ley de Seguridad Aérea— y tampoco en el de seguridad ciudadana. La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en su artículo 25 («Obligaciones de registro documental»), apartado 1, dispone que quedarán sujetas a las obligaciones de registro documental e información en los términos que establezcan las disposiciones aplicables «las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividades relevantes para la seguridad ciudadana», pero las acota a las siguientes:

«Las de hospedaje, transporte de personas, acceso comercial a servicios telefónicos o telemáticos de uso público mediante establecimientos abiertos al público, comercio o reparación de objetos usados, alquiler o desguace de vehículos de motor, compraventa de joyas y metales, ya sean preciosos o no, objetos u obras de arte, cerrajería de seguridad, centros gestores de residuos metálicos, establecimientos de comercio al por mayor de chatarra o productos de desecho, o de venta de productos químicos peligrosos a particulares».

En otros términos, no incluye entre aquellos a quienes se les pueden imponer obligaciones de información y documentación a quienes comercializan aeronaves pilotadas por control remoto. Por consiguiente, a juicio del Consejo de Estado, la previsión contenida en este apartado carece de fundamento legal y debe ser suprimida. En todo caso, no ignora este cuerpo consultivo la finalidad perseguida por la norma proyectada, encaminada a contar con una fuente de información relevante para la actividad de seguridad pública, pero debe llamar la atención que, además de lo expuesto antes, la imposición de una obligación de registro y documentación como la prevista solo tendría eficacia para las aeronaves de juguete, puesto que todos los demás aparatos comprendidos en su ámbito de obligación están obligados a estar identificadas y, además, todas las de más de 25 kg matriculadas e inscritas en el registro de matrícula.

El párrafo último del apartado 3 de la disposición adicional primera del proyecto, por su parte, establece: «Por orden del ministro del Interior podrá crearse un registro en el que deban inscribirse todas las naves pilotadas por control remoto, así como sus sucesivas transmisiones, y, en su caso, en el que se inscribirán, como mínimo, los datos de las placas identificativas a que se refiere el artículo 8 y esta disposición».

Se trata de un registro distinto del de aeronaves civiles en el que deberán inscribirse todas las aeronaves pilotadas por control remoto, sin distinción de categorías y clases. La imposición de la obligación de inscribirse en un registro y de anotar, además, las transmisiones requiere un fundamento legal expreso que habilite a la Administración para hacerlo. La obligación de inscribir en el Registro de Aeronaves Civiles deriva de lo dispuesto en la Ley de Navegación Aérea. Pero esta norma no ampara la constitución de otro registro.

Dejando a un lado que no se acomoda al principio de simplificación de cargas administrativas consagrado en nuestro ordenamiento (Ley 40/2015, artículo 4; Ley 20/2013, de 9 de diciembre, artículo 7) la exigencia de una doble inscripción en dos registros diferentes para la mayor parte de los dro-

nes, tampoco existe en este caso un fundamento legal expreso que habilite para imponer la obligación que se pretende fuera de la legislación aérea.

El artículo 25.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección para la Seguridad Ciudadana, dispone que «los titulares de aeronaves ligeras estarán obligados a realizar las actuaciones de registro documental e información previstas en la normativa vigente».

Pero esta disposición no ampara la previsión proyectada. En efecto, el concepto de *aeronave ligera* tiene en el ámbito aeronáutico unos límites precisos, referido a los aerodinos, ultraligeros y aviones, motoveleros o helicópteros monomotor de masa máxima al despegue de 2 000 kg y siempre en operaciones no comerciales, según las normas de la OACI. Por consiguiente, la previsión del artículo 25.2 de la Ley Orgánica 4/2015 no alcanza nunca a las aeronaves pilotadas por control remoto por no ser en puridad aeronaves ligeras, aunque se requiera en el proyecto a quienes las manejen estar en posesión de la misma clase de licencia (Dictamen 840/2017, de 16 de noviembre de 2017)

2.2. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

2.2.1. Ideas informadoras de la contratación administrativa

La regulación de los contratos administrativos está presidida por dos ideas rectoras: la prevalencia del fin público que lo justifica y su construcción conceptual sobre la noción de comunidad, de colaboración de las partes, en la satisfacción de una función económica y social.

La prevalencia del interés público conforma el régimen jurídico del contrato administrativo y determina el juego de las obligaciones y derechos nacidos en su seno. Por encima de los intereses particulares se impone el interés general que constituye su fin básico. El contrato persigue la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, pero más importante que dicha ejecución o prestación es la valoración de los fines públicos a los que sirve.

Por otra parte, la Administración ni puede renunciar a sus potestades, ni cercenar su libertad en la gestión del interés general. La encomienda constitucional de servir con objetividad a los intereses generales no puede verse limitada por los contratos que celebra. De ahí que la Administración esté facultada legalmente para modificarlos a través del denominado *ius*

variandi, como se reconoce actualmente en el artículo 219 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La inmutabilidad de los contratos (principio del *contractus lex*) se ve así tamizada, y se quiebra por la inmutabilidad del fin.

Por su parte, la idea de comunidad, de interés común —excepcional en el derecho privado—, implica la vigencia del principio de colaboración entre las partes, que no es algo vago, sino un elemento esencial del contrato. De acuerdo con él, el contratista no es el titular de intereses antagónicos a los de la Administración, sino un colaborador voluntario de esta. Por existir esa comunidad de intereses, ambas partes participan de la economía del contrato. Y por esa misma razón, el ordenamiento jurídico ha venido perfilando trabajosamente una serie de técnicas de apoyo al contratista encaminadas, de una parte, a financiar sus labores y, de otro lado, a venir en su ayuda cuando su remuneración deviene notoriamente insuficiente mediante la revisibilidad de las relaciones pactadas. Y, en fin, por darse esa colaboración, la noción de equilibrio económico-financiero del contrato y su mantenimiento han devenido reglas esenciales del vínculo convencional, de modo que el principio de intangibilidad de la remuneración contractual —propia del derecho privado— se quiebra en la contratación pública.

El equilibrio económico-financiero es un concepto jurídico indeterminado que informa y caracteriza las relaciones entre la Administración contratante y el contratista privado, no como mero intercambio de prestaciones, sino como forma de colaboración para la consecución de un fin. Asegura la conmutatividad de las prestaciones y la existencia de una igualdad entre las ventajas que se conceden al contratista y las obligaciones que se le imponen. Su vigencia comporta, como se ha señalado, la ruptura de la intangibilidad de la remuneración contractual propia del derecho privado. En efecto, es doctrina común, avalada por jurisprudencia constante, que, en los contratos administrativos de tracto sucesivo y de carácter sinalagmático, la alteración de las circunstancias existentes en el momento de su conclusión —y tomadas como base para ello— puede dar lugar a una revisión del contenido de las prestaciones pactadas sin ruptura del vínculo contractual, siempre y cuando sea lo suficientemente importante para determinar la quiebra del equilibrio económico establecido entre las recíprocas prestaciones.

Son varias y muy conocidas las doctrinas que se han venido aplicando, desde el Digesto hasta nuestros días, para corregir estas anomalías contractuales en aras de un indiscutible principio de justicia conmutativa. La cláusula *rebus sic stantibus*, la teoría de la presuposición, completada y desarrollada sobre la base del negocio o el enriquecimiento injusto, en-

tre otras, son expresivas de este planteamiento. Se trata de evitar que un contrato que ha sido concertado como sinalagmático, con equivalencia económica de prestaciones recíprocas, quede transformado por virtud de circunstancias sobrevenidas, no queridas por las partes, en otro meramente aleatorio con desproporcionado perjuicio para una de ellas en beneficio de la otra. Todas las técnicas articuladas para evitarlo derivan del principio de buena fe contractual, consagrado en el artículo 7.1 del Código Civil, que dispone que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» y que constituye un pilar del ordenamiento, hasta tal punto que se ha dicho que «la salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico».

El principio de buena fe se ha invocado en numerosísimas ocasiones en las relaciones contractuales entre la Administración y los administrados para exonerar o aliviar la carga de los contratistas ante la aparición de nuevos elementos de hecho. Y no es exclusivo de una de las partes; en concreto, del contratista. Los instrumentos empleados para compensarle no están solo encaminados a socializar las pérdidas mediante su asunción parcial por la Administración. Resultan también aplicables cuando se produce una situación de ventaja desmedida para el contratista. Constituyen mecanismos ordinarios para asegurar una adecuada articulación de la comunidad de intereses a que se ha hecho referencia antes. Se aplican también cuando la ruptura del equilibrio económico-financiero se produce en perjuicio de la Administración. No reconocer este hecho sería desnaturalizar la institución contractual. La conmutatividad de las prestaciones despliega su eficacia en relación con ambas partes —frente a concepciones trasnochadas que lo ceñían a favor del contratista— y, por ende, las técnicas correctoras encaminadas a mantenerla operan en todo caso. Esta regla constituye un principio general del derecho de los contratos públicos, acogido hoy expresamente en los artículos 258 y 282 de la Ley de Contratos del Sector Público, pero de aplicación a todos, incluso a los que —como el consultado— no se rigen por dicha norma. Por eso, no es oponible a esta regla la afirmación de que no resulta de aplicación a los contratos que se rigen por la legislación anterior a la actual Ley de Contratos del Sector Público por no contener expresamente aquella una previsión que así lo disponga.

El restablecimiento del equilibrio económico-financiero requiere la existencia de una alteración de la base del negocio. Esta no se entiende como la representación mental de las partes de unas determinadas circunstancias existentes al momento de formalizarse y asumidas como condición implícita. Se conceptúa como expectativa común a ambos contratantes de que el contrato se celebra en atención a una concreta situación definida por

unas circunstancias cuya aparición o persistencia es esperada por las partes (base del negocio subjetiva) y cuya subsistencia es necesaria para que el contrato continúe siendo una reglamentación común de intereses dotada de un fin (base del negocio objetiva) . La alteración del negocio se da primordialmente cuando la equivalencia entre la prestación y la contraprestación pactada se altera sustancialmente.

Tanto la concreta modificación del objeto de la relación contractual como el restablecimiento del equilibrio económico-financiero —en cuanto modificaciones contractuales en sentido genérico— se instrumentan mediante actos unilaterales de la Administración contratante, dictados en el ejercicio de la correspondiente potestad administrativa. Su ejercicio ni requiere el consentimiento del contratista, ni su objeto se ve limitado por una eventual invariabilidad del ligamen contractual o unos hipotéticos derechos adquiridos por el contratista, ni, en fin, se somete a las reglas y procedimientos establecidos en la legislación administrativa para la revisión de oficio de los actos. La potestad de modificación de los contratos no formaliza las variaciones acordadas por mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista sino que se concreta en actos unilaterales de aquélla, denominados tradicionalmente actos condición, derivados directamente de la ley (Dictamen 108/2017, de 1 de junio).

2.2.2. Contratos complementarios

En la práctica administrativa, erróneamente, bajo la genérica denominación de *contrato complementario*, se designan dos figuras distintas, de naturaleza diferente y sometidas a un régimen jurídico diverso: las denominadas obras complementarias, previstas en el artículo 171 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y los contratos complementarios estrictos, esto es, los de servicios accesorios de los contratos de obras o de suministro, contemplados en el artículo 303.2 del mismo cuerpo legal.

El único elemento común entre ambas figuras es el de su accesoriedad. En el caso de las obras complementarias, la accesoriedad opera en el seno del mismo contrato. Y en el caso de los contratos complementarios, lo hace respecto de otro contrato, que deviene principal.

Las obras complementarias no son contratos complementarios. No se erigen en contrato independiente. Son simples prestaciones accesorias de uno ya existente, el de obras, en el que se integran y quedan sometidas plenamente a su régimen jurídico.

Por el contrario, los contratos complementarios tienen sustantividad, existencia y fin propios, diferentes del principal. El contrato principal puede existir por sí solo. Los complementarios, por el contrario, precisan de la existencia del principal, del que dependen y en función del cual se justifican, y al que tienden a asegurar o a completar sus efectos. En otros términos, son una mera secuela de aquel. Pueden satisfacer funciones varias —complementarias o de garantía—.

La calificación de un contrato como complementario viene impuesta, unas veces, directamente por la propia ley, que lo hace de manera expresa para algunos tipos contractuales. Así, la Ley de Contratos del Sector Público atribuye tal carácter —respecto del de obra— a los de servicio que tengan por objeto la dirección de obra y la gestión integrada de proyectos (artículo 303.2 y 4).

En otras ocasiones, la calificación de un contrato como complementario se deriva de su objeto y prestación. En otros términos, depende del carácter accesorio, conexo, de su prestación en relación con otro, principal, que le sirve de fundamento o sustento. Para realizar la calificación, son irrelevantes otros criterios, tales como si el contrato se adjudicó en fecha distinta del principal o si se inició su ejecución antes o después de que lo hiciera este.

Los contratos complementarios corren la suerte del principal al que están vinculados por razón de su dependencia, según ha declarado reiteradamente este Consejo (Dictámenes 681/2009, de 21 de mayo; 651/2007, de 30 de mayo; 1905/2007, de 15 de noviembre, 2088/2008, de 12 de febrero de 2009). Por ello, no pueden tener una duración superior a la del contrato que le sirve de sustento (Ley de Contratos del Sector Público, artículos 303.2 y 4) y se extinguen con él (artículo 308.c).

La extinción por resolución de un contrato principal comporta la del contrato complementario. Así lo establece el artículo 308, c) de la Ley de Contratos del Sector público —que lo invoca expresamente la cláusula 37 del pliego de condiciones particulares—, al prevenir: «Son causas de resolución de los contratos de servicios, además de las señaladas en el artículo 223, las siguientes: [...] c) Los contratos complementarios a que se refiere el artículo 303.2 quedarán resueltos en todo caso cuando se resuelva el contrato principal».

La expresión legal («en todo caso») es tajante. Impone a la Administración la obligación de resolver el contrato accesorio cuando se extingue el principal. Su cumplimiento no es dispensable para la Administración. La voluntad opositora del contratista a la resolución no obsta su procedencia.

La rotunda previsión legal está justificada por la accesoriedad del objeto del contrato complementario. Carece de sentido continuar en el tiempo la prestación cuando desaparece su razón de ser, el contrato principal. Los efectos de la resolución del contrato complementario están determinados legalmente. En concreto, el artículo 309 de la Ley de Contratos del Sector Público previene que «la resolución del contrato dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración». A la vista del transcrito precepto, el contratista no tiene derecho a percibir indemnización alguna por los trabajos dejados de ejecutar. Solo resulta procedente abonarle las labores hechas y de recibo. Finalmente, al resolverse el contrato por mandato de la ley y haber cumplido el contratista sus obligaciones contractuales, no procede decretar la pérdida de la garantía prestada (Dictamen 792/2017, de 20 de diciembre de 2017).

INTRODUCCIÓN A UN *SOFT LAW* HUMANITARIO PRINCIPALES APORTACIONES DE LOS MANUALES DOCTRINALES INTERNACIONALES Y OTROS DOCUMENTOS INSTITUCIONALES Y ACADÉMICOS AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
General consejero togado®
Director del CEDIH de la Cruz Roja Española

SUMARIO

1. Introducción. 2. Los manuales doctrinales. 2.1. El manual de San Remo. 2.2. El manual de Harvard. 2.3. El manual de Tallin. 2.4. El manual de Lovaine. 2.5. El manual de Oxford sobre fuerzas visitantes. 3. Declaraciones, documentos o informes institucionales. 3.1. Los Principios de Kigali sobre Protección de las personas civiles en las operaciones de paz. 3.2. Declaraciones de Nueva York sobre grandes desplazamientos de refugiados y emigrantes. 3.3. Los principios rectores sobre el desplazamiento interno. 4. Compromisos y directrices para proteger a la infancia. 4.1. Los Compromisos y Principios de París. 4.2. Directrices para prevenir el uso militar de escuelas y universidades durante los conflictos armados. 4.3. Los Principios de Vancouver. 5. Las aportaciones del Comité Internacional de la Cruz Roja. 5.1. Las normas del derecho internacional humanitario consuetudinario. 5.2. Llamamiento del CICR. Biotecnología, armas y humanidad. 5.3. El Documento de Montreux sobre las normas y buenas prácticas de las empresas militares y de seguridad privadas. 6. El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. Informe del CICR. 6.1. *La Guía para la interpretación del concepto de la participación directa de las personas civiles en las hostilidades, conforme al derecho internacional humanitario*. 6.2. *The missing*. Las personas desaparecidas y sus familiares. Informe del CICR. 6.3. Otras guías, documentos e informes. 7. Los principios éticos de la asistencia sanitaria en tiempo de conflicto armado y situaciones de emergencia. Introducción. 7.1. Principios generales

1. INTRODUCCIÓN

La doctrina¹ internacionalista se ha pronunciado sobre el importante *valor jurídico* de las resoluciones no obligatorias de los organismos internacionales, como las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, generales o menos generales, que inciden sobre la costumbre internacional. Se comparte la opinión de que los Estados están obligados a prestarles atención de *buena fe*. Pero, al lado de la fronda de resoluciones, declaraciones, informes del secretario general o de los relatores especiales en el ámbito de las Naciones Unidas, estos autores destacan la existencia de «normas en estadio de formación o todavía no plenamente desarrolladas», que la doctrina anglosajona denomina *soft law* (literalmente ‘derecho blando’).

En el campo del derecho internacional humanitario proliferan estas resoluciones o declaraciones no obligatorias desde que los órganos de las Naciones Unidas cayeron en la cuenta, a partir de la Resolución 2444 (1968) de la Asamblea General sobre el Respeto de los Derechos Humanos en los Conflictos Armados, de que para proteger a las víctimas de la guerra era preciso limitar el uso de la fuerza estableciendo reglas sobre la conducción de las hostilidades y tomar medidas para la protección de la población civil.

Por otra parte, las organizaciones humanitarias (en particular el Comité Internacional de la Cruz Roja), las asociaciones internacionales, los centros académicos de estudio e investigación y los tratadistas de mayor prestigio no han dejado de elaborar manuales, guías, documentos, declaraciones, directrices, compromisos, principios o informes doctrinales que constituyen aportaciones relevantes para el progreso del derecho internacional humanitario.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte o Tribunal Internacional de Justicia², que forma parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas, por lo que son Estados parte todos sus miembros, dispone que la Corte deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, b) la costumbre internacional, c) los principios generales de derecho, y d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones

¹ En particular: CASANOVAS, O.; RODRIGO, A. J. *Compendio de derecho internacional público*. Sexta edición. Madrid: Tecnos 2017, pp. 122-124.

² Aprobado en San Francisco el 26 de junio de 1945.

como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto³ en el artículo 59.

La doctrina de los publicistas, como escribe Pastor Ridruejo⁴, aun no siendo fuente autónoma del derecho internacional, contribuye a su formación y aplicación, y en este sentido desempeña un papel nada desdeñable. Casanovas y Rodrigo⁵ afirman que se atribuye a los escritos de los autores de mayor relieve el valor de medio auxiliar de determinación de las normas internacionales. Y Gutiérrez Espada y Cervell Hortal⁶ estiman que no se las considera como fuentes de normas jurídicas, pero sí son *medios auxiliares* para la determinación del contenido del derecho.

Lo autores suelen identificar las fuentes del derecho internacional humanitario con el sistema de fuentes del derecho internacional general, y, por ello, resulta oportuna la remisión a la citada *doctrina de los publicistas* y presentar de forma sistemática una referencia, necesariamente incompleta, a las principales aportaciones doctrinales internacionales en el ámbito humanitario (DIH), que se pueden concretar en los manuales doctrinales y otros documentos (declaraciones, informes, principios, compromisos, directrices, guías o aportaciones al derecho internacional humanitario consuetudinario) institucionales o académicos, con particular exposición de la constante elaboración doctrinal del Comité Internacional de la Cruz Roja en la interpretación y desarrollo del derecho internacional humanitario.

2. LOS MANUALES DOCTRINALES

2.1. EL MANUAL DE SAN REMO

El *Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar*, aprobado en junio de 1994, ha sido elaborado por un grupo de juristas y expertos navales⁷ bajo los auspicios del Institu-

³ El artículo 59 del Estatuto dispone que «la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido».

⁴ PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Duodécima edición. Madrid: Tecnos 2008, pág. 156.

⁵ CASANOVAS, O.; RODRIGO, A. J. *Compendio de derecho internacional público*. Op. cit., pág. 74.

⁶ GUTIÉRREZ ESPADA, C.; CERVELL HORTAL, M. J. *Curso General de Derecho Internacional Público. El Derecho Internacional en la encrucijada*. Madrid: Trotta 2012, pág. 251.

⁷ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. «El Manual de San Remo sobre derecho de la guerra marítima. Derecho internacional aplicable a los conflictos armados en la mar».

to Internazionale di Diritto Umanitario (Instituto Internacional de Derecho Humanitario) de San Remo (Italia). Únicamente tiene valor doctrinal, y no es obligatorio para los Estados, pero contiene una adecuada aportación de la costumbre internacional en la guerra marítima (práctica de los Estados) y la actualización de sus normas a la vista de la Carta de las Naciones Unidas (1945), Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Jamaica, 1982) y Protocolo I de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra⁸.

Fue publicado como separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja* de noviembrediciembre de 1995. Hay traducción al español.

Consta de 183 reglas o apartados, divididos en seis partes: I. Disposiciones generales (ámbito de aplicación, legítima defensa, medidas del Consejo de Seguridad, zonas de la guerra naval y definiciones); II. Zonas de operaciones (aguas interiores, mar territorial y aguas archipelágicas, estrechos internacionales y vías marítimas archipelágicas, zona económica exclusiva y plataforma continental, la alta mar y los fondos marinos); III. Normas básicas y distinción entre personas o bienes protegidos y objetivos militares (normas básicas, precauciones en el ataque, naves y aeronaves con inmunidad, otras naves y aeronaves enemigas, naves mercantes y aeronaves civiles neutrales y precauciones relativas a las aeronaves civiles); IV. Métodos y medios de la guerra en la mar (medios, métodos y tácticas de engaño); V. Medidas que no constituyen ataque: interceptación, visita, registro, desviación y captura, y VI. Personas protegidas, medios de transporte sanitario y aeronaves sanitarias.

2.2. EL MANUAL DE HARVARD

El HPCR *Manual, Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (Manual de derecho internacional aplicable a la guerra aérea y de misiles)* fue publicado en Berna el 15 de mayo de 2009, dentro del Programa de Política Humanitaria e Investigación de Conflictos de la Universidad de Harvard (HPCR). Fue elaborado por un grupo de expertos,

Revista General de Marina, octubre de 1996, pp. 335 y ss. Para un estudio más pormenorizado del *Manual de San Remo* ver: VV. AA. *Commentary on the Harmonised document on International Humanitarian Law applicable to Armed Conflicts at Sea*. Geneva 12 march 1994. Ver también: DOSWALD-BECK, L. (Ed.). *San Remo Manual of International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*. Cambridge University Press 1995.

⁸ Para un análisis importante y actual del derecho de la guerra marítima, ver el número monográfico: «War and security at sea». *International Review of the Red Cross. Humanitarian debate: Law, policy, action*, ICRC, volume 98, n.º 902, August 2016.

bajo la dirección del profesor Dr. Yoram Dinstein (Israel) y aprobado por consenso en Berna (Suiza). Durante su preparación se formularon consultas regionales con Australia, Bélgica, Canadá, Alemania, Países Bajos y Noruega, así como con expertos militares de la International Society for Military Law and the Law of War (Asociación Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra). Dada la ausencia de normas particulares que regulen específicamente los conflictos armados en el aire, de forma general, el manual resulta de extraordinaria importancia y utilidad para los miembros del Ejército del Aire y para los asesores jurídicos, en especial por lo que se refiere a la protección de las personas civiles⁹.

Consta de 174 reglas y, en sus diversos apartados, de las siguientes secciones: «Definiciones»; «Marco general»; «Armas»; «Ataques»; «Objetivos militares»; «Participación directa en las hostilidades»; «Precaución en los ataques»; «Precauciones de las partes beligerantes»; «Protección de aeronaves civiles»; «Protección de tipos particulares de aeronaves»; «Protección especial del personal sanitario y religioso, unidades y transportes sanitarios»; «Protección especial de aeronaves sanitarias. «Protección especial del medio ambiente»; «Protección especial de otras personas y bienes»; «Ayuda humanitaria»; «Zonas de exclusión y *no fly zone*»; «Engaño, estratagemas y perfidia»; «Espionaje»; «Rendición»; «Paracaidistas de una aeronave en peligro, contrabando, interceptación y captura, bloqueo aéreo, operaciones conjuntas y neutralidad».

2.3. EL MANUAL DE TALLIN

En 2013, un grupo de expertos jurídicos y militares elaboraron un manual sobre derecho internacional humanitario aplicable a la guerra cibernética¹⁰ denominado *Manual de Tallin*, por iniciativa de The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (Cambridge University Press, 2013). Posteriormente, se publicó en 2017 el denominado *Tallinn Manual 2.0 on the International Law applicable to Cyber Operations*, del que es editor general el director del proyecto Michael N. Schmitt (Cambridge University Press, 2017).

⁹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR). «Guerra Aérea» [en línea]. *How does Law protect in War*. Disponible en <https://casebook.icrc.org/law/air-warfare>

¹⁰ DOMÍNGUEZ BASCOY, J. «Aplicación del derecho internacional humanitario a las operaciones en el ciberespacio». *Derecho internacional humanitario*. 3.ª edición. Cruz Roja Española. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 621-643.

Consta de las siguientes partes: I. «Derecho internacional general y ciberespacio»; II. «Regímenes especiales de derecho internacional y ciberespacio»; III. «Paz y seguridad internacionales y ciberactividades», y IV. «El derecho de los conflictos armados cibernéticos (el derecho de los conflictos armados en general, conducción de las hostilidades, personas, bienes y actividades especiales, ocupación y neutralidad)».

Como afirma Domínguez Bascoy¹¹, en el manual se abordan temas como la soberanía y la responsabilidad de los Estados en el ciberespacio, el *ius ad bellum*, el derecho internacional humanitario y el derecho de la neutralidad. Las reglas, añade, vienen acompañadas de un extenso comentario en el que se detallan sus bases en los tratados y el derecho consuetudinario, se explica la interpretación del grupo de expertos y sus desacuerdos.

2.4. EL MANUAL DE LOVAINA

El *Manual de Lovaina*, *Leuven Manual on the International Law applicable to Peace Operations* (Cambridge University Press, 2017), preparado por un grupo internacional de expertos de la International Society for Military Law and the Law of War, supone una fundamental aportación doctrinal¹² al derecho internacional aplicable a las operaciones de paz. En particular, la exposición de la protección de las personas civiles en las operaciones de paz bajo el mandato de las Naciones Unidas.

Editado por Terry D. Gill, Dieter Fleck, William H. Boothby y Alfons Vanheusden, contiene las siguientes partes: I. «Introducción»; II. «Marco legal aplicable para la conducción de las operaciones de paz y régimen relativo a las mismas»; III. «Conducción de las Operaciones de paz de las Naciones Unidas (mandato)»; IV. «Culpabilidad y responsabilidad».

En el primer apéndice se publican las veintiuna reglas, divididas en los correspondientes apartados. Cada una de ellas es objeto de un detallado comentario a lo largo de la obra, que finaliza con un glosario de términos.

Fue presentado en el 21.º Congreso (*Peace, War & the Law*) de la International Society for Military Law and the Law of War (Asociación Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra), que se celebró en Lisboa del 15 al 19 de mayo de 2018.

¹¹ *Ibidem*, pág. 625.

¹² *Leuven Manual on the International Law applicable to Peace Operations. Prepared by an International Group of Experts at the Invitation of the International Society for Military Law and the Law of War*. Cambridge: Cambridge University Press 2017.

2.5. EL MANUAL DE OXFORD SOBRE FUERZAS VISITANTES

The Handbook of the Law of Visiting Forces, en su segunda edición (Oxford, 2018) ha sido editado por Dieter Fleck y publicado por Oxford University Press.

La posición jurídica de las llamadas *fuerzas visitantes* supera el derecho interno y el internacional y reviste la mayor importancia en nuestro mundo globalizado e inseguro. El derecho aplicable supone un equilibrio entre los intereses del Estado anfitrión y los de la fuerza visitante para alcanzar unas relaciones armoniosas.

El manual analiza el marco legal aplicable, la jurisprudencia y el desarrollo histórico, desde el punto de vista de las Naciones Unidas, la OTAN y las Reglas SOFA. La segunda edición da continuidad al estudio de casos en diversos países, con un capítulo especial para Afganistán, y ofrece unas conclusiones relativas al Estado del derecho y su probable futuro desarrollo.

Dieter Fleck, Ben F. Klappe y Jarin Nijhof presentaron el manual en el 21.º Congreso (*Peace, War & the Law*) de la International Society for Military Law and the Law of War (Asociación Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra), que se celebró en Lisboa del 15 al 19 de mayo de 2018.

3. DECLARACIONES, DOCUMENTOS O INFORMES INSTITUCIONALES

3.1. LOS PRINCIPIOS DE KIGALI SOBRE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES EN LAS OPERACIONES DE PAZ

El Reino de España ha apoyado, entre otros Estados, los Principios de Kigali (2018) sobre Protección de las Personas Civiles y su implementación efectiva en los mandatos de protección de las personas civiles en las operaciones de paz, que se formula mediante una promesa desarrollada en dieciocho apartados.

Entre los principios que integran la promesa, destacamos como primero la formación de las fuerzas en la protección de las personas civiles como prioridad en el despliegue de las misiones.

Asimismo, se debe asegurar, como segunda promesa, que los mandos y los que ocupan en la misión la posición de líderes reúnan un alto nivel

de formación y preparación en las operaciones de paz y, en particular, en la protección de las personas civiles.

Los principios 3 a 7 se refieren a cuestiones concretas en el desarrollo de la misión, como que la preparación de la fuerza para proteger a las personas civiles sea la necesaria para el cumplimiento del mandato, evitar la aprobación de *caveats* o restricciones que afecten a la protección de personas civiles, la identificación de lagunas, la habilitación de capacidades para su protección y evitar las demoras excesivas en situaciones urgentes.

Resulta importante, conforme a la promesa 8, llevar a cabo la protección de las personas civiles de acuerdo con las Reglas de Enfrentamiento, en ausencia de un Gobierno anfitrión efectivo.

Los apartados 9 al 11 regulan la clarificación de las circunstancias para el uso apropiado de la fuerza, identificación de amenazas y medidas para aliviar la vulnerabilidad de la población civil y mejorar los preparativos para un despliegue rápido.

La promesa 12 se refiere al control e información sobre cualquier abuso de derechos humanos y a la vigilancia para impedir la violencia en las áreas donde prestan sus servicios.

Notoria importancia reviste el principio 13, que contempla la acción disciplinaria contra cualquier persona cuando omita una acción para proteger a las personas civiles, salvo causas de justificación.

Las garantías están detalladas en las promesas 14 a 16, que se centran en la revisión en los casos de incapacidad para proteger a las personas civiles, compartir las lecciones clave y evitar fallos futuros, garantizar un alto estándar de conducta, investigación y persecución apropiada de los abusos y realización de consultas para fortalecer la implementación de la protección de los mandatos de las personas civiles.

El principio 17 urge al Consejo de Seguridad a asegurar los recursos y apoyo en las misiones para evitar lagunas.

Finalmente, como promesa 18 se establece un principio de cierre referido a que la implementación actual no debe conducir a la ineficiencia, se llama al apoyo efectivo a los planes militares y al trabajo con el secretariado para la revisión de los actuales preparativos de apoyo.

3.2. DECLARACIONES DE NUEVA YORK SOBRE GRANDES DESPLAZAMIENTOS DE REFUGIADOS Y EMIGRANTES

El 19 de septiembre de 2016 tuvo lugar en Naciones Unidas (Nueva York) la Cumbre de Alto Nivel sobre Grandes Desplazamientos de Refu-

giados y Emigrantes, que finalizó con una declaración no vinculante de la Asamblea General de las Naciones Unidas (19/09/2016)¹³, adoptada por unanimidad. La declaración fue fruto de difíciles negociaciones entre los Estados Unidos de América y la Federación Rusa, y seguida de diversas declaraciones favorables del presidente de la Asamblea General, del secretario general de las Naciones Unidas y de Acnur. Sin embargo, fue objeto de duras críticas por parte de Amnistía Internacional, Human Rights Watch y Médicos sin Fronteras, que la calificaron como una declaración aguada, vacía, sin compromisos ni ninguna medida práctica, y para la que se debe esperar al año 2018 para su efectividad. Aspecto positivo es la financiación que pueden aportar Estados tan poderosos como China y Japón.

Los principios generales¹⁴ de la declaración pueden resumirse así:

- Apoyo a los países de acogida
- Acceso de los niños a la educación
- Reforzamiento de las operaciones de búsqueda de migrantes
- Combate de los abusos y explotación
- Cooperación estatal en la gestión de las fronteras
- Evitación de la detención de los desplazados mientras se revisa su estatuto
- Reparto equitativo de refugiados
- Campamentos solo como medida excepcional

En todo caso, se afirma en la declaración que todo Estado tiene el derecho soberano de decidir a quién admite en su territorio. Esta reserva supone garantizar una decisión política gubernamental, en pugna con la progresión del proceso de humanización del derecho internacional y del respeto de sus normas convencionales y consuetudinarias.

Formó parte de la citada Declaración de Nueva York la intención de negociar dos pactos mundiales (*global compacts*), incluyendo un Pacto Mundial para los Refugiados, aprobado en la 73.ª Asamblea General de las Naciones Unidas, septiembreoctubre de 2018.

En desarrollo de la mencionada declaración, y precedido por un proceso de consultas temáticas durante 2017, se aprobó un Pacto Mundial para una Emigración Segura, Ordenada y Regular (*Global Compact for*

¹³ Asamblea General de la ONU, A/RES/71/1, 19 de septiembre de 2016.

¹⁴ El profesor Oriol Casanova y La Rosa, en su curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (*La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés*) elabora los principios generales aplicables a los refugiados y personas desplazadas en los conflictos armados. Ver esta obra en *Recueil des cours tome 306 (2003)*, editada por Martinus Nijhoff Publishers, 2005, Leiden/Boston.

Safe, Orderly and Regular Migration), cuyo texto final tiene fecha de 11 de julio de 2018 y que fue adoptado en diciembre de 2018 en Marrakech (Marruecos).

El pacto mundial (*global compact*) consta de un preámbulo, una declaración de principios orientadores y un marco de cooperación, donde se detallan los veintitrés objetivos para una emigración segura, ordenada y regular, seguidos de un extenso comentario de cada uno de ellos. Finaliza el pacto con el capítulo dedicado al seguimiento y a la revisión.

Debemos resaltar el comentario del CICR sobre la detención migratoria para el Pacto Mundial sobre Emigración, que se basa en tres mensajes claves:

1. Debería evitarse la detención por razones relacionadas con la emigración.
2. Los Estados deberían comprometerse a poner fin a la detención de los niños y a la separación de las familias por razones relacionadas con la emigración.
3. La detención migratoria no solamente es perjudicial para los individuos, sino que también es costosa para las sociedades.

Se concluye que, para los Estados y las sociedades, las medidas alternativas a la detención son, de muchas maneras, menos costosas que la detención.

3.3. LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EL DESPLAZAMIENTO INTERNO

Por lo que se refiere a *desplazados internos*, ninguna norma internacional contiene una definición. Sin embargo, en los Principios Rectores¹⁵ sobre el Desplazamiento Interno (elaborados en 1998 por Francis Deng, representante del secretario general de la ONU), se los describe así:

«Los desplazados internos son personas o grupos de personas que han sido obligadas a huir de su hogar o de su lugar habitual de residencia, repentina o inopinadamente, como resultado de un conflicto armado, disensiones internas, violaciones sistemáticas de los derechos humanos o desastres naturales o provocados por el hombre, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida».

¹⁵ PONTE IGLESIAS, M. T. *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual*. Colección de Estudios Internacionales. Santiago de Compostela: Tórculo 2000.

En esta descripción, las razones para el desplazamiento interno no son un *numerus apertus*, de modo que puede considerarse una relación exhaustiva de los motivos para huir de su residencia, dentro de las fronteras estatales; elementos que diferencian el concepto del más restringido de *refugiados*. Su ámbito son los conflictos armados sin carácter internacional (CANI).

Los Principios Rectores de Francis Deng son una herramienta útil que se fundamenta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los dos pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo II de 1977 adicional a tales convenios.

Y así, ante la insuficiencia para los desplazados de la Convención de 1951 (Estatuto de los Refugiados), los Principios Rectores de 1998 proporcionan una protección integral de los desplazados internos, ciertamente más débil que la reconocida a los refugiados, como orientaciones pertenecientes al *soft law*. Sin embargo, han sido reconocidos por los jefes de Estado y de Gobierno en la Cumbre del Milenio (2005).

4. COMPROMISOS Y DIRECTRICES PARA PROTEGER A LA INFANCIA

4.1. LOS COMPROMISOS Y PRINCIPIOS DE PARÍS

En febrero de 2007, Francia y Unicef organizaron una conferencia internacional denominada «Niños y niñas libres de la guerra», donde suscribieron los Compromisos de París (principios legales y operativos para proteger a los niños contra su reclutamiento y utilización en los conflictos armados) y los Principios de París, documento más detallado sobre protección de los niños con estrategias de prevención para poner fin al reclutamiento de niños soldados¹⁶.

En la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 2011), el Reino de España formuló la promesa de adherirse a los Compromisos y Principios de París de 2007. España firmó

¹⁶ HERNÁNDEZ PRADAS, S. «La protección especial del niño en el derecho internacional humanitario». *Derecho internacional humanitario. Op. cit.*, pp. 879- 880.

estos Compromisos y Principios de París y apoya su aplicación en el ámbito de las Naciones Unidas.

4.2. DIRECTRICES PARA PREVENIR EL USO MILITAR DE ESCUELAS Y UNIVERSIDADES DURANTE LOS CONFLICTOS ARMADOS

La Coalición Global para Proteger la Educación de Ataques (GCPEA, Global Coalition to Protect Education from Attack), integrada por diversos organismos humanitarios y por Unicef, Acnur y Unesco, promovió las directrices para prevenir el uso militar de escuelas y universidades durante los conflictos armados, cuya versión final lleva fecha de diciembre de 2014. Entre ellas figura el no uso en apoyo de la acción militar, incluidas las escuelas abandonadas o evacuadas, la no destrucción al tratarse de bienes civiles, el aviso previo al ataque si son objetivos militares, la eliminación de todo rastro de militarización y la no utilización de fuerzas combatientes para proporcionar seguridad a las escuelas ni comprometer su condición civil.

En particular, la directriz 6 establece que los Estados deberían incorporar estas directrices a su doctrina, manuales militares, directivas de intervención militar, órdenes operativas y otros medios de difusión para fomentar una práctica en toda la cadena de mando.

4.3. LOS PRINCIPIOS DE VANCOUVER

Una representación del Reino de España participó, al margen de la Conferencia Ministerial de Defensa de la Paz de la ONU el 15 de noviembre de 2017, en la formulación de los Principios de Vancouver (Canadá) sobre mantenimiento de la paz y prevención del reclutamiento y uso de niños soldados. Se trata de priorizar la prevención del reclutamiento y uso de niños soldados en la planificación estratégica y operativa de las operaciones de mantenimiento de la paz; designar puntos focales de protección infantil en las estructuras de mando de misión; asegurar que los efectivos de mantenimiento de paz reciban capacitación sobre protección infantil antes de su despliegue en las operaciones de paz y realizar revisiones periódicas de dicha capacitación y doctrina para asegurar su eficacia, y garantizar que todos los niños detenidos de conformidad con las normas militares de combate de la misión se traten de manera compatible con las normas y estándares internacionales.

El Reino de España ha respaldado los Principios de Vancouver.

5. LAS APORTACIONES DEL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA

5.1. LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUETUDINARIO

Se debe partir de un análisis de los elementos del derecho consuetudinario como fuente del derecho internacional, según el Estatuto y la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia. Se trata del *uso* (derivado de la práctica estatal) y de la *opinio juris of status*, es decir, de la convicción de que este uso tiene fuerza obligatoria. En consecuencia, es muy relevante la práctica de los Estados, tanto para acreditar el uso que constituye la base del derecho consuetudinario como para determinar si esa práctica establece una norma jurídica obligatoria para el Estado de referencia.

La práctica de los Estados comprende, entre otras, su conducta en los conflictos armados, su posición en relación con las normas humanitarias o las decisiones de los tribunales de justicia nacionales o internacionales. Pero mucho más problemática es la postura de los agentes no estatales o grupos de oposición armada en el curso de un conflicto armado no internacional.

Constituye un delicado problema pronunciarse sobre la *opinio juris* o convicción del carácter obligatorio de un uso acreditado, ya que significa considerarlo como norma jurídica consuetudinaria que debe ser cumplida en el curso de los conflictos armados internacionales o internos.

Por ello, después de un dilatado periodo de recopilación y elaboración, hay que celebrar la publicación por el Comité Internacional de la Cruz Roja de la obra *Customary International Humanitarian Law* («Derecho internacional humanitario consuetudinario»), que integra la respuesta a uno de los grandes retos doctrinales y prácticos del derecho internacional humanitario.

Es evidente que el derecho consuetudinario es fuente del derecho internacional (del mismo modo que el derecho convencional) y tiene el carácter propio de un instrumento jurídicamente vinculante. Basta para ello examinar la aportación doctrinal del CICR al elaborar y publicar las 161 Normas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario¹⁷.

¹⁷ HENKAERST, J.-M.; DOSWALD-BECK, L. *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press 2005,

5.2. LLAMAMIENTO DEL CICR. BIOTECNOLOGÍA, ARMAS Y HUMANIDAD

El 25 de septiembre de 2002, el Comité Internacional de la Cruz Roja, alarmado por el empleo potencial de la biotecnología¹⁸ con fines hostiles, hizo un llamamiento a todas las autoridades políticas y militares, a las comunidades científica y médica, a la industria y a la sociedad civil, bajo el título *Biotecnología, armas y humanidad*.

Los mensajes clave del llamamiento se centran en los enormes riesgos para los seres humanos de estas armas, las normas (derecho internacional humanitario consuetudinario, Protocolo de Ginebra de 1925 y Convenio de 1972) y las responsabilidades de los Gobiernos, de los militares, de la comunidad científica y la industria, en relación con las armas biológicas y tóxicas.

Se insta a los Estados a que refrenden el respeto de las normas vigentes y contraigan compromisos específicos en forma de acciones preventivas.

5.3. EL DOCUMENTO DE MONTREUX SOBRE LAS NORMAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS

En el año 2008, como consecuencia de un proceso internacional puesto en marcha en 2006 por el Gobierno de Suiza y el Comité Internacional de la Cruz Roja, se llegó a un acuerdo sobre el Documento de Montreux¹⁹, que contiene las normas y buenas prácticas de los Estados en relación con las empresas privadas militares y de seguridad en los conflictos armados²⁰.

¹⁸ OTERO SOLANA, V. «Los agentes biológicos, la amenaza biológica y el derecho internacional humanitario». *Derecho internacional humanitario. Op. cit.*, pp. 535-578, en especial pág. 577. PÉREZ SALOM, J. R. «El derecho internacional ante las nuevas armas biotecnológicas». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 84, juliodiciembre 2004, pp. 6190. SOTERAS ESCARTÍN, F. «Armas biológicas y tóxicas: la consideración de su empleo como crimen de guerra». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 98, juliodiciembre 2011, pp. 251-271. SALAZAR SERANTES, G. «La VII Conferencia de examen de la Convención de armas bacteriológicas y tóxicas: balance y perspectivas». Documento de Opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos, 15/2012. MILLER, J.; ENGELBERG, S.; BROAD, W. *Guerra bacteriológica, las armas biológicas y la amenaza terrorista*. Barcelona: Ediciones B 2003. HENKAERST, JM.; DOSWALD-BECK, L. *Customary International Humanitarian Law. Op. cit.*, regla 73, pp. 287 y ss.

¹⁹ Ver la Carta de fecha 2 de octubre de 2008 dirigida al secretario general por el representante permanente de Suiza ante las Naciones Unidas, que contiene como anexo el Documento de Montreux. Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Seguridad. A/63/467-S/2008/636, de 6 de octubre de 2008.

²⁰ LABORÍ IGLESIAS, M. «Empresas militares y de seguridad privadas». *Derecho Internacional Humanitario, Op. cit.*, pp. 205-219.

Los empleados civiles de empresas²¹ que suministran sistemas de armas y colaboran en su mantenimiento a menudo ocupan posiciones vitales para el combate; sirve como ejemplo el personal civil experto en informática, del que en ocasiones depende la verificación de la naturaleza militar de un objetivo potencial.

En los conflictos armados actuales se observa, como característica progresiva y relevante, la llamada *privatización de la guerra*²².

Existe una grave laguna en la regulación convencional de las empresas privadas militares y de seguridad, a pesar del avance que supuso el Documento de Montreux, suscrito por numerosos países, que establece unas detalladas reglas de conducta y buenas prácticas para la actuación de las aludidas empresas en los conflictos armados.

La doctrina se formula, en relación con las citadas empresas, las siguientes preguntas: 1.^a ¿Cuáles son las funciones militares que el Estado no puede delegar en las empresas? 2.^a ¿Quién es el Estado responsable?, ¿el que concede la licencia a las empresas, el que las contrata o el que controla el territorio donde despliegan su actividad? 3.^a ¿Responde el mando militar de los crímenes cometidos por los empleados civiles? 4.^a ¿Cuáles son los deberes de las empresas en orden a la formación de sus trabajadores en el respeto de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario? 5.^a ¿Es necesaria la creación de un órgano internacional de control?

6. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS DESAFÍOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS CONTEMPORÁNEOS. INFORME DEL CICR

En el mes de octubre de 2015, el Comité Internacional de la Cruz Roja preparó un documento denominado *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, como informe elaborado para la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 810 de diciembre de 2015)²³.

Según el documento, los principales desafíos que los conflictos armados presentan al DIH, particularmente en relación con la población civil, podrán concretarse en la determinación del principio y fin de la aplicabilidad del DIH

²¹ BOTHE, M.; PARTSCH, K. J.; SOLF, W. *New rules for victims of Armed Conflicts*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1982, pág. 304.

²² MÜNKLER, H. «Las guerras del siglo XX». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 849, marzo 2003, pp. 1318.

²³ Está disponible en la página web del CICR: www.icrc-cicr.org

y su alcance geográfico, el terrorismo, el DIH y las fuerzas multinacionales, la asistencia y acceso humanitario, la protección del personal y bienes sanitarios, el estatuto de las fuerzas multinacionales, las limitaciones al uso de la fuerza, la detención de personas en los conflictos armados, las nuevas tecnologías de guerra (cibernética o armas autónomas), el uso de armas explosivas en zonas pobladas, la transferencia de armas, la existencia de armas nucleares y la falta de regulación de las empresas privadas militares y de seguridad.

6.1. *LA GUÍA PARA LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DE LAS PERSONAS CIVILES EN LAS HOSTILIDADES, CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO*

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha publicado en la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, volumen 90, número 872, diciembre de 2008, páginas 991 a 1047, una guía para interpretar las normas del derecho internacional humanitario (DIH) relativas a las personas civiles que participan directamente en las hostilidades. Esta guía fue aprobada por la Asamblea del Comité Internacional de la Cruz Roja el 26 de febrero de 2009. El documento lleva la firma de Nils Melzer, asesor jurídico del CICR. La guía contiene diez recomendaciones relativas a la interpretación del derecho internacional humanitario en relación con el concepto de participación directa en las hostilidades²⁴.

La *Guía para la interpretación de la noción de participación directa en las hostilidades* advierte que refleja únicamente el punto de vista del CICR, por lo que no es en absoluto un texto normativo ni convencional, aunque trata de reflejar el DIH y no cambia su contenido²⁵.

6.2. *THE MISSING. LAS PERSONAS DESAPARECIDAS Y SUS FAMILIARES. INFORME DEL CICR*

En el año 2003, el Comité Internacional de la Cruz Roja publicó un informe²⁶ sobre las personas desaparecidas y sus familiares, denominado *The*

²⁴ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *Interpretative Guidance on the notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. Geneva: CICR-ICRC 2009. Hay traducción al español, referencia CICR, diciembre de 2010.

²⁵ RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades». *Derecho Internacional Humanitario. Op. cit.*, pág. 781.

²⁶ ICRC/ The Missing/01.2003/ES/10 (original en inglés).

Missing, the right to know, con el subtítulo *Las personas desaparecidas: acción para resolver el problema de las personas desaparecidas a raíz de un conflicto armado o de violencia interna y para ayudar a sus familiares*.

Se trata del resumen de las conclusiones de consultas anteriores a la Conferencia Internacional de Expertos Gubernamentales y No Gubernamentales (del 19 al 21 de febrero de 2003).

El fin de la publicación consiste en que los Gobiernos, los militares, las organizaciones nacionales e internacionales y el público en general tomen más conciencia de la tragedia de las personas dadas por desaparecidas en relación con un conflicto armado o con situaciones de violencia interna, así como de la angustia de sus familiares.

Se propone la creación y la puesta a disposición de instrumentos adecuados de acción y de comunicación para conseguir que las autoridades que deben resolver el problema de los desaparecidos asuman sus responsabilidades, presten una mejor asistencia a sus familiares y prevengan más desapariciones.

6.3. OTRAS GUÍAS, DOCUMENTOS E INFORMES

Son numerosos los documentos, guías, informes o referencias que ha elaborado el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre aspectos actuales del derecho internacional humanitario. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos destacar:

- Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos. Medidas para aplicar el artículo 36 del Protocolo Adicional de 1977.
- Guía Práctica. Asistencia de salud en lugares de detención.
- Guía Práctica. Decisiones relativas a la transferencia de armas. Aplicación de criterios basados en el derecho internacional humanitario y en el derecho internacional de los derechos humanos.
- Referencia. El Tratado sobre el Comercio de Armas desde una perspectiva humanitaria.
- Asistencia de salud en peligro (*health care in danger*). Módulo electrónico, apoyado en publicaciones e informes de referencia. Contenido:
 1. Asistencia de salud en peligro. Afrontar los retos.
 2. La realidad del problema.
 3. Responsabilidades del personal de salud en conflictos armados y en otras emergencias.

4. Promoción de prácticas operacionales militares que mejoren la seguridad del acceso a la asistencia de salud y de la prestación de servicios médicos.
5. Preparación y seguridad de las instalaciones de salud en conflictos armados y en otras emergencias.
6. Marcos normativos nacionales para la protección de la asistencia de salud.
7. Los grupos armados y la protección de la asistencia de salud. Prácticas operacionales y normas pertinentes del derecho internacional humanitario.

7. LOS PRINCIPIOS ÉTICOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN TIEMPO DE CONFLICTO ARMADO Y SITUACIONES DE EMERGENCIA

7.1. INTRODUCCIÓN

Se trata del documento *Principios éticos de la asistencia de salud en tiempo de conflicto armado y otras situaciones de emergencia*²⁷, aprobado el 30 de junio de 2015 por el Comité Internacional de la Cruz Roja (en el marco del Proyecto de Asistencia de Salud en Peligro: *Health Care in Danger*, 2011), en consultas con la Asociación Médica Mundial (AMM), el Comité Internacional de Medicina Militar (CIMM), el Consejo Internacional de Enfermería (CIE) y la Federación Farmacéutica Internacional (FFI), con el objeto de que estas organizaciones alcanzaran un denominador común de tales principios éticos, que queda plasmado en este documento, que recoge la doctrina vigente de tales organizaciones.

Anna Badía²⁸ nos informa detalladamente sobre las organizaciones autoras del texto (CICR, médicos, enfermeras y farmacéuticos, a los que hay que añadir la Federación Internacional de Asociaciones de Estudiantes de Medicina). Añade esta autora, acertadamente, que no se trata de un texto jurídicamente vinculante (naturaleza que corresponde a las normas de DIH

²⁷ www.icrc.org/es/document/principios-eticos-comunes-asistencia-salud-conflictos-otras-situaciones-violencia Hay traducción al idioma español.

²⁸ BADÍA MARTÍ, A. «Comentarios a los principios éticos de la asistencia de salud en tiempos de conflictos armados y otras situaciones de emergencia». *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas*. Universidad de Barcelona, pp. 125 y ss., en particular pp. 129-130, así como pp. 132-133. Disponible en www.bioeticayderecho.ub.edu

y DD. HH.), sino un *código ético* que tiene carácter complementario, para concluir que es una forma de llamar la atención frente a las prácticas recientes de escasa seguridad y, en cuanto al contenido, que no se evidencia ninguna novedad.

Fruto del consenso alcanzado por el CICR y las organizaciones que suscriben estos principios es el objetivo común que comparten: mejorar la seguridad de su personal y sus bienes (instalaciones y transportes) y prestar una asistencia médica imparcial y eficiente. La imparcialidad constituye uno de los principios fundamentales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja e incluye los conceptos de *no discriminación* y de *proporcionalidad*.

No podía faltar en estos principios una cita expresa del principio de humanidad, que parte de una ética de solidaridad humana y está indisolublemente unido a la irrenunciable meta de conseguir una paz justa y duradera. Dice el principio de humanidad:

«El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, al que ha dado nacimiento la preocupación de prestar auxilio, sin discriminación, a todos los heridos en los campos de batalla, se esfuerza, bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de la humanidad en todas las circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana. Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos».

Otro principio sustancial es el de imparcialidad, aplicable en este caso a la asistencia de salud que se debe prestar sin discriminación²⁹.

Cita obligada en estos principios éticos es la referencia concreta a las normas del DIH (Convenios de Ginebra de 1949 y protocolos adicionales de 1977). Se echa de menos la mención del Protocolo III de 2005, omisión que se corrige en el apartado 12, que no se olvida del cristal rojo como emblema de protección. También en este apartado se alude al derecho internacional de los derechos humanos, y se cita expresamente la Declaración Universal de Derechos Humanos (1946) y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

²⁹ NATHANSON, V. «Medical ethics in peacetime and wartime: the case for a better understanding». *International Review of the Red Cross, Violence against Health Care*, n.º 889, pp. 195-196.

Al referirse Vivienne Nathanson³⁰ a estas consideraciones legales, afirma que los códigos éticos han adquirido un estatuto similar al derecho consuetudinario. No podemos compartir esta aseveración, pues es evidente que el derecho consuetudinario es fuente del derecho internacional (del mismo modo que el derecho convencional) y tiene una naturaleza distinta a la de los principios o códigos éticos, que carecen del carácter propio de un instrumento jurídicamente vinculante. Basta para ello confrontarlos con las 161 Normas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario³¹ del CICR.

Este apartado introductorio finaliza con una referencia a los principios de ética profesional adoptados por las asociaciones profesionales de asistencia de salud, con expresa cita del Reglamento en Tiempo de Conflicto Armado y otras situaciones de Violencia de la Asociación Médica Mundial (AMM). Como antecedentes, cabría también hacer referencia a la Declaración de Ginebra, adoptada en septiembre de 1948, de la Asociación Médica Mundial, que lleva adjunto el Código Internacional de Ética Médica, aprobado en octubre de 1948.

7.2. PRINCIPIOS GENERALES

El principio general que inicia y preside este código de conducta sanitario se expresa diciendo que los principios éticos de la asistencia de salud no cambian en tiempo de conflicto armado y otras situaciones de emergencia. Son idénticos a los que se aplican en tiempo de paz. La doctrina ha recogido esta identidad, sin dejar de reconocer la existencia de principios éticos específicos para tiempo de conflicto armado y situaciones de violencia³². Acaso por esta identidad, Anna Badía³³ concluye que el contenido del código ético no evidencia ninguna novedad.

El segundo principio general declara que el personal de la salud deberá actuar, en todas las circunstancias (y es inevitable recordar que esta expresión «en todas las circunstancias» es la utilizada por el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949, para excluir la existencia de excepciones), de acuerdo con:

- Las normas pertinentes del derecho internacional: ello supone una excepción en la confidencialidad de la asistencia sanitaria, pues al-

³⁰ *Ibíd.*, pp. 198-199.

³¹ HENKAERST, J-M.; DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, pp. 79, 86 y 102. Ver normas 25, 26 y 30.

³² NATHANSON, V. *Op. cit.*, pp. 198 y 199-212.

³³ BADÍA MARTÍ, A. *Op. cit.*, pp. 131 y 133.

gunas normas nacionales obligan a declarar la atención en el caso de enfermedades transmisibles o en el ámbito de delitos graves que atenten contra la seguridad nacional.

- Los principios éticos de la asistencia de salud.
- La conciencia del personal de salud.

Añade el principio que, al proporcionar al paciente la mejor asistencia de salud posible, los agentes de salud deberán tener en cuenta el uso equitativo de los recursos³⁴.

Sin duda el principio fundamental es el recogido en el número tercero, pues determina la función primordial del personal de la salud, que no es otra que proteger la salud física y mental de las personas y aliviar el sufrimiento («aliviar el sufrimiento de la humanidad» es el contenido del principio de humanidad). Principio que cita a continuación para calificar la prestación de los cuidados médicos, al que se añade el respeto a la dignidad del paciente y se completa con el principio de no discriminación de ningún tipo (que recuerda el de imparcialidad). Estos tres principios se aplican en tiempo de paz o en tiempo de conflicto armado u otras situaciones de emergencia.

El cuarto principio es una limitación específica para el personal de salud en tiempo de conflicto armado y otras situaciones de emergencia. Parte de que este personal goza de privilegios y facilidades (la inmunidad del personal sanitario que garantiza el DIH) y declara que en ningún caso se utilizarán para fines diferentes³⁵ de las necesidades de la asistencia de salud, como los experimentos médicos.

Finalmente, el quinto principio enuncia en términos imperativos (cualesquiera que sean los argumentos aducidos..., jamás..., en ninguna circunstancia...) el deber del personal de salud de no aceptar los actos de tortura u otras formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es evidente la referencia al derecho internacional de los derechos humanos y al DIH. Cautelarmente, se dispone que tampoco están exentos de este deber en tiempo de conflicto armado u otras situaciones de emergencia. Además, se prohíbe expresamente que los agentes de salud se hallen presentes en tales actos o participen en su ejecución.

³⁴ NATHANSON, V. *Op. cit.*, pág. 202.

³⁵ NATHANSON, V. *Op. cit.*, pp. 206-207.

NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. NORMAS EDITORIALES

La *Revista Española de Derecho Militar (REDEM)*, iniciada en el año 1956, publicada en un principio por la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria del 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 esta 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 Latindex.

Lo publicado en la *REDEM* 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 *REDEM* solo aceptará para su publicación trabajos originales. Salvo que concurren 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, acompañado 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 harán 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 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, estos 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: 1 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 n.º 6, 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. Este 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 gestores y evaluadores, caso de solicitarlo, se les expedirá por el secretario de la Revista el correspondiente certificado.

ANEXO
INFORME SOBRE EVALUACIÓN DE TEXTOS

TÍTULO 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

