



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

8

Julio-diciembre 2016

SUMARIO

Reglas de Enfrentamiento (II): Gestión de Blancos (Targeting).

Miguel Alía Plana, comandante auditor

El Consejo de Arbitraje Marítimo: la transformación
del Tribunal Marítimo Central.

Daniel Rey Moral, capitán auditor

Consecuencias disciplinarias del consumo de estupefacientes
en las Fuerzas Armadas.

Farah Mustafa Mohamed, capitán auditor

Régimen transitorio de la Ley de Carrera Militar. Ascensos honoríficos,
disposición transitoria 13.^a y artículo 24.

Paloma Prieto Fernández, capitán auditor

La problemática de la cesión ilegal de trabajadores
en el ámbito de la Administración.

Carla Molero de Zúñiga, capitán auditor

Los límites en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por militares y
guardias civiles.

Juan Mendaro Velasco, capitán auditor

Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.



MINISTERIO DE DEFENSA



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

8

Julio-diciembre 2016

SUMARIO

Reglas de Enfrentamiento (II): Gestión de Blancos (Targeting).

Miguel Alía Plana, comandante auditor

El Consejo de Arbitraje Marítimo: la transformación
del Tribunal Marítimo Central.

Daniel Rey Moral, capitán auditor

Consecuencias disciplinarias del consumo de estupefacientes
en las Fuerzas Armadas.

Farah Mustafa Mohamed, capitán auditor

Régimen transitorio de la Ley de Carrera Militar. Ascensos honoríficos,
disposición transitoria 13.^a y artículo 24.

Paloma Prieto Fernández, capitán auditor

La problemática de la cesión ilegal de trabajadores
en el ámbito de la Administración.

Carla Molero de Zúñiga, capitán auditor

Los límites en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por militares y
guardias civiles.

Juan Mendaro Velasco, capitán auditor

Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.



MINISTERIO DE DEFENSA

DIRECTOR

Francisco Luis Pascual Sarría, coronel auditor

CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Hernández-Tejero García, general auditor

Jerónimo Domínguez Bascoy, general auditor

Antonio López Urgoiti, coronel auditor

SECRETARIO

Álvaro Conradi Monner, teniente coronel auditor

REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Camino de los Ingenieros, 6 (28047 Madrid)

Teléfono: 91 3647393

Fax: 91 3647399

Correo-e: emej@oc.mde.es

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES

<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Edita:



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

© Autores y editor, 2017

NIPO: 083-15-289-5 (impresión bajo demanda)

NIPO: 083-15-290-8 (edición en línea)

ISSN: 2444-6807 (edición en línea)

Fecha de edición: junio 2017

Maquetación: 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.

Sumario

REGLAS DE ENFRENTAMIENTO (II): GESTIÓN DE BLANCOS (TARGETING).....	5
<i>Miguel Alía Plana, comandante auditor, doctor en Derecho y en Ciencias Políticas</i>	
EL CONSEJO DE ARBITRAJE MARÍTIMO: LA TRANSFORMACIÓN DEL TRIBUNAL MARÍTIMO CENTRAL.....	49
<i>Daniel Rey Moral, capitán auditor</i>	
CONSECUENCIAS DISCIPLINARIAS DEL CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES EN LAS FUERZAS ARMADAS	63
<i>Farah Mustafa Mohamed, capitán auditor</i>	
RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY DE LA CARRERA MILITAR. ASCENSOS HONORÍFICOS, DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMOTERCERA Y ARTÍCULO 24.....	81
<i>Paloma María Prieto Fernández, capitán auditor</i>	
LA PROBLEMÁTICA DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN	101
<i>Carla Molero de Zúñiga, capitán auditor</i>	
LOS LÍMITES EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE MILITARES Y GUARDIAS CIVILES.....	129
<i>Juan Mendaro Velasco, capitán auditor</i>	
NOTICIAS DE LA ESCUELA MILITAR DE ESTUDIOS JURÍDICOS.....	157

REGLAS DE ENFRENTAMIENTO (II): GESTIÓN DE BLANCOS (TARGETING)

Miguel Alía Plana

Comandante auditor, doctor en Derecho y en Ciencias Políticas

SUMARIO: I. Concepto. II. Teoría del blanco. 2.1. Generalidades. 2.2. Las personas. 2.3. La perfidia. 2.4. Aumenta la entropía del sistema: los combatientes ilegales. 2.5. El targeted killing. A: Concepto e idea general. B: ¿Es posible una regulación? C: Perspectiva nacional. III. Estimación de daños colaterales e investigación operativa. El weaponeering. 3.1. Conceptos generales. 3.2. Metodologías estadísticas para los daños colaterales: la Colateral Damage Estimation (CDE). IV. Bibliografía.

I. CONCEPTO

El *targeting* (del inglés *to target*, apuntar; o *target*, blanco, objetivo) es aquel proceso en virtud del cual se eligen determinados blancos sobre los que aplicaremos ciertas ROE muy concretas, de trascendencia (alto valor operacional y estratégico, es decir, político) cuya autorización suele situarse en niveles políticos altos (estratégicos) porque su implementación es de especial importancia para la conducción y éxito de la operación. Por ejemplo, asaltar una cota dentro de una maniobra general no es tan importante, desde el punto de vista operativo e incluso estratégico, como atacar y destruir el cuartel general del enemigo o al comandante en jefe de sus fuerzas. La cota de la que hablamos es una cuestión táctica, menor; la destrucción o neutralización del comandante en jefe del enemigo es, ante todo, estratégica y, por tanto, netamente política.

El *targeting* no se refiere a cualquier definición y elección de blancos, sino al proceso de localización, destrucción o neutralización de aquellos que posean alto valor político o estratégico, mediante la implementación de una ROE también concreta, de especial importancia que solo puede ser autorizada por los escalones más altos. A blancos especiales, ROE especiales. En su origen, se asocia a la

aviación, a los bombardeos aliados sobre Alemania¹ y al desarrollo de la tecnología militar del siglo XX². Así pues, no es más que una selección elaborada de blancos, de alto contenido político o ideológico, en los que la aplicación de una acción apropiada (generalmente el fuego, pero también acciones psicológicas o las modernas acciones de influencia) apoyará los fines e intenciones del mando al más alto nivel.

Hemos dicho que nos encontramos ante una gestión de blancos. Preferimos esta denominación a la de objetivo, porque en terminología militar, el objetivo es el fin que se pretende alcanzar mediante una operación militar y no el sujeto u objeto sobre el que se aplica la fuerza. Entendemos por blanco aquel bien o persona «que, por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización, contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezcan una ventaja militar definida» (Protocolo I Adicional, artículo 52). Ahora bien, no solo debemos focalizarnos en el concepto jurídico positivo, así, según la doctrina norteamericana, un *target* puede ser un área, complejo, instalación, fuerza, equipo, función, comportamiento o una persona en concreto cuando es vital para el enemigo, como su jefe de Estado o su comandante en jefe.

La justificación de la gestión de blancos es clara: aunque el espectáculo del combate pueda parecer ilógico e incluso irracional, las unidades, cuando emplean la fuerza, adoptan sus decisiones a través de procesos normalizados, divididos en etapas, con asignación de competencias y tareas a elementos predeterminados, flujos de información, prioridades, responsabilidades y formas de control. El proceso de gestión de blancos determina cuáles son los más importantes, cómo localizarlos y cuál es la forma más idónea de combatirlos, si así se decidiera, de acuerdo con la legalidad nacional e internacional. Responde a ciertas preguntas, tales como ¿cuál es la naturaleza del objetivo?, ¿entra en las categorías de per-

¹ En 1942 el general Arnold creó el Comité de Analistas de Operaciones, cuya misión era realizar un estudio sistemático de los datos disponibles de Alemania para poder llevar a cabo una adecuada selección de blancos estratégicos sobre los que actuar. Dicho Comité evolucionó hasta convertirse en el primer grupo responsable de la obtención y análisis de información útil para la selección estratégica de blancos. La labor de ambos organismos permitió el diseño y ejecución de las campañas de bombardeo estratégico contra Japón y Alemania y constituyó el embrión del *targeting* en los ciclos de planeamiento de las operaciones posteriores. Cf. GLOCK, John R. (1995).

² El *targeting* «es una disciplina cuyos orígenes se remontan hasta principios del siglo XX, momento en que la aparición del poder aéreo permitió explotar la tercera dimensión del campo de batalla, hasta entonces vetada casi por completo a las fuerzas contendientes. Surgieron entonces visionarios que, como Giulio Dohuet, propugnaron la supremacía del poder aéreo sobre los ejércitos terrestres tradicionales, al considerar, *grosso modo*, que este permitiría atacar directamente el centro de gravedad del enemigo (su población), lo que le forzaría a la capitulación evitando de este modo las interminables guerras de desgaste. Edgar S. Gorrell y Billy Mitchell refinaron el concepto desarrollando una rudimentaria teoría de *targeting* basada en la destrucción de la infraestructura de la nación enemiga, y tras la guerra de Corea, una época en que el *targeting* convencional fue ensombrecido por el nuclear, el concepto evolucionó de manos de la USAF gracias al desarrollo de nuevas armas y sistemas, pero siempre ligado a un enfoque fundamentalmente cinético (o kinético) y orientado al conflicto simétrico e interestatal. El *targeting*, ya extendido al ámbito conjunto, constituye hoy día una disciplina perfectamente definida, dotada de un sólido cuerpo doctrinal y de unas aplicaciones informáticas de apoyo a la decisión muy eficaces, que han probado su eficacia en los conflictos de naturaleza convencional que jalonaron las última década del siglo pasado». Cf. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, S. (2010).

sonas, lugares o propiedades sobre las cuales está prohibido actuar?, ¿qué áreas tienen la categoría de acción prohibida o restringida?, ¿qué daños colaterales se pueden causar?, ¿dónde pueden existir lugares con armas de destrucción masiva del enemigo?, etcétera. Las ROE son absolutamente necesarias para ello. Recordemos que establecen los parámetros de uso de la fuerza, determinan cómo, dónde, cuánto, cuándo y contra quién debe ser empleada. Catalogan y definen una gama de acciones que van más allá del mero empleo de la violencia y que se agrupan por actividades, combinando medidas permisivas y prohibitivas, más o menos intensas, en relación con una escala de incremento de la fuerza, desde las meras amenazas a las acciones de combate. El uso de los medios más adecuados, a través de tales medidas, aumenta la eficacia de las operaciones, asegura que las hostilidades se someten al Derecho de los Conflictos Armados (DICA) y reduce los daños colaterales a porcentajes aceptables a niveles políticos y de opinión pública, ya sean sobre la población civil, ya sean sobre fuerzas propias o aliadas (fratricidios o bajas, *blue on blue*)^{3, 4}. Resulta obvio que las relaciones entre el daño colateral, el sistema de *targeting*, las ROE y el DICA son muy importantes.

Este proceso exige la mayor eficacia y eficiencia en los medios a emplearse⁵ y está formado básicamente por cuatro fases: decidir, detectar, atacar y evaluar, que también se han definido por el US Army⁶ o la USAF⁷ como encontrar, ubicar, seguir, decidir, atacar y valorar⁸. Evidentemente, el esquema expuesto es

³ Los artículos 51 y 57 del Protocolo Adicional I declaran ilegal el ataque planeado y ejecutado contra un objetivo militar cuando de las informaciones disponibles, en la fase de planeamiento y de conducción, sea de prever que causará daños entre la población y en bienes civiles, excesivos para la ventaja militar que se espera obtener del ataque en su conjunto. Una de las principales preocupaciones del planeamiento debe ser que la conducción se realice con «un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil». Los daños colaterales son una violación a estos principios. Se entiende por daño colateral el no intencionado, ocurrido como resultado del empleo de armamento, y por fratricidio las muertes causadas en fuerzas propias y aliadas como consecuencia de tales daños, al confundirlas con un blanco enemigo. A pesar de la sencillez de los conceptos expuestos, las definiciones del daño colateral suelen ser mucho más complejas y prolijas.

⁴ «... collateral damage is unintentional damage or incidental damage affecting facilities, equipment or personnel occurring as a result of military actions directed against targeted enemy forces or facilities». REYNOLDS, J. D. (1997).

⁵ En cuanto defina y seleccione «objetivos y proporcionar la mejor respuesta posible, teniendo en cuenta las necesidades y capacidades operativas». Su finalidad es «conseguir el mejor empleo posible de los medios de apoyo, tanto de fuego como de combate, integrándolos completamente en la maniobra prevista por el Mando. Es, por tanto, una herramienta para la gestión eficaz de los medios, y resulta fundamental para disponer de una velocidad de respuesta adecuada». EJÉRCITO DE TIERRA (2002: 3-5 y ss.).

⁶ *Ibid.* La publicación JP 1-02 (*Dictionary of Military and Associated Terms*) señala que «those targets requiring “1. An area, complex, installation, force, equipment, capability, function, or behavior identified for possible action to support the commander’s objectives, guidance, and intent. Targets fall into two general categories: planned and immediate. 2. In intelligence usage, a country, area, installation, agency, or person against which intelligence operations are directed. 3. An area designated and numbered for future firing. 4. In gunfire support usage, an impact burst that hits the target”».

⁷ JOINT CHIEFS OF STAFF, Joint Publication 2-01.1, *Joint Tactics, Techniques, and Procedures for Intelligence Support to Targeting*, Washington, 2003, en www.fas.org/irp/doddir/dod/jp2_01_1.pdf.

⁸ Las etapas de este proceso son las siguientes:

Encontrar (*find*): los sistemas de inteligencia, vigilancia y reconocimiento, teniéndose presentes las prioridades tácticas concretas, deben hallar e identificar los blancos.

una versión simplificada del real, donde operan otros componentes, tales como satélites, aviones tripulados y no tripulados (drones), elementos humanos sobre el terreno (señaladores-guía o *pathfinders*), etcétera; todos ellos imprescindibles en lo que se ha denominado *battle space management*⁹, propiciado por ciertos avances técnicos alcanzados a principios del siglo XX.

Es en el siglo XXI, tras las campañas militares conducidas como consecuencia del 11-S, cuando el *targeting* adquiere importancia, al buscarse blancos de importancia estratégica, casi global, como Ben Laden, Al Zarkawi, el *fake* arsenal químico iraquí o los grandes sistemas informáticos de la ciberguerra. A partir de la *Global War on Terror* se distinguen dos tipos de *targeting*: el «dinámico», que se lleva a cabo según las necesidades de la operación y su propia evolución, y el «deliberado»¹⁰. Este último se planea y ejecuta en el seno de estructuras militares formadas por componentes terrestres, aéreos y navales; sobre blancos seleccionados por su interés político (estratégico u operacional) incluidos en «listas conjuntas» (*Joint Target List, JTL*), confeccionadas antes incluso del inicio de la operación, mediante labores de inteligencia y preparación para el combate.

Los blancos se agrupan en una *target set* (una serie definida por unas mismas características como, por ejemplo, infraestructuras eléctricas, refinerías de petróleo, o infraestructuras de transporte terrestre) y en una *target category*, que es un subconjunto de la anterior (dentro del grupo «infraestructuras de transporte terrestre»: las estaciones de tren, almacenes ferroviarios, puentes, etcétera). Ambas se proponen en el nivel operacional, se elevan al nivel estratégico y se autorizan a nivel político, que prohíbe o restringe el ataque, según la trascendencia de los efectos previstos. Su agrupación se basa tanto en la naturaleza común de los blancos, como en las ROE que se deben activar e implementar, porque no es posible un *targeting* sin ROE, como tampoco aplicar ciertas ROE especiales, diseñadas para destruir blancos muy importantes, sin que se haya diseñado un

Ubicar (*fix*): los medios de inteligencia, vigilancia y reconocimiento tienen que determinar su ubicación con exactitud, para que se pueda atacar con éxito.

Seguir (*track*): al ubicar el blanco hay que monitorizar sus movimientos, ya que el ataque se puede dilatar después del descubrimiento.

Decidir (*target*): en esta fase se toma la decisión sobre la conveniencia de realizar el ataque o no, previa determinación tanto de la fiabilidad de la información como de la posibilidad, o no, de atacar, dependiendo de las normas del Derecho de los Conflictos Armados; el estudio del área ante la probabilidad de daños colaterales y encontrar un medio disponible para conducir el ataque. En esta fase del procedimiento tienen participación los asesores jurídicos en tiempo real.

Atacar (*engage*): en esta fase se transmite por el mando, a través de la célula oportuna, la orden de ataque a una unidad determinada. La unidad elegida tiene que entender la orden, encontrar el blanco y realizar un ataque contra él.

Valorar (*assess*): tras un ataque, hay que evaluar el blanco para determinar si ha sido destruido. Si no, puede ser necesario otro ataque.

⁹ STEPHENS, Dale, *Law of Naval Warfare and Zones*, en JACQUES, Richard (2006).

¹⁰ Es el «proceso de determinar los efectos necesarios para alcanzar los objetivos del comandante, identificando las acciones precisas para crear los efectos deseados de acuerdo con los medios disponibles, seleccionando y priorizando blancos, y sincronizando los fuegos con otras capacidades militares, mientras se evalúa su eficacia acumulada y se toman las oportunas medidas correctivas si ello es necesario». Cf. Documento NATO, AJP 3.9 *Allied Joint Doctrine for Joint Targeting*, mayo de 2008, cap.1, pp. 1-1.

proceso *targeting*. Como podemos ver, el proceso está dirigido al más alto nivel (el político), guiado por el mando estratégico, conducido por el operacional y ejecutado por la fuerza de los mandos componentes combinados, terrestres, aéreo o naval (nivel táctico). En cuanto al proceso en sí, se lleva a cabo en el seno de los estados mayores que asisten a los comandantes responsables, donde se crea una célula *ad hoc*, formada por elementos de Inteligencia, Operaciones, Apoyos aéreos, Fuego, CIS y, por supuesto, el Asesor Jurídico.

Por último, debemos relacionar lo dicho con los tipos de blancos que se distinguen en el sistema de *targeting*, que son, básicamente, dos:

1. El blanco ordinario.
2. El *time sensitive targeting (TST)*, que es aquel que requiere de una respuesta inmediata, porque supone (o supondrá pronto) un peligro real para las fuerzas propias, o es un objetivo de oportunidad altamente lucrativo y de alta fugacidad cuyo ataque es de tan alta prioridad como para justificar una acción inmediata, con la finalidad de apoyar a los objetivos de campaña, como por ejemplo, batir el cuartel general del enemigo o a su comandante.

II. TEORÍA DEL BLANCO

Un vez visto lo anterior, y relacionándose ROE y *targeting*, es preciso plantear una teoría del blanco que nos sirva de marco previo.

2.1. Generalidades

Los ataques que se realicen mediante el proceso de *targeting* y la aplicación de ROE concretas de alto impacto político deben limitarse a blancos legales y ejecutarse mediante métodos proporcionales que impidan lo indiscriminado de la acción y los daños colaterales. Queda por determinar qué significan tales conceptos.

Aunque parezca una banalidad, empecemos por la definición de ataque, que es aquella acción consistente en realizar los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos¹¹. El ataque se focaliza en un objeto, en un blanco, que legalmente, según el DICA, se denomina objetivo militar y que es el

¹¹ KALSHOVEN, Frits, y ZEGVELD, Liesbeth (2005: 114). Según el artículo 49 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, de 8 de junio de 1977, «por “actos de violencia” ha de entenderse actos de guerra en los que se emplean medios violentos, expresión que abarca tanto un tiro de fusil como el lanzamiento de una bomba explosiva, pero no el acto de hacer a una persona prisionera (aunque este acto se efectúe mediante el uso de la fuerza). El final de la frase, “sean ofensivos o defensivos”, deja en claro que la parte en conflicto que llegue a estar en posición defensiva, sea durante todo el conflicto sea en una operación militar concreta, está igualmente obligada a realizar sus “actos de violencia contra el adversario” de conformidad con las normas sobre la protección de la población civil».

conjunto de bienes, instalaciones o personas cuya destrucción, daño, neutralización o captura ofrece una ventaja militar cierta¹². Todo lo anterior gira en torno a la expresión «resultado del ataque», que es ambigua y se revela, sin embargo, como un artefacto lingüístico importante, porque puede suponer «la captura, la destrucción o la neutralización del objeto», pero en cualquier caso debe producir al atacante una ventaja militar definida, entendida esta en su conjunto¹³.

Veamos los posibles tipos de blancos. Las fuerzas armadas lo son por su propia naturaleza, su material y personal, salvo el sanitario, el religioso y el destinado exclusivamente a servicios de protección civil¹⁴. Se ha optado por establecer una definición general, lo cual exige ciertas precisiones: la neutralización o destrucción debe contribuir a disminuir la potencia o la acción del enemigo, y consistir en una ventaja militar cierta para el atacante¹⁵. Se debe subrayar su carácter finalista, que es precisamente alcanzar tal ventaja¹⁶. Por tanto, desaparece la posibilidad legal de planear y conducir una «guerra total», se rechazan claramente las interpretaciones propuestas antaño, que consideraban blanco legal «cualquier objetivo que contribuya eficazmente a la destrucción de los medios de resistencia del enemigo y al debilitamiento de su determinación de combatir»¹⁷.

¹² El artículo 52 del Protocolo Adicional I establece la definición de objetivo militar: «2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida. 3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin».

¹³ *Ibid.*, y la «Declaración Interpretativa», contenida en los «Instrumentos de Ratificación del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977» (BOE n.º 177, de 26 de julio de 1989), cuyo tenor literal es el siguiente:

«A los artículos 51, 52 y 57:

Entiende que la “ventaja militar” a que hacen referencia tales artículos se refiere a la ventaja que se espera del ataque en su conjunto y no de partes aisladas del mismo».

¹⁴ Esta enumeración se ha tomado de los artículos 61 y 62 del Protocolo I Adicional.

¹⁵ CICR (2003).

¹⁶ «Vale la pena repetir que para que un bien sea considerado como un objetivo militar también se requiere, como estipula el artículo 52 (2), que su “destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”. Cuando el bien en cuestión es una fábrica de armas se cumple fácilmente este requisito». KALSHOVEN, Frits, y ZEGVELD, Liesbeth (2005: 118).

¹⁷ CICR, «XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja». Ginebra, diciembre de 2003. En este documento se afirma que «Si la importancia política, económica, social o psicológica de los objetos se convierte en el factor determinante —como se propone en ciertos escritos militares—, la evaluación de si un objeto es o no un objetivo militar se vuelve algo muy especulativo e invita a interpretaciones ilimitadas. De la misma manera, las interpretaciones que aceptan los ataques a la moral de la población civil como medio de influir en la determinación de combatir del enemigo darían lugar a una guerra ilimitada y el CICR no podría apoyarlas. De apenas causar penalidades a la población civil, que es una consecuencia inevitable de todos los conflictos armados, se pasaría, con un paso ciertamente pequeño, a causar daños sustanciales a la infraestructura civil, por ejemplo, lo cual podría llevar a los beligerantes a renunciar lentamente a cualquier forma de restricción en su elección de los objetivos».

Asimismo, es necesario realizar ciertas reflexiones sobre los bienes de «doble uso», es decir, objetos que cumplen fines tanto civiles como militares, como aeropuertos, puentes, antenas, etcétera. Hay que hacer hincapié en que «doble uso» no es un término jurídico. En opinión del CICR, la índole de cualquier objeto debe evaluarse con arreglo a la definición de objetivos militares prevista en el Protocolo Adicional I. Cabe argüir que incluso un uso militar subsidiario puede convertir el objeto en cuestión en objetivo militar, pero incluso así un ataque contra tal objeto puede ser, sin embargo, ilícito si al considerar los efectos de la acción sobre el uso civil del objeto en cuestión se viola el principio de proporcionalidad, es decir, si cabe esperar que, incidentalmente, se causen daño excesivo o excesivos muertos o heridos civiles o si los métodos o medios del ataque no se eligen con miras a tratar de evitar o al menos reducir todo lo posible el número de muertos o heridos o los daños entre los civiles¹⁸.

La definición de lo que se considera lícito e ilícito se ha construido, pues, sobre tres principios. El primero es el de «distinción», según el cual debemos diferenciar la población civil y los combatientes, y los ataques deben ser dirigidos únicamente contra blancos legales¹⁹. El segundo es la «proporcionalidad»²⁰: se

¹⁸ CICR, «XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja». Ginebra, diciembre de 2003.

¹⁹ El artículo 44.3 del Protocolo Adicional I de 1977 establece que «los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque. Sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal siempre que, en esas circunstancias, lleve sus armas abiertamente: a) durante todo enfrentamiento militar, y b) durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar». A su vez, su artículo 48 determina que «a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares». El Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, aprobado por el Convenio IV de La Haya de 18 de octubre de 1907, establece en su artículo 25 que está prohibido «atacar o bombardear, cualquiera que sea el medio que se emplee, ciudades, aldeas, habitaciones o edificios que no estén defendidos». Además, el 27 de la misma norma determina que «en los sitios y bombardeos se tomarán todas las medidas necesarias para favorecer, en cuanto sea posible, los edificios destinados al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en donde estén asilados los enfermos y heridos, a condición de que no se destinen para fines militares». A mayor abundamiento, los artículos 51 y 52 del Protocolo Adicional I establecen que la población civil y los bienes civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones; la población civil no será objeto de ataque, será protegida salvo si participa directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. Asimismo, se prohíben los ataques indiscriminados, las represalias y el empleo de personas como «escudos humanos». Este principio ha sido sancionado por Naciones Unidas, como de universal aplicación, en su Resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 19 de diciembre de 1968, según la cual se afirma...

«a) Que no es ilimitado el derecho de las partes en un conflicto a adoptar medios para causar daño al enemigo.

b) Que está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal.

c) Que en todo momento ha de distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos lo más posible».

²⁰ «La desproporción entre, por una parte, las pérdidas civiles y los daños causados a los civiles y, por otra parte, la ventaja militar prevista, plantea un delicado problema: en algunas situaciones

prohíben las armas y los métodos que causen a las personas civiles y a sus bienes daños excesivos o males innecesarios respecto a la ventaja militar concreta prevista²¹. El tercero, y último, es la limitación de la acción hostil: el derecho a elegir los medios y modos de combatir contra la parte adversa no es ilimitado, existen medios (armas) lícitos e ilícitos y formas de emplearlos (modos) permitidos o contrarios a Derecho²². Por ello, se consideran ilícitos los que, por su propia natu-

no hay lugar a dudas, mientras que en otras puede haber razones para vacilar. En tales situaciones complejas, deben prevalecer los intereses de la población civil. Se debe tener en cuenta que el derecho internacional humanitario exige que constantemente se tenga cuidado de preservar a la población civil, a los civiles y a los bienes de carácter civil. No hay que olvidar que incluso ataques que podrían ser lícitos, es decir, ajustados a la regla de la proporcionalidad y a otros principios jurídicos, pueden causar, a pesar de todo, sufrimiento enorme entre los civiles. Por lo que se refiere a la interpretación del principio de proporcionalidad, el significado del término “ventaja militar concreta y directa prevista” es crucial. Nunca podrá recalarse lo suficiente que la ventaja prevista debe ser una ventaja militar, que generalmente consiste en ganar terreno o destruir o debilitar las fuerzas armadas del enemigo. El propósito de la expresión “concreta y directa” es señalar que la ventaja en cuestión debe ser sustancial y relativamente inmediata, y que una ventaja que apenas sea perceptible o que solo aparezca en el largo plazo debería descartarse». Cf. CICR, «“XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”».

²¹ Así, se prohíbe lanzar ataques cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos contra la población civil, daños a bienes civiles, o ambas cosas, que serían excesivos; o daños en el medio ambiente. El principio queda regulado en los artículos 22 y 23 del Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, aprobado por el Convenio IV de La Haya de 18 de octubre de 1907; y en el 35 del Protocolo Adicional I, que subraya el carácter limitado de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra; la prohibición de empleo de armas, proyectiles, materias y métodos que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios o que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. La prohibición de males superfluos o daños innecesarios es un principio general del Derecho conocido como «cláusula Martens», según la cual «las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública». La «cláusula Martens» fue formulada por Fyodor Fyodorovich Martens, delegado ruso en las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 con el siguiente tenor: «hasta que un Código más completo de las leyes de la guerra se emita, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no incluidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública». Se recogió en la Convención de 29 de julio de 1899 y en las Convenciones de La Haya de 1907. Fue introducida como una fórmula de compromiso por la disputa entre las Potencias de la época, que consideraban a los francotiradores como combatientes ilegales, sujetos a su captura y ejecución, y los Estados más pequeños, quienes sostuvieron que debían ser considerados combatientes legítimos. El verdadero problema que suscita es la variedad de interpretaciones que permite, aunque su valor reside en el hecho de recordar que el Derecho Internacional consuetudinario continúa aplicándose después de la adopción de la norma de un tratado. En rigor, la recta interpretación de esta cláusula determina que lo que no está explícitamente prohibido por un tratado no está permitido automáticamente.

²² Respecto a las armas prohibidas, tenemos un elevado número de tratados, acuerdos y protocolos internacionales que, con menor o mayor éxito, han intentado regular y prohibir armas concretas, como, por ejemplo, los proyectiles explosivos de pequeño calibre y balas dum-dum (1868), las productoras de fragmentos no detectables (1980), ciertos tipos de minas (1980, 1997), las láser cegadoras (1980), las bombas de racimo (2008), las armas «venenosas» o «sucias» biológicas (1980) y químicas (1993), así como las que produzcan modificación ambiental (1977). Los métodos o modos prohibidos son, según el Protocolo Adicional I, la perfidia (engaño consistente en hacer creer al enemigo que se

raleza, tengan por fin aterrorizar a la población civil («bombardeos de terror»²³), los indiscriminados o «ciegos»²⁴, o las represalias o los ataques de venganza contra la población civil.

Así pues, la acción bélica no es ilimitada, no podemos hacer cuanto nos plazca, con independencia de los resultados, si con ello alcanzamos la victoria. Antes bien, el «resultado del ataque», la destrucción o neutralización del blanco sobre el que se actúa debe ser militarmente útil, porque ha de contribuir eficazmente a la acción militar²⁵. De ahí, también, la necesidad de adoptar ciertas «precauciones en el ataque»²⁶:

1. Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población, las personas y los bienes de carácter civil. Ello significa, ante todo, que un ataque planeado y conducido sobre la base de la mera suposición de que el objetivo es de naturaleza militar equivale *ipso facto* a una violación del principio de distinción.
2. Los comandantes de las fuerzas atacantes deberán:
 - a) Hacer todo lo que sea factible²⁷ para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil,

tiene derecho a protección legal), el uso indebido de emblemas protegidos o de signos de nacionalidad, la negación de cuartel y el ataque a personas fuera de combate u ocupantes de aeronaves en peligro.

²³ Artículo 51 del Protocolo I Adicional.

²⁴ Se entiende por indiscriminados los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados, situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas o bienes civiles; y 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, excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Se denominan «ciegos» porque no se dirigen contra un objetivo militar concreto, ya sea porque no se quiera o porque se empleen métodos o medios de combate que no permitan dirigirse contra uno concreto; o cuyos efectos no sea posible limitar, de tal manera que afectan indistintamente a objetivos militares y a personas o bienes civiles.

²⁵ La doctrina militar española señala, al respecto, las dificultades que presenta esta aparente sencillez: «un carro de combate o una pieza de artillería no ofrecen dudas en cuanto a su clasificación de objetivos militares por su naturaleza. Una determinada zona terrestre cuya consecución o conservación favorezca las operaciones militares de una parte o dificulte las de su enemigo tampoco presenta problema en su conceptualización como objetivo militar. Una escuela es un bien civil, pero si se ha convertido en un puesto de mando o un centro de comunicaciones su utilización la califica de objetivo militar. Un puente fluvial es un bien civil, pero si se detecta el paso de tropas o material de guerra para su envío al frente, el puente, por su finalidad, se consideraría un objetivo militar. EJÉRCITO DE TIERRA (2007: 4.3).

²⁶ Art. 50 del Protocolo Adicional I.

²⁷ «En el artículo 57, se emplean las expresiones “todo lo que sea factible” o “todas las medidas factibles” como un recordatorio del hecho obvio de que no se puede exigir a las fuerzas armadas que, cuando toman precauciones en el ataque, hagan lo objetivamente imposible, ni tampoco que se conformen con hacer lo que es meramente posible. Aunque esta idea suene muy evidente, su redacción y sus consecuencias prácticas en la conducción de las hostilidades han dado lugar a varios debates. Cuando se firmó el Protocolo Adicional I, la delegación británica expuso una interpretación particularmente amplia de la expresión; sostuvo que abarcaba todo lo que era realizable o factible en la práctica, tomando en consideración todas las circunstancias en el momento del ataque, incluidas las que fueran relevantes para el éxito de las operaciones militares. Esta última parte dio lugar a la mayor dificultad: esa interpretación parecía autorizar a los beligerantes a dar preponderancia a sus

ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares legales. Las acciones de inteligencia son fundamentales para ello²⁸, si bien la información y la inteligencia producida pueden referirse a «la mayor parte de ellos»²⁹.

- b) 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

intereses militares sobre las necesidades humanitarias. Es interesante observar que, en el momento de la ratificación, el Reino Unido enmendó su declaración para incluir los intereses humanitarios entre las consideraciones militares que han de tenerse en cuenta cuando se desea hacer “todo lo factible”. La cuestión más difícil que plantea la expresión “factible” es cuando se trata de determinar si, y en qué medida, puede interpretársela como una forma de legitimar los errores. Por ejemplo, algunas informaciones recabadas de buena fe pueden inducir a una parte a creer que determinado objeto es un objetivo militar, cuando en realidad se trata de un bien de carácter civil. O un sistema de lanzamiento de armas podría fallar, desviarse de la trayectoria programada y dar contra objetos que la parte atacante no preveía atacar. La posición de principio en cuanto a este aspecto puede resumirse de la siguiente manera: “La obligación de tomar medidas de precaución no es absoluta. Es un deber actuar de buena fe para tomar las medidas realizables, 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 clara entre un acto de negligencia que es ilícito con arreglo al derecho internacional y un error cometido a pesar de haber tomado todas las precauciones factibles. El tipo de acción mencionado en primer lugar implicará responsabilidad estatal (que ha de distinguirse de la responsabilidad penal individual), no así el otro tipo mencionado». Cf. QUÉGUINER, Jean-François (2006).

²⁸ Recalamos que «un bombardeo efectuado sobre la base de la mera suposición de que el objetivo es de naturaleza militar equivale *ipso facto* a una violación del principio de distinción. Por ejemplo, se ha informado que, en 2003, en el contexto de la guerra en Irak, Estados Unidos admitió haber lanzado ataques contra personalidades de alto rango de la parte adversa sin tener un firme conocimiento de la identidad de los objetivos. Las fuerzas armadas estadounidenses justificaron su decisión de atacar sobre la base de las pruebas que establecían, con relativa certeza, que un líder político o militar de alto rango se encontraba en determinado edificio. Esa postura parece difícil de reconciliar con el requisito fundamental de distinción: si se dirige un ataque contra un individuo en particular, la identificación de ese individuo como un objetivo militar legítimo solo puede efectuarse razonablemente con un conocimiento preciso del nombre y la función de la persona por atacar. Por lo demás, la información que debe reunirse antes de lanzar un ataque no debe referirse solo a la naturaleza del objetivo. Deben recabarse muchos otros detalles, en particular acerca del entorno inmediato del objetivo, a fin de tener un panorama claro de las condiciones que darían lugar a la obligación de aplicar el principio de proporcionalidad. La principal dificultad al respecto está dada, sin duda, por los “objetivos emergentes”, para los cuales no ha sido posible planificación alguna y que, por su aparición súbita, hacen necesario atacar en un período de tiempo muy corto, sin que sea posible seguir procedimientos complicados. En esas circunstancias, determinar la naturaleza militar del objetivo y las posibles bajas y daños incidentales exigirá un análisis acelerado sobre la base de criterios previamente determinados. Sin embargo, el problema sigue siendo que esos procedimientos rápidos deben dejar lugar para tomar medidas de precaución prácticas. 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 cual resultó, por lo general, en bombardeos desproporcionados». Cf. QUÉGUINER, Jean-François (2006).

²⁹ Al respecto, el informe preparado por el Comité designado por el Fiscal del Tribunal Penal Internacional para ex-Yugoslavia (TPIY) para analizar el bombardeo de la RFY 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». *Ibid.*

- número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil.
- c) Abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Cuando la ventaja militar que se pretende lograr permite elegir entre varios objetivos, el comandante debe elegir el objetivo que presente menos peligro para la población civil³⁰.
 3. El ataque será suspendido o anulado si se advierte que el blanco 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, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.
 4. Se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan³¹.
 5. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil.

2.2. Las personas

Una vez visto lo anterior, nos preguntamos: ¿podemos localizar y batir personas? Evidentemente sí, de hecho así lo ha admitido, por ejemplo, Naciones Unidas³², pero con ciertas condiciones legales. De hecho, pocos objetivos tienen más valor político que las personas, el contenido político de esta acción es de suma

³⁰ «En general, debe elegirse entre la infraestructura y las líneas de comunicación del enemigo. Por ejemplo, si tiene que elegir entre atacar directamente una central telefónica o las líneas de transmisión del enemigo ubicadas en lugares vitales pero lejanos a los centros urbanos, el atacante estaría obligado a elegir este último objetivo si es posible obtener una ventaja militar similar en cada caso. Como los sistemas de comunicación modernos evitan cada vez más transmitir desde un punto central y comienzan a reducir su vulnerabilidad descentralizando sus redes, la obligación de elegir entre objetivos militares probablemente cobre más importancia en el futuro. Por lo tanto, será menos pertinente invocar la necesidad militar para justificar el bombardeo de un punto en un centro urbano cuya destrucción paralizaría todo el sistema». *Ibid.*

³¹ «Una cuestión esencial es si el requisito puede cumplirse proporcionando tan solo un aviso “sintético” consistente en una lista de los diversos tipos de infraestructura que se consideran objetivos militares. ¿O debe una parte dar aviso antes de que cualquier ataque específico pueda afectar a la población civil? Es difícil dar una respuesta precisa a esta cuestión. El nivel de precisión necesario dependerá del objetivo general que se persiga; la parte atacante tendrá que garantizar la inmunidad de la población civil y de los bienes de carácter civil, al tiempo que deberá considerar sus propios intereses militares en cada contexto estratégico. Sin embargo, parece estar claro que el atacante no tiene que emitir múltiples avisos del peligro que corre la población civil asentada en las proximidades de un objetivo militar claramente definido que ha sido declarado como tal. Un aviso redactado en términos generales al inicio de las hostilidades, y luego repetido durante el conflicto, será suficiente para satisfacer tanto la letra como el espíritu de la obligación». *Ibid.*

³² «Combatants may be targeted at any time and any place». Cf. UNITED NATIONS (2010).

importancia en la conducción y resultado de las operaciones, piénsese en la trascendencia de localizar y neutralizar el puesto de mando de Hitler o de Sadam Hussein y el impacto que habría tenido su destrucción y muerte en la Segunda Guerra Mundial o en la del Golfo. Ahora bien, es preciso aquilatar la cuestión: como norma general, es legítimo hacerlo sometiéndonos al DICA con cuatro condiciones:

1. Si nos encontramos efectivamente en conflicto armado internacional o guerra formal y no en situaciones más o menos semejantes, más o menos confusas, a pesar de las dificultades que plantea la definición de este concepto en las guerras de cuarta generación. En España habría que sumar consideraciones jurídicas derivadas del Derecho nacional, en concreto, la declaración de guerra realizada por el Rey, con decisión parlamentaria previa, recogida en la Constitución. Si nos encontráramos en conflicto armado interno, los rebeldes pasarían a considerarse delincuentes y sería de aplicación el Derecho de los derechos humanos y estándares policiales en el uso de la fuerza en situaciones de extrema gravedad y urgencia.
2. Si son combatientes, no se consideran tales los civiles ni aquellas personas que, aun habiéndolo sido, se encuentren fuera de combate por haberse rendido, estar inconscientes o incapacitados, se abstengan de todo acto hostil y no traten de evadirse³³. Aquellos que estando especialmente protegidos entraran en combate (personal sanitario, religiosos, incluso niños) perderán su protección y serían considerados combatientes.
3. Si participan en las hostilidades, aunque será preciso determinar en qué grado y con qué intensidad lo hacen.
4. Si la acción se realiza sin emplear perfidia o traición.

Lo anteriormente expuesto requiere de ciertas matizaciones. En primer lugar, se han planteado discusiones sobre qué cosa debe entenderse por «conflicto armado», a las que ya hemos aludido; en segundo lugar, si la distinción entre civiles y militares (o personas asimiladas *de facto*) es real y está justificada actualmente; en tercer lugar, qué se entiende por «participación directa». Por último, qué cosa es la perfidia o traición, asunto que veremos en el siguiente apartado.

Así pues, las personas pueden ser blancos, con ciertas condiciones: en conflicto armado y cuando formen parte de las fuerzas armadas regulares, unidades asimiladas, movimientos guerrilleros o de resistencia organizados (que deben distinguirse todos ellos por sus uniformes o signos distintivos fijos y reconocibles). Y también cuando se trate de población civil que toma las armas espontáneamente ante un enemigo, sin organización regular, portando tales armas a la vista y respetando las normas de los conflictos armados³⁴.

Hemos visto que no todos los militares son naturalmente combatientes, carece de tal condición el personal sanitario, el religioso y el personal militar de pro-

³³ Artículo 41 del Protocolo Adicional I.

³⁴ Artículos 1 y 2 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexo a la Convención II de La Haya de 1899 relativa a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre.

tección civil³⁵; pero, por la contra, sí lo son los paramilitares y fuerzas policiales puestas bajo mando militar que participen en las hostilidades³⁶. Debemos sumar a la lista expuesta con anterioridad como blancos las personas civiles que participan directamente en la acción hostil, mientras dure su participación³⁷.

Queda por determinar qué se debe entender por «participación directa en las hostilidades», concepto que ni ha sido definido ni se puede deducir de las conferencias internacionales pertinentes³⁸. Se refiere a acciones llevadas como parte de la conducción de las hostilidades, con lo cual, para calificar un acto específico como participación directa en las hostilidades, debe reunir ciertos requisitos³⁹:

1. Ser idóneo para afectar a las operaciones militares o a la capacidad militar de una parte en un conflicto armado o, alternativamente, para infligir la muerte, lesiones o destrucción de personas o bienes protegidos contra los ataques directos (umbral del daño).
2. Debe existir una relación directa de causalidad entre el acto y el daño.

³⁵ Artículos 1 y 3 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, y artículos 43 y 67 del Protocolo Adicional I.

³⁶ Además, son fuerzas armadas, según el Protocolo Adicional I:

«Artículo 43: Fuerzas Armadas.

1. Las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte, aun cuando esta esté representada por un Gobierno o por una autoridad no reconocidos por una parte adversa. Tales Fuerzas Armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, *inter alia*, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.

2. Los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.

3. Siempre que una parte en conflicto incorpore a sus Fuerzas Armadas un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras partes en conflicto».

³⁷ Artículo 51 (3) del Protocolo Adicional I. EJÉRCITO DE TIERRA (2007.4), y MELZER, Nils (2010). Este principio ha sido subrayado por el Tribunal Supremo de Israel en el caso «The Public Committee against Torture in Israel & Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. The Government of Israel» (documento HCJ 769/02). Su sentencia de 13 de diciembre de 2006 estableció que las personas civiles que toman parte directa en las hostilidades no están protegidas durante el tiempo en que participan en la acción hostil: «a civilian who participates in combat activities loses those protections, and might be a legitimate target for attack». Así pues, la posibilidad de atacar a combatientes, sean civiles, sean militares, gira en torno a un principio de distinción que se recoge en numerosas normas positivas y en la costumbre internacional. En este sentido, el artículo 44.3 del protocolo Adicional I establece que «con objeto de promover la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque». Por su parte, la Norma 1 del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, según enunciación del CICR, determina que «las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques solo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados». HENCKAERTS, Jean-Marie, y DOSWALD-BECK, Louise (2007: p. 3).

³⁸ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, «La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades», en VV. AA., 3 (2013: 174).

³⁹ CICR, «Guía Interpretativa del concepto de participación directa», p. 32, en www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,31333052&_dad=portal30&_schema=PORTAL30.

3. Debe ser planeado y conducido específicamente para producir el umbral de daño requerido en apoyo de las fuerzas propias y en detrimento del enemigo.
4. Las «funciones de combate» que se ha realizado deben haber sido «continuas», lo cual, como era de esperar, también es asunto de compleja interpretación⁴⁰. El concepto cubre tanto la participación directa en el combate como la activa en las actividades militares relacionadas con el combate, es decir, el apoyo al combate y el logístico en sus múltiples posibilidades⁴¹.

Si relacionamos lo dicho sobre los tipos de conflictos (internacionales e internos) y las personas susceptibles de ser atacadas legalmente, podremos distinguir entre dos posibles escenarios:

1. En el conflicto armado internacional el combatiente participa directamente en las hostilidades e interviene en ataques, para causar daño físico a las tropas u objetos enemigos⁴². Ello entraña la concesión de una «licencia para matar o herir» al enemigo y de destruir sus objetivos militares, sin que estos hechos puedan ser enjuiciados como delictivos, por ser «actos lícitos de guerra», aunque su comportamiento constituya un crimen grave en tiempo de paz (asesinato, lesiones, estragos, etcétera)⁴³. Están prohibidos los asesinatos fuera de los combates legítimos⁴⁴.
2. Conflicto armado no internacional, las hostilidades pasan a convertirse en un asunto interno-represivo, en materia de orden público propio de

⁴⁰ El CICR, en un informe elaborado para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, noviembre de 2007), explica que el concepto de participación directa en las hostilidades necesita responder a tres preguntas:

«— ¿A quién se considera civil a los fines de conducción de hostilidades?
 — ¿Qué conducta equivale a participación directa en las hostilidades?
 — ¿Cuáles son las condiciones precisas bajo las cuales las personas civiles que participan directamente en las hostilidades pierden su protección contra el ataque directo?».

Este contenido se reitera en el informe presentado a la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra en diciembre de 2011). Cf. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José, «La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades», en VV.AA, 3 (2013).

⁴¹ CICR (2003).

⁴² Artículo 43.2 del Protocolo Adicional I.

⁴³ Solo pueden ser enjuiciados por violaciones del DICA y cuando son capturados, tienen derecho a recibir el trato específico de prisionero de guerra y a gozar de la protección del III Convenio de Ginebra. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos», OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, apartado 64 y ss., en www.cidh.org/terrorism/span/b.htm. Según los artículos 48, 51 y 52 del Protocolo Adicional I, la población civil y los bienes civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones; los civiles no serán objeto de ataque y serán protegidos si no participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. Este principio de distinción entre civiles y combatientes se enunció por primera vez en la Declaración de San Petersburgo de 1868, según la cual «the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy», no su destrucción o aniquilamiento. El Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (Reglamento de La Haya de 1907) prohibía, en su artículo 25, «atacar o bombardear, cualquiera que sea el medio que se emplee, ciudades, aldeas, habitaciones o edificios que no estén defendidos».

⁴⁴ «El homicidio está prohibido», Regla 89 de las integrantes del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario.

una guerra civil en la que un Gobierno combate a elementos revolucionarios, subversivos o independentistas. Evidentemente, no serán objeto de ataque la población civil como tal y quedarán prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla. Está vedado, en toda circunstancia, el empleo de armas prohibidas como medio de ataque, defensa o a título de represalia contra ella o los bienes de carácter civil⁴⁵.

2.3. La perfidia

Hablemos ahora someramente de la perfidia, que es tanto como hablar de deslealtad, traición o quebrantamiento de la fe debida, si tales conceptos pudieran aplicarse a la guerra. Debe entenderse por tal la muerte (o producción de heridas graves) a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo⁴⁶. Para compensar esta prohibición se permitían las «estratagemas de guerra», los ardides y engaños⁴⁷. Por ello, podría entenderse que perfidia y traición eran sinónimos de la alevosía del Derecho Penal, es decir, del empleo de medios, modos o formas en la ejecución empleados para asegurar el delito, sin riesgo para el autor de aquellas acciones que procedan de la defensa que pudiera hacer el sujeto pasivo o un tercero⁴⁸. Hoy en día está prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios pérfidos. Constituyen perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario para traicionarla, den a entender a este que tiene derecho a protección o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas del DICA⁴⁹. Entre los actos prohibidos podemos contar con simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición, simular una incapacitación por heridas o enfermedad, el estatuto de personal civil, no combatiente, o que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto. Pero la definición de perfidia no se

⁴⁵ Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 8 de junio de 1977, artículo 13.2. Véase, también, el artículo 3.7 del «Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996». Estas acciones se consideran crímenes de guerra, a tenor del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

⁴⁶ Según el artículo 23 de la Cuarta Conferencia de La Haya, sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (18 de octubre de 1907).

⁴⁷ *Ibid.*, artículo 24.

⁴⁸ «El artículo 23 (f) proporciona algunos ejemplos de esto último: “usar indebidamente la bandera de parlamento, la bandera nacional o las insignias militares y el uniforme del enemigo, así como los signos distintivos del Convenio de Ginebra” (la bandera de parlamento es blanca y se usa para proteger a un negociador o a un mensajero, el signo distintivo de la Convención de Ginebra es el brazalete con una cruz roja o una media luna roja sobre fondo blanco). Por lo demás, se podría hallar una línea de conducta general en lo que observó Kant, hace cerca de dos siglos, y que posteriormente repitió Lieber en las Instrucciones para las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos: se considera traición toda conducta que socava la base de confianza indispensable para restablecer la paz. Aun así, subsistió la dificultad de resolver esta cuestión en circunstancias concretas». KALSHOVEN, Frits, y ZEGVELD, Liesbeth (2005: 51).

⁴⁹ Protocolo Adicional I, artículo 37.

refiere simplemente a la buena o mala fe en un sentido general: debe relacionarse específicamente con la creencia de que se «tiene derecho a protección de conformidad con las normas de derecho de los conflictos armados»⁵⁰.

La perfidia no comprende las estratagemas que son los actos realizados para errar a un adversario o hacerle cometer imprudencias, pero que no infringen ninguna norma de Derecho Internacional. Son ejemplos de estratagemas el camuflaje, las operaciones simuladas, las PSYOPS, las operaciones de influencia o decepción, como las informaciones falsas.

2.4. Aumenta la entropía del sistema: los combatientes ilegales

Una vez expuestos los requisitos para considerar objetivos legítimos o blancos legales a las personas que reúnan determinadas características, cabe preguntarse: ¿qué sucede cuando no se cumplen en su totalidad? ¿Qué pasa si los civiles no toman «las armas espontáneamente ante un enemigo» sino premeditadamente, sin previa declaración de guerra o desobedeciendo las órdenes de su Gobierno? Pensemos en De Gaulle respecto a Pétain, nombrado legalmente presidente del Consejo de Ministros por las dos cámaras francesas. Si hubiera sido derrotado, probablemente habría sido condenado, cuando menos, como rebelde frente a su «legítimo» Gobierno.

¿Y si los combatientes no poseen o se integran en una organización como fuerza armada regular, no portan las armas a la vista ni respetan el DICA? ¿Cómo debemos calificar a los movimientos de resistencia que realizan actos de bandidaje, terrorismo, asesinato o magnicidio, al mismo tiempo que planean y conducen operaciones? ¿Qué pasa si se defienden de una invasión ante la inanidad del Gobierno mediante tales acciones, como los guerrilleros españoles o los *maquisards* de la Francia Libre? La célebre patrulla de paracaidistas checos que condujeron la *Operation Anthropoid* y asesinaron al *Obergruppenführer* Reinhard Heydrich, *Reichsprotector* de Bohemia y Moravia, ¿estaba formada por soldados, por asesinos, por terroristas o por delincuentes? Los ejecutores, Josef Bublík, Jozef Gabčík, Jan Hrubý, Jan Kubiš, Adolf Opálka, Jaroslav Švarc y Josef Valčík ¿eran soldados o terroristas? ¿Hubiéramos podido atacarlos, detenerlos o matarlos como si fueran soldados, espías o asesinos, o deberíamos haberlos llevado ante un tribunal checo? Karel Čurda, que delató al comando, ¿fue un traidor o un

⁵⁰ «Una traición de la buena fe que no esté relacionada con esta forma de protección jurídica no constituye perfidia, en el sentido del artículo 37. En particular, este segundo aspecto restrictivo de la definición de “perfidia” da al concepto abstracto un sentido bastante concreto. Para ilustrar mejor el sentido, el artículo presenta los siguientes cuatro casos de perfidia (párrafo 1):

“(a) simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición;

(b) simular una incapacidad por heridas o enfermedad;

(c) simular el estatuto de persona civil, no combatiente; y

(d) simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean partes en el conflicto”».

Cf. KALSHOVEN, Frits, y ZEGVELD, Liesbeth (2005:109).

honrado ciudadano nazi? El acto de eliminar a uno de los ideólogos y actores de la Solución Final mediante un atentado terrorista alevoso, un asesinato en suma, ¿era lícito o ilícito, ético pero ilegal? ¿Era un acto de guerra o un delito?

Las preguntas siguen: ¿qué pasa cuando no nos encontramos en conflicto armado formalmente pero se producen hostilidades reales, si bien no hay declaración de guerra, como en Iraq o Afganistán? ¿Y si el Gobierno no insta ante el Parlamento la declaración de guerra? ¿Qué sucede si se combate a la manera clásica con terroristas, que operan en varios países de forma itinerante, sin que las autoridades locales lo impidan? ¿Los terroristas son combatientes, delincuentes, ambas cosas a un mismo tiempo o solo a tiempo parcial? ¿Qué pasa cuando la relación de una de estas personas con una organización terrorista/delincuencial es gaseosa, porque tal organización está estructurada en red, es gobernada por un civil, como Ben Laden, o por un religioso como Muqtada Sdar, que no dirige, planifica ni ejecuta acción alguna mediante cadenas de mando permanentes, al modo occidental? ¿Y si en el conflicto operan contratistas civiles, tipo *Blackwater* o *Academi*, en acciones que van más allá de la mera prestación de seguridad⁵¹? ¿Qué pasa si una misma organización que actúa de forma terrorista en ciudades occidentales mantiene unidades militares convencionales desplegadas en un país y monopoliza en un tercero y un cuarto el narcotráfico, la trata de personas, la piratería de marcas comerciales a gran escala y la prostitución? ¿Qué tratamiento debe recibir en combate un terrorista trasnacional, un pirata somalí, un *freedom-fighter* talibán o de Al-Qaeda; o un «mártir» de Hamas, Hezbolá o del Partido de Dios? ¿O un yihadista del *Islamic State* o Boko Haram? ¿Si es apresado, se le dispensará la consideración de prisionero de guerra, la de delincuente o ninguna de ellas? Como se ha destacado...

«... frente a las diferencias tradicionales entre civiles y combatientes, entre un parte beligerante y su adversaria, hoy existen multiplicidad de actores cuya influencia en las guerras es importante. En un mismo conflicto armado pueden encontrarse distintos movimientos guerrilleros, paramilitares, milicias y mercenarios, algunos de los cuales modificarán sus lealtades de un bando a otro en función de los intereses del momento. A través de la distinción clásica de los tres niveles para abordar la guerra (Estado, ejército y pueblo) difícilmente pueden comprenderse los conflictos armados. En ocasiones, resulta complejo identificar claramente los bloques de combatientes y las reivindicaciones de cada grupo»⁵².

Como podemos ver, tales preguntas nos hacen pensar que el sistema real es mucho más complejo que el ideal, que su tendencia a la entropía es muy alta. Estas preguntas se han respondido de dos formas: las nuevas realidades son coyunturales y no afectan a la esencia de la distinción binaria combatientes/civiles, o bien se ha propuesto la creación de una tercera figura, el *unlawful combatant*,

⁵¹ Academi es una empresa de seguridad privada de perfil netamente militar, ha poseído diversos nombres que ha ido modificando según se «desgastaban» o se publicaban noticias perjudiciales para su imagen corporativa. Ha tenido las siguientes razones sociales, famosas en los últimos años: Xe Services LLC, Blackwater USA y Blackwater Worldwide.

⁵² POZO MARÍN, Alejandro (2010: 53).

el «combatiente ilegal», que no goza de los privilegios del combatiente «legal» (el trato como prisionero de guerra) ni tampoco de la protección del civil ajena a los combates. Tal ha sido la postura norteamericana, que se usa indistintamente con varias denominaciones: *unlawful combatant*, *illegal combatant* o *enemy combatant*.

En nuestra opinión, estamos ante una cuestión un tanto arbitraria: el primero que acusa a un militar de criminal o de combatiente ilegal es el enemigo, que usa el discurso «sobre la guerra» en una arma más en su búsqueda de la victoria, y esta primera calificación se legitima o deslegitima con el sello de la victoria. Los criminales de guerra pertenecen normalmente al ejército derrotado o que ha sido «penalizado» internacionalmente mediante una operación militar: apenas hubo delincuentes de guerra norteamericanos en la Segunda Guerra Mundial, los intentos de procesar a los responsables de la OTAN por los bombardeos de Kosovo de 1999 fracasaron estrepitosamente. En segundo lugar, el DICA está diseñado para amenazas y «guerras» que ya no existen y que posiblemente no existirán más, y que se están aplicando normas que se pensaron y acordaron tras una batalla, Solferino, que sucedió en 1859, cuatro años antes que la de Gettysburg (3 de julio de 1863), pero que permanece en la mente de muchos comentaristas: formaciones profundas de rutilantes uniformes que entran en combate con tambores y banderas desplegadas, más parecidas a Waterloo que a los combates de Iraq o Afganistán. Tal batalla sucedió hace más de siglo y medio, cuando estaba comenzando la Conquista del Oeste, cuando Rusia no había colonizado todo su territorio siberiano, cuando David Livingstone empezaba su expedición al Zambese, cuando no existía el fusil de repetición, la aviación, el uniforme mimetizado, el misil o los drones. Sabemos cómo enjuiciar el disparo de una bala explosiva o el lanzamiento de un gas «deletéreo», pero Naciones Unidas ha sido incapaz de decidir no ya si el uso del arma atómica es legal o ilegal, sino si es siquiera ético, al igual que su antecedente, la Sociedad de Naciones, fracasó cuando quiso regular el arma submarina. Así, se ha realizado una pregunta retórica:

«¿Cómo se reconoce a un combatiente? En el pasado no era demasiado difícil, pues los conflictos oponían a ejércitos regulares: los soldados marchaban con orgullo, enfundados en magníficos uniformes, haciendo ostentación de sus espadas y escudos y, un poco más tarde, del fusil. Incluso hoy, en ocasiones solemnes, se pueden apreciar esas espléndidas y coloridas paradas. Sin embargo, tanto en el pasado como en la actualidad también ha habido situaciones en que grupos de personas participan en los combates sin llevar signo alguno que permita distinguirlos claramente del resto de la población. Por ejemplo, los combatientes de la resistencia en territorios ocupados y, actualmente, los “combatientes por la liberación” que participan en guerras de descolonización, y otros combatientes irregulares»⁵³.

Estados Unidos ha intentado responder a las anteriores interrogantes mediante una legislación y una práctica que no han sido aceptadas universalmente.

⁵³ KALSHOVEN, Frits, y ZEGVELD, Liesbeth (2005: 101).

Nos encontramos con la triple distinción de combatiente legal, el civil y el «combatiente ilegal» o «no privilegiado», que es una categoría intermedia entre las dos primeras. Este concepto, que no ha sido recogido en ninguna norma internacional, se define como aquella persona, civil o militar, que participa en un conflicto armado en violación de las «leyes de la guerra», porque no posee ningún derecho para ello (carece de *ius ad bellum*)⁵⁴. Fue definido por Dörmann como sigue:

«... todas las personas que participan directamente en las hostilidades sin estar autorizadas a hacerlo y que, por ello, no pueden ser consideradas como prisioneros de guerra cuando caen en poder del enemigo»⁵⁵.

Su existencia fue planeada en el siglo XIX por Lieber en su código⁵⁶, y se ha asentado con los años⁵⁷, porque ha sido una herramienta muy útil para Estados Unidos, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial y el 11-S. Toda esta doctrina se construyó en un marco histórico concreto: la rebelión de los Estados Confederados, tras el proceso de secesión iniciado en 1860 por Carolina del Sur y que arrastró a otros diez hacia la sedición y la guerra. La Confederación no fue reconocida por la Unión, ni tampoco internacionalmente, salvo por el Vaticano y Gran Bretaña, de ello se derivaba que el conflicto fuera interno y que los sudistas, para las autoridades de la Unión, fueran delincuentes, rebeldes, *rebels* y, por tanto, *unlawful combatants*.

Lieber había sido influido negativamente por el movimiento guerrillero español de la guerra de la Independencia. Según él, la resistencia española a la invasión era contraria a derecho, ya que la cesión de la Corona de los Borbones a Napoleón era legal y legítima; la población no tenía nada que decir al respecto, era cedida con el territorio como si fueran aparceros o siervos y no ciudadanos. Por ello, asoció la legalidad del combatiente a la autoridad que había ordenado su reclutamiento y a la posibilidad de que el soldado fuese enjuiciado, llegado el caso, por un tribunal de bandera⁵⁸. Si ello no era posible, se consideraban com-

⁵⁴ «A person who did not have the legal right (...) to engage in armed conflict hostilities». CONDÉ, Victor H. (2004: 116).

⁵⁵ DÖRMANN, Knut (2003). La Universidad de Princeton lo define de la siguiente forma: «an unlawful combatant or unprivileged combatant/belligerent is a civilian who directly engages in armed conflict in violation of International Humanitarian Law (IHL) and may be detained or prosecuted under the domestic law of the detaining state for such action». Cf. www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Unlawful_combatant.html. La distinción entre combatientes legales e ilegales (y por tanto de la figura del *unlawful combatant*) ha sido constatada por el Comité Internacional de la Cruz Roja CICR (cuyo enjuiciamiento deriva a los tribunales nacionales de las autoridades que los persiga) cuando afirma lo siguiente: «If civilians directly engage in hostilities, they are considered “unlawful” or “unprivileged” combatants or belligerents (the treaties of humanitarian law do not expressly contain these terms). They may be prosecuted under the domestic law of the detaining state for such action». Cf. ICRC, «The relevance of IHL in the context of terrorism», en www.icrc.org/eng/resources/documents/faq/terrorism-ihl-210705.htm.

⁵⁶ «General Orders n.º 100, “Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field”», en http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp.

⁵⁷ En ciertos procesos famosos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: «The Prize», «Milligan» y «Quirin». Cf. DÖRMANN, Knut (2003); ALDRICH, G., (2002: 892); SILKENAT, James R., y SHULMAN, Mark R. (2007).

⁵⁸ SOLIS, Gary D. (2010).

batientes ilegales y, por ende, delincuentes. Esta era una visión muy restrictiva del asunto, que servía no solo para legitimar ciertos comportamientos en operaciones, sino también, incluso, ciertas agresiones, como la invasión napoleónica de España, frente a la que era ilegal resistirse. Es preciso traer a colación la biografía de Lieber para comprender cómo este razonamiento era lógico. Nacido en Berlín en 1798, se alistó en su juventud en el regimiento Colberg del Ejército prusiano y combatió y fue herido en Waterloo. Tras unos cortos y accidentados estudios universitarios en matemáticas y topografía, participó en la guerra de Independencia griega; emigró a Gran Bretaña y finalmente llegó a Boston. Allí inició una carrera de docente universitario, fue secretario de Abraham Lincoln y terminó sus días de embajador. Si algo impresionó su visión del combate fue, sin duda, el comportamiento español contra el invasor francés y el griego y turco en las guerras en que participó, y que repudió por considerarlo bárbaro. El combate civilizado debía ser el clásico, con ejércitos reclutados por soberanos, sometidos a leyes previas, desplegados en formaciones, con la escenografía vivida en Waterloo, en suma. El espectáculo griego había sido deplorable por cruel, los confederados actuaban contra la Unión como los españoles contra Napoleón. Si el soberano decidía la paz o la guerra o regalaba la Corona a quien quisiera era asunto suyo y sus súbditos debían aceptarlo como algo que les era ajeno, así pensaba el emperador francés, de hecho, que fue uno de los primeros políticos europeos que aceptaba como natural la cesión de población. Esta idea permitiría que poblaciones enteras perdieran su nacionalidad, según se traspasaba la titularidad de territorios, hasta el siglo XX. Desde esta perspectiva se puede entender el concepto de *unlawful combatant*, examinando el artículo 57 de la *General Orders* n.º 100 de Lieber:

«Tan pronto como un hombre es armado por un Gobierno soberano y jura fidelidad como soldado es combatiente; su muerte, heridas u otros actos bélicos que sufra no son crímenes o delitos individuales»⁵⁹.

Un *unlawful combatant* sería aquel que no ha sido armado por un Gobierno soberano o que no ha jurado fidelidad a ningún monarca. Según esta lógica, los mamelucos del 2 de mayo eran combatientes legales, pero no los capitanes Daoíz, Velarde y el teniente Ruiz en la rebelión del Cuartel de Monteleón, ni tampoco los chisperos de Madrid, aunque actualmente no se prohíba a los civiles luchar por su país⁶⁰. De lo anterior se deriva que no se puede privar del trato de prisionero de guerra a los «combatientes legales», con lo que queda abierta la posibilidad de hacerlo a los «ilegales», que serían tratados como delincuentes, según Lieber. En el fondo se trata al combatiente ilegal como a un usurpador, que ha ocupado un espacio que le es ajeno (el del soldado) y unas competencias que nadie le ha atribuido y que pertenecen al príncipe o a la república (declarar la guerra y sostenerla). Es decir, se concibe el «poder de hacer la guerra» a una esfera personalista

⁵⁹ «Art. 57: So soon as a man is armed by a sovereign government and takes the soldier's oath of fidelity, he is a belligerent; his killing, wounding, or other warlike acts are not individual crimes or offenses. No belligerent has a right to declare that enemies of a certain class, color, or condition, when properly organized as soldiers, will not be treated by him as public enemies».

⁶⁰ CICR, (2003).

y que luego derivaría con los años en otra competencial: la guerra es aquel enfrentamiento que así ha sido declarado por quien puede hacerlo.

El carácter delincucional del *unlawful combatant* sería subrayado en el caso «Ex parte Quirin, 317 U.S.1 (1942)», del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, un proceso de espionaje y sabotaje de espías nazis, conocidos como *The Long Island Group*, que actuaba en Nueva York. La sentencia⁶¹ sentaba la distinción que apuntamos cuando declaraba lo siguiente:

«Por consenso universal y según la práctica, el Derecho de la Guerra, se establece una distinción entre las fuerzas armadas y la población pacífica de las naciones beligerantes y también entre aquellos que son combatientes legales y los ilegales. Los combatientes legales están sujetos a la captura y detención como prisioneros de guerra, por enfrentarse a las fuerzas militares. Los combatientes ilegales son también objeto de captura y detención, pero están sujetos a juicio y castigo por tribunales militares por aquellos actos que hacen su beligerancia ilícita. El espía que secretamente y sin uniforme cruza las líneas militares en tiempo de guerra, en un intento de conseguir información y de comunicarla al enemigo; o el combatiente enemigo que sin uniforme entre a través de las líneas con el propósito de sostener la guerra mediante la destrucción de vidas o propiedades, son ejemplos comunes de beligerantes a los que generalmente se niega el derecho al estatuto de prisionero de guerra pero que, como infractores del Derecho de la Guerra, están sujetos de juicio y castigo por los tribunales militares»⁶².

Obsérvese que la cita comienza con una afirmación, de la que se parte como axioma: «Por consenso universal y según la práctica del Derecho de la Guerra, se establece una distinción entre las fuerzas armadas y la población pacífica de las naciones beligerantes y también entre aquellos que son combatientes legales y los ilegales». No creemos que exista tal acuerdo universal que sostenga tal opinión. Ello no ha sido óbice para que otro país haya aceptado el punto de vista norteamericano, Israel, sin duda porque la base jurídica del combatiente ilegal es una herramienta política útil para una defensa radical del Estado; de hecho, en Israel, su derecho permite al jefe de su Estado Mayor dictar «órdenes administra-

⁶¹ De 29 de octubre de 1942.

⁶² «By universal agreement and practice the law of war draws a distinction between the armed forces and the peaceful populations of belligerent nations and also between [317 U.S. 1, 31] those who are lawful and unlawful combatants. Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful. The spy who secretly and without uniform passes the military lines of a belligerent in time of war, seeking to gather military information and communicate it to the enemy, or an enemy combatant who without uniform comes secretly through the lines for the purpose of waging war by destruction of life or property, are familiar examples of belligerents who are generally deemed not to be entitled to the status of prisoners of war, but to be offenders against the law of war subject to trial and punishment by military tribunals. See Winthrop, *Military Law*, 2d Ed., pp. 1196-1197, 1219-1221; Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, approved by the President, General Order No. 100, April 24, 1863, sections IV and V». Cf. <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=317&invol=1>.

tivas de detención» de los combatientes ilegales sin las garantías al uso ni control judicial⁶³.

Estados Unidos intentó una redefinición del combatiente ilegal *ad hominem*, con el 11-S en mente, cuando en 2001 dictó una *Military Order* sobre detención, trato y juicio de terroristas⁶⁴, mediante la que se declaraba enemigos a los «extranjeros que realizasen o preparasen actos de terrorismo contra Estados Unidos»⁶⁵. En 2006 se volvió a intentar la definición, sin que se alcanzaran ni la precisión ni el rigor que hubiera requerido el asunto⁶⁶. El *unlawful combatant* sería toda persona que fuera declarada como tal, sin que haya unos parámetros estrictos previos para ello, salvo ser enemigo de Estados Unidos y estar en hostilidades contra la república. Nos encontramos así con el poder político declarativo de la palabra, el enemigo es quien yo diga que es; hoy, el extranjero que luche contra mí, mañana quien me convenga.

Se ha afirmado que existía una justificación para la figura y tal era que se reconocían ciertas consecuencias a la ausencia de los requisitos para ser considerado combatiente «legal». En suma, un *unlawful combatant* sería aquel que incumpliera la legalidad de la guerra⁶⁷. Como consecuencia se le privaría de su condición de prisionero de guerra, caso de ser apresado, y se sometería a la legislación local, en calidad de delincuente común. La diferencia de trato determinaba que el *unlawful combatant* podría ser sometido a juicio por su mera actividad en

⁶³ «Incarceration of Unlawful Combatants Law, 5762-2002»:

«A person who took part in hostilities against the State of Israel, whether directly or indirectly, or is part of a force which commits hostilities against the state of Israel, who does not fulfill the conditions granting prisoner of war status in international humanitarian law, as determined in article 4 of III Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, 12 August 1949».

Cf. www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Politics/IncarcerationLaw.pdf.

⁶⁴ «Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism», en <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>.

⁶⁵ «The term “individual subject to this order” shall mean any individual who is not a United States citizen with respect to whom I determine from time to time in writing that: (ii) has engaged in, aided or abetted, or conspired to commit, acts of international terrorism, or acts in preparation therefor, that have caused, threaten to cause, or have as their aim to cause, injury to or adverse effects on the United States, its citizens, national security, foreign policy, or economy».

⁶⁶ Según la «Military Commissions Act 2006», el *unlawful combatant* se conceptuaba como «a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its cobelligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces)». Es preciso determinar qué cosa es un *lawful combatant*, que se define por la misma norma como sigue: «LAWFUL ENEMY COMBATANT.—The term “lawful enemy combatant” means a person who is (A) a member of the regular forces of a State party engaged in hostilities against the United States; (B) a member of a militia, volunteer corps, or organized resistance movement belonging to a State party engaged in such hostilities, which are under responsible command, wear affixed distinctive sign recognizable at a distance, carry their arms openly, and abide by the law of war; or (C) a member of a regular armed force who professes allegiance to a government engaged in such hostilities, but not recognized by the United States».

⁶⁷ Según lo establecido en los artículos 1, 2 y 3 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexo a la Convención II de La Haya de 1899, y los artículos 43, 44 y 67 del Protocolo Adicional I.

la guerra y, el *lawful combatant*, por el contrario, no podría ser castigado por su participación⁶⁸.

A pesar de lo anterior, la cuestión sigue sin resolverse, porque si bien en la práctica el Estado más poderoso del mundo sostiene que el *unlawful combatant* existe (y es quien él diga que lo es), se ha negado por un grupo amplio de comentaristas (Angelovicova⁶⁹, Solis⁷⁰, Fleck⁷¹ y Rodríguez-Villasante⁷²) y por Naciones Unidas, mediante su Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia⁷³, para el que solo hay dos categorías de personas: los combatientes y los civiles. Para quienes niegan que exista el *unlawful combatant*, si un combatiente cae en alguno de los supuestos expuestos más arriba debe ser tratado como un civil y, por ello, respetado en sus derechos de acuerdo con el derecho de los derechos humanos. Ello es así porque «el Derecho de Ginebra protege a todas las personas que, como consecuencia de un conflicto armado, están en poder del adversario. Por consiguiente, la protección que se proporciona no es contra la violencia de la guerra en sí, sino contra el poder arbitrario que una parte obtiene, en el transcurso de un conflicto armado, sobre las personas que pertenecen a la otra parte»⁷⁴. La situación aludida se define como la «pérdida del estatuto de combatiente» (Protocolo Adicional I, artículo 44) y se expone a ser sujeto a eventuales acciones penales, incluso por mero hecho de haber portado armas, salvadas las garantías del procedimiento judicial. Ello no quiere decir que cuando un *unlawful combatant* sea apresado caiga

⁶⁸ Sería de aplicación el artículo 44.4 del Protocolo Adicional I, según el cual «4. El combatiente que caiga en poder de una parte adversa y no reúna las condiciones enunciadas en la segunda frase del párrafo 3 perderá el derecho a ser considerado como prisionero de guerra, pero, no obstante, recibirá las protecciones equivalentes, en todos los sentidos, a las otorgadas a los prisioneros de guerra por el III Convenio y el presente Protocolo. Esta protección comprende las protecciones equivalentes a las otorgadas a los prisioneros de guerra por el III Convenio en el caso de que tal persona sea juzgada y sancionada por cualquier infracción que haya cometido».

⁶⁹ ANGELOVICOVA, Alena (2009).

⁷⁰ SOLIS, Gary D. (2010: 207).

⁷¹ FLECK, Dieter, «International Humanitarian Law After September 11: Challenges and Need to Respond», en VV. AA., 5 (2006).

⁷² RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, «Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales. La protección de la vida en los conflictos armados, a la luz del derecho internacional humanitario y de los Derechos Humanos», sin fecha, en www.cruzroja.es/dih/pdfs/temas/1_4/1_4.pdf; y del mismo autor, «Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales en los conflictos armados actuales», en MANACORDA, Stefano, y NIETO MARTÍN, Adán (2009).

⁷³ «271. It is important, however, to note that this finding is predicated on the view that there is no gap between the Third and the Fourth Geneva Conventions. If an individual is not entitled to the protections of the Third Convention as a prisoner of war (or of the First or Second Conventions) he or she necessarily falls within the ambit of Convention IV, provided that its article 4 requirements are satisfied. The Commentary to the Fourth Geneva Convention asserts that; [e]very person in enemy hands must have some status under international law: he is either a prisoner of war and, as such, covered by the Third Convention, a civilian covered by the Fourth Convention, or again, a member of the medical personnel of the armed forces who is covered by the First Convention. There is no intermediate status; nobody in enemy hands can be outside the law. We feel that this is a satisfactory solution - not only satisfying to the mind, but also, and above all, satisfactory from the humanitarian point of view». Sentencia de 16 de noviembre de 1998, Case No.: IT-96-21-T, Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, also known as Pavo, Hazim Delić, Esad Lanžo also known as Zenga, en www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf.

⁷⁴ KALSHOVEN, Frits, y ZEGVELD, Liesbeth (2005: 59).

en una especie de «no lugar», un limbo como Guantánamo o Abu Grahib, en el que puede ser sujeto pasivo de torturas y tratos degradantes. Si caen bajo la jurisdicción de un país concreto que impone su ley y jurisdicción sobre ellos⁷⁵ estarán sometidos a las prescripciones propias de la legislación local y al Derecho de los derechos humanos sobre detenciones, y que en España pasa por el respeto a la Constitución, a los derechos fundamentales y a los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país (artículo 10 de la Carta Magna). En concreto, el *unlawful combatant* tiene derecho a un juicio justo y, aunque parezca una obviedad, a la vida y a la integridad física. Precisamente esta última afirmación nos lleva a analizar un aspecto concreto del binomio *targeting/ROE*, de gran actualidad y complejidad, como son los «asesinatos selectivos» o *targeted killing*.

2.5. El *targeted killing*

A. Concepto e idea general

El *targeted killing* es aquel ataque, realizado sobre personas elegidas como blancos, generalmente con resultado de muerte, por ser *unlawful combatants* o por su especial posición de mando o responsabilidad en una organización con la que el Estado que lo realiza se encuentra en situación de conflicto o guerra. Es, pues, un método de emplear fuerza letal con premeditación, para matar⁷⁶ personas⁷⁷ previamente seleccionadas, bajo el supuesto amparo de una legalidad que será preciso determinar en cada momento, lo cual es materia especialmente correosa. Según Naciones Unidas, que ha prestado atención al asunto,

«... un asesinato selectivo es el uso intencional y premeditado y deliberado de la fuerza letal por los Estados o sus agentes que actúan bajo el amparo de la ley, o por un grupo armado organizado, en conflicto armado y en contra de un individuo específico que no esté bajo la custodia física del autor»⁷⁸.

Gracias a los medios de comunicación hemos tenido noticias de acciones de este tipo, como la ejecutada por fuerzas rusas contra Omar Ibn al Khattab (2002), por las norteamericanas contra Ali Qaed Senyan al-Harithi (2002), o por las israelíes contra Mahmoud al-Mahboub (2010). Sumemos a los anteriores casos las constantes operaciones que se conducen en Afganistán y Pakistán por Estados Unidos y obtendremos un cuadro general. Según Naciones Unidas han practicado asesinatos selectivos de forma continua en los últimos años Israel, Estados Unidos y Rusia⁷⁹, incluso desconocemos si la muerte de Ben Laden fue realmente

⁷⁵ «They may be prosecuted under the domestic law of the detaining state for such action». Ibid.

⁷⁶ «Premeditation and deliberation to kill». Ibid.

⁷⁷ «A method of employing lethal force against human beings». MELZER, Niels (2008: 3).

⁷⁸ «A targeted killing is the intentional, premeditated and deliberate use of lethal force, by States or their agents acting under colour of law, or by an organized armed group in armed conflict, against a specific individual who is not in the physical custody of the perpetrator». UNITED NATIONS (2010: apartado n.º 1).

⁷⁹ Ibid.

una acción de este tipo y no un mero intento de captura con resultado de muerte, como se ha afirmado por medios oficiales.

El término y sus sinónimos está cargado de juicios morales positivos (los menos) y negativos (los más), sobre todo cuando se lleva a cabo en conflictos armados internos, guerras civiles o, por supuesto, la *Global War on Terror*. Entre los primeros, destacamos las opiniones vertidas por Barak Obama con ocasión de la muerte de Ben Laden: en marzo de 2011 anunció su ejecución como un triunfo parcial en la «guerra contra el terrorismo», así como el resultado de una exitosa operación conjunta del US Army y la CIA. Había sido, antes que nada, un «acto de justicia». En este mismo sentido, el expresidente George W. Bush, quien una década antes había ordenado su captura *dead or alive*, declaró que «la guerra contra el terrorismo sigue viva, pero esta noche Estados Unidos ha enviado un claro mensaje: sin importar cuánto tiempo nos tome, se hará justicia». El 30 de septiembre de ese mismo año, Estados Unidos volvía a anunciar la exitosa ejecución de otro importante líder de Al Qaeda en Yemen: el ciudadano estadounidense Anwar al-Awlaki. A diferencia del atentado contra Ben Laden en el que agentes especiales entraron en el lugar donde este se encontraba escondido, la muerte de al-Awlaki fue ejecutada por un vehículo aéreo no tripulado⁸⁰.

Así pues, hemos visto que se ha mencionado un «acto de justicia», pero también se usan otras expresiones inglesas como «*liquidation, neutralization, elimination, interception, targeted elimination, targeted thwarting, targeted self-defense, preentive killings, selected targeting, pinpointed preemptive actions, long range hot pursuit, targeted frustration of terrorism, extrajudicial executions, extrajudicial killings...*»⁸¹. En español, tiene éxito la denominación «asesinato selectivo», la cual, empero, encierra un juicio negativo, una toma de postura respecto a su legitimidad⁸², porque es imposible que un asesinato sea legal y éticamente aceptable. Parece ser la traducción del término inglés *assassination*, que tiene un significado más próximo al de «tiranicidio» o «magnicidio» que el común *murder*. El *targeted killing* es un término que posee ciertos aires de legalidad, al menos formal, que la traducción usual de «asesinato selectivo» no tiene⁸³, no deja de ser una ejecución sumaria realizada en circunstancias extraordinarias, la expresión asesinato no puede esconder una realidad subyacente: los países que admiten u practican el *targeted killing* lo someten a ciertas normas procedimentales acordes con su Derecho nacional. No es un mero asesinato común cometido por una banda criminal, un sicario o un delincuente ordinario, ni tampoco un crimen pasional.

Se ha planteado la exclusión que *a priori* de este análisis los meros asesinatos políticos, como los practicados cotidianamente por la URSS, y al parecer heredados por Rusia y otros Estados de la exUnión Soviética⁸⁴, pero creemos que esta afirmación es baladí en lo que toca a nuestro estudio. Se ha justificado lo anterior

⁸⁰ LORCA FERRECCIO, Rocío, «Asesinatos selectivos en la guerra contra el terrorismo», en *VV. AA.*, 1 (2012: 497 y ss.).

⁸¹ MELZER, Niels (2008: 6).

⁸² LORCA FERRECCIO, Rocío (2012: 495).

⁸³ MARTÍNEZ GUILLEM, Ramón (2012: 365), y KRETZMER, David (2005: 171 y ss.).

⁸⁴ *Ibid.*

porque se alega que este tipo de acciones no debe contemplarse como una medida en sí misma, sino como la posibilidad de considerar la muerte como alternativa lícita a la detención, en el caso de que esta última presente dificultades o riesgos para quien trata de practicarla⁸⁵, pero no podemos sostener realmente que de los datos disponibles se deduzca que el *targeted killing* se aplica solo en aquellos casos en los que no sea posible detener a la persona elegida. Es más, tenemos muchas dudas al respecto.

Estas acciones podrían ser admisibles cuando existiera un conflicto armado con aplicación del DICA⁸⁶, como han destacado Ambos y Alkatout, postura también manifestada, restrictivamente, por Naciones Unidas⁸⁷. La cuestión es compleja: entre los numerosos comentaristas que admiten el *targeted killing*, algunos afirman directamente su legalidad sin justificar su postura en todo momento⁸⁸, otros lo comparan con el empleo de francotiradores en el campo de batalla⁸⁹, se califica como acto de legítima defensa (basada en el caso de la *Global War on Terror* en la Resolución 1368/01, de 12 de septiembre, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas); o como un medio de disuasión⁹⁰ contra terroristas suicidas⁹¹ (*suicide bomber*), haya o no una situación de guerra o conflicto armado. No falta quien planta su admisibilidad, por no existir otra forma de evitar un ataque o atentado⁹²; e incluso se afirma que es un acto de legítima defensa, realizado *in extremis* por carecerse de alternativa⁹³, y, por ello, aceptable. Otros estiman que es una cuestión que cae en el ámbito interno de la soberanía estatal y que corresponde a cada Estado su regulación⁹⁴, como subrayan Banks y Raven-Hansen,

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ AMBOS, Kai, y ALKATOUT, Josef (2011).

⁸⁷ Cuando afirma que «although in most circumstances targeted killings violate the right to life, in the exceptional circumstance of armed conflict, they may be legal». Cf. UNITED NATIONS (2010: apartado n.º 9).

⁸⁸ *Ending to War Crimes, Crimes against Humanity and Genocide*”, en VV.AA., 9 (2006: 307).

⁸⁹ «Targeted killings are analagous to the use of marksmen on the battlefield - designed to eliminate specific enemy combatants who have already initiated violence against the United States. Moreover, targeted killing is congruent with just war thinking in the context of twenty-first century conflict». PATTERSON, Eric (2009: 74).

⁹⁰ RADLAUER, D., «Rational Choice and Deterrence and ISRAEL Counter-Terrorism», en VV. AA., 24 (2006: 612).

⁹¹ «Targets of a targeted killing include the potential suicide bomber as well as other individuals. A legitimate target is an individual significantly involved in the suicide bomber infrastructure; that is, “doers” and “senders” alike». BASSIOUNI, M. Cherif (2008: 674).

⁹² «There also must be no reasonable alternative to the targeted killing: meaning that the international law requirement of seeking another reasonable means of incapacitating the terrorist prior to a future attack has proved fruitless». GUIORA, Amos N. (2008: 150).

⁹³ «Ultimately, then, a targeted killing will comport with human rights norms only if the authorities harbor a reasonable belief, in the circumstances holding at the time, that they are acting in the last possible window of opportunity to prevent a terrorist attack that is almost certainly going to be perpetrated by the target(s). Absent such conditions, the action will comprise an unlawful extrajudicial killing». ARNOLD, Roberta, y QUÉNIVET, Noëlle (2008: 530).

⁹⁴ «There are no universally accepted laws governing the use of targeted killing. Each nation is responsible for applying its own domestic laws and concepts of self-defence when considering this option». HUNTER, Thomas (2009: 47).

que han demostrado cómo es legal según la legislación norteamericana⁹⁵. Los matices son importantes, porque en definitiva lo complicado del asunto es que, a la hora de la verdad, vista desde fuera y a distancia, este tipo de acciones y una ejecución extrajudicial son muy semejantes⁹⁶.

Los métodos de llevar a cabo el *targeted killing* son muy variados y van desde el francotirador al misil⁹⁷. Actualmente, el más común y famoso, gracias a los medios de comunicación, es el *drone hunter and killer* o el UAV, especialmente célebres por acciones de Estados Unidos e Israel⁹⁸ sobre *unlawful combatants* de Al Qaeda o Hezbulá⁹⁹. Queda claro que, más allá de todo duda, cada vez se usan más¹⁰⁰.

Desde el punto de vista operativo, los drones tienen ciertas ventajas frente a la aviación convencional¹⁰¹ y desde el jurídico se han planteado dudas sobre su licitud

⁹⁵ «The means and methods of killing vary, and include sniper fire, shooting at close range, missiles from helicopters, gunships, drones, the use of car bombs, and poison». BANKS, W.C., y RAVEN-HANSEN, P. (2002: 748). Se define como *an anticipatory self-defense*. La legalidad norteamericana se basa en la *Authorization for the Use of Military Force (AUMF)*, de 18 de septiembre de 2001: «SEC. 2. AUTHORIZATION FOR USE OF UNITED STATES ARMED FORCES. (a) IN GENERAL- That the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons.(b) War Powers Resolution Requirements- (1) SPECIFIC STATUTORY AUTHORIZATION- Consistent with section 8(a)(1) of the War Powers Resolution, the Congress declares that this section is intended to constitute specific statutory authorization within the meaning of section 5(b) of the War Powers Resolution. (2) APPLICABILITY OF OTHER REQUIREMENTS- Nothing in this resolution supersedes any requirement of the War Powers Resolution».

⁹⁶ MARTÍNEZ GUILLEM, Ramón (2012: 385).

⁹⁷ UNITED NATIONS (2010: apartado n.º 8).

⁹⁸ En 2005, los drones eran apenas el 5 por ciento de la fuerza aérea norteamericana y que hoy, en 2013, alcanzan el 31 por ciento. Hoy, Estados Unidos entrena a más pilotos de drones que de aviones tripulados.

⁹⁹ «Over the last ten years, drones have become a critical tool in the war against terrorist and militant organizations worldwide. Their advantages over other weapons and intelligence systems are well known. They can silently observe an individual, group, or location for hours on end, but take immediate action should a strike opportunity become available—all without putting a pilot at risk». HAASS, Richard N., en MICAH, Zenko (2013: p. VII).

¹⁰⁰ MICAH, Zenko (2013: p. 13).

¹⁰¹ «The U.S. use of armed drones has two unique advantages over manned aircraft, distant missile strikes, and special operations raids when it comes to destroying targets. First, drones allow for sustained persistence over potential targets. The existing U.S. arsenal of armed drones—primarily the Predator and Reaper—can remain aloft, fully loaded with munitions, for over fourteen hours, compared to four hours or less for F-16 fighter jets and A-10 ground attack aircraft. And unlike manned aircraft or raids, drones fly directly over hostile territory without placing pilots or ground troops at risk of injury, capture, or death. Second, drones provide a near-instantaneous responsiveness—dramatically shrinking what U.S. military targeting experts call the “find-fix-finish” loop—that most other platforms lack. For example, a drone-fired missile travels faster than the speed of sound, striking a target within seconds—often before it is heard by people on the ground. This ability stands in stark contrast to the August 1998 cruise missile salvo targeting Osama bin Laden, which had to be programmed based on projections of where he would be in four to six hours, to allow time to analyze the intelligence, obtain presidential authorization, program the missiles, and fly them to the target. Intercontinental ballistic missiles (ICBMs) loaded with conventional munitions can reach distant targets much faster than

como medio de ataque o sistema de armas, en las que no entraremos, basadas en preocupaciones que no compartimos. El dron en sí no es legal o ilegal, depende de cómo se use¹⁰², lo cual nos lleva de nuevo a las disquisiciones éticas de Bentham y Mill. Al respecto, la Cruz Roja mantiene una posición más realista que con otras armas:

«En el marco del derecho internacional humanitario —las leyes de la guerra, es decir, el conjunto de disposiciones que rigen los conflictos armados— los drones no están expresamente prohibidos ni se considera que su índole sea inherentemente discriminatoria o péfida. En este sentido, no son diferentes de las armas que se disparan desde aeronaves tripuladas como los helicópteros u otras aeronaves de combate. Sin embargo, es importante señalar que, si bien los drones no son ilícitos en sí mismos, su uso está sujeto al derecho internacional»¹⁰³.

A pesar de la aparente sencillez de lo dicho, la realidad no es clara. En primer lugar, en las operaciones con drones participa (sobre todo en USA) personal civil de la CIA o la NSA e incluso contratistas civiles, que, según la lógica estadounidense, deberían ser considerados *unlawful combatants*, porque ningún civil puede «operar» en conflicto armado. Ello no deja de ser una paradoja sistémica, porque el aparato creado por Estados Unidos para luchar contra los *unlawful combatants* no debería estar gestionado, aunque fuera en parte, por otros *unlawful combatants*. Es decir, siguiendo a Aristóteles, «nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido». Por otra parte, estas acciones se complican más cuando se llevan a cabo en espacios soberanos ajenos:

«... el tema es tan correoso que resulta difícil abarcarlo; si nos mantenemos en un plano teórico, aceptando que, como señala un profesor de West Point, la clave de la aplicabilidad del DIH (Derecho Internacional Humanitario) no es el lugar del ataque sino el estatus del atacante y del objetivo, cabría matar a un miembro de Al-Qaeda en la costa Brava, durante unas vacaciones»¹⁰⁴.

B. ¿Es posible una regulación?

La cuestión ya es de por sí extraña: ¿podemos regular el asesinato selectivo? La mera formulación de la pregunta nos resulta paradójica, pero en pocas

cruise missiles, but they carry the dire risk of misattribution as a U.S. nuclear first strike against Russia or China, for instance. Finally, drone-fired missiles can be—and have been—diverted at the last moment if noncombatants enter the likely blast radius». *Ibid.* (2013: p. 6).

¹⁰² POZO SERRANO, Pilar (2011). Sobre el particular se ha destacado que «aunque la cuestión del uso de *drone technology* nos parece irrelevante para los efectos de este trabajo, hay que reconocer que la precisión de los medios utilizados y el hecho de que se trate de aparatos no tripulados son factores que minimizan las posibilidades de muertes incidentales y la sensación de violación de la soberanía cuando tales acciones se llevan a cabo en el territorio de otro Estado». MARTÍNEZ GUILLEM, Ramón (2012: 367 y 368).

¹⁰³ CICR, «El uso de los drones armados debe estar sujeto a la ley», en www.icrc.org/spa/resources/documents/interview/2013/05-10-drone-weapons-ihl.htm.

¹⁰⁴ MARTÍNEZ GUILLEM, Ramón (2012: 368 y 369).

situaciones el Derecho se manifiesta tanto como la forma externa de una política y una ideología que en este punto. Si reflexionamos sobre la legalidad del *targeted killing*, según el mínimo establecido por Naciones Unidas, veremos que debemos distinguir dos situaciones: conflicto armado internacional y respecto a personas calificadas como «blancos legítimos»¹⁰⁵; y el resto de situaciones. En el primer caso, el ataque debería quedar sometido absolutamente a los parámetros del DICA y, antes que nada, dar una ventaja militar real a atacante. No deja de ser complicado determinar tal extremo, porque es difícilísimo evaluarla, menos aún cuando solo sabemos que será «posiblemente» real¹⁰⁶.

El caso se complica cuando hablamos de conflictos armados internos e incluso de operaciones de paz. En el primer caso, el *targeted killing* debe someterse a la legalidad del DICA, pero ¿y en esta otra situación? Es cierto que nos encontramos en un asunto propio de la jurisdicción estatal, en tanto que el conflicto armado interno puede considerarse un suceso delictivo. Así, por ejemplo, en España el Código Penal regula como delitos la rebelión y la sedición, y la Constitución, el estado de sitio. En estos casos, deberíamos combinar las exigencias del DICA si nos encontráramos en combate contra insurgentes (con especial referencia a la prohibición de la perfidia, la muerte a traición, las normas relativas a la conducción de ataques; el principio de distinción y la prohibición consuetudinaria del homicidio como comportamiento aceptable¹⁰⁷), con las propias del Derecho español respecto al uso de la fuerza por militares o policías, para mantener y asegurar la seguridad pública y el cumplimiento de la ley. Recordemos que en tiempo de paz o de normalidad social esta conducta está asociada a la responsabilidad gubernamental por un ilícito penal, mientras que en los conflictos armados el hecho de matar está condicionado por el estatuto de la víctima.

En caso de operaciones de paz la niebla es más densa, pero no consideramos que el *target killing* sea posible cuando la operación ha recibido el aval de Naciones Unidas ni cuando ha sido planeada y conducida como consecuencia de

¹⁰⁵ «Targeted killing is only lawful when the target is a “combatant” or “fighter” or, in the case of a civilian, only for such time as the person “directly participates in hostilities”. In addition, the killing must be militarily necessary, the use of force must be proportionate so that any anticipated military advantage is considered in light of the expected harm to civilians in the vicinity, and everything feasible must be done to prevent mistakes and minimize harm to civilians. These standards apply regardless of whether the armed conflict is between States (an international armed conflict) or between a State and a non-state armed group (non-international armed conflict), including alleged terrorists. Reprisal or punitive attacks on civilians are prohibited». UNITED NATIONS (2010: apartado n.º 30).

¹⁰⁶ MARTÍNEZ GUILLEM, Ramón (20012: 384).

¹⁰⁷ «El homicidio está prohibido». Regla 89 de las integrantes del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario. También está prohibido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sus grandes tratados estipulan que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente y no admiten ninguna suspensión de esta disposición que es, por consiguiente, aplicable en todo tiempo. Cf. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), art. 4, párr. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 27, párr. 2; Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art. 15, párr. 2. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) no permite que se suspendan estas disposiciones en caso de estado de emergencia, y el artículo 15 del Convenio Europeo dispone que el derecho a la vida no admite ninguna derogación, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra en una situación equiparable a un conflicto armado. El asunto nuclear es saber cuándo nos encontramos en un acto lícito.

un mandato emanado de sus órganos. Y ello es así por aplicación de una serie de tratados y normas dictadas por la propia Organización. El «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» de 16 de diciembre de 1966, que establece en su artículo 6.1 que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y como tal estará protegido por la ley y nadie podrá ser privado de él arbitrariamente. Entendemos que el término «arbitrariamente» hace referencia a la ejecución sin garantías, proceso, tribunal, etcétera; a la «ejecución extrajudicial» en suma, acordada por una autoridad gubernativa, un funcionario o un mando militar.

No debemos olvidar que la ONU también ha dictado el «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley», adoptado por la Asamblea General en su Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, que establece en sus artículos 2 y 3 que en el desempeño de sus tareas los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas. Asimismo, tales funcionarios podrán usar la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

En un sentido muy parecido, los «principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley» (La Habana, 7 de septiembre de 1990), ordena la moderación, la proporcionalidad, la reducción de daños colaterales y el respeto a la vida humana. Además, Naciones Unidas sostiene que las operaciones de *targeted killings* deben conducirse solo en caso de conflicto armado y en territorio no sujeto al control del Estado que lo realiza: «outside the context of armed conflict, the use of drones for targeted killing is almost never likely to be legal. A targeted drone killing in a State's own territory, over which the State has control, would be very unlikely to meet human rights law limitations on the use of lethal force»¹⁰⁸. De lo anterior podría deducirse que no se deberían realizar estas acciones en caso de una *peace-keeping mission*, salvo en casos de extrema necesidad. Al respecto, el Boletín del Secretario General de Naciones Unidas «Observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas», de 6 de agosto de 1999, ordena el sometimiento absoluto de las «fuerzas ONU» a los «principios y normas fundamentales del derecho internacional humanitario». Además, el apartado 7.2 de esta norma prohíbe expresamente «la violencia contra la vida de civiles».

Como podemos ver, contamos con muy pocas herramientas que nos ayuden a reflexionar sobre el asunto, pero gracias a cierta sentencia del Tribunal Supremo de Israel, de 2006, analizada por Martínez Guillem, podemos apuntar lo que quizás debería ser la base lógica de todo el actuar relativo al *targeted killing* en caso de conflicto armado interno, su estándar jurídico, el cimiento racional de esta acción que, en nuestra opinión, es un marco consuetudinario universal. El Tribunal israelita lo estima posible si se dan cuatro requisitos:

1. El Estado debe poseer sólidas pruebas de que el objetivo potencial no está protegido por el estatuto de civil, conforme al DICA.

¹⁰⁸ UNITED NATIONS (2010).

2. Si existe la posibilidad de neutralizarlo por medios menos drásticos, como la detención o arresto, este debe ser el medio elegido, salvo que tal opción implique un riesgo inaceptable para la vida de los militares intervinientes o de civiles.
3. Inmediatamente después de la operación debe llevarse a cabo una investigación completa e independiente para determinar si el ataque estaba justificado y sobre la forma en que se llevó a cabo.
4. Debe en todo caso respetarse el principio de proporcionalidad y evaluar con carácter previo si las previsibles bajas civiles están o no justificadas por la ventaja militar que se pretende obtener.

Como podemos ver se reproducen los requisitos generales exigidos a la policía para aplicar la fuerza en caso de peligro y tiempo de paz. De hecho, el *targeted killing* podría admitirse aplicando estos estándares, propios del Derecho de los derechos humanos y del uso de violencia policial en circunstancias extraordinarias¹⁰⁹, la legítima defensa y el estado de necesidad. El régimen legal para el uso de la fuerza por la policía está formado por la legislación de seguridad pública¹¹⁰, según la cual un agente, en el ejercicio de sus funciones, debe actuar con la decisión necesaria y sin demora, cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. Solamente debe utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana. Estas normas derivan de la exención de responsabilidad criminal que recogen los códigos penales como legítima defensa, cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (en el Código Penal español, artículo 20, apartados 4 y 7). En análogo sentido, los «Principios básicos sobre el empleo de la fuerza» dictados en La Habana (1990), disponen que «cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: a) ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga; b) reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana; c) procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas».

Se admite, por ello, que los agentes de policía (y por ende, los militares en acciones de combate) pueden utilizar sus armas ante una agresión cuando concurren las siguientes circunstancias:

1. Que la agresión sea de tal intensidad y violencia que ponga en peligro la vida o integridad corporal de la persona atacada. Naciones Unidas admite que la fuerza empleada sea la estrictamente necesaria para prevenir una «pérdida inminente de la vida»¹¹¹.

¹⁰⁹ *Ibid.* (2010: apartado n.º 58).

¹¹⁰ Artículo 5.2, c) y d), de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

¹¹¹ «To prevent the imminent loss of life». UNITED NATIONS (2010: apartado 93).

2. Que el agente considere necesario el uso de arma para impedir o repeler una agresión que no podría ser racionalmente rechazada por otros medios. Es decir, debe existir una adecuación de la medida y una proporcionalidad cierta, real, entre el medio empleado por el agresor y la defensa, lo que supone la aplicación del *continuum of force* y del principio de la escalada de fuerza¹¹².
3. El uso del arma ha de ir precedido, si las circunstancias lo permiten, de conminaciones dirigidas al agresor para que abandone su actitud y de la advertencia de que se halla ante un agente, cuando tal circunstancia fuera desconocida para el atacante. Así se recoge, por ejemplo, en las ROE-*Cards* del combatiente. Podemos afirmar que aunque el ataque que se inicie sea lícito, la parte atacante debe tomar medidas de precaución a fin de evitar (o, al menos, reducir lo máximo posible) los efectos incidentales de las hostilidades en las personas, población y bienes civiles¹¹³. La primera precaución es dar aviso de un ataque inminente, a fin de permitir la evacuación de la población civil¹¹⁴, siempre que las circunstancias lo permitan.
4. Si el agresor continúa o incrementa su actitud atacante, a pesar de las conminaciones, se puede aplicar la fuerza mediante el procedimiento de «escalada de fuerza». El artículo 57 del Protocolo Adicional I¹¹⁵ y el Boletín del Secretario General de Naciones Unidas «Observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas», de 6 de agosto de 1999, enumeran las siguientes:
 - Hacer todo lo que sea posible para verificar que los blancos no son personas o bienes de carácter civil, o con protección especial.
 - Tomar todas las precauciones posibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o reducir el número de muertos, heridos y los daños a los bienes de carácter civil.
 - Abstenerse de decidir o suspender un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos, heridos o daños excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.
5. En última instancia, ante el fracaso de los medios anteriores, o bien cuando por la rapidez, violencia y riesgo que entrañe la agresión no haya sido posible su empleo, el agente puede disparar sobre partes no vitales, atendiendo siempre al principio de que el uso del arma cause la menor letalidad posible. Este principio llevado a las operaciones militares, nos refiere, por su propia naturaleza, a la proporcionalidad en el uso de la

¹¹² Naciones Unidas afirma, al respecto, que «state armed forces should have a command and control system that collects, analyzes and disseminates information necessary for armed forces or operators to make legal and accurate targeting decisions». Por ello, ha subrayado el valor de la inteligencia militar: «targeted killings should never be based solely on “suspicious” conduct or unverified – or unverifiable – information. Intelligence gathering and sharing arrangements must include procedures for reliably vetting targets, and adequately verifying information». *Ibid.*, apartado 93.

¹¹³ QUÉGUINER, Jean-François (2006: 2).

¹¹⁴ *Ibid.* (2006: 3).

¹¹⁵ *Ibid.*

violencia: se prohíben las armas y los métodos que causen a las personas civiles y a sus bienes daños excesivos con respecto a la ventaja militar concreta prevista¹¹⁶. Nos encontramos, pues, en la situación de «emergencia suprema» de Welzel, «entre la espada y la pared», ante un peligro de naturaleza «horrorosa e inusual», en palabras del pensador¹¹⁷.

Estos requisitos forman un estándar jurídico internacional, recogido, por ejemplo, en el documento MC-362 de la OTAN, y suelen aparecer, asimismo, en la práctica totalidad de los OPLAN y OPORD de las operaciones planeadas y conducidas hasta ahora¹¹⁸. Una vez expuestos, se comprenderá por qué no creemos que este estándar sea de aplicación ni justifique el *targeted killing* planeado, conducido y realizado con el único fin de matar al blanco elegido.

C. Perspectiva nacional

Subrayamos que admisibilidad del *targeted killing* depende del momento en que se practique (conflicto armado) y de la naturaleza del blanco (combatiente o un civil que participe directamente en las hostilidades)¹¹⁹. No está permitido en situaciones ajenas al conflicto armado internacional o interno (como operaciones de paz, por ejemplo), salvo parámetros policiales y en situaciones de extrema necesidad, urgencia manifiesta, legítima defensa, como una acción tipo GEO o SWAT, pero ya hemos visto lo problemático del asunto. En nuestra opinión, si se permitiese de forma abierta, nos encontraríamos con una práctica que colisiona con la legitimidad del ejercicio del poder en las democracias occidentales (véase el artículo 9 de nuestra Constitución): no porque los caníbales se coman a los exploradores, los exploradores deben comerse a los caníbales. Ni siquiera es válido como herramienta disuasoria o de pedagogía política, porque parece un contrasentido que un Estado que dice actuar siempre conforme al principio de legalidad (de nuevo, artículo 9 de la Constitución) y que carece en la práctica de pena de muerte (ni siquiera en tiempo de guerra desde la modificación del Código Penal

¹¹⁶ Como queda regulado en los artículos 22 y 23 del Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de 1907, y en el 35 del Protocolo Adicional I.

¹¹⁷ WALZER, Michael, (2001).

¹¹⁸ En cualquier caso, Naciones Unidas propuso una *checking list* respecto a los requerimientos que debían exigirse en la conducción de operaciones de *targeted killings* en conflicto armado:

- «Among the procedural safeguards States must take (and disclose) with respect to targeted killings in armed conflict are:
- Ensure that forces and agents have access to reliable information to support the targeting decision. These include an appropriate command and control structure, as well as safeguards against faulty or unverifiable evidence.
- Ensure adequate intelligence on “the effects of the weapons that are to be used... the number of civilians that are likely to be present in the target area at the particular time; and whether they have any possibility to take cover before the attack takes place”.
- The proportionality of an attack must be assessed for each individual strike.
- Ensure that when an error is apparent, those conducting a targeted killing are able to abort or suspend the attack».

Cf. UNITED NATIONS (2010: apartado 89).

¹¹⁹ *Ibid.*, apartado n.º 30.

Militar) mate a gente que ha matado a otra gente para enseñar que no se debe matar gente. El máximo garante de la legalidad no puede incumplir la legalidad a fin de garantizar la pervivencia de la legalidad, porque sea más fácil matar que detener a alguien. En fin, existen suficientes razones para rechazar el *targeted killing* realizado por nuestras Fuerzas Armadas en casos ajenos a los expuestos, salvo situaciones extraordinarias, basados en asertos legales que se levantan sobre el derecho a la vida y a no ser privado de ella arbitrariamente sin que medie la acción de un tribunal. *De facto*, el *targeted killing* supone una ejecución extrajudicial en situaciones extraordinarias en las que no es posible otra medida, como la detención. Tales normas son tanto de Naciones Unidas¹²⁰ (derecho a la vida y a no ser privado de ella arbitrariamente), como europeas¹²¹ (la pena de muerte solo puede imponerse por un tribunal y no por el Gobierno) y españolas.

Desde una perspectiva nacional, debemos tener presente el artículo 9 de la Constitución (sumisión de los poderes públicos a la ley e interdicción de la arbitrariedad) y el artículo 15, sobre el derecho a la vida. La pena de muerte fue suprimida en tiempo de guerra y para delitos militares por la Ley Orgánica 11/1995, del 27 de noviembre. Obsérvese que el artículo 15 no establece salvedad alguna que pudiera excusar un *targeted killing* español, y que las excepciones que podrían reconocerse son el caso conflicto armado, contra militares o civiles que participen en hostilidades y en casos de extrema necesidad, según estándares policiales relativos al Derecho de los derechos humanos.

Por su parte, la legislación militar sobre uso de la fuerza en operaciones es muy somera y no distingue situaciones de conflicto armado (internacional o interno) y otras, parecidas (motines, revueltas, *peacekeeping operations*). La Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, establece en su artículo 4 que la fuerza se empleará de forma «gradual y proporcionada», según lo que se

¹²⁰ *Ibid.*, apartado n.º 85. Véase el «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», de 16 de diciembre de 1966; «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley», adoptado por la Asamblea General en su Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979; «Observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas», de 6 de agosto de 1999.

¹²¹ El «Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», de 4 de noviembre de 1950 (del que España es parte), recoge una serie de mandatos. Así, su artículo 2 establece que «1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección». El apartado 2 de este artículo configura ciertas situaciones que permitirían una acción con resultado letal, muy restrictivas: la legítima defensa, en caso de detención o evasión, y la muerte provocada con el fin de reprimir una revolución. Lo anterior debe ser completado con el artículo 6 de la misma norma (el derecho a un proceso), el 7 (principio de legalidad penal) y 15, que permite la derogación parcial del tratado en caso de excepción y (apartado 2) «caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra». Este último precepto nos lleva al derecho de los combatientes a participar en las hostilidades y la posibilidad, ya expuesta, de que los civiles sean objeto de ataques, si participan directamente en las hostilidades.

disponga en las «reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe», mandato que se reproduce en el artículo 6 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, que también establece que «la dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir». En esta norma se garantiza que «en ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos».

Las Reales Ordenanzas de 2009 tampoco son concretas: según su artículo 42, el militar debe poner la «máxima atención en todo lo concerniente al manejo de las armas» y hará uso de ellas según lo que se disponga en la «normativa vigente, órdenes recibidas y reglas de enfrentamiento». Cuando deba usar la fuerza, su legitimidad dependerá del «uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe».

De todo lo anterior se infiere que el Derecho español no admite el *targeted killing* según se ha planteado por la práctica norteamericana, rusa e israelita. Salvo el *targeting* realizado contra combatientes o civiles que participen en las hostilidades durante conflicto armado o en caso de extraña necesidad policial, el asesinato selectivo en España no es legal.

III. ESTIMACIÓN DE DAÑOS COLATERALES E INVESTIGACIÓN OPERATIVA. EL *WEAPONERING*

3.1. Conceptos generales

Queda por examinar un último aspecto técnico del *targeting* y de la aplicación de ROE, en general: los daños colaterales y su estimación. El daño colateral es aquel no intencionado o accidental, producido a civiles, objetos civiles o al entorno, en el enfrentamiento contra un objetivo militar legítimo o blanco¹²². El Departamento de Defensa de Estados Unidos define daño colateral como «aquellas lesiones no intencionadas o accidentales o daños a personas u objetos que no son legalmente objetivos militares en las circunstancias predominantes en el momento. Tal daño no es ilegal, siempre que no sea excesivo a la luz de la ventaja militar general prevista por el ataque». Como podemos ver, según el control del daño o el grado de eficacia en su dominio, distinguiremos entre los previsibles y los colaterales. Los primeros son inherentes a toda acción, combate o ataque, que siempre es, por propia naturaleza, violento. Los segundos, los producidos sin que se puedan evitar ni prevenir.

El daño colateral es otro concepto netamente posmoderno. Como concreción de lo políticamente correcto, no tiene un origen democrático ni militar, antes bien, es una idea acuñada por el marxismo-leninismo como una forma de refe-

¹²² NATO CDE Methodology (IMSM-0634-2011), de 15 de diciembre de 2011, Bruselas, 2011.

rirse a la «ortodoxia» del partido y de los subsiguientes procesos revolucionarios, frente a ciertos «desviacionismos», como el «cosmopolitismo», el «trotskismo», el «titoísmo», etcétera. Su corrección producía «daños colaterales», purgas, víctimas, en suma, que si bien no eran queridas, tampoco se evitaban. La terminología militar no lo absorbió hasta la guerra de Vietnam, y lo hizo para referirse eufemísticamente a los daños y muertos producidos por el *friendly fire*, el fuego de las fuerzas propias, el fratricidio, las víctimas *blue on blue*.

El daño colateral es una realidad que ha suscitado la atención de los Estados Mayores por varios motivos. En primer lugar, porque su gestión es de absoluto interés desde el punto de vista de la eficacia y la eficiencia de las operaciones militares. Estas deben ser, o al menos tender, a la máxima precisión posible. Lo demanda un principio de economía en la gestión de los asuntos públicos, pero también a una cierta exigencia humanitaria, según la cual se debe tender a la producción del menor número posible de víctimas civiles y de daños, en la conducción de las operaciones, sobre todo después de las experiencias de la Segunda Guerra Mundial. Y, además de lo anterior, este concepto sirve también como una herramienta político-discursiva para construir el relato de la legitimación de la acción realizada. Ello nos permite distinguir dos visiones del mismo: una «interior», propia de las Fuerzas Armadas, que se refiere a los medios y formas de asegurar un cierto control de calidad y confianza en el uso de cierto armamento; y otro «exterior», de contenido político. En las líneas siguientes abordaremos el asunto desde el punto de vista primero, es decir, desde el control técnico del daño colateral y, por consiguiente, el de su estimación.

3.2. Metodologías estadísticas para los daños colaterales: la *Collateral Damage Estimation* (CDE)

La estimación de daños colaterales es un proceso especial que se desarrolla y lleva a cabo dentro del proceso general del *targeting*, una máquina que funciona dentro de otra superior, según la lógica *guattariana*, ya aludida, de la *mise en abîme*. Esta nueva máquina permite determinar y mitigar la gravedad de los posibles daños colaterales de un ataque en personas, propiedades y medio ambiente. Es decir, su naturaleza es «decisoria» o, si se prefiere, un apoyo a la decisión, que incluso se ha materializado en un *software* específico, como, por ejemplo, el FAST-CD de la CIA y el US Army¹²³. Se basa en evidencias derivadas de investigaciones operativas (y, por tanto, en modelos matemáticos estadísticos¹²⁴), en experiencias

¹²³ «The CDM and the weapons-effect data contained in FAST-CD are based on empirical data gathered in field tests, probability, historical observations from weapons employed on the battlefield, and physics-based computerized models for collateral damage estimates.» MCNEAL, Gregory (2011: 741).

¹²⁴ La Investigación Operativa es aquella disciplina que, mediante el uso de modelos matemáticos, estadísticas y algoritmos, realiza procesos de toma de decisiones. Trata del estudio de complejos sistemas reales, con la finalidad de mejorar (u optimizar) su funcionamiento y permite el análisis de tal toma de decisiones, para determinar cómo se puede optimizar un objetivo definido, como la maximización de los beneficios o la minimización de costos. Se centra en la solución de problemas de administración, organización y control.

de combate previas, en los datos ofrecidos por la Inteligencia militar, las armas que se elijan y usen (*weaponeering*), etcétera¹²⁵. Esta metodología requiere que los daños, blancos y armas empleadas se relacionen en matrices o tablas que categorizan acciones, rendimientos y resultados, en función de los daños recabados, que se han procesado mediante programas informáticos. Se usan así como parámetros el radio de acción, la precisión y la ratio de aciertos y errores en el uso del arma sobre blancos determinados¹²⁶.

Esta metodología se construye sobre la determinación del grado de aciertos y del margen de error en una acción muy concreta, el ataque. El margen de error en un ataque es una magnitud matemática que mide la diferencia entre la cantidad de blancos batidos o realizados (B_R) durante la conducción de una operación y la que se previó batir con éxito durante el planeamiento (B_P). Esa magnitud mide el nivel de confianza de la acción, inferida de la relación entre B_R y B_P , que se relaciona, a su vez, con actividades de control de calidad y de la seguridad de la acción. La confianza de la acción depende del dominio de la misma acción, a más dominio menos error. Si a su vez reducimos el error a valores matemáticos, obtendremos un «rango» que se convertirá en un apoyo a la decisión (incluso a nivel político) sobre la eficacia y eficiencia del ataque. Debemos destacar que el error no solo se refiere al sentido habitual de fallo o equivocación, la culpa o un dominio insuficiente de la acción, antes bien, está relacionado más con la incertidumbre que surge al realizar una actividad en el mundo real, porque se refiere a las diferencias que siempre existen entre el laboratorio (la fase del planeamiento de una operación) y la experiencia real (la conducción de la operación).

A pesar de esta base, que podrían hacernos creer, ilusoriamente, en su infalibilidad, la estimación de daños, como metodología, tiene sus limitaciones. Por ejemplo, los datos que se recojan estarán limitados en cantidad y calidad, lo cual impide un uso totalmente satisfactorio. En efecto, por muchas pruebas y ensayos que se realicen, nunca se hará un número igual de disparos de misiles, por ejemplo, en campos de instrucción y maniobras que en una acción real, debido al elevado coste de la munición empleada. Y si usamos datos tomados de ataques reales, pueden estar «contaminados» o no ser exactos. Un ejemplo: para determinar los posibles daños colaterales que se podrían producir en un ataque en un edificio se deberían tener en cuenta las características físicas del mismo y tal información debería ser proporcionada por las Inteligencia militar, que puede haber acertado o no con ella y su posterior procesamiento. Todo este conjunto de acciones previas al ataque parece rodeado de un halo de incertidumbre e incomprensión, como si existiera entre la realidad y la percepción de la realidad un *gap* que no se puede colmar del todo. En la guerra del Golfo de 1991 los aliados condujeron con éxito un gran número de misiones aéreas en las que millones de dólares en

¹²⁵ McNEAL, Gregory S. (2011).

¹²⁶ «U.S. forces assessing collateral concerns within the effects range of their weapons rely on frequently updated reference tables developed by interagency working groups. These working groups focus on the effectiveness of weapons, their effects radii, their impact on different structures, weapon accuracy and failure rates, and weaponeering solutions that can alter these effects, such as delayed fuses, changes in ordnance, angle of attack or delivery, and others». *Ibid.* (2011: 743).

forma de bombas destruyeron blancos en tierra, localizados mediante sofisticados y extremadamente caros sistemas de detección, casi todos los objetivos fueron destruidos. Pero se descubrió que Saddam Hussein disponía de maquetas de fibra de vidrio y plástico, escala 1:1, réplicas exactas de aviones, carros, baterías, imposibles de distinguir de las auténticas, a más de 50 metros de distancia, es más. La mayoría de los blancos elegidos y destruidos eran falsos, lo cual distrajo esfuerzos y mucho dinero de la Coalición. Las maquetas fueron compradas en Gran Bretaña e Italia (de la compañía MVM, por ejemplo) a un precio ridículamente bajo si se compara el gasto asumido en su destrucción. MVM poseía un catálogo que incluía cazas F-15 y carros M-60, usado con profusión por Iraq, y recordemos que estas maquetas fueron identificadas por la Inteligencia de la Coalición como reales¹²⁷.

Las técnicas de reducción de daños colaterales también están limitadas por su propia rigidez, ya que no es sensible a los cambios que se producen, de continuo, en el entorno operativo al que se dirige. Tampoco es capaz de integrar o matematizar la fiabilidad de los datos procedentes de la Inteligencia o del arma empleada en cada ocasión, porque la decisión de su empleo, en última instancia, es un acto humano libérrimo. Tampoco puede aplicarse si las ROE de la operación permiten aplicar la fuerza, sin tener en cuenta consideración alguna hacia posibles daños colaterales, como hicieron las fuerzas rusas en Grozni, por ejemplo; o en aquellas situaciones de extrema urgencia en que las unidades concernidas deben elegir y batir un blanco en poco tiempo, en una acción que se conoce como *time-sensitive targeting*¹²⁸, si bien la decisión de no aplicar el proceso no libera a los mandos concernidos de aplicar las precauciones establecidas por el DICA, la proporcionalidad del ataque y las armas empleadas solamente hace menos formal la toma de decisiones.

Uno de los aspectos que se deben tener en cuenta también en la estimación de daños es la mitigación de efectos mediante la selección del armamento o *weaponeering*. Es exigida por el Protocolo Adicional I¹²⁹, según el cual las fuerzas atacantes deben tomar las precauciones posibles en sus acciones para evitar daños en la población y bienes civiles. El *weaponeering* no se reduce solamente a elegir un arma o sistema de armas en concreto, supone una acción más compleja, es el proceso de estimación de la «cantidad de arma» que se requiere para lograr el nivel de daño deseado en el blanco elegido, teniéndose en cuenta su vulnerabilidad, naturaleza, efectos producidos, errores, disponibilidad de munición, letalidad, fiabilidad, etcétera. Hablamos, pues, de la «efectividad» de un arma.

Actualmente, gracias a las experiencias de las campañas de Iraq y Afganistán, las Fuerzas Armadas occidentales están redefiniendo las bases con las que estiman los daños producidos en un ataque, cuáles son directos y cuáles colaterales, con las derivaciones que resultan de ello. La iniciativa que prácticamente todos han seguido ha sido la norteamericana, que recientemente ha publicado un

¹²⁷ SIMONS, Marlise (1991).

¹²⁸ SOLDZ, Stephen (2008).

¹²⁹ Artículo 57, 2, a, ii.

documento sobre el particular¹³⁰, en el que actualiza la doctrina mantenida desde el 11-S e incorpora progresos técnicos, así como las conclusiones deducidas de las lecciones aprendidas de Libia y Afganistán. Este documento parte de una idea: por mucho que se intente, cualquier Estado Mayor debe reducir sus expectativas de predecir con exactitud qué daños va a producir una acción y de minimizar los colaterales. De nuevo, con una base estocástica, se agrupan los blancos en diversas categorías, como se puede ver en el siguiente diagrama:

Vemos cómo se aumentan los riesgos según los daños estructurales previstos, las bajas y las restricciones legales se combinen, dando como resultado cinco posibles tipos de *Collateral Damage Estimation (CDE)*, con los asesoramientos pertinentes. Nótese cómo no se fijan en la permisón o en la prohibición, sino en la toma de conciencia del daño que se puede producir. Para ello, esta técnica se concreta y resume en cinco preguntas que deben ser planteadas antes del ataque¹³¹:

- ¿Se ha identificado el blanco como objetivo legal según el DICA y las ROE de la operación?
- ¿Existen en el área del ataque personas civiles, no combatientes, objetos civiles o consideraciones medioambientales que puedan ser afectadas por la gama de efectos del arma seleccionada para batir el blanco?
- ¿Se pueden reducir o mitigar los daños, caso de batir el blanco con el arma y las ROE seleccionadas o se puede emplear otra con otras ROE menos agresivas, sin menoscabo del éxito de la operación?
- En caso negativo ¿cuántos civiles y no combatientes se estima que serán heridos o morirán por el ataque?
- ¿Son los efectos colaterales del ataque excesivos en relación con la ventaja militar que racionalmente se espera alcanzar, según la ROE empleada y el nivel de autoridad que implica, en la cadena de mando?

No obstante, los posibles apoyos que pueda brindar esta técnica, la última decisión es siempre la del comandante y, por tanto, como toda cuestión humana, está sometida a errores e incertidumbres. El sistema no será pues, nunca, perfecto.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALDRICH, G., «The Taliban, Al Qaeda, and the determination of illegal combatants», *American Journal of International Law* (vol. 96, 2002).

AMBOS, Kai, y ALKATOUT, Josef, «¿Se hizo justicia? La legalidad del asesinato de Bin Laden según el Derecho Internacional», Cuadernos de Política Criminal, n.º 104, II, Época II (octubre de 2011), en www.inej.edu.ni/novedades/%C2%BFse-hizo-justicia-la-legalidad-del-asesinato-de-bin-laden-segun-el-derecho-internacional-por-kai-ambos-y-josef-alkatout-2395.html y en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20111220_03.pdf.

¹³⁰ Documento «CJCSI 3160.01ª, 12 October 2012, No-Strike and the Collateral Damage Estimation Methodology», en <http://info.publicintelligence.net/CJCS-CollateralDamage.pdf>.

¹³¹ *Ibid.*

ANGELOVICOVA, Alena, «The Significance of the Distinction between Lawful and Unlawful Combatants». Munich: GRIN Verlag, 2009.

ARNOLD, Roberta, «Command Responsibility: A Case Study of Alleged Violations of the Laws of War at Khiam Detention Centre», *Journal of Conflict and Security Law* (2002).

BASSIOUNI, M. Cherif, (2), «International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents». Leiden: Martinus Nijhoff Publishers/Brill Academic, 2008.

CICR, «El uso de los drones armados debe estar sujeto a la ley», 10 de mayo de 2013, en www.icrc.org/spa/resources/documents/interview/2013/05-10-drone-weapons-ihl.htm.

CICR, «XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja». Ginebra, diciembre de 2003, Resoluciones, en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/p1103.htm>.

CONDÉ, Victor H., «A Handbook of International Human Rights Terminology», Lincoln: University of Nebraska Press, 2004.

Documento «CJCSI 3160.01^a, 12 October 2012, No-Strike and the Collateral Damage Estimation Methodology», en <http://info.publicintelligence.net/CJCS-CollateralDamage.pdf>.

Documento «NATO CDE Methodology (IMSM-0634-2011)», de 15 de diciembre de 2011, Bruselas, 2011.

Documento «NATO, AJP 3.9 Allied Joint Doctrine for Joint Targeting», 2008, en <http://standards.globalspec.com/std/10006251/nato-ajp-3-9>.

DÖRMANN, Knut, «La situación jurídica de los “combatientes ilegales/no privilegiados”», *Revista Internacional de la Cruz Roja* (31 de marzo de 2003), en www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tedfg.htm

EJÉRCITO DE TIERRA, «Apoyos de Fuego (DO2-009)». Madrid: Dirección de Servicios Técnicos del Ejército, 2002.

EJÉRCITO DE TIERRA, «Orientaciones. El Derecho de los Conflictos Armados, Tomo I (OR7-004)». Madrid: Mando de Adiestramiento y Doctrina, 2007.

General Order n.º 100, «Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field», en http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp.

GLOCK, John R., «Evolución del procesamiento de objetivos en la Fuerza Aérea», *Air & Space Power Journal* - Español (Primavera, 1995), en www.airpower.maxwell.af.mil/apjinternational/apj-s/1995/prima95/sglock.html.

GUIORA, Amos N., «Constitutional Limits on Coercive Interrogation». Nueva York: Oxford University Press, 2008.

HENCKAERTS, Jean-Marie, y DOSWALD-BECK, Louise, «Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules». Cambridge: Cambridge University Press, 2007, en <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>.

HUNTER, Thomas, «Targeted Killing: Self-Defense, Preemption, and the War on Terrorism». Charleston: Book Surge Publishing, 2009.

INNES, Michael A., «Denial of Sanctuary: Understanding Terrorist Safe Havens». Westport: Praeger, 2007.

JACQUES, Richard, «Maritime Operational Zones». Newport: United States Naval War College, International Law Department, Center for Naval Warfare Studies, 2006.

JOINT CHIEFS OF STAFF, Joint Publication 2-01.1, «Joint Tactics, Techniques, and Procedures for Intelligence Support to Targeting», Washington, 2003, en www.fas.org/irp/doddir/dod/jp2_01_1.pdf.

KALSHOVEN, Frits, y ZEGVELD, Liesbeth, «Restricciones en la Conducción de la Guerra. Introducción al Derecho Internacional Humanitario». Buenos Aires: CICR, 2005.

KRETZMER, David (2005), «Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?», EJIL, vol. 16, n.º 2.

MANACORDA, Stefano, y NIETO MARTÍN, Adán, «El Derecho Penal entre la guerra y la paz. Justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales». Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.

MARTÍNEZ GUILLEM, Ramón, «La detención operativa en la frontera entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos», Tesis doctoral, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 2012, en <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/25444/TESIS%20RAMON%20MART%20C3%8DNEZ%20GUILLEM%20DEFINITIVA.pdf?sequence=1>.

MCNEAL, Gregory S., «The U.S. Practice of Collateral Damage Estimation and Mitigation», Pepperdine Working Paper (2011), en <http://works.bepress.com/gregorymcneal/22/>.

MELZER, Niels, «Targeted killing in international law». Oxford: Oxford University Press, 2008.

MICAH, Zenko, «Reforming U.S. Drone Strike Policies», Council Special Report n.º 65 (January 2013), en http://i.cfr.org/content/publications/attachments/Drones_CSR65.pdf.

Military Order of November 13, 2001, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, en <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos», OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, apartado 64 y ss., en www.cidh.org/terrorism/span/b.htm.

PATTERSON, Eric, «Just War Thinking: Morality and Pragmatism in the Struggle against Contemporary Threats». Nueva York: Lexington Books, 2009.

POZO MARÍN, Alejandro, «Las guerras globales. Un enfoque crítico a la supuesta novedad de las guerras contemporáneas y una revisión de los factores globales de los conflictos armados». Tesis doctoral, Universidad Jaime I, Cátedra UNESCO de Filosofía para la Paz, Departamento de Filosofía y Sociología, 2010.

POZO SERRANO, Pilar, «La utilización de drones en los conflictos actuales: una perspectiva de derecho internacional», Instituto Español de Estudios Estratégicos, IEEE, Documento de Opinión 37/2011 (mayo de 2011), en www.belt.es/expertos/imagenes/DIEEEO37_2011Elusodronesenlosconflictosactuales.pdf.

QUÉGUINER, Jean-François, «Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 864 (diciembre de 2006), en www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_864_queguiner.pdf.

REYNOLDS, J. D., «Collateral damage on the 21st century battlefield: enemy exploitation of the law of armed conflict, and the struggle for a moral high ground», *Air Force Law Review* (Winter, 2005), en http://findarticles.com/p/articles/mi_m6007/is_56/ai_n14700122.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, «Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales. La protección de la vida en los conflictos armados, a la luz del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos», sin fecha, en www.cruzroja.es/dih/pdfs/temas/1_4/1_4.pdf, y del mismo autor,

SILKENAT, James R., y SHULMAN, Mark R., «The Imperial Presidency and the Consequences of 9/11: Lawyers React to the Global War on Terrorism, Vol. 1». Westport: Praeger, 2007.

SIMONS, Marlise, «War in the Gulf: decoys; a firm's fake weapons have real use: Deception», *The New York Times* (01.27.1991), en www.nytimes.com/1991/01/27/world/war-in-the-gulf-decoys-a-firm-s-fake-weapons-have-real-use-deception.html.

SOLDZ, Stephen, «U.S. Iraq Rules of Engagement Leaked», *Dissident Voice*, (02.06.2008) en <http://dissidentvoice.org>.

SOLIS, Gary D., «The law of armed conflict: international humanitarian law in war». Nueva York: Cambridge University Press, 2010.

UNITED NATIONS, «Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston», documento A/HRC/14/24/

Add.6, de 28 de mayo de 2010, en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.24.Add6.pdf>.

USAF INTELLIGENCE TARGETING GUIDE, Air Force Pamphlet 14-210, 1998, en www.fas.org/irp/doddir/usaf/afpam14-210/part20.htm.

VV. AA., 1, «Anuario de Derecho Público UDP». Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2012.

VV. AA., 2, «Intelligence and Security Informatics». Springer: Berlín, Heidelberg, Nueva York, 2006.

VV. AA., 3, «La respuesta del derecho internacional a los problemas actuales de la seguridad global», *Cuadernos de estrategia*, n.º 160 (2013), en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4173389.pdf>.

VV. AA., 4, «Responding to International Crime»: Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

VV. AA., 5, «Yearbook of International Humanitarian Law - 2003», Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

WALZER, Michael, «Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos». Barcelona: Paidós, 2001.

EL CONSEJO DE ARBITRAJE MARÍTIMO: LA TRANSFORMACIÓN DEL TRIBUNAL MARÍTIMO CENTRAL

Daniel Rey Moral
Capitán auditor

SUMARIO: I. Introducción. II. Conflictos en la evolución normativa. III. Motivos de la transformación: 3.1. Naturaleza judicial. 3.2. Naturaleza administrativa. IV. El Consejo De Arbitraje Marítimo. 4.1. Composición y especialidad. 4.2. Naturaleza jurídica. 4.3. Régimen jurídico. 4.4. Funciones y procedimientos. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, por la que se regulan los Auxilios, Salvamentos, Remolques, Hallazgos y Extracciones Marítimas, y más concretamente, desde el 1 de julio de 1964, fecha en la que, previa instrucción del Juzgado de Vigo, se dictó la primera resolución del Tribunal Marítimo Central en el expediente número 118/63 sobre la asistencia prestada por el pesquero *Canero* a la embarcación *Jesús Villar*, han sido innumerables los casos cuyos procedimientos han pasado por los Juzgados Marítimos Permanentes y por el Tribunal Marítimo Central, órganos administrativos tan reputados profesionalmente como popularmente desconocidos.

Más allá de unas breves pinceladas que sitúen al lector en el actual marco jurídico en el que se encuentran los Juzgados Marítimos Permanentes y el Tribunal Marítimo Central, el presente trabajo no pretende profundizar en su historia, composición o competencias, sino abordar la transición de lo que se va a convertir en un órgano arbitral completamente desjudicializado con unas funciones mediadoras alejadas de las puramente administrativas que ha venido ejerciendo.

Como muchas transformaciones, esta se ha venido anunciando desde hace tiempo, concretamente veinte años. No obstante, hoy más que nunca parece más cerca de hacerse real y efectiva a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo de

la disposición transitoria primera de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, en virtud del cual se faculta al Tribunal Marítimo Central y a los Juzgados Marítimos Permanentes para continuar desempeñando sus funciones actuales hasta la constitución del Consejo de Arbitrajes Marítimos y de los Auditores de Arbitrajes Marítimos, cuya composición, régimen jurídico, ámbito territorial y demás extremos necesarios para su funcionamiento se establecerán reglamentariamente.

Por todo ello, también se valorarán las posibles ventajas e inconvenientes de la conversión del Tribunal Marítimo Central en el Consejo de Arbitraje Marítimo y las nuevas incidencias sobre las actuaciones y expedientes sobre los que se ha venido pronunciando desde mediados del siglo pasado.

II. CONFLICTOS EN LA EVOLUCIÓN NORMATIVA

La Ley 60/1962, de 24 de diciembre, por la que se Regulan los Auxilios, Salvamentos, Remolques, Hallazgos y Extracciones Marítimos, y el Decreto 984/1967, de 20 de abril, por el que se aprobó su correspondiente reglamento, dieron vida al Tribunal Marítimo Central y, dependientes de este, a los Juzgados Marítimos Permanentes, con el fin de, como señala el artículo 31 de la ley, conocer y resolver de cuantas materias le atribuía el citado texto legal y que en la actualidad pueden sintetizarse en los expedientes de auxilio, salvamento y remolque (artículos 35-46)¹.

¹ Artículo 35. Los capitanes o patrones de los buques que hayan intervenido en auxilios, salvamentos o remolques están obligados a dar el oportuno parte a la autoridad local de Marina en el término de veinticuatro horas de su llegada a puerto. Cuando la autoridad local de Marina tenga noticias de la existencia de un auxilio o salvamento lo pondrá inmediatamente en conocimiento del Juzgado Marítimo Permanente a través de la autoridad jurisdiccional.

Artículo 36. Si se tratase de auxilio o salvamento entre buques españoles, y el puerto de arribada fuere extranjero, el cónsul de España practicará las diligencias preliminares necesarias para la comprobación de los hechos y las elevará con urgencia al ministro de Marina, quien las remitirá al Departamento Marítimo Permanente que debe tramitar el expediente, en atención a la mayor facilidad para sus instrucciones.

Artículo 37. El Juzgado Marítimo Permanente de Auxilios y Salvamentos del Departamento o Base Naval tramitará el expediente dirigiendo las actuaciones a la comprobación de los hechos y circunstancias que puedan contribuir a la fijación de la remuneración, conservación de las cosas y garantía de los derechos de las partes.

Artículo 38. El juez publicará inmediatamente en el *Boletín Oficial del Estado* y, si lo considera oportuno por la importancia del expediente, en un diario de la provincia, edictos en los que dará cuenta de la iniciación del procedimiento, citando a los que puedan considerarse interesados en el mismo para que en el plazo de treinta días naturales se personen en el expediente aportando los comprobantes en que fundamenten su derecho.

En el caso de que, a juicio del juez, el valor de lo hallado no exceda de la cantidad de diez mil pesetas, se publicarán únicamente los edictos en el tablón de anuncios del Juzgado y de la Comandancia o Ayudantía de Marina correspondientes.

Artículo 39. Lo salvado se valorará de conformidad con las partes y, de no conseguirse esta, el juez acordará su tasación mediante peritaje, adoptando sin dilación, cuando lo estime preciso, las medidas sobre reconocimiento y garantías que considere oportunas para que aquel pueda realizarse sin retrasar la salida del barco.

Desde que el apartado b) de la disposición final segunda de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, dispusiese el plazo de un año desde la fecha de su entrada en vigor para que el Gobierno reglamentase la organización de los Juzgados Marítimos Permanentes y del Tribunal Marítimo Central, con el fin de adaptarlos a lo previsto en la presente ley, y les cambiase su denominación si así lo estimaba, ningún desarrollo reglamentario se ha producido en más de veinte años.

Pese a ello, el espíritu de cambio se mantuvo en la redacción del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se regula el Texto Refundido de la vigente Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en cuya disposición final tercera, apartado segundo, se encomendó al Gobierno, a propuesta del ministro de Fomento, el deber de reglamentar la organización de los Juzgados Marítimos Permanentes y del Tribunal Marítimo Central, al objeto de adaptarlos a lo previsto en esta ley de puertos, pudiendo proceder al cambio de su denominación.

En esa ocasión se evitó fijar un plazo para el acatamiento del citado mandato procurando de este modo no incumplirlo como ya se había producido con el término señalado por la Ley 27/1992. No obstante, con posterioridad fue la Ley 14/2014, de 24 de julio, de la Navegación Marítima, la que, en su Disposición Final décima, estableció un período de dieciocho meses desde su entrada en vigor

Artículo 40. Los propietarios podrán disponer de los efectos salvados antes de la terminación del expediente, constituyendo fianza bastante a criterio del juez para garantizar el pago de la remuneración debida por el salvamento.

Artículo 41. A la vista de los comprobantes aportados y del valor de lo salvado, formará el instructor una cuenta general de gastos, con lo que terminará la fase de instrucción del expediente.

Artículo 42. Terminada la instrucción del expediente el juez dará vista del mismo a los interesados que se hubieran personado, por quince días hábiles para que puedan formular alegaciones y proponer las pruebas que consideren oportunas, cuya pertinencia será declarada por el juez.

Si por causa de fuerza mayor el interesado, activa o pasivamente en el acto de auxilio, salvamento o remolque, no hubiera podido personarse en el expediente, se le oirá dentro del plazo de quince días a que este artículo se refiere.

Artículo 43. Terminado el plazo previsto en el artículo anterior, el juez convocará una reunión de los interesados en la que, bajo su presidencia, tratará de que lleguen a un acuerdo entre todos los interesados presentes, el juez procederá a su ejecución.

En otro caso, el juez instructor elevará el expediente con el acta de la reunión y las alegaciones de los interesados al Tribunal Marítimo Central.

Artículo 44. Si el Tribunal estimase que ha habido defectos procesales o que no se han aportado las pruebas necesarias, repondrá el expediente al estado de instrucción para que se subsane o se complete.

En otro caso, dictará la resolución que proceda. Artículo 45. Los recursos contra las decisiones del juez instructor durante el período de instrucción o ejecución serán elevados al Tribunal Marítimo Central para su resolución dentro de los plazos fijados por la Ley de Procedimiento Administrativo, acompañados del informe del juez.

Artículo 46. El expediente deberá ser concluido en el plazo señalado en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo. La resolución que le ponga fin será notificada a los interesados, advirtiéndoles de su derecho a recurrir de la misma en el plazo de quince días ante el Juzgado Marítimo Permanente, quien lo unirá al expediente, que elevará al ministro de Marina para su resolución. Cuando el expediente afecte o se relacione con aeronaves, sus efectos o restos, será oído el ministro del Aire y, en caso de discrepancia de criterios, el recurso será resuelto por el Consejo de Ministros.

(esto fue, el mes de marzo de 2016)² para que el Gobierno modificase las disposiciones de carácter reglamentario contenidas en el título II de la Ley 60/1962, y recompusiese la estructura del Tribunal Marítimo Central y de los Juzgados Marítimos Permanentes, adscribiéndolos orgánica y funcionalmente a la Administración Marítima³.

Hasta entonces, momento en el que los Juzgados Marítimos Permanentes y el Tribunal Marítimo Central previsiblemente se constituirán como Auditores de Arbitrajes Marítimos y Consejo de Arbitrajes Marítimos, respectivamente, continuarán siendo los órganos competentes para desempeñar las funciones de instrucción y resolución de expedientes de auxilio, salvamento y remolque, en virtud de la disposición transitoria primera de la Ley 14/2014⁴.

No deja de llamar poderosamente la atención el carácter contradictorio que radia de la propia Ley 14/2014 en lo que respecta a la dependencia de los Juzgados Marítimos Permanentes y del Tribunal Marítimo Central.

Si bien es cierto que la disposición final décima de la Ley 14/2014 los adscribía orgánica y funcionalmente a la Administración Marítima, esto es, tal como viene encabezando el título II del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la Administración Central, la Administración Periférica, la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima y los Cuerpos de la Marina Civil, todos ellos dependientes del Ministerio de Fomento; no lo es menos que se trata, como veremos, de órganos administrativos dependientes de la estructura de la Armada y por ende sujetos al Ministerio de Defensa. Así, sin ir más lejos, la disposición adicional segunda del mismo texto prevé que el Consejo de Arbitrajes Marítimos y los Auditores de Arbitrajes Marítimos son órganos competentes de la Armada.

Sin lugar a dudas, Administración Marítima y Armada no son lo mismo. Mientras que la Armada forma parte de las Fuerzas Armadas españolas (artículo 8.1 de la Constitución), la Administración Marítima forma parte del Ministerio de Fomento. Por lo tanto, resulta complejo conciliar que el Consejo de Arbitrajes Marítimos y de los Auditores de Arbitrajes Marítimos, independientemente de su nombre y a la espera de su regulación detallada, estén a la vez adscritos a la Administración Marítima y sean órganos competentes de la Armada.

² 25 de Septiembre de 2014. Publicado en *Boletín Oficial del Estado* n.º 180, de 25 de julio de 2014.

³ Finalizando ya el año 2016 sin que dichas disposiciones de carácter reglamentario hayan sido aún dictadas, desde nuestro punto de vista, no hay evidencias claras de que este hecho se vaya a producir a corto plazo, sobre todo teniendo en cuenta que como prioridad se halla la intención de refundir los textos de la Ley de la Navegación Marítima y el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

⁴ «Los expedientes administrativos sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas que se hallaren en tramitación a la entrada en vigor de la presente ley seguirán rigiéndose hasta su completa terminación por las disposiciones de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, por la que se Regulan los Auxilios, Ssalvamentos, Remolques, Hallazgos y Extracciones Marítimas.

Hasta la constitución del Consejo de Arbitrajes Marítimos y de los Auditores de Arbitrajes Marítimos, continuarán desempeñando sus actuales funciones el Tribunal Marítimo Central y los Juzgados Marítimos Permanentes con arreglo a lo dispuesto en la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, por la que se Regulan los Auxilios, Salvamentos, Remolques, Hallazgos y Extracciones Marítimas».

Dado que hasta la fecha los expedientes de auxilio, salvamento y remolque seguirán siendo instruidos y resueltos por estos órganos sujetos a la estructura de la Armada, la cuestión que queda por resolver es el papel que jugará la Administración Marítima como ente al que previsiblemente quedarán adscritos orgánica y funcionalmente una vez que el Gobierno proceda a modificar las disposiciones de carácter reglamentario contenidas en el título II de la Ley 60/1962.

A pesar de que el Ministerio de Fomento se reservó la iniciativa de proponer al Gobierno la regulación de la organización de los Juzgados Marítimos Permanentes y del Tribunal Marítimo Central, y con ello una posible alteración de las conclusiones a las que hemos llegado hasta el momento, lo cierto es que, bajo nuestro punto de vista, la proximidad para que se refundan la Ley 14/2014 y el Real Decreto Legislativo 2/2011 en un único texto y bajo el título «Código de la Navegación Marítima» (2017) constituye una oportunidad para aclarar incógnitas y consolidar dominios funcionales y orgánicos sobre el Consejo de Arbitraje Marítimo y los Auditores de arbitrajes marítimos.

III. MOTIVOS DE LA TRANSFORMACIÓN

3.1. Naturaleza judicial

Consideramos en este momento esencial abordar la razón o razones del cambio de denominación y ejercicio de las funciones de estos órganos administrativos, sobre todo cuando sobre ellos ha sobrevolado una cierta falta de confianza sobre su constitucionalidad.

Bajo nuestro entender, tal insistencia en la transformación de su denominación está fundamentada en la histórica y residual consideración o confusión que términos como «juzgado» o «tribunal» han hecho recaer sobre estos órganos administrativos de carácter militar. Muestra de ello han sido las diferentes fuentes doctrinales y jurisprudenciales, no difíciles de obtener, que los han percibido como parte de la jurisdicción.

La Ley 60/1962 afirmaba en su preámbulo que «se conserva el sistema tradicional (...) de atribuir la competencia en estas materias a la jurisdicción de Marina», y en su artículo 34 que «La jurisdicción de este Tribunal se extenderá a todo el territorio nacional, y estará capacitado para plantear y sostener las cuestiones de competencia con las Autoridades y Tribunales de otras jurisdicciones»⁵.

Esta visión judicial ha servido también de argumento para resoluciones judiciales como la del tribunal de conflictos de jurisdicción de 29 de octubre de 2001, en cuyo escrito de decisión sobre el conflicto negativo de jurisdicción originado entre el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Bilbao y el Tribunal

⁵ El artículo 3.2 del Decreto 984/1967 establecía que los conflictos jurisdiccionales que se suscitasen con otras jurisdiccionales se tramitarían con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948.

Marítimo Central se plasmó que la cuestión planteada no era competencia de «la jurisdicción marítima».

Pero estas no han sido las únicas referencias. Autores y juristas que se han referido al Tribunal Marítimo Central lo han hecho como un «órgano central jurisdiccional en materia de remolques, auxilio y salvamento marítimo»⁶, criticando que la instrucción y resolución de asuntos jurídicos de carácter privado sean sometidas a procedimientos administrativos y solo en última instancia a la jurisdicción contencioso-administrativa⁷.

La principal consecuencia de todo ello fue que su constitucionalidad quedó en tela de juicio por entenderse que las relaciones entre particulares, como eran aquellas derivadas de los expedientes de auxilio, salvamento y remolque, debían ser objeto de conocimiento por la jurisdicción ordinaria y no por la Administración, puesto que acudir a la vía administrativa de forma previa para resolver litigios que podrían ser de carácter privado podía vulnerar el contenido de los artículos 24 y 117.3 de la Constitución.

Cabe traer a colación el fundamento jurídico 4.º de la sentencia de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de enero de 2005, en el que se dejaba notablemente claro el motivo de intervención de los Juzgados Marítimos Permanentes y del Tribunal Marítimo Central, y que puede resumirse en su capacidad como órganos ajenos al interés de las partes, altamente especializados y cualificados en las cuestiones atinentes al auxilio en el mar (aun entre particulares), por lo que velar por la seguridad de la navegación es una manifestación de su defensa por el interés público, y por lo tanto actuando de modo legítimo, justificado y razonado⁸.

Por consiguiente, no es el carácter privado del conflicto entre las partes sino la salvaguarda de la seguridad de la navegación lo que pretende legitimar la intervención del Tribunal Marítimo Central.

A mayor abundamiento se hacía eco de la sentencia 21/1986 del Tribunal Constitucional, en la que se exponía que a pesar de que el carácter previo de la vía administrativa podía provocar dificultades en el acceso a la jurisdicción ordinaria «no hay que olvidar que el texto constitucional encomienda a la Administración Pública un conjunto de tareas y funciones que requieren una especial regulación, correspondiendo a la ley la fijación de las condiciones que hagan posible tanto el cumplimiento de tales tareas como la garantía de los derechos de los ciudadanos.

⁶ VIGIER GLARÍA, L. F. (1996), «Cuestiones jurisdiccionales», Cuadernos de Estrategia, n.º 84, p. 129.

⁷ PULIDO BEGINES, J. L. (2003), «Derecho de la navegación: las averías y los accidentes de la navegación marítima y aérea». Marcial Pons, Madrid, p. 302.

⁸ Al hilo de lo expuesto, resulta interesante evocar la sentencia de 28 de octubre de 1991, de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (FJ 3.º), en la que se exponía que los expedientes de auxilio, salvamento y remolque eran de naturaleza privada por afectar a cuestiones meramente patrimoniales entre particulares derivada de la remuneración o resarcimiento por operaciones de auxilio a otros bienes patrimoniales. Concretaba a su vez que la intervención decisoria de órganos administrativos se debía a las especiales circunstancias y riesgos que llevaba consigo la navegación y las operaciones de auxilio a los siniestros producidos en ella.

No corresponde al Tribunal Constitucional revisar la fijación de esas condiciones en tanto no atenten a los límites que derivan de los preceptos constitucionales”⁹.

En este sentido no hay que obviar a autores como Carrero Ramos, antiguo teniente coronel auditor de la Armada, quien entendía que el Tribunal Marítimo Central era «un órgano colegiado y permanente al que se le da la denominación de Tribunal, pero esta denominación, aunque implica una idea de ejercicio jurisdiccional y de independencia —atributos ordinarios del poder judicial—, no resulta significativa porque ha sido aplicada con frecuencia a órganos administrativos»¹⁰.

3.2. Naturaleza administrativa

Una vez proclamada y ampliamente confirmada la naturaleza administrativa de los Juzgados Marítimos Permanentes y del Tribunal Marítimo Central con competencia para todo el territorio nacional,¹¹ sus resoluciones, como no podía ser de otra forma, pueden ser recurridas en alzada ante el Tribunal Marítimo Central o ante el almirante jefe de Estado Mayor de la Armada, respectivamente (ministro de la Marina según la redacción vigente del artículo 46 de la Ley 60/1962), de quien dependen por Orden Ministerial de Defensa 1061/1977, de 7 de septiembre, pudiendo llegar incluso ante un eventual y posterior recurso contencioso-administrativo¹².

Así el artículo 5 de la Orden DEF/1642/2015, de 30 de julio, por la que se desarrolla la organización básica de la Armada, dispone que el Tribunal Marítimo Central desempeña sus funciones con arreglo a lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley 14/2014, esto es, la instrucción y la resolución de los expedientes de carácter administrativo de auxilio, salvamento y remolque sometidos a las disposición reglamentaria¹³ del título II de la Ley 60/1962, en vigor con arreglo al párrafo f) de la disposición derogatoria única de la Ley 14/2014; del Decreto 984/1967, y, subsidiariamente, a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

⁹ Entendemos al respecto que no debiera olvidarse la existencia de otros órganos administrativos, denominados Tribunales, cuyas resoluciones pueden ser recurridas judicialmente, como sucede en el caso de los Tribunales Económico-Administrativos o el Tribunal de Cuentas, y cuya constitucionalidad no se ha puesto en duda.

¹⁰ CARRERO RAMOS, J. (1965), «Carácter del Tribunal Marítimo Central y su encuadramiento en la justicia administrativa». *Revista de Administración Pública*, n.º 48, p. 382.

¹¹ El artículo 1 de la Orden DEF/1642/2015, de 30 de julio, por la que se desarrolla la organización básica de la Armada, establece que el Tribunal Marítimo Central forma parte del Cuartel General de la Armada y por consiguiente de la Administración Militar.

¹² Sin perjuicio de que el objeto de la controversia tenga naturaleza civil o mercantil y por ende hayan de ser sometidos a dichos órdenes, como recientemente ha quedado retratado en auto 4/2013, de 14 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid.

¹³ La disposición final tercera del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, señala que las disposiciones previstas en el título II de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, que Regula Cuestiones Relativas a la Jurisdicción y Procedimiento en Materia de Auxilios, Salvamento, Remolques, Hallazgos y Extracciones Marítimas, continuarán en vigor en calidad de normas reglamentarias y podrán ser derogadas o modificadas por el Gobierno a propuesta conjunta de los ministros de Defensa y Fomento.

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud del principio de especialidad o de sucesión normativa¹⁴.

La pregunta que cabe plantearse en este momento y que procurará ser resuelta posteriormente es si cuando estos órganos muden a Consejo de Arbitraje Marítimo y a Auditores de Arbitraje Marítimo mantendrán el carácter administrativo con posibilidad de recurso de alzada y contencioso-administrativo, o si por el contrario como entes de arbitraje perderán su naturaleza administrativa para adquirir la «arbitral» y con ello la adopción de los elementos de funcionamiento de tal condición.

IV. EL CONSEJO DE ARBITRAJE MARÍTIMO

4.1. Composición y especialidad

Según ha afirmado la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en sentencia de 18 de enero de 1982, que recoge doctrina de anteriores de 16 de marzo de 1963, de 10 de enero de 1965 y de 19 de octubre de 1981, las resoluciones del Tribunal Marítimo Central gozan de la presunción de acierto fundada en la especialización de sus miembros, de modo que solo cabe o bien rectificar si se aporta prueba en contrario o bien moderando el importe total del premio si se acreditase que la Administración no haya apreciado en forma o modo conveniente los hechos o circunstancias determinantes del tema discutido.

Probablemente la citada «preparación técnica y especialización de sus miembros» haya sido la clave del éxito de estos órganos administrativos, puesto que no hay que olvidar que los Juzgados Marítimos Permanentes están dirigidos por un jefe u oficial del Cuerpo Jurídico de la Armada, y el Tribunal Marítimo Central por un presidente (almirante), cuatro vocales (un capitán de Navío, dos coroneles auditores de la Armada y un funcionario de la Subsecretaría de la Marina Mercante), y un secretario relator (un teniente coronel auditor)¹⁵.

Originariamente los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que integraban los Juzgados Marítimos Permanentes o el Tribunal Marítimo Central provenían de la Armada, es decir, que habían ingresado como auditores de un Ejército en particular en cuyas UCO (unidades, centros u organismos) habían desarrollado su carrera profesional.

Desde la unificación del Cuerpo Jurídico Militar hace ya más de veinticinco años como parte de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, la figura del auditor de la Armada está, salvo futuros cambios, condenada a desaparecer, sin

¹⁴ La disposición final segunda del Decreto 1406/66 y el artículo 1 del Decreto de 20 de abril de 1967 otorgaban a los procedimientos de auxilio, salvamento y remolque de un carácter administrativo especial, cuya regulación, en todo lo no previsto por la Ley de 1962, era la de procedimiento administrativo de 1958.

¹⁵ Artículos 32 y 33 de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, por la que se Regulan los Auxilios, Salvamentos, Remolques, Hallazgos y Extracciones Marítimas.

que por ello se haya debido ver perjudicada la especialización y conocimiento que ha venido caracterizando a una parte significativa de los componentes del Tribunal Marítimo y a sus consabidas resoluciones, por cuanto desde hace años han sido y son auditores procedentes de otros Ejércitos o ya como Cuerpo Común los que han ido desarrollando sus funciones con la misma precisión técnica y jurídica que sus antecesores.

A pesar de ello, y de que lo que se va a plantear a continuación es una cuestión de gestión de recursos de personal que se desvía del objeto de este trabajo, el giro arbitral que se pretende conferir a estos órganos es una vuelta de tuerca que va a demandar un conocimiento procedimental novedoso por parte de los miembros de estos entes, de modo que, entendemos que para conseguir mantener en auge la especialidad y preparación técnico-jurídica que les ha caracterizado, no deberían desecharse opciones de optimización, como cursos de especialización enfocados a profundizar en el desarrollo de las funciones arbitrales, o valorar años de antigüedad en destinos de la Armada que hayan estado íntimamente vinculados con la función arbitral de los Juzgados Marítimos Permanentes o el Tribunal Marítimo Central.

No debemos olvidar que si el Consejo de Arbitraje Marítimo pasase a depender de la Administración Marítima, como se ha expuesto con anterioridad, cabría la posibilidad de que sus miembros también dejaran de ser militares en su mayoría.

4.2. Naturaleza jurídica

Como se ha expuesto con anterioridad, los Juzgados Marítimos Permanentes y el Tribunal Marítimo Central son órganos administrativos. No obstante, nos planteamos como incógnita por resolver (más allá de un posible cambio en su composición, régimen jurídico, funciones y aquellos otros apartados que se prevean necesarios para su funcionamiento) si la naturaleza jurídica de los auditores de Arbitrajes Marítimos y del Consejo de Arbitraje Marítimo será también administrativa o puramente arbitral, teniendo en cuenta la posibilidad de resolver determinados intereses privados con especial importancia pública, y ante la ausencia de una ley administrativa de arbitraje.

A tenor de las características de los órganos de arbitraje (que serán vistas a continuación) y de parte del contenido de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, tomada solo como referencia, parece razonable decantarse por la segunda opción puesto que sus resoluciones, de obligado cumplimiento y con efecto de cosa juzgada, como veremos posteriormente, solo podrían ser recurridas por motivos estrictos y tasados de forma análoga a lo que sucede con el recurso extraordinario de revisión¹⁶.

¹⁶ Artículos 113 y 125 a 126 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El conocimiento de la materia por parte de los miembros de los Juzgados Marítimos Permanentes y del Tribunal Marítimo Central en ocasiones no es suficiente para evitar que la instrucción y resolución de sus procedimientos de auxilio, salvamento, remolque se dilaten en el tiempo contraviniendo los intereses de las partes en conflicto, más aún cuando las decisiones finales son recurridas en vía contencioso-administrativa.

Con el fin de mejorar su eficacia, y de potenciar la celeridad de sus actuaciones, consideramos que el legislador ha pretendido incorporar el arbitraje como una forma de solución de conflictos, entendido según parte de la doctrina, como «un equivalente jurisdiccional por el que las personas físicas o jurídicas, previo acuerdo, someten la decisión de una controversia a órganos que no forman parte del poder judicial, cuya decisión (laudo) tiene fuerza vinculante y eficacia equivalente a la fuerza de cosa juzgada, aunque sea admisible someter su validez o nulidad, exclusivamente por motivos tasados, al pronunciamiento de los Tribunales»¹⁷.

Percibiendo el arbitraje como un medio de resolución de conflictos que trabaja como equivalente jurisdiccional sustitutivo y alternativo de la vía judicial, hay que abordar las características que le son inherentes desde la perspectiva de Trayter Jiménez, estas son¹⁸:

- Voluntariedad. El arbitraje es un mecanismo de solución y finalización de conflictos a disposición de la libre voluntad de las partes interesadas, y cuya aceptación potestativa será *conditio sine qua non* para su validez.

De esta forma, los interesados tendrán la facultad de optar por acudir a los citados órganos arbitrales de la Armada o a la jurisdicción ordinaria. En caso de discrepancia sobre la elección, la disposición adicional segunda de la Ley 14/2014 señala que prevalecerá la jurisdicción civil ordinaria, siendo de aplicación el procedimiento declarativo ordinario o verbal, según la cuantía reclamada, previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- Elección de los árbitros. La intervención como árbitro o institución especializada de un tercero independiente y no sometido a instrucciones jerarquizadas se percibe como un requisito esencial para conservar la imparcialidad y objetividad en su actuación.
- Decisión arbitral de obligado cumplimiento. Una vez que las partes otorgan su consentimiento para que su conflicto sea resuelto por medio de arbitraje, la decisión adoptada habrá de producir efectos de cosa juzgada, de modo que no sea susceptible de ser recurrida en vía jurisdiccional.

A pesar de este requisito propio del arbitraje, no hay que olvidar el control de legalidad de las actividades de la Administración que pro-

¹⁷ ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (2012), «El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el derecho administrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.ºs 39-40, p. 108.

¹⁸ TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (1997), «El arbitraje de derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 143, pp. 78-81.

pugna el artículo 106.1 de la Constitución¹⁹, de modo que, a falta de una ley de arbitraje administrativo que resuelva problemas específicos, entenderíamos conveniente en el reglamento que desarrolle esta figura una eventual revisión del laudo arbitral por motivos tasados y específicos.

4.3. Régimen jurídico

La disposición adicional segunda de la Ley 14/2014, de la Navegación Marítima, señala que el régimen jurídico de estos órganos se establecerá reglamentariamente. De este modo, y unido al carácter arbitral que adquiriría, parecería lógico entender que la Ley 39/2015 dejaría de ser de aplicación supletoria al menos de primer grado, ostentando el carácter supletorio la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, a tenor de su artículo 14.1.a), y a pesar de que su artículo 1.3 solo prevé su aplicación supletoria respecto de los arbitrajes previstos en otras leyes, y no reglamentos, como es el presente caso.

En cualquier caso, y siempre desde nuestra percepción, el reglamento que regule a los auditores de Arbitrajes Marítimos y al Consejo de Arbitraje Marítimo estará cuanto menos inspirado en los principales textos reguladores de los arbitrios, pues esta es la finalidad de sus órganos predecesores, como se deriva del contenido de la sentencia de 9 de octubre de 2006 del Tribunal Supremo, y de Maldonado Ramos en su comentario sobre la misma, refiriéndose a dicha sentencia como delimitadora de la naturaleza jurídica del Tribunal Marítimo Central como institución con funciones arbitrales en materia de Derecho privado y que tiene un cierto efecto sustitutivo sobre el proceso civil, pues la tutela judicial se garantiza mediante el recurso contencioso administrativo²⁰,

4.4. Funciones o procedimientos

Acorde con la disposición adicional segunda de la Ley 14/2014, el Consejo de Arbitrajes Marítimos y los Auditores de Arbitrajes Marítimos conocerán de las acciones relativas a los premios por salvamento y a las remuneraciones por remolques de fortuna²¹, sin olvidar lo que ha caracterizado a este tipo de órganos: imparcialidad, profesionalidad y especialización.

¹⁹ «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican».

²⁰ De nuevo sobre la pervivencia y competencia del Tribunal Marítimo Central (Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2006). *Revista Jurídica Militar* n.º 30. JAIME MALDONADO RAMOS, 2007, <http://www.paraprofesionales.com/productos/revista%20militar.php?cw=1&dw=1&fechaad=2007-05-03&revnr=30> (visto en línea el 12 de agosto de 2015, 16:35).

²¹ El artículo 362 de la Ley 14/2014, de la Navegación Marítima, establece que las operaciones de salvamento que hayan producido un resultado útil darán derecho a un premio a favor de los salvadores, cuyo importe no podrá exceder del valor del buque y demás bienes salvados.

El artículo 305 de la Ley 14/2014, de la Navegación Marítima, establece que cuando se soliciten servicios de remolque en situación extraordinaria, que no lleguen a constituir un supuesto de salva-

Al hilo de lo expuesto, consideramos meritorio reseñar que si los auditores de Arbitraje Marítimo y el Consejo de Arbitraje Marítimo van a elaborar la misma función arbitral no sometida a recurso, tal y como se ha expuesto en los requisitos del laudo arbitral, *a priori* su existencia solo tendría cabida y sería compatible cuando cada uno de ellos resuelva conflictos distintos en base a criterios cuantitativos, como la cantidad económica llevada a arbitraje, o cualitativos como la tipología del buque o embarcación afectados.

Por último, señalar que dentro del marco arbitral que se ha diseñado no encontramos cabida para una de las medidas provisionales que han caracterizado a los expedientes de auxilio, salvamento y remolque en la mar, con el fin de garantizar los derechos de las partes, esto es, el embargo regulado en el artículo 31 del Decreto 984/1967.

Bajo nuestra visión, no parece compatible la figura del embargo de los bienes de las partes con el sistema de arbitraje que se pretende adoptar, por cuanto a que si el acceso a esta forma de resolver el conflicto es de carácter voluntario, siembra ciertas dudas que los interesados accedan voluntariamente a un sistema que amenazaría, como práctica habitual en la actualidad, con embargarles u obligarles a depositar fianza en concepto de garantía para evitarlo.

V. CONCLUSIONES

- I. La transformación de los Juzgados Marítimos Permanentes en Auditores de Arbitraje Marítimo, y del Tribunal Marítimo Central en el Consejo de Arbitrajes Marítimos no solo implica un mero cambio de denominación inspirado en un mandato legal, sino que por un lado supone un intento de deshacerse de las primitivas consideraciones que veían a estos órganos como entes judiciales y por otro lado intenta optimizar los recursos disponibles (el arbitraje) para resolver los conflictos relativos a auxilio, salvamento y remolque en la mar de forma más inmediata, evitando las dilaciones temporales que en ocasiones los recursos conllevan, sin que ello suponga una pérdida en la especialización y tecnificación de los miembros de estos organismos.

Fijar un plazo de resolución de conflictos en los procedimientos de arbitraje para conocer de las acciones relativas a los premios por salvamento y a las remuneraciones por remolques de fortuna facilitaría la rapidez y el dinamismo, evitando con ello la habitual demora de los procedimientos judiciales a los que los interesados pueden, sin embargo, acudir como vía alternativa.

mento marítimo, sin haberse fijado previamente las condiciones de su prestación y precio, el armador del buque remolcador tendrá derecho a una remuneración adecuada por los servicios prestados. Esta remuneración incluirá los daños y perjuicios sufridos por su buque con ocasión del remolque, la ganancia dejada de obtener durante el tiempo de prestación, y un precio adecuado al servicio prestado. Esta remuneración no estará condicionada al éxito de la operación.

- II. La Ley 14/2014, de la Navegación Marítima, siembra dudas sobre la dependencia de los Juzgados Marítimos Permanentes y del Tribunal Marítimo Central. El Gobierno disponía de un plazo (ya expirado) para adscribirlos orgánica y funcionalmente a la Administración Marítima, no obstante dichos órganos siguen formando parte de la estructura de la Armada y lo seguirán siendo cuando pasen a denominarse Arbitrajes Marítimos según la disposición adicional 2.^a de la Ley.

La fusión de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y de la Ley de la Navegación Marítima en un único Código podría despejar dudas al respecto aclarando bajo qué dependencia quedarán, pudiendo influir también dicha decisión en la composición de sus miembros.

- III. La naturaleza jurídica del Tribunal Marítimo Central es considerada como administrativa, a pesar de, entre otras razones, su denominación. No obstante, su conversión a Consejo de Arbitraje Marítimo con funciones mediadoras y alternativas a la jurisdicción civil provoca su reconsideración hacia una concepción que aparentemente ni es netamente administrativa por cuanto no cabrán los recursos administrativos habituales, ni es judicial por constituirse, como hemos dicho, como vía alternativa a esta. Sin duda el reglamento que lo regule iluminará sobre este aspecto.
- IV. La metamorfosis del Tribunal Marítimo Central a Consejo de Arbitraje Marítimo no debería conllevar una modificación de sus integrantes, más allá de la necesidad de adaptarse al nuevo funcionamiento, pues ha sido y es la especialización técnica y jurídica la que les ha hecho emitir resoluciones valedoras de reconocimiento profesional.
- V. La confección de un órgano público de arbitraje demanda la necesidad de elaborar una ley administrativa de arbitraje que regule la composición, función, procedimientos y posibles recursos a interponer contra los laudos arbitrales, toda vez que las resoluciones de los auditores de Arbitraje Marítimo deberían poder ser revisadas por el Consejo de Arbitraje Marítimo y las de este por un ente arbitral superior, de lo contrario no tendría sentido tener dos organismos que elaboren una misma función no diferenciada por criterios de reparto cuantitativo o cualitativo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CARRERO RAMOS, J. (1965), «Carácter del Tribunal Marítimo Central y su encuadramiento en la justicia administrativa», *Revista de Administración Pública*, n.º 48, pp. 377-389.

CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, M. (2009), «El Tribunal Marítimo Central», Cuaderno Práctico, n.º 1, mayo-agosto, pp. 39-51.

DÍAZ MARTÍN, F. R. (2000), «Cuestiones procesales en materia de salvamento marítimo», *La Ley*, pp. 1657-1662.

DÍEZ CLAVERO, J. (1998), «El arbitraje *ad hoc* y el arbitraje Institucional», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 160, pp. 65-70.

ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (2012), «El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el derecho administrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.ºs 39-40, pp. 101-163.

FRANCO GARCÍA, M. A. (2013), «El Ministerio de Defensa y sus competencias sobre asuntos marítimos», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 100, pp. 199-250.

GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E. (2003), «El arbitraje administrativo en el derecho de la competencia», *Revista de Administración Pública*, n.º 162, pp. 7-17.

GUTIÉRREZ DE LA CÁMARA, J. M. (1966), *La Ley Reguladora de los Auxilios, Salvamentos, Remolques, Hallazgos*.

MALDONADO RAMOS, J. (2007), «De nuevo sobre la pervivencia y competencia del Tribunal Marítimo Central (Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2006)», *Revista Jurídico Militar*, n.º 30.

PÉREZ RAMÍREZ, E. (2012), «El Tribunal Marítimo Central y los Juzgados Marítimos Permanentes: una larga historia. Tribunal Marítimo Central. 50 Aniversario (1962-2012)», *Suplemento Revista General de la Marina*, pp. 5-18.

PULIDO BEGINES, J. L. (2003), «Derecho de la navegación: las averías y los accidentes de la navegación marítima y aérea». Marcial Pons, p. 302.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (1997), «El arbitraje de derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, n.º 143, pp. 75-106.

VIGIER GLARÍA, L. F. (1996), «Cuestiones jurisdiccionales», *Cuadernos de Estrategia*, n.º 84, p. 129.

CONSECUENCIAS DISCIPLINARIAS DEL CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES EN LAS FUERZAS ARMADAS

*Farah Mustafa Mohamed,
Capitán auditor*

SUMARIO: I. La problemática de la drogodependencia. 1.1. En las Fuerzas Armadas. II. La actuación preventiva. 2.1. La instrucción general 2/2009, plan antidroga del Ejército de Tierra. Instrucción permanente 6/2011, del almirante jefe de personal de la Armada, sobre prevención de drogas en la armada. Plan antidroga del ejército del aire de 2015. III. La instrucción técnica 1/2012, de 10 de febrero, de la Inspección General de Sanidad, por la que se regula el funcionamiento de los laboratorios de análisis de drogas del Ministerio de Defensa. Problemas derivados del protocolo de actuación y consideración jurisprudencial. IV. Tratamiento disciplinario del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Su reproche. La jurisprudencia de la sala de lo militar del tribunal supremo.

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA DROGODEPENDENCIA

El fenómeno de las adicciones es una cuestión que traspasa fronteras comunitarias y nacionales. Siendo así que ha sido contemplado y tratado en un contexto mundial.

La Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes, de 30 de marzo de 1961, modificada por el Protocolo de 25 de marzo de 1972, y ratificada por España el 3 de febrero de 1966, reconocía en su preámbulo «que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad».

En nuestro país, aun cuando resulte casi innecesario afirmar la importancia que presenta la problemática de las drogas, lo cierto es que ha sido un referente en el abordaje de dicho fenómeno, mediante el estudio, seguimiento y tratamiento de forma muy intensa con la puesta en marcha de planes específicos. El Plan Nacio-

nal sobre Drogas (PNSD) que venía desarrollándose desde el año 1985, centrado en la disminución de la oferta y la reducción de los consumos y de los riesgos que para la salud personal y para la sociedad se derivaban de ellos.

A dicho documento fundacional de 1985 se sucedieron después otros planes y programas (Estrategia Nacional sobre Drogas 2000-2008 y Plan de Acción sobre Drogas hasta el año 2008) y la Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016 (ENSD), aprobada por el Consejo de Ministros en su reunión del día 23 de enero de 2009, que profundiza en las acciones que, desde la creación del PNSD, venían desarrollándose en el ámbito de la lucha, la prevención y la concienciación en el ámbito de la drogadicción.

Por último, y en el marco de dicho documento se dicta el (segundo) Plan de Acción sobre Drogas 2013-2016 y se enmarca en la Estrategia de la Unión Europea en Materia de Lucha contra la Droga 2013-2020, documento que viene a marcar las prioridades de actuación en materia de adicciones y tiene en cuenta, entre otras cosas, la «especial situación actual de la sociedad española y su posible influencia tanto en los consumos como en sus consecuencias».

1.1. En las Fuerzas Armadas

El consumo de estupefacientes no escapa al ámbito militar.

Si la problemática de la drogodependencia en la sociedad es una realidad incuestionable, en el estamento castrense adquiere una dimensión y trascendencia si acaso mayor, que se ve afectado sobremanera y sensiblemente por la naturaleza de los cometidos encomendados a las Fuerzas Armadas¹ que, por sus especiales características, supone un riesgo que compromete seriamente la seguridad colectiva e individual.

En efecto, las misiones asignadas a las Fuerzas Armadas que requieren un elevado nivel de preparación y una permanente disponibilidad para el servicio de todos sus componentes explica sobradamente que la drogodependencia se presente siempre como algo a combatir en el ordenamiento militar. Quien voluntariamente opta por integrarse en las Fuerzas Armadas asume las exigencias definidas en su código deontológico, lo cual no se compadece con el consumo de drogas que implica un rechazo a los valores militares, valores estos que recogidos en las reglas de comportamiento del militar describen un perfil de exigencia y carácter incompatible con aquella conducta.

Ciertamente, las obligaciones inherentes a la condición de militar como son la integridad, responsabilidad, dedicación al servicio, ejemplaridad y disciplina obligan a todos a ajustar su comportamiento a los sacrificios que impone el mundo castrense y que se condensan en unas reglas de comportamiento y código de conducta de los militares —pilares que conforman el estatuto de las Fuerzas Armadas—, cuya irrefragable observancia les viene exigida no solo en su con-

¹ Artículo 8 de la Constitución española.

dición de servidores públicos, además como plus de moralidad al formar parte de la institución militar².

Si de inicio ya constituye causa de exclusión automática e inmediata en los procesos selectivos de acceso a la Administración Militar la detección a algún tipo de consumo de droga ilegal al aspirante que a ella pretende acceder, cuando ya forma parte de la Institución Militar «constituye un interés legítimo (...), y también un deber de esta, el verificar tanto aquellas condiciones de aptitud plena o limitada para seguir integrando las Fuerzas Armadas, o servir ciertos destinos en las mismas, como las conductas ilícitas que repercutan en la capacidad de sus miembros, de manera que comprometan o pongan en peligro la adecuada prestación de las funciones que les incumbieran. Y en este sentido podemos decir que lo dispuesto al respecto en el artículo 101 de la Ley 17/1999 —y hoy en el vigente artículo 83.2 de la Ley 39/2007— era, al momento de ocurrir los hechos sancionados —en razón de la redacción dada a dicho precepto por la Ley 62/2003—, norma habilitante para la práctica, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, y a efectos disciplinarios, de reconocimientos, comprobaciones y pericias analíticas que comporten injerencias justificadas en los derechos fundamentales que pudieran afectarse, como sucede con la integridad física, la intimidad personal y la intimidad corporal que forma parte de la anterior; siempre y cuando la utilización de estas medidas y el sacrificio que comportan para los derechos esenciales afectados resulten adecuados en términos de proporcionalidad con la finalidad legítima para que las mismas están previstas (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; 49/1999, de 5 de abril; 196/2004, de 15 de noviembre; 25/2005, de 14 de febrero y 233/2005, de 26 de septiembre, entre otras)»³.

Dicho interés y deber de verificar la capacidad y condición plena de los empleados al servicio de la Administración Militar encuentra su acomodo legal en el artículo 83.2 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar, que habilita la realización de determinaciones analíticas para detectar el consumo de sustancias prohibidas.⁴

II. LA ACTUACIÓN PREVENTIVA

Ha sido y es, por ello, una constante preocupación de la Administración Militar la de erradicar el consumo ilícito de tales sustancias, no ya conminada

² Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, en su artículo 5, dedicado a la actuación del militar como servidor público, señala que «deberá actuar con arreglo a los principios de objetividad, integridad, responsabilidad, dedicación al servicio». Las características de su comportamiento se recogen en el artículo 7, «ajustará su comportamiento a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad».

La Ley Orgánica 5/2000, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional (artículo 20); la Ley 39/2007, de 19 de noviembre (artículo 4), de la Carrera Militar, y la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas (artículo 6), también recoge las reglas esenciales del comportamiento del militar.

³ SST (Sala de lo Militar) de 28 de marzo y 20 de octubre de 2014, fundamento jurídico 3.

⁴ Esta norma legal delimita los supuestos en los que el militar puede ser sometido a determinadas pruebas médicas.

por una sanción disciplinaria por falta muy grave y consecuentemente prohibido «consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas durante el desempeño del servicio o de forma reiterada fuera de él»⁵, sino, primeramente, con la adopción de medidas encaminadas a la prevención y control de drogas de abuso en el personal militar, para posibilitar, específicamente, el rechazo a su consumo.

Fue entonces, en el marco del Plan Nacional sobre Drogas, cuando se procedió a elaborar y aprobar el Plan General de Prevención de Drogas en las Fuerzas Armadas (PGPDFAS) el 1 de agosto de 2000.

En dicho Plan se prevenían entre sus objetivos el posibilitar, dentro del marco de la prevención, estilos de vida saludables que incentivaran al personal militar el rechazo al consumo de sustancias prohibidas, así como el establecimiento de instrumentos de coordinación tendentes a evitar su tenencia, tráfico y consumo. Pero las profundas transformaciones habidas en las Fuerzas Armadas, como su plena profesionalización, el rápido y cambiante devenir de la problemática de la drogodependencia en todas sus facetas, aconsejaba actualizar y adecuar aquel Plan —en consonancia con los criterios de la ENSD 2009-2016— a la nueva realidad de la institución militar y a las nuevas estructuras del Ministerio de Defensa. Lo que se tradujo en el II Plan General de Prevención de Drogas en las Fuerzas Armadas⁶.

Igual que su predecesor, el II Plan, aprobado el 22 de febrero de 2010, persigue idéntico objetivo de lograr el rechazo al consumo de estupefacientes, cuyo preámbulo ya reconoce que «el desempeño de las funciones militares es incompatible con el consumo de drogas», poniendo una vez más el acento en las especiales características del medio militar, las derivadas de la seguridad colectiva e individual, como fundamento en la adopción del Plan. Tras definir su ámbito de aplicación y las sustancias consideradas como drogas, se estructura en cinco programas (Coordinación, Prevención, Intervención, Cooperación y Evaluación). Por la materia tratada en el presente trabajo, merecen ser destacados dos de ellos: el de Prevención y el de Intervención.

La prevención, principal línea de actuación del Plan, contempla la promoción de iniciativas para, entre otras medidas, incrementar las medidas disuasorias que se traducen en el aumento de las pruebas analíticas de drogas de forma no programada y aleatoria, en especial a quienes desempeñan actividades de riesgo.

Estas medidas, consideradas como herramienta eficaz en el marco de la prevención, se complementan con las previstas en el programa de intervención. En esta fase de intervención se apunta ya al impedimento del consumo de drogas mediante actuaciones tales como la detección, las determinaciones analíticas y las medidas correctoras contra su tenencia, tráfico y consumo. Las determinaciones analíticas se realizan, preferentemente, en la investigación de infracciones disciplinarias, cuando se estime conveniente o en aquellos casos en que el mando

⁵ Artículo 8.8 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

⁶ Preámbulo del II PGPDFAS, aprobado el 22 de febrero de 2010 por la subsecretaria de Defensa.

tenga duda fundada del estado psicofísico del individuo o como medida disuasoria del consumo de forma aleatoria.

Breve mención merecen, por ser objeto de tratamiento ulterior, las medidas de corrección, de índole disciplinaria, previstas en la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas, cuando las actuaciones preventivas y de intervención resultan infructuosas para evitar el consumo de tales sustancias.

Finalmente, cada uno de los Ejércitos ha ido adoptando sus respectivos planes, en el marco de lo previsto en el II PGPDFAS.

2.1. La Instrucción General 2/2009, Plan Antidroga del Ejército de Tierra. Instrucción Permanente 6/2011, del almirante jefe de Personal de la Armada, sobre prevención de drogas en la Armada. Plan Antidroga del Ejército del Aire de 2015

Cada uno de los Ejércitos ha ido acogiendo su propio Plan en virtud de las directrices y normas contenidas la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales; la Ley 39/2007, de la Carrera Militar; la Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016 y el I y II PGPDFAS.

El Ejército de Tierra⁷, la Armada⁸ y el Ejército del Aire⁹ cuentan con sus respectivos Planes de Prevención de Drogas.

Los tres persiguen idénticos objetivos de definir, desarrollar y coordinar las actividades de prevención y control encaminadas a la erradicación del consumo para evitar una merma de la seguridad, dentro de la especificidad de cada uno de ellos¹⁰.

De la misma manera que el II PGPDFAS, contemplan los mismos programas de actuación tendentes a la consecución de aquellos objetivos. En lo que aquí interesa, la Prevención contempla entre sus iniciativas a desarrollar acciones tendentes al incremento de las medidas disuasorias que se enmarcan en el programa de Intervención. En este se pretende impedir o dificultar el consumo de estupefacientes mediante sistemas de detección como las determinaciones analíticas que actúan como medida disuasoria del consumo además de garantizar la seguridad personal, minimizando los riesgos asociados al ejercicio de las actividades

⁷ El Ejército de Tierra, con la Instrucción General 2/2009, Plan Antidroga de Tierra, de 6 de mayo de 2009.

⁸ La Armada, mediante la Instrucción Permanente número 6/2011, del almirante jefe de Personal, sobre Prevención de Drogas en la Armada.

⁹ El Ejército del Aire, con el PADEA, de julio de 2015.

¹⁰ El Ejército de Tierra, para evitar la vulnerabilidad que supone que determinado personal actúe bajo los efectos de estas sustancias porque el Ejército de Tierra presenta unas características y tiene asignadas unas misiones que le hacen ser sensible a los problemas que ocasiona el consumo de drogas.

La Armada, porque la vulnerabilidad por el consumo viene dada por el propio consumo y sus efectos secundarios nocivos, además de que estos efectos pueden incidir directamente sobre el resto del personal, material e instalaciones. El Ejército del Aire recoge idéntico objetivo que el II PGPDFAS.

propias de la profesión militar, a la vez que detectan los resultados positivos a consumo de drogas de abuso.

Se remiten, finalmente las Instrucciones de los Ejércitos, en cuanto al procedimiento para la realización de las determinaciones analíticas a la Instrucción Técnica 01/05, de la Inspección General de Sanidad, por la que se regulaba el funcionamiento de los laboratorios de análisis de drogas del Ministerio de Defensa que, en la actualidad, hay que entenderla referida a la Instrucción Técnica 01/12 que sustituye a la anterior, si bien el Ejército del Aire ya la incorpora. Y para la recogida de muestras, la encomienda al personal autorizado perteneciente a los servicios sanitarios o, en su defecto, el que cumpla tales funciones bajo la supervisión del responsable designado.

Se observa, pues, que una de las principales medidas de disuasión se centra en incrementar las pruebas analíticas entre el personal militar, lo que tiene su trascendencia en la práctica, no solo porque la consecuencia inmediata, tras detectarse un resultado positivo a consumo de psicótrópos, es el ulterior seguimiento mediante sucesivas analíticas que puede abocar a un expediente disciplinario. Además, en lo que aquí se debate, en el protocolo previsto para la realización de dichas pruebas, cuando en su práctica no interviene el personal que previsto en la Instrucción Técnica, porque, como se irá exponiendo, este aspecto ha suscitado y suscita no pocos problemas en el ámbito de los tres Ejércitos, que ha sido abordado profusamente por nuestra justicia militar, aunque ya adelantamos no de una manera pacífica.

III. LA INSTRUCCIÓN TÉCNICA 1/2012, DE 10 DE FEBRERO, DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE SANIDAD, POR LA QUE SE REGULA EL FUNCIONAMIENTO DE LOS LABORATORIOS DE ANÁLISIS DE DROGAS DEL MINISTERIO DE DEFENSA

Esta instrucción que sustituye a la anterior de 2005¹¹ se adopta para establecer normas de actuación precisas y uniformes, para los laboratorios de análisis de drogas del Ministerio de Defensa en los aspectos técnicos, definir las funciones de los laboratorios de referencia de drogas, con remisión a lo dispuesto en los planes de los respectivos ejércitos para aquellos aspectos no previstos en ella.

La llevanza al seno de un procedimiento disciplinario, como deber que incumbe a la Administración sancionadora, de los episodios de consumo de forma reiterada, para conformar la falta muy grave del artículo 8.8 que aquí se trata, no plantea mayores dificultades, por cuanto que la prueba válida de aquellos viene constituida por la incorporación documental de los resultados positivos detectados por consumo de drogas, obtenidos a través de la realización de pruebas analíticas de orina. Como recuerda la jurisprudencia militar en este tipo de infracciones (en referencia a la causa de imposición de sanción extraordinaria del artículo

¹¹ La Instrucción Técnica 1/2005, de 18 de febrero, de la Inspección General de Sanidad, por la que se regulaba el funcionamiento de los laboratorios de análisis de drogas del Ministerio de Defensa.

17.3 de la Ley Orgánica 8/1998), entre otras, las sentencias de 5 de abril de 2001, 21 de mayo de 2002, 1 de marzo de 2004, 5 de julio de 2007, 17 de enero de 2008 y 30 de abril de 2009, «las pruebas analíticas de las muestras de orina constituyen prueba suficiente de signo incriminatorio, siempre que, como en este caso, sean obtenidas con pleno respeto a los derechos fundamentales del encartado».

Las determinaciones analíticas a realizar entre el personal militar como una de las medidas disuasorias del consumo de estupefacientes y que constituye un común denominador a los programas de prevención que contemplan los tres Ejércitos han de ser practicadas de acuerdo con el protocolo de actuación perfilado en la Instrucción Técnica 1/2012, de 10 de febrero, de la Inspección General de Sanidad, por la que se regula el funcionamiento de los laboratorios de análisis de drogas del Ministerio de Defensa¹².

El anexo IV de la referida Instrucción está dedicado a regular el procedimiento normalizado de la toma de muestras. Para la toma de muestra afirma que «se podrá realizar en los laboratorios que dispongan de locales apropiados o en los botiquines o locales de las unidades que reúnan las condiciones necesarias». Para señalar a continuación que «en los BUICO la recogida de muestras de orina será realizada por personal autorizado perteneciente a sus servicios sanitarios o, en caso de carecer de estos, el que cumpla dichas funciones, bajo la supervisión del responsable designado por el jefe del BUICO»¹³.

Si bien la dicción de esta previsión parece clara, como decíamos, no son pocos los problemas que se plantean en este aspecto cuando en la realización de la muestra no interviene personal sanitario. Cuestión relevante por la trascendencia que en el ámbito disciplinario puede implicar por afectar a la tipicidad de la infracción el resultado positivo obtenido a un militar cuando, previamente en la fase de la toma de muestra haya participado personal sin cualificación sanitaria.

Resulta necesario afirmar, como se dijo, que la cuestión de los efectos jurídicos derivados de la práctica de toma de muestras de orina por personal no incardinado en los servicios sanitarios de las Fuerzas Armadas o con funciones para ello han sido tratados por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de manera diversa, no existiendo, actualmente, un criterio jurisprudencial pacífico al respecto. Así, en sentencias de 6 de febrero de 2012 y 13 de febrero de 2013 se indicaba lo siguiente:

«(...) si bien es cierto que en el referido anexo IV —de la Instrucción Técnica 1/2012, de 10 de febrero— en el que se contiene el procedimiento normalizado de Tratamiento de Muestras, se establece que “en los

¹² La actual Instrucción Técnica 1/2012 viene a sustituir a la anterior, primordialmente, para dar cumplimiento a la previsión contenida en el II PGPDFAS, sobre las instrucciones técnicas para la regulación del Laboratorio de Referencia de Drogas al incorporar la prueba de confirmación genética, no prevista en la anterior.

¹³ La Instrucción Técnica 1/2005, en el apartado «Toma de muestras» del anexo IV de la Instrucción Técnica 1/2005, de la Inspección General de Sanidad, señalaba que «la recogida de las muestras de orina será realizada por personal autorizado perteneciente a sus servicios sanitarios o, en caso de carecer de estos, el que cumpla dichas funciones, bajo la supervisión del responsable designado...».

BUICO la recogida de las muestras de orina será realizada por personal autorizado perteneciente a sus servicios sanitarios”, no lo es menos que esta prescripción se realiza con la expresa salvedad de que, en el caso de carecer de dichos servicios, la recogida será realizada por “el que cumpla dichas funciones, bajo la supervisión del responsable designado por el jefe del BUICO”.

(...) Acreditado que no se encontraban activados los servicios sanitarios del acuartelamiento, ninguna objeción puede hacerse respecto a que la recogida de las muestras de orina fuera realizada por quien tuviera asignada dicha función “bajo la supervisión del responsable designado por el jefe del BUICO”, al estar, como hemos visto, dicha posibilidad reglamentariamente prevista».

Como puede apreciarse del pasaje jurisprudencial antedicho, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, en aquellos supuestos en los que se acreditó la imposibilidad de activar los servicios sanitarios de la Unidad, mantuvo la validez de la toma de muestras de orina practicada siempre que la misma hubiese sido llevada a cabo por personal designado por el jefe de la Unidad que tuviera asignada tal función. Posteriormente, en la sentencia de 4 de mayo de 2015, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo sostuvo que del contenido de la repetida Instrucción Técnica 1/2012 (anexo IV) de la Inspección General de Sanidad de la Defensa, no se deducía que la recogida de muestras requiera la intervención de personal con una capacidad facultativa que dicha instrucción no exige, previendo tan solo su pertenencia a los servicios sanitarios. Esta línea jurisprudencial fue seguida, igualmente, en las sentencias de 15 de enero de 2015 y 18 de julio de 2014.

Sin embargo, entre medias y sin que conste un cambio jurisprudencial palmario en las resoluciones de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se dictaron las sentencias de 6 de julio de 2015 y 27 de septiembre de 2013, en las que se entendió que la infracción de las reglas contenidas en el anexo IV de la meritada Instrucción Técnica 1/2012, de la Inspección General de Sanidad de la Defensa, suponía, en los casos enjuiciados en sede casacional, una vulneración del derecho de defensa. Apuntábamos anteriormente que esta cuestión no era pacífica y ello se vislumbra a raíz de los votos particulares que concurrieron en las últimas resoluciones judiciales citadas, los cuales venían a establecer que, en realidad, la infracción de las reglas contenidas en el anexo IV de la Instrucción Técnica 1/2012 no suponían una tacha de nulidad plena o radical del acto administrativo consistente en la toma de muestras de orina, sino una mera irregularidad administrativa no invalidante del acto practicado.

Así planteado, ello puede llevar al debate de si el incumplimiento o infracción de las reglas que se contienen en la señalada Instrucción Técnica pudiera constituir causa de nulidad o anulabilidad de las contempladas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁴. Partiendo de la idea de que la Instruc-

¹⁴ Esta Ley habrá de entenderse derogada por la inminente entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (*Boletín Oficial del Estado* n.º, 236, de 2 de octubre de 2015), el 2 de octubre de 2016 (artículos 47 y 48).

ción Técnica 1/2012 establece un protocolo o conjunto de reglas que han de observarse para el mejor proceder de la toma de muestras de orina, no puede decirse que formalmente constituya una norma jurídica, sí, en cambio, instrucciones u órdenes de servicio, adoptados por órganos administrativos.

En efecto, la potestad de determinados órganos administrativos para mejorar la organización y funcionamiento de sus órganos dependientes, mediante la aprobación de instrucciones u órdenes de servicio, no puede ser confundida con la potestad reglamentaria, inherente al Gobierno y otras autoridades, como los ministros, que se plasma mediante reales decretos y órdenes ministeriales. Así que la infracción de las instrucciones u órdenes de servicios no afecta por sí sola a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos (artículo 21 de la LRJAP-PAC)¹⁵. Ya desde la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 26/1986, de 19 de febrero, se dijo que:

«... aunque se trata de algo elemental y de pacífica aceptación, es conveniente referir aquí que las denominadas instrucciones (al igual que las circulares) no alcanzan propiamente el carácter de fuente del derecho, sino tan solo el de directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de esa jerarquización, no siendo una especial manifestación de la potestad reglamentaria, cuyos efectos jurídicos consisten en su cumplimiento por los destinatarios, incurriendo, en responsabilidad disciplinaria en caso contrario, y sin que sea menester su publicación, como se requiere si de verdaderas normas reglamentarias se tratara, bastando que la instrucción llegue a conocimiento del inferior jerárquico al que se dirige. Insistiendo en el punto relativo a la publicación, hay que recordar, también, que la misma se exige, en el *BOE*, para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones de carácter general, ya que así está previsto en el artículo 132 de la LPA».

La Instrucción Técnica 1/2012 fue aprobada por el inspector general de Sanidad, autoridad administrativa que no tiene potestad para aprobar reglamentos, sí para dictar la instrucción. Su infracción, por tanto, no puede deparar por sí sola la nulidad o anulabilidad del acto, principalmente, porque su contenido, al no tratarse de una norma jurídica, carece de toda relevancia jurídica, al no regular o desarrollar derechos u obligaciones de los interesados, tal como exigió la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sentencia de 10 de febrero de 1997.

Al hilo de lo antedicho y desde otra perspectiva, se ha de considerar si el acto administrativo —toma de muestra— llevado a cabo con base en la Instrucción Técnica puede vulnerar alguno de los derechos fundamentales del militar, concretamente, el de defensa y el de intimidad. Pues bien, con respecto al derecho de defensa podríamos hallarnos ante una vulneración del mismo si el acto administrativo generara algún tipo de indefensión. Así, el Tribunal

¹⁵ Se prevén en el artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (*Boletín Oficial del Estado* n.º 236, de 2 de octubre), en vigor a partir de 2 de octubre de 2016.

Constitucional en sentencia n.º 2/2001, de 14 de enero, estableció que para que pudiera estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo de sus intereses. El conjunto de derechos inherentes a todo aquel que se ve sometido al protocolo de actuación perfilado en la Instrucción Técnica 1/2012, relativos al trámite de obtención de muestras de orina, están contenidos en el Pleno de 20 de marzo de 2012, de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, donde se estipuló que se lesiona el derecho de defensa por la Administración, en relación a la obtención de pruebas de detección para el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cuando no se advierte al interesado de su derecho a solicitar la práctica de contraanálisis.

Y, en relación al derecho a la intimidad que consagra el artículo 18.1 de nuestra norma suprema, el Tribunal Constitucional, en la sentencia n.º 70/2009, de 23 de marzo, ha configurado el derecho a la intimidad como un derecho estrechamente vinculado a la dignidad de la persona, implicando la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Este precepto constitucional, además, confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean poderes públicos o privados (simples particulares), el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga, cuanto menos, una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones, salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno.

Superfluo resulta afirmar que el personal militar ostenta, igual que el resto de ciudadanos, el derecho a la intimidad, si bien con determinadas restricciones, dados los cometidos encomendados. Ya en la Ley Orgánica 9/2001, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas, se reconoce en su artículo 10 el derecho del militar a la intimidad personal; mientras, el apartado 2 prevé una serie de limitaciones en cuanto al registro personal del militar, de sus taquillas, efectos y pertenencias dentro de la Unidad.

Por tanto, no siendo tal derecho absoluto o ilimitado, resulta lógico que el legislador también haya querido limitar el derecho a la intimidad del militar en una serie de supuestos relacionados con su salud, como ocurre con la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

En efecto, el artículo 83.2 de la Ley de la Carrera Militar, avala la realización de «análisis y comprobaciones de carácter obligatorio, encaminados a detectar

los estados de intoxicación y el consumo de drogas tóxicas»¹⁶, lo que cubre la posible realización de pruebas aleatorias y programadas en relación al consumo de sustancias prohibidas.

Por tanto, siendo la práctica de toma de muestras de orina una intervención corporal leve —según tiene repetidamente declarado el Tribunal Constitucional, sentencia n.º 207/1996—, también lo es que en determinados casos las pericias analíticas que comporten injerencias justificadas no supongan menoscabo de los derechos fundamentales, siempre que exista una norma habilitante, que resulte necesaria para la finalidad prevista y sea proporcionada. A partir de aquí puede decirse que la citada norma legal confiere cobertura a la práctica con carácter obligatorio de pruebas analíticas; delimita la finalidad, la cual es detectar el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, con sus consecuencias sobre la aptitud psicofísica del que se somete a tales pruebas; la finalidad se encuentra en la actuación genérica del *ius puniendi* del Estado, pues las actuaciones llevadas a cabo se hacen a fin de dar cumplimiento al régimen disciplinario de la institución militar, así como la protección de la salud, regla de comportamiento esencial del militar, ex artículo 40 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Finalmente, la práctica de la muestra de orina es el método idóneo y proporcionado para alcanzar el fin previsto y es respetuoso con el contenido esencial del derecho.

IV. TRATAMIENTO DISCIPLINARIO DEL CONSUMO DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS. SU REPROCHE

Cuando a pesar de las medidas que en el ámbito de las Fuerzas Armadas se emplean para impedir que el militar incurra en aquellas conductas prohibidas y cuando a pesar de las advertencias previas se revela incapaz de abstenerse de consumir drogas en su tiempo libre, no una ni dos, sino hasta en tres ocasiones diferentes, incumpliendo las obligaciones a que viene sometido por su código deontológico al integrarse de manera voluntaria en el estamento castrense, se impone la salvaguardia del interés general y la defensa de los valores esenciales de las Fuerzas Armadas¹⁷.

La Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, tipifica como falta muy grave, en su artículo 8.8 «[...] consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas [...] de forma reiterada fuera del servicio».

¹⁶ El artículo 83.2 dispone que «los reconocimientos y pruebas podrán comprender análisis y comprobaciones de carácter obligatorio, encaminados a detectar los estados de intoxicación y el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas».

¹⁷ La Ley Disciplinaria Militar tiene como finalidad del régimen disciplinario la de garantizar la observancia de las reglas de comportamiento de los militares, en particular la disciplina, jerarquía y unidad que constituyen el código de conducta de los miembros de la Institución Militar.

Idéntica finalidad se recoge en la Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional.

El artículo 10 del mismo texto define la reiteración como «a los efectos de esta ley, se entiende que una conducta típica es reiterada cuando se realiza en tres o más ocasiones en el período de dos años, que se computará de fecha a fecha desde la comisión del primero, aunque los hechos aislados hayan sido sancionados».

De la misma manera que su predecesora, la de 1998, la vigente Ley Disciplinaria Militar, mantiene como infracción muy grave (en la actual nomenclatura), la conducta asociada al consumo de tales sustancias de forma reiterada fuera del servicio (reiteración que viene a sustituir a la habitualidad (contemplada en la derogada norma).

El propio preámbulo de la LORDFAS ya nos aclara que se mantienen como faltas muy graves, si bien modificando su redacción, algunas de las vigentes «causas de sanciones disciplinarias extraordinarias», reveladoras de una especial gravedad y, por ello, merecedoras del máximo reproche en la vía disciplinaria castrense. Las pautas para decidir su inclusión en el catálogo de las faltas muy graves han sido fundamentalmente la reiteración en comportamientos sancionables y la tutela especial que merecen valores tan esenciales en las Fuerzas Armadas como la disciplina, los deberes del mando y del servicio, así como los derechos constitucionales de los militares.

Como no podía ser de otra manera el legislador sigue considerando dicha infracción como de especial gravedad, dada la tutela del bien jurídico a que atiende el precepto que sigue siendo el interés e integridad del servicio, como valor consustancial a la institución militar y, por tanto, merecedora del máximo reproche disciplinario.

Esta conducta punible recoge similares elementos típicos que la descripción contenida en el precepto al que viene a sustituir, sustancialmente consistentes en: a) que la sustancia autosuministrada tenga la condición jurídica de estupefaciente, lo que indefectiblemente nos remite al bloque normativo de la Lista I de la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 30 de marzo de 1961, modificada por el Protocolo de 25 de marzo de 1972, ratificada por España el 3 de febrero de 1966; b) una reiteración de evidencias de consumo, que por mor de la regla de carácter general contenida en el artículo 10, habrá de repetirse en tres ocasiones al menos, en un período de dos años «... que se computará de fecha a fecha desde la comisión del primero, aunque los hechos aislados hayan sido sancionados»; y c) que el consumo tenga lugar fuera del servicio, pues en otro caso la responsabilidad obedecería otro título de imputación incorporado al mismo precepto.

La punición de tales infracciones se establece en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 8/2014. «las sanciones que pueden imponerse por faltas muy graves son: a) el arresto de treinta y uno a sesenta días; b) la suspensión de empleo; c) la separación del servicio; d) la resolución de compromiso».

Para la imposición del correctivo la ley previene unos criterios de graduación, para no incurrir en vulneración del principio de proporcionalidad. Señala

al efecto el artículo 22.¹⁸ que «la imposición de las sanciones disciplinarias se individualizará conforme al principio de proporcionalidad, guardando la debida adecuación con la entidad y circunstancias de la infracción, las que correspondan a los responsables, la forma y grado de culpabilidad del infractor y los factores que afecten o puedan afectar a la disciplina y al interés del servicio [...]».

Sobre la cuestión de la proporcionalidad e individualización del reproche disciplinario es constante la jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal, por cuanto sostiene que¹⁹:

«(...) la proporcionalidad es función que inicialmente incumbe al legislador que crea los tipos disciplinarios y anuda a estos las correspondientes sanciones. Y a partir de aquí se trata de producir la adecuada individualización al caso de la respuesta o reacción disciplinaria, en consideración a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, correspondiendo a la Administración elegir cuál de las correcciones posibles, de entre las legalmente previstas, conviene al caso para que se produzca aquel ajuste por la vía de la individualización, cuyo posterior control de legalidad compete a la Jurisdicción». «(...) la proporcionalidad juega como regla de elección de la más adecuada, entre las posibles sanciones que pueden imponerse a la conducta antidisciplinaria realizada, de tal forma que lo determinante de dicha elección será, precisamente, la entidad y circunstancias de la infracción genéricamente contemplada. Es, pues, la correspondencia que ha de existir entre los hechos que definen la conducta del presunto autor y las sanciones legalmente establecidas, la armonía o adecuación objetiva, en suma, entre la infracción y la sanción. Propiamente, el juicio sobre la proporcionalidad de la sanción es competencia del legislador que establece por ley el elenco de sanciones a imponer a los distintos tipos de infracciones según la gravedad de las mismas», ponen de relieve que «ahora bien, como todo juicio no reglado sistemáticamente hasta sus últimas consecuencias es un juicio de razonabilidad y requiere, además, que las leyes contengan unos criterios complementarios de dosimetría sancionadora que respondan a las exigencias de la justicia, satisfaciéndolas en su plenitud. Este criterio es el de la individualización de la sanción, que no es más que la “singularización” del caso con la especificación de las circunstancias que concurran, ajustando la sanción ya valorada —según criterio de proporcionalidad— al caso particularizado»²⁰.

Igualmente, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo viene indicando que:

«(...) es a la autoridad sancionadora en el ejercicio de la potestad que le es propia a quien incumbe decidir sobre la proporcionalidad y eventual individualización de la sanción elegida en términos de razonable motivación, de manera que la que se imponga represente adecuada respuesta a

¹⁸ Dicho precepto supone, en relación al artículo 6 de la LORDFAS de 1998, una mejora, al incluir una referencia expresa al principio de culpabilidad.

¹⁹ STS (Sala 5.ª) de 14 de marzo de 2016.

²⁰ STS (Sala 5.ª) de 14 de marzo de 2016.

la antijuridicidad del hecho y a la culpabilidad del autor, correspondiendo verificar la legalidad de lo actuado al órgano jurisdiccional». Añadiéndose, posteriormente, que «en los casos en que la sanción impuesta sea la más grave e irreversible de las previstas venimos afirmando la necesidad de realizar un esfuerzo argumentativo a modo de motivación reforzada»²¹.

Así las cosas, los pronunciamientos del Alto Tribunal sobre la proporcionalidad e individualización de las sanciones impuestas por esta infracción presentan dos líneas maestras claramente sedimentadas. Por un lado, y en abstracto, el consumo de estupefacientes se considera radicalmente inadecuado a la condición de miembro de las Fuerzas Armadas, por el riesgo que supone para aquellas personas depositarias de las armas que la comunidad les confía y porque afecta significativamente a la ejemplaridad predicable de todo miembro de la institución militar. Pero, es lo cierto, también, que resultando el consumo habitual de psicotrópicos merecedor de sanción, no tiene por qué ser la respuesta punitiva siempre la de mayor rigor, que suponga la expulsión de las Fuerzas Armadas, sino que en función de las circunstancias de obligada valoración previstas en la LORDFAS —las circunstancias que concurren en los autores y las que afecten o puedan afectar al interés del servicio— puede resultar indicado un castigo de inferior entidad que no suponga la pérdida irreversible del vínculo con la institución.

Exponente de la primera línea es la sentencia de 11 de diciembre de 2008 que de forma un tanto rutinaria señala que «... la falta muy grave apreciada protege y ello conviene subrayarlo, en lo que aquí importa, el prestigio de la institución y el propio servicio, que no puede ser desempeñado en las mínimas condiciones exigibles por quienes consumen habitualmente esas sustancias dado el riesgo que ello comporta para las Fuerzas Armadas, en las que sus miembros son servidores públicos que portan armas en razón a la naturaleza del servicio que prestan».

Y muestra de la tendencia individualizadora son un buen puñado de sentencias como las de 22/06/2009, 10/09/2009, 13/10/2009 y 12/11/2009 que señalan que «... la autoridad sancionadora puede imponer una de las tres, pero no una cualquiera, como si con todas respetara el principio de proporcionalidad individualizada contenido en el artículo 6 de la ley citada, sino, aplicando este principio, aquella que resulte más adecuada a la entidad de los hechos, a las circunstancias que concurren en el infractor y a las circunstancias que afecten o puedan afectar al interés del servicio. La falta imputada —al igual que las restantes muy graves— no ha de ser sancionada siempre con separación del servicio. Si así hubiera de ser, el legislador no habría previsto como también imponibles la suspensión de empleo y la pérdida de puestos en el escalafón. Y también es sabido, como esta Sala tiene declarado en las sentencias citadas, que la autoridad sancionadora debe motivar su decisión, esto es, exponer las razones justificativas de la elección de la sanción (en este caso, de la sanción de separación del servicio), pues solo así el militar sancionado podrá ejercer en debida forma su derecho a impugnar la resolución sancionadora y los tribunales podrán realizar el control atribuido por

²¹ STS (Sala 5.ª) de 26 de noviembre de 2015.

la ley. La elección de la sanción más grave ha de estar singularmente justificada. La imposición de cualquier sanción ha de estar justificada. Cuando se trata de la más grave, la justificación ha de ser realizada con máximo rigor».

Como más reciente expresión de la necesidad del más escrupuloso respeto a los principios de proporcionalidad e individualización del castigo en el momento de la elección de la sanción adecuada, podemos citar la sentencia de la Sala 5.^a de lo Militar del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2014, cuando señala que «a nuestro juicio, el tipo disciplinario no tiene que elaborarse considerando que el básico es el que lleva aparejada la sanción de separación del servicio, y cualquier otra sanción supone una atenuación que exija encontrar los elementos que la sustentan. Es posible examinar la cuestión al revés: el tipo básico implica la sanción básica y lo demás exige elementos de agravación».

Sintetizando ese ya copioso cuerpo jurisprudencial —que no puede ignorar la autoridad administrativa, sujeta como todos los poderes públicos a las decisiones de los tribunales—, puede afirmarse que la sanción de separación del servicio o con la ahora novedosa de la resolución de compromiso, puede resultar desproporcionada cuando: (1) como premisa previa el encartado ha manifestado su oposición a la baja en las Fuerzas Armadas, ejerciendo en toda su plenitud el derecho de defensa, (2) existen datos objetivos que permiten afirmar que el consumo de drogas no ha proyectado su influencia en el concreto servicio que incumbe al expedientado, (3) la Administración militar, a través de lo que en términos jurídicos se conoce como «actos propios» —renovación de compromiso, ascenso, recompensas, IPEC favorables, informes satisfactorios— ha reconocido la aptitud de aquel para continuar en la institución, (4) el expedientado ha exteriorizado de forma activa su voluntad de alejarse de cualquier forma de consumo de sustancias de tráfico ilícito.

En cambio, se ha venido considerando como un factor de agravación en la imposición de la sanción más grave la naturaleza o tipo de sustancia consumida. En este punto, es unánime la jurisprudencia militar que se decanta por confirmar la imposición de la sanción más rigurosa tratándose del consumo de cocaína, «por la especial incidencia negativa que su consumo adictivo produce en las facultades psicofísicas de las personas; lo que adquiere especial relevancia cuando se refiere a los profesionales de las Fuerzas Armadas que, entre otros cometidos que desempeñan, resultan ser depositarios de la fuerza de las armas que la nación les entrega»²².

Por lo demás, una consideración merece la inclusión de la resolución de compromiso, como sanción disciplinaria (muy grave)²³, y que el artículo 21 al

²² STS (Sala de lo Militar) de 2 de noviembre de 2011, 30 de enero y 30 de abril de 2012, 27 de mayo y 13 de diciembre de 2013, 17 de enero, 28 de marzo, 18 de julio, 20 de octubre y 26 de septiembre de 2014, 16 de abril y 21 de mayo de 2015.

²³ Dicha nueva sanción ha motivado que se modificara el artículo 118 de la Ley de la Carrera Militar por la disposición final tercera, apartado ocho, de la LORDFAS, «durante los tres primeros años de compromiso este se resolverá por alguna de las siguientes causas: h) por la imposición de sanción disciplinaria de resolución de compromiso, en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas».

referirse a esta nueva sanción —antes efecto asociado a la separación del servicio— lo restringe en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación a quienes no son militares de carrera, al señalar que «supone el cese en la relación de servicios profesionales de carácter temporal con las Fuerzas Armadas, establecido mediante la firma del correspondiente compromiso, sin poder volver a ingresar en ellas voluntariamente», de lo que cabe deducir que cuando el vínculo con los ejércitos no es de carácter permanente debe el operador jurídico plantearse si en el caso concreto resulta más beneficioso, para quien por motivos disciplinarios ha sido propuesto para la baja en las Fuerzas Armadas, efectuarlo con arreglo a una u otra sanción, contando desde luego para ello con la opinión del interesado, pero sin resultar vinculado por dicho parecer, al tratarse a todas luces de una cuestión de orden público, no sometida al principio dispositivo.

Un primer examen de la disyuntiva parece apuntar a la indiferencia entre una y otra sanción, pues la separación del servicio de la Ley Orgánica 8/1998 suponía «quedar fuera de los Ejércitos sin poder volver a ingresar en ellos voluntariamente» para cualquier militar y, específicamente, para los que mantenían una relación de servicios profesionales de carácter temporal, como efecto asociado «la resolución del compromiso que tuvieran contraído».

Pero la ley actualmente vigente efectúa una deliberada exclusión de los militares temporales de la imposición de la sanción de separación del servicio —al igual que lo hace con los reservistas y los alumnos—, efectuando una discriminación intrascendente en cuanto a la posibilidad de volver a reintegrarse a las Fuerzas Armadas, pero no en cambio en cuanto a la aptitud para el acceso al empleo público en la Administración General del Estado y resto del sector público, donde se incorpora como requisito general de acceso en el artículo 56.1.d) del Estatuto Básico del Empleado Público el de «no haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas».

Constituye un principio general del derecho, normativizado en el artículo 5.3 del Código Civil, el de la interpretación estricta de las normas restrictivas de derechos individuales —*odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda*—, de lo que cabe deducir que si el legislador de la nueva ley disciplinaria ha optado por disociar entre las más rigurosas de las sanciones la de resolución del compromiso, respecto a la tradicional en la función pública de la separación del servicio, no lo hace de forma inmotivada o inadvertida, sino con una vocación clara de favorecer la reinserción laboral de quien ha tenido un vínculo no permanente con la Administración militar, permitiendo, si cumple el resto de requisitos, la posibilidad de acceder a otro empleo público una vez extinguida su responsabilidad frente a las Fuerzas Armadas.

Se considera, pues, un acierto, la inclusión de este nuevo correctivo, en cuanto que no veda la posibilidad de acceder a la función pública, solo la de reingresar en el estamento castrense.

Por último, no puede pasarse por alto la nueva falta muy grave introducida en el texto de la Ley Orgánica 8/2014 que tipifica en su artículo 8.9 «la negativa injustificada a someterse a prueba de detección del consumo de drogas tóxicas,

estupefacientes, sustancias psicotrópicas o similares, legítimamente ordenada por autoridad competente, y realizada por personal autorizado, a fin de constatar la capacidad psicofísica para prestar servicio [...]».

Como explica el preámbulo de la nueva Ley Disciplinaria, el legislador se ha cuidado de deslindar cuidadosamente los tipos disciplinarios de determinados delitos incriminados en el Código Penal o Código Penal Militar, acogiendo una redacción que los diferencie, precisando como expresión del principio de intervención mínima del derecho penal que la desobediencia consistente en negarse injustificadamente a someterse a una prueba de detección de consumo de drogas tóxicas integra la falta muy grave del artículo 8.9.

También la Sala de lo Militar de nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, casando y anulando diversas resoluciones judiciales condenatorias de los Tribunales Militares Territoriales, por conductas constitutivas del delito de desobediencia (del artículo 102 del derogado Código Penal Militar) —consistente en la negativa a someterse a análisis de orina para detectar el consumo de drogas— y cuyo enjuiciamiento por los Tribunales de instancia se había efectuado cuando ya había entrado en vigor la LORDFAS. Ya desde la sentencia de 1 de octubre de 2015, seguida por la dictada en Pleno el 23 de febrero de 2016 y la de 10 de mayo, se viene afirmando que «[...] con la nueva falta muy grave del artículo 8.9 se ha producido lo que hemos “llamado una despenalización sobrevenida de la conducta que se describe en los hechos probados de la sentencia recurrida, porque tipificada expresamente la negativa a practicar prueba de detección de drogas tóxicas como falta muy grave, la especificidad del tipo —que revela con nitidez la voluntad legislativa— hace inviable la incardinación de la conducta en los genéricos tipos de la desobediencia, sean disciplinarios o penales, siendo de obligada aplicación el tipo del n.º 9 del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/2014” (sentencia de esta Sala de 23 de febrero de 2016) [...]».

No obstante, dichas resoluciones judiciales cuentan con votos discrepantes, al entender que la nueva Ley Disciplinaria no ha supuesto una despenalización sobrevenida de la conducta ahora prevista en su artículo 8.9, sino que la conducta desobediente constituirá infracción disciplinaria o ilícito penal, atendida la entidad y gravedad de la desobediencia en cada caso concreto. También ha contado con algún voto concurrente, en el sentido de considerar que debiera apreciarse la falta muy grave del 8.9 cuando la negativa lo sea a una orden (orden rutinaria) que obedezca a la ejecución de un plan general de prevención de estas sustancias.

En definitiva, muy satisfactoria se nos representa la inclusión de una infracción importada del régimen sancionador de la Guardia Civil como es la rebeldía a pasar reconocimiento médico o de sometimiento a pruebas analíticas, comportamiento que la experiencia enseña que se multiplica en el caso de infractores contumaces que vislumbran en su horizonte la expulsión de la Administración.

RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY DE LA CARRERA MILITAR. ASCENSOS HONORÍFICOS, DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMOTERCERA Y ARTÍCULO 24

*Paloma María Prieto Fernández
Capitán auditor*

SUMARIO: I. Introducción. II. Disposición transitoria decimotercera de la ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. Concesión de empleo honorífico a retirados. 2.1. Procedimiento y competencia. 2.2. Ámbito de aplicación. Requisitos. 2.3. Fecha de antigüedad. III. Artículo 24 de la ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. Empleos con carácter honorífico. 3.1. Procedimiento y competencia. 3.2. Retroactividad. IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es poner de manifiesto los problemas interpretativos que ha ocasionado la disposición transitoria decimotercera y artículo 24 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar (LCM), en su redacción dada por la Ley 46/2015, de 14 de octubre, así como en la medida de lo posible dar una solución a los mismos, y ello circunscrito especialmente al ámbito de la Armada.

Dichos preceptos son el resultado del mandato contenido en la disposición final duodécima de la Ley Orgánica, 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas, que prevé que «en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta ley el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un proyecto de ley para la reforma del régimen transitorio de la Ley de la Carrera Militar, tras la experiencia adquirida en su aplicación. A estos efectos, la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados emitirá un dictamen con carácter previo que aborde los diferentes elementos del período transitorio de la Ley, en particular los referidos a la promoción y cambio de escala,

régimen de ascensos, antigüedad, pase a la situación de reserva y reconocimientos académicos de la formación adquirida, así como al retiro del personal discapacitado, considerando, en su caso, los correspondientes efectos económicos».

Para dar cumplimiento al mandato contenido en dicho precepto, aun cuando ya había transcurrido con creces el plazo previsto de los seis meses, la subcomisión de reforma del régimen transitorio de la Ley de la Carrera Militar, constituida en el seno de la Comisión de Defensa, emitió informe, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 4 de junio de 2014.

En dicho informe se procede a realizar tanto una delimitación conceptual del mandato de la Ley Orgánica 9/2011 como a hacer un análisis por materias de las propuestas realizadas en relación con el régimen transitorio de la LCM.

En relación con el objeto del presente trabajo y por lo que se refiere a dicha delimitación conceptual se señala que, «en cuanto al “régimen de ascensos” se considera que la interpretación más adecuada es aquella que está referida al régimen de ascensos del personal al pasar a la situación de reserva (disposiciones transitorias sexta y séptima). Después de cuatro ciclos aplicando los nuevos sistemas de evaluación para el ascenso, basados en el mérito y la capacidad y con personal ya ascendido a distintos empleos, no se considera posible otra interpretación.

La referencia al “pase a la situación de reserva” tiene su origen en el establecimiento por ley de un criterio general con numerosas excepciones (artículo 113 y disposición transitoria octava) y se corresponde en el ámbito temporal con el 31 de julio de 2013, momento en el que de forma general cambian las condiciones de pase a esa situación.

En cuanto a la referencia al “pase a retiro del personal discapacitado” hay que ponerlo en relación con los “ascensos”, dado que este personal, en algún caso, no pasó por la situación de reserva y por tanto no pudo acogerse a los derechos establecidos en la disposición adicional décima y disposiciones transitorias sexta y séptima de la Ley.

Por otro lado, se debe hacer una mención especial al personal que como consecuencia de hechos acaecidos en acto de servicio sufrieron una discapacidad y permitir que, en determinadas circunstancias, pueda mantener una mayor vinculación y relación con las Fuerzas Armadas».

En cuanto al referido análisis se dispone que, «el “pase a retiro del personal discapacitado” es un aspecto que debe abordarse con especial sensibilidad y, como se dijo anteriormente, está muy relacionado con el régimen de ascensos.

A este respecto se plantearon distintas iniciativas en relación con: la disposición adicional décima, la disposición transitoria sexta y la disposición transitoria séptima de la Ley.

En relación con la disposición adicional décima, se propuso que se reconociera el derecho al ascenso a los oficiales de las escalas auxiliares y a los suboficiales que superaron el curso de aptitud para el ingreso en las escalas auxiliares

y al cuerpo auxiliar de especialistas, pero que pasaron a retiro por pérdida de condiciones psicofísicas, bien en acto de servicio, como consecuencia del mismo, o por enfermedad común.

A este respecto la disposición adicional décima de la Ley 39/2007 contemplaba la posibilidad de ascenso de los oficiales en retiro que reunieran las condiciones y pudieran solicitar su reordenación, estableciendo un plazo temporal para ello que ya finalizó.

También era de aplicación a los suboficiales que, reuniendo las condiciones para el ascenso, no hubieran pasado a la reserva o reserva transitoria el 20 de mayo de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley 17/1999.

La Ley 26/2011, de Derechos del Personal con Discapacidad, en nada modificó la referencia que se hace a los suboficiales en la Ley, ni amplía la posibilidad de integrarse en las escalas referidas a personal cuya situación administrativa no le permitiera pasar a reserva, con mayor razón si estaba retirado.

Es por ello que para el caso de los suboficiales no se contempla la posibilidad de integración y ascenso si estaban retirados.

Parece, por tanto, adecuado estudiar la posibilidad de conceder un empleo honorífico a aquellos suboficiales que, reuniendo las condiciones, pasaron directamente a retiro desde la situación de servicio activo, por pérdida de condiciones psicofísicas como consecuencia de acto de servicio.

En relación con la disposición transitoria sexta y séptima se propuso incluir a aquellos que, teniendo las condiciones cumplidas, pasaron directamente a retiro sin pasar por la reserva, como consecuencia de insuficiencia de condiciones psicofísicas.

No todo el personal que pasa a retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas debe ser objeto de este ascenso, ya que como hemos visto anteriormente la finalidad de estas disposiciones transitorias es corregir la modificación en las expectativas de carrera de una escala y la de conceder el empleo de oficial a los suboficiales que, durante más de treinta años, han prestado servicio en las Fuerzas Armadas.

Cuestión distinta es estudiar aquellos casos que pasaron a retiro en acto de servicio y que, según fuesen oficiales o suboficiales, se podría contemplar la posibilidad de conceder un ascenso honorífico o el empleo de teniente con carácter honorífico, respectivamente.

Por último, se propuso la concesión de un empleo con carácter honorífico para el personal que fallezca o sufra una discapacidad en acto de servicio.

El artículo 24 de la Ley establece que el expediente para la concesión del empleo superior con carácter honorífico se iniciará cuando concurren las circunstancias referidas, lo que no significa que ese expediente se resuelva siempre en sentido estimatorio.

La especial sensibilidad que debemos tener con este personal y la demanda social, aconsejan que exista una mayor vinculación de este personal con las Fuerzas Armadas, pues su sacrificio y dedicación les hace merecedores del máximo respeto y consideración por parte de la institución militar y de toda la sociedad».

Tal y como se señala en el preámbulo de la Ley 46/2015, de 14 de octubre, que modifica la LCM, «la Comisión de Defensa aprobó, en su sesión de 9 de julio de 2014, el informe de la Subcomisión de reforma del régimen transitorio de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, en el que, tras delimitarse el alcance del mandato del legislador, se realizó un análisis de las propuestas realizadas tanto en relación con cada una de las materias incluidas en aquel como con otras materias contempladas en la propia Ley de la Carrera Militar. Dicho análisis concluyó con la formulación de diversas propuestas que ahora son recogidas en esta modificación legislativa, dando así cumplimiento al mandato contenido en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio.

Con esta reforma se define la vinculación efectiva del personal militar que pase a retirado en especiales circunstancias mediante su adscripción voluntaria a las Fuerzas Armadas, permitiéndole alcanzar sucesivos ascensos honoríficos; se regula la concesión de empleo a suboficiales retirados que no pudieron acogerse a la disposición adicional décima de la Ley de la Carrera Militar... y se establece la concesión de un empleo honorífico a personal que pasó directamente a la situación de retirado sin pasar por la situación de reserva, siempre que al pasar a retiro contara con veinte años de tiempo de servicios desde la adquisición de la condición de militar profesional, y en cualquier caso para los que lo hicieron en acto de servicio».

A continuación pasaremos analizar la disposición adicional decimotercera y el artículo 24 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, en su redacción dada por la Ley 46/2015, de 14 de octubre, atendiendo a la propia sistemática de tales preceptos.

II. DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMOTERCERA DE LA LEY 39/2007. CONCESIÓN DE EMPLEO HONORÍFICO A RETIRADOS

2.1. Procedimiento y competencia

La disposición transitoria decimotercera de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar, lleva por rúbrica «De la concesión de empleo honorífico a retirados» y prevé que:

«1. A los tenientes coroneles, comandantes y capitanes que, a partir de la entrada en vigor de esta ley, hayan pasado o pasen a retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas producidas en acto de servicio, hubieran pertenecido a una escala en la que exista el empleo de coronel, no tuvieran limitación legal para ascender y cumplan antes del 30 de junio

del año 2019 diez años en su empleo, computando el tiempo en servicio activo, reserva, en su caso, y retiro, se les podrá conceder el empleo honorífico de coronel, teniente coronel o comandante, respectivamente, que se asignará con antigüedad de 1 de julio siguiente a la fecha en que reúnan las condiciones.

2. Lo indicado en la disposición transitoria séptima será de aplicación en los mismos términos y condiciones a aquellos suboficiales que, estando incluidos en dicha disposición, hayan pasado o pasen a retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas producidas en acto de servicio, concediéndoles el empleo honorífico de teniente con la antigüedad de la fecha en la que hubieran pasado a la situación de reserva de haber continuado en servicio activo.

3. El personal de los apartados 1 y 2 anteriores, cuyo pase a retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas no fuera en acto de servicio, podrá ascender en las mismas condiciones que aquellos, siempre que al pasar a retiro contara con veinte años de tiempo de servicios desde la adquisición de la condición de militar profesional.

4. No procederá la concesión de estos empleos al militar al que, en aplicación del artículo 24, le hubiera sido concedido un empleo con carácter honorífico superior a alférez.

5. La concesión de estos empleos se efectuará previa solicitud de los interesados y no tendrá efecto económico alguno ni supondrá modificación de la pensión que como retirado perciba el interesado».

Por su parte, el artículo 24 de la Ley de la Carrera Militar, cuya rúbrica es «Empleos con carácter honorífico», dispone:

«1. En atención a méritos excepcionales o circunstancias especiales el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Defensa, podrá conceder, con carácter honorífico, el empleo inmediato superior a los militares que hayan pasado a retiro o resuelvan su compromiso. Los empleos con carácter honorífico también se podrán conceder a título póstumo.

2. La iniciativa para la concesión de empleos con carácter honorífico corresponderá al jefe de Estado Mayor de la Defensa o a los jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, motivando los méritos y circunstancias que concurran. En la tramitación de los expedientes figurará el informe del Consejo Superior del Ejército correspondiente.

En todo caso, se iniciará expediente para la concesión del empleo superior con carácter honorífico y se concederá a los militares fallecidos en acto de servicio o que se retiren o resuelvan su compromiso por incapacidad permanente para el servicio, siempre que se produzca en acto de servicio o como consecuencia del mismo, salvo que exista propuesta motivada contraria a la concesión de dicho empleo, en cuyo caso el ministro de Defensa acordará sobre la posible elevación al Consejo de Ministros.

3. En ningún caso los empleos concedidos con carácter honorífico llevarán consigo beneficio económico de naturaleza alguna ni serán considerados a efectos de derechos pasivos».

El primer problema que planteó la referida disposición transitoria decimotercera es el relativo a determinar la autoridad competente para conceder dicho ascenso, así como el procedimiento que se ha de seguir, y ello porque se ponía en relación dicha disposición con el artículo 24, cuando veremos se tratan de preceptos que regulan cuestiones diferentes.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir para la concesión de empleo honorífico a retirados podría considerarse que se ha de seguir el procedimiento previsto en el artículo 24 y al que luego haremos referencia o por el contrario nada tiene que ver con dicho artículo y sigue otro tipo de procedimiento. A este respecto se ha de señalar que de la lectura de los preceptos transcritos resultaría que la disposición transitoria decimotercera ha venido a introducir una nueva modalidad de ascenso honorífico, diferenciado del regulado en el artículo 24. La disposición transitoria decimotercera contempla la concesión de un empleo honorífico, no necesariamente el inmediato superior al que tuviera el interesado —ello es así en el caso de los suboficiales—, en definitiva, un ascenso con carácter honorífico, que pueden solicitar, acogiéndose a esta disposición —pues en este caso siempre se iniciará el expediente a instancia del interesado—, los militares que cumplan las condiciones establecidas en la misma, entre las que no se encuentra la concurrencia de méritos excepcionales o circunstancias especiales. Así pues, el procedimiento para la concesión de este ascenso honorífico sería aquel que se viene siguiendo en relación con el ascenso de suboficiales al empleo de teniente que regula la disposición transitoria séptima de la LCM. La concesión del referido ascenso honorífico tendría su fundamento en el cumplimiento por parte del interesado de las condiciones establecidas en la norma de aplicación. En este sentido se ha pronunciado el asesor jurídico general de la Defensa, en su informe de 1 de febrero de 2016.

Finalmente señalar que este argumento queda también sustentado en el escrito de la directora general de Personal, 431-EP HS (38.07.256/15), de 11 de marzo de 2016, al señalar que «la vinculación honorífica y el ascenso honorífico a sucesivos empleos contemplados en el artículo 24 bis de la LCM, únicamente será de aplicación a quien le haya sido concedido el ascenso honorífico en virtud de lo dispuesto en el artículo 24. Así se desprende del inciso segundo del punto 4 del mismo cuando determina que la concesión del primer empleo con carácter honorífico se efectuará con arreglo al artículo 24 de esta ley y los sucesivos los concederá el ministro de Defensa a iniciativa del jefe de Estado Mayor de la Defensa y de los jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, en el ámbito de sus respectivas competencias, y previo informe del Consejo Superior del Ejército correspondiente».

En cuanto a la autoridad competente para resolver resulta que la referida disposición transitoria decimotercera a diferencia del artículo 24 de la LCM no señala cuál es la autoridad competente para la concesión del repetido ascenso honorífico, con el problema añadido de que el personal que solicita el ascenso

honorífico se encuentra en la situación de retiro y de acuerdo con lo previsto en el artículo 115 de la LCM cesan definitivamente en su relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas, ni siquiera quedan adscritos a un Organismo de Apoyo al Personal (OAP), como en el caso de quienes pasan a la situación de reserva. Ahora bien, en el citado informe del asesor jurídico general de la Defensa, de 1 de febrero de 2016, se dispone que en aplicación de lo previsto en los artículos 12.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas(LRJPAC)¹ y 97, apartados 4 y 5, de la LCM², debe entenderse que dicho ascenso se producirá por el sistema de antigüedad, así como que «en materia de ascensos los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio son los Mandos y Jefaturas de Personal de los Ejércitos, lo que determina que, a falta de norma específica, sean estos los competentes para conceder los ascensos honoríficos previstos en la disposición transitoria decimotercera de que se trata».

Por escrito de la directora general de Personal, 431-EP HS (38.07.256/15), de 5 de mayo de 2016, se ha venido a ratificar este criterio, señalándose además que «los recursos de alzada que en su caso se interpongan contra las resoluciones de los Mandos o Jefaturas de Personal serán resueltos por los respectivos jefes de Estado Mayor de los Ejércitos (en el caso de los Cuerpos Comunes por el subsecretario de Defensa)».

2.2. **Ámbito de aplicación. Requisitos**

En cuanto al ámbito de aplicación y requisitos que han de concurrir para la concesión del ascenso honorífico previsto en la disposición transitoria decimotercera se han planteado diversos problemas interpretativos en relación a los apartados primero, segundo y tercero de la referida disposición, como a continuación pasaremos a ver.

Por su parte, los apartados cuarto y quinto prevén que se concederá el ascenso de carácter honorífico siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en dicha disposición, teniéndose en cuenta que la incoación del expediente será a petición del interesado, y no tendrá efecto económico alguno ni supondrá modificación de la pensión que como retirado perciba el interesado.

Asimismo, no procederá la concesión de un ascenso honorífico al empleo superior al militar que, en aplicación del artículo 24 de la LCM, le hubiera sido concedido un empleo con carácter honorífico superior a alférez/teniente.

¹ «Si alguna disposición atribuye competencia a una Administración, sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio y, de existir varios de estos, al superior jerárquico común».

² «La concesión de los ascensos por el sistema de elección no contemplados en el apartado 1 es competencia del jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, siguiendo la ordenación aprobada por el ministro de Defensa según lo previsto en el artículo 93», mientras que «la concesión de los ascensos por los sistemas de clasificación, concurso o concurso-oposición y antigüedad corresponde al Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente».

1. El apartado primero se refiere a tenientes coroneles, comandantes y capitanes que hayan pasado o pasen a retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas producidas en acto de servicio a partir de la entrada en vigor de esta ley.

Por su parte el apartado tercero va dirigido al citado personal cuyo pase a retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas no fuera en acto de servicio.

Se plantea así la primera cuestión interpretativa, es decir, cuando el precepto se refiere «a partir de la entrada en vigor de esta Ley» (1 de enero de 2008)³ se ha de entender que es de aplicación a los oficiales que hayan pasado a retiro desde el 1 de enero de 2008 hasta el 16 de octubre de 2015 o pasen a retiro a partir de esta fecha, o cabría incluir también a los que hubieran pasado antes del 1 de enero de 2008, en cuyo caso el precepto no debería haber introducido delimitación temporal alguna.

Si bien en el informe de la directora general de Personal, 431-EP HS (38-07.256/15), de 11 de marzo de 2016, cuando se refiere a los criterios a seguir en los expedientes tramitados conforme a la disposición transitoria decimotercera, se señala que dicha disposición será de aplicación a los suboficiales que, a partir del 1 de enero de 2008, hayan pasado o pasen a retiro; teniéndose en cuenta que dichos apartados no contienen delimitación temporal alguna, podría entenderse que el apartado primero resultaría de aplicación a tenientes coroneles, comandantes y capitanes que hayan pasado o pasen a retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas producidas en acto de servicio a partir de la entrada en vigor de la LCM, esto es, a partir del 1 de enero de 2008.

Ahora bien, en escrito de la directora general de Personal, 431-EP HS (38.07.256/15), de 15 de junio de 2016, se señala que la disposición transitoria decimotercera será de aplicación a aquellos suboficiales que hubieran pasado o pasen a retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas en acto de servicio o como consecuencia del mismo, así como los que hubieran pasado o pasen a retiro, sin que sea a consecuencia del servicio, por hechos acaecidos antes o después de la entrada en vigor de la LCM. Así pues, podría entenderse que este es también el sentido interpretativo que debería darse al apartado primero, en cuyo caso, el precepto no debería haber introducido delimitación temporal alguna.

Por lo demás se requiere que dichos oficiales pertenecieran a una escala en la que exista el empleo de coronel y no tuviera limitación legal para ascender, así como que cumplan, antes del 30 de junio de 2019, diez años en su empleo, computando el tiempo en servicio activo, reserva, en su caso, y retiro.

Si el pase a retiro de dicho personal por insuficiencia de condiciones psicofísicas no fuera en acto de servicio, se requiere que además de cumplir con los requisitos señalados al pasar a retiro contara con veinte años de tiempo de servicios desde la adquisición de la condición de militar profesional.

³ Que hay que entender referido al 1 de enero de 2008 ya que, aunque esta disposición sea nueva, introducida por la Ley 46/2015, no lo es como disposición transitoria de la Ley 45/2015, sino que se introduce dentro de la Ley 39/2007, de la que pasa a formar parte como tal disposición transitoria.

Para determinar quiénes tienen la consideración de militar profesional, en el informe de la directora general de Personal, 431-EP HS (38-07.256/15), de 11 de marzo de 2016, se señala que se debe hacer referencia a las siguientes disposiciones:

«El artículo 1 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, de Régimen de Personal Militar Profesional de las Fuerzas Armadas, establece que la condición militar la adquieren quienes con una “relación de servicios profesionales se incorporen a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil”, los que lo hacen en “cumplimiento de las obligaciones militares que la Ley del Servicio Militar” de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.2 de la Constitución, establece para los españoles y los que “ingresan en los centros docentes militares de formación”.

El artículo 4 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, establece que la condición de militar de tropa y marinería se adquiere al obtener el empleo de soldado o marinero concedido por el jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, “una vez superado el período de formación establecido en la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a tal condición y firmado el compromiso inicial” que se establece en el artículo 7, y en cuya virtud quedará incluido en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda.

Por último, el artículo 3 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, establece que los españoles podrán vincularse profesionalmente a las Fuerzas Armadas como militares de carrera, como militares de tropa y marinería y también como militares de complemento. La relación jurídico-pública de los militares profesionales se establece con “carácter permanente con la adquisición de la condición de militar de carrera y con carácter temporal mediante la firma de compromisos”. También adquieren condición militar, “sin que su vinculación sea una relación de servicios profesionales”, los que ingresen como alumnos en centros docentes militares.

En consecuencia, a los efectos de determinar los veinte años de tiempo de servicios desde la adquisición de la condición de militar profesional tendrán esta consideración los siguientes militares:

- Los militares de carrera.
- Los militares de complemento y los militares de tropa y marinería con una relación de servicios de carácter temporal desde la obtención del empleo, una vez superado el período de formación militar.

Quedan excluidos los militares que pertenecieran a las Fuerzas Armadas en cumplimiento del servicio militar obligatorio y los de la enseñanza militar de formación».

2. Por su parte, el apartado 2 de la citada disposición transitoria decimotercera se refiere a los suboficiales incluidos en el ámbito de aplicación de la disposición transitoria séptima que hayan pasado a retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas producidas en acto de servicio.

Y al igual que en el caso anterior, el apartado tercero se dirige a los suboficiales que reuniendo las condiciones previstas en el apartado segundo pasen al retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas, sin que exista relación de

causalidad con el servicio, siempre y cuando además contaran con veinte años de tiempo de servicios desde la adquisición de la condición de militar profesional.

A este respecto se ha de analizar dicha disposición transitoria séptima, que prevé que:

«1. Todos los suboficiales que hubieran obtenido el empleo de sargento a partir del 1 de enero de 1977 y con anterioridad al 20 de mayo de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, y que no tuvieran limitación legal para alcanzar el empleo de subteniente, podrán obtener, previa solicitud, el empleo de teniente de las escalas de oficiales de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, que se les concederá con la fecha en la que hubieran pasado o pasen a la situación de reserva en los términos establecidos en esta ley, con antigüedad, tiempo de servicios y efectos económicos desde la fecha de ascenso, sin perjuicio de lo establecido en los apartados 2 y 3 siguientes.

2. A los suboficiales que hubieran ascendido o asciendan al empleo de teniente con más de 58 años, en virtud de esta disposición, se les concederá tal empleo con antigüedad, tiempo de servicios y efectos económicos desde la fecha en que cumplieron dicha edad. Además, a los suboficiales mayores que hubieran pasado a la situación de reserva por seis años de permanencia en el empleo hasta el 1 de agosto de 2013 se les concederá el empleo de teniente con antigüedad, tiempo de servicios y efectos económicos desde la fecha en que cumplieron 56 años.

3. Los suboficiales mencionados en el apartado 1 que hubieran pasado o pasen a la situación de reserva en aplicación del artículo 113.3 podrán obtener, previa solicitud, el empleo de teniente de las escalas de oficiales de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, cuando cumplan los requisitos necesarios para el pase a la reserva establecidos en la disposición transitoria octava, o en el artículo 113, apartados 1.b) y 4, todos de esta Ley, computando a estos efectos el tiempo en reserva.

4. Los suboficiales que hayan ascendido o asciendan al empleo de teniente, en aplicación de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, o de esta disposición, a los solos efectos de la determinación del orden de escalafón en la situación de reserva, ocuparán, cada uno de ellos, el puesto que les corresponda según el empleo alcanzado en la situación de servicio activo y la antigüedad que tuvieran en el mismo».

Así pues, los requisitos exigidos a los suboficiales que hubieran pasado a retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas producidas en acto de servicio serían:

- Haber obtenido el empleo de sargento a partir del 1 de enero de 1977 y con anterioridad al 20 de mayo de 1999.
- No tener limitación legal para alcanzar el empleo de subteniente.

En cuanto a este último requisito, se ha planteado que se ha de entender por limitación legal, equiparándose tal limitación a la falta de cumplimiento de las condiciones para el ascenso a dicho empleo. Sin embargo, al respecto conviene recordar, como ya se ha reiterado en diversos informes de esta Asesoría, el criterio establecido por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa

en relación con los suboficiales procedentes de la situación de reserva transitoria que obtuvieron en su momento el ascenso al que tenían derecho en aplicación de la normativa reguladora de dicha situación, respecto a los que se considera que pueden acogerse a la disposición antes transcrita si cumplen todos los requisitos establecidos en la misma, estimando que no puede apreciarse en los mismos limitación legal alguna para alcanzar el empleo de subteniente.

Este criterio, esto es, la no equiparación de «limitación legal para alcanzar el empleo de subteniente» con «no reunir las condiciones para el ascenso» a dicho empleo, se ha visto avalado por diversas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5.^a) de la Audiencia Nacional.

Así, la sentencia de 21 de septiembre de 2011 estima la pretensión del demandante (que asciende al empleo de sargento caballero legionario con antigüedad de 15 de diciembre de 1979; en el año 1988 pasa a reserva transitoria, con efectos de 1 de junio; en esa situación asciende al empleo de sargento primero y es integrado en la situación administrativa de reserva en enero de 1999) por considerar que «el recurrente reúne los requisitos para obtener el ascenso, por cuanto obtuvo el empleo de sargento el 15 de diciembre de 1979, se encontraba en la situación de reserva cuando formuló su petición, dentro de los seis meses de entrada en vigor de la Ley 39/2007 (...)» y «no tenía limitación “legal” para alcanzar el empleo de subteniente», toda vez que «pertenece a la Escala Legionaria, en la misma estaba contemplado como empleo de la misma el de subteniente y mientras dicha escala estuvo vigente el ascenso a este empleo era por el sistema de antigüedad» (fundamento de derecho segundo).

Otro ejemplo es la sentencia de 13 de marzo de 2013, pues si bien en este caso la estimación de la pretensión del demandante (brigada del Cuerpo de Especialistas de la Armada) de ascenso al empleo de alférez de navío al amparo de la disposición transitoria séptima de la LCM, trae causa del allanamiento del representante de la Administración demandada, ha de tenerse en cuenta que dicho allanamiento se produce «apreciando que el propio Ministerio de Defensa ha reconocido en otras resoluciones que el requisito de tener cumplidos los tiempos de función y mando para el ascenso —razones de la denegación— no es exigido por la referida disposición transitoria» (fundamento de derecho segundo).

Por el contrario la limitación legal puede venir determinada por dos situaciones:

1. Bien, porque a resueltas de la aplicación del régimen de ascensos establecidos en la normativa anterior el interesado hubiera sido declarado no apto con carácter definitivo para el ascenso al empleo de subteniente, o se hubiera renunciado al ascenso al citado empleo.

A este respecto, en escrito de la directora general de Personal, 431-EP HS (38.07.256/15), de 5 de mayo de 2016, se prevé que «la limitación legal para el ascenso que se contempla en la disposición transitoria decimotercera de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, no se refiere al hecho de no tener superado el Curso de Capacitación para el ascenso, siempre que sea por causas ajenas a la voluntad del interesado.

Distinta consideración merecería que el interesado hubiera renunciado o no hubiera superado dicho Curso de Capacitación, o que hubiera sido declarado retenido en el empleo o que hubiera pasado a una situación administrativa en la que no podría haber ascendido, en cuyo caso sí se puede considerar que existe una limitación legal para el ascenso y, por lo tanto, el interesado ya no podría acogerse al ascenso contemplado en la mencionada disposición transitoria».

2. O bien porque se trate de aquellos cabos primeros veteranos de la Armada, que accediéndose a la disposición adicional tercera del Real Decreto 1928/1991⁴, accedieron al empleo de sargento, con la posibilidad de obtener posteriormente el de sargento primero, siendo este el último empleo de su escala.

En este sentido se ha de considerar, igualmente, que existe también limitación legal en el caso de los suboficiales que ascendieron al empleo de sargento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 19/1973, de 21 de julio, de Especialistas de la Armada⁵, pues podían obtener posteriormente el empleo de sargento primero, permaneciendo en este empleo hasta el retiro.

A este respecto se ha de hacer una mención específica al Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, pues se venía a considerar que existiría una limitación legal para alcanzar el empleo de subteniente en el caso de los suboficiales que hubieran obtenido el empleo de sargento a partir del 1 de enero de 1977 y con anterioridad al 20 de mayo de 1999, puesto que su ascenso se produjo cuando pertenecían al Cuerpo de Mutilados en aplicación del artículo 19.4 de la Ley 5/1976, de 11 de marzo, de Mutilados de Guerra por la Patria, artículo que preveía un único ascenso al empleo inmediato para las clases de Tropa y Marinería.

Ahora bien, el referido precepto se refería al régimen de ascensos efectivos no a los ascensos honoríficos que vienen regulados en el artículo 15 de la Ley 5/1975, de 11 de marzo, precepto anulado por la sentencia del Tribunal Supremo, Sección 7.ª, de 6 de abril de 1998, dictada en el recurso de casación en interés de la Ley 2782/1996, estableciendo que la doctrina legal a pronunciar es la siguiente: «el artículo 81.2 de la Ley 17/1989 constituye la única norma vigente para los

⁴ «Con independencia de lo dispuesto en el Reglamento General de Ingreso en los Centros Docentes Militares de Formación y de Acceso a la Condición de Militar de Empleo, aprobado por Real Decreto 562/1990, de 4 de mayo, los cabos primeros veteranos de la Armada podrán ascender a sargento al cumplir los dieciocho años de servicio efectivo en la Armada y previa superación de las pruebas de aptitud que establezca el secretario de Estado de Administración Militar, en el caso de los músicos, y el jefe del Estado Mayor de la Armada, en el caso de los especialistas y de los de bandas. El citado ascenso supondrá el ingreso en la Escala Básica del Cuerpo de Especialistas, del Cuerpo de Infantería de Marina o del Cuerpo de Músicas Militares, según corresponda por su procedencia, y en ella podrán alcanzar el empleo de sargento primero una vez que cumplan las condiciones para el ascenso que establece el Reglamento General de Evaluaciones, Clasificaciones y Ascensos del Personal Militar Profesional, aprobado por Real Decreto 1622/1990, de 14 de diciembre».

⁵ «Los cabos primeros especialistas que no sean seleccionados para efectuar el curso de ascenso a suboficial, en las distintas convocatorias a que puedan concurrir, y los que no superen dicho curso en las oportunidades que se les concedan, podrán permanecer en su empleo hasta cumplir dieciocho años de servicio en la Armada, en cuyo momento, y previa superación de las pruebas de aptitud que se señalen, serán ascendidos a sargentos del Cuerpo de Suboficiales, y cuando reúnan las condiciones reglamentarias a sargentos primeros, permaneciendo en este empleo hasta su retiro».

ascensos honoríficos de los miembros del extinguido Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, sin que conserve para ellos vigencia la normativa especial que les era aplicable antes de dicha Ley».

Asimismo, resulta que la reiterada disposición transitoria decimotercera, apartado segundo, se refiere a los suboficiales, independientemente de que pertenezcan o no al Cuerpo de Mutilados por la Patria, por lo que si estos reúnen los requisitos de la disposición transitoria séptima y han pasado a retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas en acto de servicio tienen derecho al ascenso al empleo de teniente/alférez de navío con carácter honorífico.

Por otro lado (aun cuando ya se ha puesto de manifiesto al analizar el apartado primero de la disposición transitoria decimotercera), se hace preciso llamar la atención sobre el hecho de que si bien en los apartados 2 y 3 de la disposición transitoria decimotercera, a diferencia de lo que ocurre en el apartado primero de dicha disposición, no se prevé fecha alguna a partir de la cual los suboficiales han de pasar a retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas, sin embargo, en el citado informe de Digenper se señala que esta fecha es a partir del 1 de enero de 2008. Ahora bien, dicho apartado segundo no señala fecha alguna y tampoco lo hace la disposición transitoria séptima, que prevé los requisitos que deben reunir tales suboficiales para obtener el empleo honorífico. Además, en la propia exposición de motivos se señala que «se regula la concesión de empleo a suboficiales retirados que no pudieron acogerse a la disposición adicional décima de la Ley de la Carrera Militar». Todo esto hace pensar que el referido precepto sería aplicable al personal que hubiera pasado a retiro incluso antes de la entrada en vigor de la Ley de la Carrera Militar.

Así pues, ante las dudas surgidas por lo dispuesto en dicho informe, por escrito de la directora general de Personal, 431-EP HS (38.07.256/15), de 15 de junio de 2016, se establece que, de acuerdo con lo previsto en los apartados segundo y tercero de la disposición transitoria decimotercera, la disposición transitoria séptima será de aplicación en los mismos términos y condiciones a aquellos suboficiales que, estando incluidos en dicha disposición, hayan pasado o pasen a retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas producidas en acto de servicio como consecuencia del mismo, «por hechos acaecidos antes o después de la entrada en vigor de la Ley 39/2007». Igualmente, resultará de aplicación a aquellos suboficiales que, estando incluidos en dicha disposición, hayan pasado o pasen a retiro, «sin que sea a consecuencia de acto de servicio, por hechos acaecidos antes o después de la entrada en vigor de la Ley 39/2007, siempre que contarán con veinte años de tiempo de servicios, desde la adquisición de la condición de militar profesional, al pasar a retiro».

Finalmente, se ha de señalar que si bien la disposición transitoria decimotercera solo exige para conceder el ascenso honorífico a la solicitud del interesado y acreditación que se cumplan los referidos requisitos, sin embargo, en escrito de la directora general de Personal, 431-EP HS (38.07.256/15), de 5 de mayo de 2016, se establece que «no obstante se podrá denegar la concesión del ascenso al empleo superior con carácter honorífico cuando concurren circunstancias excepcionales negativas que así lo aconsejen. En este supuesto, la propuesta de denegación de-

berá ser informada por el Consejo Superior correspondiente». Señalándose que «no parece adecuada una enumeración exhaustiva de los motivos por los que no se concede el ascenso al empleo superior con carácter honorífico, corriéndose el riesgo de no incluir todos los supuestos posibles. Es el estudio global de toda la documentación del expediente y el informe del Consejo Superior del Ejército correspondiente la que determinará la no concesión del ascenso al empleo superior con carácter honorífico».

2.3. Fecha de antigüedad

Otro de los problemas interpretativos que se ha planteado es el relativo a la fecha de antigüedad del empleo honorífico de teniente/alférez de navío concedido al personal (suboficiales) comprendidos en los apartados 2 y 3 de la disposición transitoria decimotercera, la referida disposición prevé que se concederá «con la antigüedad de la fecha en la que hubieran pasado a la situación de reserva de haber continuado en servicio activo».

Cabría considerar que el interesado, de haber continuado en servicio activo, se hubiera acogido al supuesto de pase voluntario a la reserva que contempla la disposición transitoria octava, punto 4, de la LCM⁶, que permitiría pasar a dicha situación, no a los 61 años —regla general contenida en el artículo 113.4 de la LCM⁷—, sino a los 58, al personal comprendido en su ámbito de aplicación.

Al respecto debe significarse que la disposición transitoria decimotercera establece expresamente cuál ha de ser la fecha de antigüedad del empleo honorífico obtenido a su amparo, sin efectuar remisión alguna a la disposición transitoria octava. Además, esta disposición es de aplicación a personal en activo y nunca de oficio, pues requiere petición del interesado, exigiendo también como condición para formular dicha solicitud de pase voluntario a la reserva que el referido personal cuente «con más de treinta y tres años desde su ingreso en las Fuerzas Armadas».

Así pues se ha de entender que la concesión al empleo honorífico de teniente/alférez de navío será con la antigüedad de la fecha en la que hubiera pasado a la situación de reserva de haber continuado en servicio activo, esto es, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 113.4 de la misma LCM, con antigüedad de la fecha en que cumpla los 61 años de edad.

⁶ «Hasta el 30 de junio de 2019 el personal mencionado en el párrafo anterior, así como los tenientes coroneles procedentes de las escalas de oficiales que no se hayan integrado en las nuevas escalas y los suboficiales mayores de los citados Cuerpos, con más de treinta y tres años desde su ingreso en las Fuerzas Armadas, podrán solicitar el pase voluntario a la reserva siempre que tengan cumplidos 58 años de edad, siéndoles, asimismo, de aplicación lo previsto en el artículo 113.6. En el caso de que no tengan cumplida esa edad en el momento de la petición, se les concederá con efectos de la fecha en que la cumplan, aunque esta sea posterior a la indicada en el inicio de este párrafo».

⁷ «Los militares de carrera de las categorías de oficiales y suboficiales pasarán en todo caso a la situación de reserva al cumplir 61 años de edad y los de la categoría de tropa y marinería al cumplir 58 años».

III. ARTÍCULO 24 DE LA LEY DE LA CARRERA MILITAR. EMPLEOS CON CARÁCTER HONORÍFICO

3.1. Procedimiento y competencia

Para poder entender los problemas planteados en la interpretación del artículo 24 tras la modificación de la que ha sido objeto por la Ley 46/2015, de 14 de octubre, se ha de acudir a la redacción originaria de dicho artículo, el cual establecía que:

«1. En atención a méritos excepcionales o circunstancias especiales el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Defensa, podrá conceder, con carácter honorífico, el empleo inmediato superior a los militares que hayan pasado a retiro. Los empleos con carácter honorífico también se podrán conceder a título póstumo.

2. La iniciativa para la concesión de empleos con carácter honorífico corresponderá al jefe de Estado Mayor de la Defensa o a los jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, motivando los méritos y circunstancias que concurran. En la tramitación de los expedientes figurará el informe del Consejo Superior del Ejército correspondiente.

En todo caso, se iniciará expediente para la concesión del empleo superior con carácter honorífico a los militares fallecidos en acto de servicio o retirados por incapacidad permanente para el servicio, siempre que se produzca en acto de servicio o como consecuencia del mismo.

3. En ningún caso los empleos concedidos con carácter honorífico llevarán consigo beneficio económico de naturaleza alguna ni serán considerados a efectos de derechos pasivos».

En relación a dicho artículo se emitió por parte de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa nota informativa de 17 de diciembre de 2008, dirigida a la Dirección General de Personal de dicho Departamento, sentando el criterio de que «si bien el fallecimiento o retiro por incapacidad permanente (debe entenderse, en ambos casos, acaecido en acto de servicio) “siempre” justifica el inicio del procedimiento, “no siempre” motivará la concesión de un empleo honorífico, pues esta debe siempre descansar en la apreciación de méritos excepcionales o circunstancias especiales», y a tales efectos añade a continuación que «en orden a la motivación precisa de la resolución a adoptar en el procedimiento de reconocimiento de un empleo honorífico, es preciso aludir a que el mismo artículo 24 de la Ley 39/2007 menciona la necesidad de que en la tramitación de aquel procedimiento figure el informe del Consejo Superior del Ejército o Junta Superior del Cuerpo Común de las Fuerzas Armadas correspondiente, debiendo constar en dicho informe, preceptivo, pero, por otra parte, no vinculante, en conexión con el artículo 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los méritos excepcionales o circunstancias especiales que justifican la propuesta de concesión o denegación del empleo honorífico en cuestión, en conexión con la previsión formal o adjetiva contenida en la Orden Ministerial 84/2002».

Asimismo, mediante escrito de la subsecretaria de Defensa, 431-EP (38.46/10), de 28 de julio de 2010, y al amparo de las competencias asignadas por el artículo 15 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y por el artículo 7 del Real Decreto 1126/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, se establecieron «unas pautas comunes de actuación que impulsen, ordenen y coordinen la actividad administrativa en esta materia, en la medida en que afectan a las estructuras del Estado Mayor de la Defensa, del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire».

En el citado informe se establece, tanto para hechos acaecidos con anterioridad como con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de la Carrera Militar, que cuando la iniciativa corresponda a los jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, «el jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, podrá ordenar la apertura de un expediente para la concesión del empleo inmediato superior con carácter honorífico, cuando de la información recibida por hechos relacionados con el servicio, se dedujeran méritos excepcionales o circunstancias especiales, que concurren o afecten a un militar, fallecido o retirado, que pudieran ser justificativos de la concesión del empleo».

Igualmente, se señala que tratándose de militares fallecidos en acto de servicio o retirados por incapacidad permanente para el servicio, como consecuencia del mismo, las mencionadas autoridades ordenarán la iniciación del referido expediente.

El Mando o Jefatura de Personal «será el órgano responsable de la ordenación e instrucción del expediente, practicando las pruebas, documentales o testificales que tenga por conveniente al objeto de determinar, conocer y comprobar los hechos, datos o informaciones en virtud de los cuales debe adoptarse la resolución correspondiente. En todo caso el expediente contendrá el historial militar del interesado y la declaración de retiro en acto de servicio o declaración de fallecimiento en acto de servicio, cuando fuera esta la causa del inicio del procedimiento».

Practicadas las actuaciones anteriores, el jefe del Mando o Jefatura de Personal elevará el expediente al Consejo Superior del Ejército correspondiente, quien tras la valoración de los documentos que integran el expediente «calificará y evaluará los méritos o circunstancias concurrentes y manifestará, con carácter no vinculante, su parecer favorable o desfavorable a la concesión del empleo honorífico».

Finalmente, en el referido informe de la subsecretaria de Defensa de 28 de julio de 2010 se señalaba que «evacuado el informe por el Consejo Superior, se remitirán todas las actuaciones al jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, quien, con su propia valoración, podrá:

En el caso de que la valoración fuera favorable, ejercer la iniciativa para la concesión del empleo, remitiendo, con su propio informe, el expediente completo al ministro de Defensa.

En el caso de que la valoración fuera desfavorable, acordar la finalización del procedimiento y el archivo de actuaciones».

El artículo 24, en su redacción dada por la Ley 46/2015, de 14 de octubre, prevé que:

«1. En atención a méritos excepcionales o circunstancias especiales el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Defensa, podrá conceder, con carácter honorífico, el empleo inmediato superior a los militares que hayan pasado a retiro o resuelvan su compromiso. Los empleos con carácter honorífico también se podrán conceder a título póstumo.

2. La iniciativa para la concesión de empleos con carácter honorífico corresponderá al jefe de Estado Mayor de la Defensa o a los jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, motivando los méritos y circunstancias que concurran. En la tramitación de los expedientes figurará el informe del Consejo Superior del Ejército correspondiente.

En todo caso, se iniciará expediente para la concesión del empleo superior con carácter honorífico y se concederá a los militares fallecidos en acto de servicio o que se retiren o resuelvan su compromiso por incapacidad permanente para el servicio, siempre que se produzca en acto de servicio o como consecuencia del mismo, salvo que exista propuesta motivada contraria a la concesión de dicho empleo, en cuyo caso el ministro de Defensa acordará sobre la posible elevación al Consejo de Ministros.

3. En ningún caso los empleos concedidos con carácter honorífico llevarán consigo beneficio económico de naturaleza alguna ni serán considerados a efectos de derechos pasivos».

El primer problema que ha venido a plantear el presente precepto es si este se fundamenta o no en todos los supuestos que la norma contempla, en la apreciación de méritos excepcionales o circunstancias especiales.

Parece que a la vista del tenor literal del precepto transcrito, el ascenso honorífico regulado en el mismo, en todos los supuestos que la norma contempla, se fundamenta en la apreciación de méritos excepcionales o circunstancias especiales (apartado 1), a cuyos efectos es preceptiva la incorporación al expediente de informe del Consejo Superior del Ejército correspondiente (apartado 2). En ambos aspectos, la modificación efectuada por Ley 46/2015 no ha supuesto cambio alguno.

Asimismo, en lo que respecta al personal «que se retire o resuelva su compromiso por incapacidad permanente para el servicio, siempre que se produzca en acto de servicio o como consecuencia del mismo», la nueva redacción del artículo ha afectado al procedimiento para la concesión, o denegación, del ascenso honorífico, pues la iniciativa para la concesión sigue correspondiendo al jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente y continúa siendo preceptiva la incoación del expediente por esta autoridad, pero ahora es también preceptiva la elevación del expediente —con el informe del Consejo Superior y la propuesta del jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente— al ministro de Defensa. Si la referida

propuesta fuera favorable, el Consejo de Ministros concederá el ascenso y si fuera desfavorable a la concesión, el ministro de Defensa acordará sobre la posible elevación a dicho Consejo.

No obstante, en el escrito de la directora general de Personal, 431-EP HS (38.07.256/15), de 11 de marzo de 2016, se señala que «otra diferencia en la tramitación del expediente para la concesión del empleo superior con carácter honorífico es que “se iniciará y se concederá a los militares” fallecidos en acto de servicio o que se “retiren” o resuelvan su compromiso “por incapacidad permanente para el servicio, siempre que se produzca en acto de servicio o como consecuencia del mismo, salvo que exista propuesta motivada contraria a la concesión de dicho empleo”, en cuyo caso el ministro de Defensa acordará sobre la posible elevación al Consejo de Ministros».

Es decir, de conformidad con dicho escrito resultaría que el ascenso honorífico regulado en el artículo 24 de la LCM se concederá a los militares (oficiales, suboficiales y tropa) que hubieran fallecido en acto de servicio o que se retiren o resuelvan su compromiso por incapacidad permanente para el servicio, como consecuencia del servicio, sin que sea necesario acreditar méritos excepcionales o circunstancias especiales salvo propuesta en contrario motivada; méritos excepcionales o circunstancias especiales que se han de tener en cuenta si el fallecimiento no es en acto de servicio, o en el caso de pase a retiro o resolución del compromiso por incapacidad permanente para el servicio, no existe relación causa efecto con el servicio.

3.2. Retroactividad

Otro de los problemas planteados, derivado del anterior, es el relativo a la posibilidad de su aplicación retroactiva a expedientes de concesión de ascenso honorífico finalizados en sentido desestimatorio con anterioridad a la entrada en vigor de esa nueva redacción.

En principio no resultaría de dicho precepto el derecho del interesado a un nuevo expediente, y ello si consideramos que el ascenso honorífico sigue descansando en la apreciación de méritos excepcionales o circunstancias especiales, por lo que si aquellas solicitudes de concesión del ascenso fueron desestimadas en su momento, sobre la base de la no apreciación de tales méritos o circunstancias, no parece que pueda estar justificado el inicio de un nuevo expediente, pues no hay méritos o circunstancias nuevas, distintas de las que ya fueron valoradas, que pudieran conducir a una propuesta diferente de la formulada en su día.

No obstante, en el citado escrito de la directora general de Personal, 431-EP HS (38.07.256/15), de 11 de marzo de 2016 (dado que en este no se exige la existencia de méritos excepcionales o circunstancias especiales tratándose de «militares fallecidos en acto de servicio o que se retiren o resuelvan su compromiso por incapacidad permanente para el servicio, siempre que se produzca en acto de servicio o como consecuencia del mismo»), se señala que:

«1. Los expedientes de ascenso al empleo superior, con carácter honorífico, ya cerrados que hubieran sido desestimados en virtud de la anterior redacción del artículo 24, y que con la nueva normativa les pudiera corresponder el ascenso al empleo superior, se incoarán de oficio y se tramitarán conforme al artículo 24 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, modificado por la Ley 46/2015, de 14 de octubre.

2. Los expedientes de ascenso al empleo superior, con carácter honorífico, que se encuentren en proceso de tramitación, se resolverán conforme al artículo 24 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, modificada por la Ley 46/2015, de 14 de octubre, conservando los actos administrativos que no sean necesario repetir.

3. La tramitación de los expedientes de ascenso al empleo superior, con carácter honorífico, citados en los dos apartados anteriores, tendrán su efecto a partir del 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar».

Con este último párrafo se podría entender que el citado artículo 24 tiene efectos retroactivos a quienes hubieran resuelto su compromiso o pasado a retiro a partir del 1 de enero de 2008. Es decir, establece un límite temporal que la ley no señala.

Por otro lado, en escrito de la directora general de Personal, 431-EP HS (38.07.256/15), de 15 de junio de 2016, en relación a las aclaraciones solicitadas por parte de los Ejércitos y la Armada sobre los tiempos en que ocurrieron los hechos que motivan la aplicación del artículo 24 en su redacción actual y de acuerdo con el informe de la Asesoría Jurídico General de 2 de junio de 2016, se dispone que se ratifica en los criterios establecidos en su anterior escrito 431-EP HS (38.07.256/15), de 11 de marzo de 2016. Asimismo, se establecen como criterios de aplicación en los ascensos al empleo superior con carácter honorífico que:

«— Los expedientes que se instruyan al amparo del artículo 24.2, párrafo segundo, “por hechos acaecidos a partir de la entrada en vigor de la Ley 39/2007”, de 19 de noviembre, “se incoarán de oficio” por la Administración conforme a la nueva redacción dada al artículo por la Ley 46/2015, de 14 de octubre.

— Los expedientes no contemplados en los apartados anteriores que se instruyan al amparo del artículo 24.2, párrafo segundo, por “hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre”, se incoarán “previa solicitud de los interesados o sus causahabientes”».

IV. BIBLIOGRAFÍA

Apuntes sobre la técnica legislativa en España. ÁNGEL L. SANZ PÉREZ.
<https://repositorio.unican.es/>

Consultado el 22 de julio de 2016.

Escrito de la directora general de Personal, 431-EP HS (38.07.256/15), de 11 de marzo de 2016.

Escrito de la directora general de Personal, 431-EP HS (38.07.256/15), de 5 de mayo de 2016.

Escrito de la directora general de Personal, 431-EP HS (38.07.256/15), de 15 de junio de 2016.

Escrito de la subsecretaria de Defensa, 431-EP (38.46/10), de 28 de julio de 2010.

Informe del asesor jurídico general de la Defensa, de 1 de febrero de 2016.

Informe de la Asesoría Jurídico General, de 2 de junio de 2016.

Informe de la Subcomisión de Reforma del Régimen Transitorio de la Ley de la Carrera Militar, constituida en el seno de la Comisión de Defensa, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 4 de junio de 2014.

Nota informativa de Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, de 17 de diciembre de 2008.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime (2008), «Derecho Administrativo español, tomo I, Introducción al Derecho Administrativo Constitucional», Ed. Netbiblo.

Sentencia Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5.^a), de 13 de marzo de 2013, fundamento jurídico 2.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5.^a), de 21 de septiembre de 2011, fundamento jurídico 2.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 7.^a, de 6 de abril de 1998, dictada en el recurso de casación, fallo.

LA PROBLEMÁTICA DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN

*Carla Molero de Zúñiga
Capitán auditor*

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de cesión ilegal de trabajadores. 2.1 El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. 2.2 Delimitación jurisprudencial. 2.3. Doctrina de indicios. III. Consecuencias jurídicas de la cesión ilegal de trabajadores en el ámbito público. 3.1. Reparto de responsabilidades empresariales. 3.2. Derecho de opción del trabajador afectado. 3.3. Condición de «indefinido no fijo». IV. Medidas paliativas. 4.1. Certificado de insuficiencia de medios personales. 4.2. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 4.3. Medios de control. V. Referencias bibliográficas. VI. Anexos.

I. INTRODUCCIÓN

En la práctica reciente la Administración ha sufrido un importante revés ante los tribunales debido a la existencia, más o menos generalizada, de una práctica ilícita de dotación de medios personales, toda vez que bajo la apariencia de una contrata o subcontrata de un servicio en realidad se producía una cesión ilegal de trabajadores, lo que se ha traducido en una suerte de fenómeno de relativa consolidación de empleo fuera de los cauces constitucionalmente establecidos y, por si ello fuera poco, con notable quebranto al erario público.

Si bien tal tipo de situaciones se ha producido en todos los departamentos ministeriales, no es menos cierto que, en particular, el Ministerio de Defensa (en adelante MINISDEF), ha resultado ser uno de los que más ha incurrido en cesión ilegal de trabajadores, con un total de cincuenta y cuatro pronunciamientos judiciales adversos sobre 223 solo en el año 2103¹. Según datos facilitados por la

¹ En volumen de pronunciamientos desfavorables, solo por detrás del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

Dirección General de la Función Pública², el número total de contratos de servicios celebrados en 2013 por la Administración General del Estado fue de 11.031³ con un total de 50.425 trabajadores contratados con empresas externas⁴. De ellos 7.488 prestaron servicio en el MINISDEF, lo que coloca a nuestro Departamento en el tercer lugar en cuanto a personal contratado⁵.

A lo largo del presente estudio se intenta exponer, de modo sucinto, tanto la problemática suscitada por tales hechos como las medidas adoptadas a fin de ponerle término, mediante el estudio de la figura de la cesión ilegal de trabajadores y sus particulares consecuencias jurídicas en el ámbito de la Administración Pública desde que el Tribunal de Cuentas levantara la voz de alarma, en su Moción 827/2009⁶, y, consecuentemente, las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos de Gastos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas dictaran las «Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores».

Con tal finalidad se ha realizado un planteamiento metodológico en el que, partiendo de una pluralidad de fuentes jurídicas directas, se verá que las medidas tomadas al efecto parecen ir por buen camino, con óptimos resultados para el gasto público, si bien es preciso continuar el camino iniciado, poniendo especial intensidad en el control de la concreta ejecución de los contratos administrativos de servicios y encomiendas de gestión.

II. CONCEPTO DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

La necesidad de que las empresas deban recurrir a otras para la realización de parte de su actividad, normalmente motivada por necesidades de mejorar la competitividad, es práctica habitual toda vez que nuestro «ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la

² Resumen Ejecutivo Ministerio de Defensa sobre la «Cesión ilegal de trabajadores e indefinidos no fijos en la Administración General del Estado y sus organismos públicos». De la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Año 2013.

³ Véase anexo I.

⁴ Véase anexo II.

⁵ El Tribunal de Cuentas, en su Informe número 1.003 de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los ministerios, agencias y organismos autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012, destaca que en el ámbito del MINISDEF se ha abusado de la figura de la encomienda de gestión para suplir deficiencias de plantilla de carácter permanente.

⁶ Fue precisamente el Tribunal de Cuentas, en la referida Moción 827/2009, quien denunció que se procedía a la contratación de empresas para la realización de trabajos o servicios diversos y, en virtud de los mismos, el personal de dichas empresas se sometía *de facto* a una prestación laboral de servicios para el ente público contratante, con subsiguiente denuncia de dicha situación ante los tribunales y ulterior adquisición por su parte de la condición de trabajadores de los correspondientes organismos; concluyendo, que aun en aquellos supuestos en que no han llegado a plantearse reclamaciones judiciales, lo cierto es que la situación de riesgo existía y, por tanto, debían adoptarse en todo caso medidas para evitarlo.

contratación externa para integrar su actividad productiva (...), lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita [...]»⁷, si bien supeditada al cumplimiento de una serie de requisitos⁸.

El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁹ (en adelante ET), dedica a ello sus artículos 42 —subcontratación de obras y servicios— y 43, siendo este último el que, titulado «Cesión de Trabajadores», permite la misma con carácter altamente restrictivo: de forma excepcional, con carácter temporal y exclusivamente a través de las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante ETT) —lo que, no se olvide, obliga a una interpretación estricta—.

Ello no obstante, cabe apuntar que la prohibición de cesión fuera del caso de las ETT admite sin embargo una serie de excepciones de distinta naturaleza: algunas de tipo legal, como son los casos de determinadas relaciones laborales especiales, tales como las de los deportistas profesionales¹⁰ o de los trabajadores discapacitados¹¹; otras de origen jurisprudencial, como es el caso de la denominada «circulación de trabajadores dentro de empresas del grupo»¹², que conlleva la cesión de trabajadores entre empresas que pertenecen a un mismo grupo empresarial, si bien la prestación de trabajo deberá ser común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de dichas empresas¹³, de modo que se tome como empleador al grupo y no de forma independiente a las diferentes empresas que lo componen¹⁴, estimándose ello conforme a derecho solo cuando la misma obedece a razones

⁷ STS de 27 de octubre de 1994: «El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el artículo 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para “la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa”, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores» [FJ 5].

⁸ Cuales son: la empresa cesionaria ha de limitarse a recibir el resultado de la ejecución del contrato por la empresa contratista, quien ha de aportar sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección, sin injerencia externa ninguna de la cedente.

⁹ *Boletín Oficial del Estado* n.º 255, de 24 de octubre de 2015.

¹⁰ En virtud del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

¹¹ Al amparo del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. Se entiende por enclave laboral, a tenor del artículo 1.2 del citado Real Decreto 290/2004, el «contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquella y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora».

¹² Sobre el tema véase Sentencia del Tribunal de Supremo (en adelante STS) de 25 de junio de 2009.

¹³ Para un estudio en detenimiento de empresas del mismo grupo, véase las sentencias del Tribunal Supremo (en adelante SSTs) de 4 marzo de 1985 y de 3 de mayo de 1990.

¹⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V., y ARETA MARTÍNEZ, M., «El derecho de trabajo y los grupos de empresa: inventario», *Revista del Ministerio de Trabajos y Asuntos Sociales*, n.º 48, 2004, p. 102, que señala que para descartar la cesión ilegal debe producirse en la práctica una «prestación simultánea e indiferenciada de servicios a las empresas del grupo, lo que comporta la aparición de un titular único de los poderes de organización y dirección».

técnicas y organizativas, consecuencia de la distribución del trabajo en empresas del grupo, por cuanto, en todo caso, el trabajador conserva las condiciones originarias de su contrato laboral sin menoscabo de sus derechos.

2.1. El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores

Concretamente, el artículo 43 del actual ET¹⁵ dispone que (*sic.*):

«1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal».

La finalidad última de este precepto no es otra que la de poner coto a la figura del intermediario, que no cuenta con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o, dicho de otro modo, en que la cedente se limita al suministro de mano de obra, sin contribuir con los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial¹⁶. Sin embargo, a la hora de definir esta figura el legislador da una serie de notas que permiten identificar y dar luz a su compleja distinción con la figura legal de la contrata, bien entendido que se trata de aspectos que no necesariamente deberán concurrir conjuntamente, siendo cada una de ellas por sí sola tanto necesaria como suficiente¹⁷, de modo que la presencia de una sola de las circunstancias determinará la calificación de ilegal de

¹⁵ *Boletín Oficial del Estado* n.º 255, de 24 de octubre de 2015.

¹⁶ SSTS de 4 de diciembre de 2007 y de 11 de diciembre de 2008.

¹⁷ Como luego se verá el legislador ha recogido lo que la Abogacía del Estado ha venido a denominar «elementos esenciales» en su Circular Laboral 2/2007.

la cesión habida, asumiendo con ello tal norma la profusa doctrina jurisprudencial consolidada¹⁸.

Y es que en contraste con la figura del contrato de trabajo tradicional¹⁹ la cesión se dibuja como una estructura tripolar, trilateral o triangular²⁰, caracterizada por las siguientes notas:

- A. Traspaso de las facultades inherentes a la condición de empresario de la empresa cedente a la Administración Pública²¹.
- B. Existencia de tres «negocios jurídicos» coordinados²²:
 - a. Relación entre la Administración y el empresario:
 - Consiste en la facilitación de trabajadores por parte de este último a la Administración, es decir, habrá un «simple reclutamiento y cesión de personal»²³ sin que, por tanto, su objeto sea la prestación de un servicio determinado o de una obra.
 - Se articulará generalmente a través de un contrato de servicios que se regirá a tenor de la normativa del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre²⁴ (en adelante TRLCSP).
 - b. Relación entre trabajador y empresario cedente: derivada de un contrato de trabajo sometido al derecho laboral, que en realidad es un contrato de trabajo simulado.
 - c. Relación «de hecho» entre la Administración y el trabajador cedido: de unos contornos más difusos, en la que la Administración actuará como empresario *de facto* ejerciendo las facultades propias del empresario, entre las que destacan, evidentemente, los poderes de dirección de forma efectiva, y será para la que el trabajador preste sus servicios.

¹⁸ Entre otros véase en este sentido STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2009 y STSJ de Valladolid de 10 de febrero de 2010.

¹⁹ Que conlleva la existencia de dos partes —trabajador y empresario—, constituyendo una relación de carácter bidireccional, con derechos y obligaciones recíprocas para ambas partes, a saber, el primero está primordialmente obligado a la prestación de concretos servicios al segundo, que los recibe, y ello a cambio del puntual abono de una determinada retribución económica, que se erige en la obligación fundamental del último.

²⁰ Sobre la naturaleza de esta relación triangular véase OLMO GASCÓN, A. M., «Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal», *Actualidad Laboral*, n.º 46, 1996, pp. 881 y ss.

²¹ Debe ser objeto de aclaración que el traspaso de las facultades no tiene por qué ser íntegro, esto es, de todas las facultades inherentes al empleador. STS de 24 de junio de 2008. En este sentido no es impedimento para que se produzca un supuesto de cesión ilegal que el contratista retenga alguna de las facultades empresariales, ya sean de carácter disciplinario, de ordenación de vacaciones, horarios. STS de 16 de junio de 2003, STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2009, STSJ de Valladolid de 22 de diciembre de 2009.

²² SSTS de 17 de enero de 2001 y de 4 de marzo de 2008.

²³ Entre otras, SSTS de 12 de diciembre de 2007, de 17 de enero de 2002, de 11 de mayo de 2005 y de 19 de mayo de 2004.

²⁴ *Boletín Oficial del Estado* n.º 276, de 16 de noviembre de 2011.

Según lo establecido en el artículo 1, apartados 1 y 2, del ET, empresario —real— es aquel en cuyo ámbito de dirección y organización se integra la prestación laboral, es quien ejerce sobre el trabajador el poder de dirección y no tiene por qué coincidir con el denominado empresario formal-ficticio. Evidentemente, la delimitación del empresario real es una cuestión compleja de gran trascendencia que, en última instancia, determinará la imputación de serias y graves responsabilidades.

El denominado empresario ficticio²⁵ realiza en teoría una actividad «bajo la dependencia, organización y dirección de la Administración»²⁶, pero en la práctica su función en esa relación jurídica a tres queda limitada, como ya se ha señalado, al «simple reclutamiento y cesión de personal»²⁷ y a su posterior remuneración. De cara al exterior, asume el papel de empleador²⁸ y como tal también todas las demás obligaciones legales que le son propias en calidad de tal. Pero, por el contrario, en el ámbito interno no es más que un mero intermediario inerte entre el trabajador y la Administración²⁹, que es el empresario real³⁰.

Frente a tal planteamiento, por evidentes razones de seguridad jurídica, el artículo 43 del ET «pretende precisamente que la relación laboral real coincida con la formal»³¹, de modo que sea el verdadero empresario —en estos casos la Administración— y no el ficticio el que asuma las obligaciones que le corresponden; en definitiva, que exista transparencia y que las relaciones laborales se ajusten a lo legalmente ordenado³².

²⁵ Llamado así por la jurisprudencia porque se limita a proporcionar la fuerza de trabajo o productiva, haciendo dejación del poder de dirección sobre su trabajador. Véanse en este sentido las SSTs de 21 de marzo de 1997, de 14 de marzo de 2006 y de 17 de abril de 2007.

²⁶ LLANO SÁNCHEZ, M., «Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas», Madrid, La Ley-Actualidad, S. A., 1999, p. 101.

²⁷ SSTs de 9 de febrero y de 12 de diciembre de 1997.

²⁸ En este sentido existe un sector de la doctrina que sostiene que en la cesión ilegal se produce la «creación de un ente artificial de imputación jurídica», NAVARRO NIETO, F., «Descentralización productiva y relaciones laborales», *Documentación Laboral*, n.º 71, Ediciones Cinca, 2004, p. 47.

²⁹ La posición de la Administración en esa relación a tres puede calificarse como de empresario en la sombra o de puertas para adentro, toda vez que frente al trabajador apenas parece tener obligaciones de tipo legal, cuando en realidad ejerce todo el poder de dirección y organización sobre el trabajador amparándose en la pantalla que le proporciona el empresario cedente.

³⁰ Ello supone, inevitablemente, que se produzca una confrontación de difícil encaje jurídico, pues, desde la perspectiva del régimen jurídico aplicable, resultarán aplicables dos ordenamientos diametralmente opuestos, el laboral y el administrativo, con los diferentes planteamientos que manejan ambos: mientras el laboral responde a su tradicional carácter tuitivo en pro de la defensa de los intereses del trabajador, estableciendo garantías para su protección, el ordenamiento administrativo se orienta primordialmente a satisfacer los intereses generales, dotando a la Administración de una serie de privilegios y prerrogativas desconocidas en el ámbito laboral, como no podía ser de otro modo.

³¹ STSJ de Andalucía de 20 de junio de 2013, en relación con la STS de 9 de marzo de 2011.

³² Referencia realizada a la STS de 14 de septiembre de 2001 por MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., «Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado», *Revista del Ministerio de Trabajos y Asuntos Sociales* n.º 38, 2002, p. 234. En definitiva, siempre desde el prisma de la tutela de los derechos de los trabajadores, y en aplicación de los principios generales que presiden el Derecho Laboral, se evita que se produzcan consecuencias muy habituales en la cesión —y totalmente nefastas para el bien jurídico protegido por el ordenamiento laboral—, como son la degradación de las con-

2.2. Delimitación jurisprudencial

La cesión ilegal de trabajadores es una figura de creación jurisprudencial, fruto de la atemperación por los tribunales del marcado carácter tuitivo del Derecho Laboral en concreción de la interdicción general del fraude de ley regulada en el artículo 6.4 del Código Civil, aunque, como ya se ha señalado, el derecho positivo regula, por vía de excepción, la admisibilidad o licitud de la cesión de mano de obra en el artículo 43 del ET.

Y es que los términos «contrata» y/o «subcontrata» no están tipificados con demasiada claridad en nuestra legislación³³, que incluso ni tan siquiera los define³⁴. Lo cierto, es que se trata de una terminología utilizada en el mundo empresarial pero sin precedentes en nuestro Derecho Civil. La ausencia de una remisión clara del artículo 42 del ET a un concepto técnico acuñado proporciona una dificultad adicional³⁵. Así pues, al no existir un criterio legal preciso del concepto de contrata, como tampoco de la institución de la cesión ilegal, a salvo de lo dispuesto por el artículo 43.2 del ET, las resoluciones judiciales han tenido que salvar esta dificultad —consistente en discernir cuándo se está ante un supuesto de contrata, cuya licitud reconoce el artículo 42 del ET, y cuándo ante el ilícito caso de cesión prohibido por el subsiguiente artículo 43 del mismo texto legal—³⁶: matizando las características que el coetáneo ET ha ido paulatinamente incorporando a la institución jurídica que es objeto de estudio, han ido perfilando una serie de notas que permiten reconocer cuándo se está en presencia de la misma y diferenciarla de la figura de la subcontratación, erigiéndose en los protagonistas de la configuración jurídica de la cesión ilegal mediante la creación de lo que el Tribunal Supremo (en adelante TS) ha venido a denominar la «doctrina de indicios»³⁷.

diciones de trabajo, o la disminución de garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes y/o inexistentes.

³³ LLANO SÁCHEZ, M., «Responsabilidad empresarial en caso de contrata de obras y servicios: una aproximación al tema y su problemática». *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n.º 2, 1992, p. 105.

³⁴ Sobre el estudio de la figura de la subcontratación véase MARTÍN VALVERDE, A., «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras...», *op. cit.*, pp. 221 y ss.

³⁵ Sobre el concepto de subcontratación véase GOERLICH PESET, J. M., «Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios», en AA. VV., «Descentralización productiva y protección del trabajo en las contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno». Valencia, Tirant lo Blanch. 2000, pp. 77 y ss.

³⁶ En este sentido, el TS pone de manifiesto la delgada línea que separa ambas figuras, sobre todo cuando la prestación de servicios tiene lugar en el seno de la empresa principal o arrendataria; añadiéndose a ello que este hecho se ve agravado toda vez que, en la práctica, en muchas ocasiones se recurre a las contratas, «como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario» (véase STS de 17 de enero de 2002).

³⁷ MARTÍNEZ FONS, D., «Los límites en la descentralización productiva: la frontera con los fenómenos de cesión ilegal de trabajadores», en AA. VV., «Descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo», Madrid, MTAS, 2000, pp. 119 y ss. Asimismo, véanse la STS de 16 de junio de 2003 y STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2009.

Desde el principio, el TS ha subrayado que en la cesión ilegal «se produce un fenómeno interpositorio de carácter anómalo»³⁸, mediante la alteración del esquema tradicional de la relación laboral —empresario vs trabajador—, toda vez que aparece en la posición empresarial quien no es realmente el empresario y es esa figura de empresario en la sombra —en el presente trabajo la Administración Pública— quien se apropia de los frutos del trabajo, lo dirige y lo retribuye³⁹. También ha destacado que «la actuación empresarial en el marco de la contrata es, por tanto, un elemento clave de calificación»⁴⁰ y en este sentido el TS va más allá y señala que en la cesión ilegal el contratista «no ejecuta ninguna obra ni presta ningún servicio a la Administración, sino que se limita a ceder a esta todo o parte de sus trabajadores»⁴¹, con lo que el ejercicio del poder de dirección es asumido por la Administración, haciendo la empresa contratista dejación absoluta de sus funciones⁴².

No obstante, estas conclusiones que hoy pudieran parecer evidentes han sido fruto de una larga evolución. Sucintamente, cabe señalar que originariamente se exigía, para evitar caer en un supuesto de cesión ilegal, que la empresa contratista dispusiera de una organización autónoma e independiente⁴³ y acorde o apta para la prestación del servicio contratado, entendiéndose por tal que la empresa debía disponer de los medios materiales y personales necesarios para la prestación de la actividad subcontratada, entre los que cabía incluir la sede, la plantilla y la titularidad de los medios materiales utilizados⁴⁴.

Con el tiempo se matizó tal postura haciendo hincapié en la puesta en juego de la organización empresarial, precisando que el elemento clave para apreciar la cesión como ilegal «no debía centrarse en que la empresa cedente se tratara de una empresa real y efectiva»⁴⁵, sino en la aplicación efectiva de dicha organización: el cedente debía, además de contar con una organización propia, llevar a cabo una efectiva puesta a disposición de medios a favor de la cesionaria; dicho de otro modo, la cesión ilegal era susceptible de darse entre empresas reales o efectivas cuando, por diversas causas, no actuaban como tales en el desarrollo de la contrata, al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales⁴⁶, y ello porque «la mera existencia de una organización empresarial no es suficiente en sí misma»⁴⁷, pudiendo existir cesión ilegal tanto en caso de empresas aparentes

³⁸ Véase, en este sentido, la STS de 17 de enero de 2001.

³⁹ STS de 19 de junio de 2012, Sala de lo social.

⁴⁰ STS de 12 de diciembre de 1997.

⁴¹ Dictamen 2/1999 de la Abogacía del Estado. «Ref. A.G. Entes Públicos».

⁴² Entre otras, SSTS de 14 de septiembre de 2001, de 17 de enero de 2002 y de 16 de junio de 2003. Bien es cierto que en ocasiones el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquel no es más que un delegado de la empresa principal, tal es el caso de los locutorios telefónicos.

⁴³ Entre otras, SSTS de 14 de marzo de 2006, de 17 de abril de 2007, de 21 de septiembre de 2007, de 26 septiembre de 2007 y de 4 de diciembre de 2007.

⁴⁴ SSTS de 17 de diciembre de 2001 y de 30 de noviembre de 2005.

⁴⁵ SSTS 17 de julio de 1993 y de 14 de marzo de 2006.

⁴⁶ SSTS de 3 octubre de 2005, de 30 de noviembre de 2005, de 14 de marzo de 2006 y de 24 abril de 2007.

⁴⁷ SSTS 24 de abril de 2007 y de 4 de diciembre de 2007.

como reales. En definitiva, es irrelevante que se acredite o no que la empresa que facilita personal a otra tenga una actividad y organización propias, pues el dato esencial estriba en que la empresa principal no suministra la totalidad de la fuerza necesaria para el desarrollo del concreto servicio que es objeto del contrato⁴⁸.

Luego, dando un paso más, se puso el acento en el hecho de que el «contratista ejerza de forma efectiva el poder de dirección»⁴⁹ inherente a la figura del empleador —de modo que, las obligaciones de tipo formal no serían relevantes al ser estas las típicas funciones que lleva a cabo obligatoria y tradicionalmente el empresario cedente—, siendo menester fijarse en quién proporciona los medios materiales específicos y/o en quién encomienda los trabajos diarios; revelándose estos parámetros como verdaderos delatores de la existencia o no de una cesión prohibida, pues lo contrario «puede generar confusión y llevar a error en la calificación de la figura»⁵⁰.

Por último, ahondando en la misma línea, la jurisprudencia se ha visto obligada a abrazar la denominada doctrina del «empresario efectivo»⁵¹: habrá que atender al caso concreto, en relación al trabajador particular que la solicita⁵² y, muy especialmente, a si el empresario cedente ejerce de forma real y efectiva la posición de empresario respecto de su trabajador; desarrollando los poderes de dirección y asumiendo las responsabilidades inherentes a tal posición.

Resumiendo, con la figura de la cesión ilegal se trata de poner fin a una situación de simulación contractual, de romper una situación de hecho, que no de derecho, procediendo a «levantar el velo de la apariencia ilícita creada y considerar directamente como empresario a quien lo es realmente y desde un principio»⁵³. Para que la cesión sea ilícita basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no ostenta en realidad tal posición, es decir, lo que sucede es que «quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige este y lo retribuye no es formalmente empresario»⁵⁴, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

2.3. Doctrina de indicios

En definitiva, siguiendo la doctrina jurisprudencial consolidada, a fin de determinar si se está en presencia o no de un caso de cesión ilegal de trabajadores es preciso⁵⁵:

- Analizar las circunstancias que rodean la prestación de servicios del trabajador.

⁴⁸ STS de 12 de diciembre de 1997.

⁴⁹ STS de 25 de octubre de 1999.

⁵⁰ STS de 4 de julio de 2012.

⁵¹ Entre otras, SSTS de 18 de marzo de 1994 y de 12 de diciembre de 1997.

⁵² SSTS de 19 de enero de 1994 y de 12 de septiembre de 1988.

⁵³ *Memento Práctico Francis Lefebvre*, Madrid, edición 2012, p. 734.

⁵⁴ STS de 9 de marzo de 2011.

⁵⁵ Por citar las más recientes: STS 435/2016, de 18 de mayo de 2016, o STS de 20 de octubre de 2014.

- Examinar en detalle las relaciones del trabajador con las dos empresas (cedente y cesionaria).
- Definir los derechos y obligaciones que se derivan de la relación contractual entre ambas empresas.

Y para ello, como quiera que la cesión ilegal se dibuja como una figura de perfiles difusos, al enmascararse tras la apariencia de una contrata lícita y requerir de la detección y determinación de la existencia de una obra o servicio simulados, y siendo esta una ardua y compleja tarea, la jurisprudencia ha señalado una serie de indicios o parámetros de valoración, cuya comprobación facilite la identificación y constatación de producción de actuación fraudulenta⁵⁶ y que la Abogacía del Estado, en su Circular Laboral 2/2007, ha sistematizado, con la finalidad de facilitar a los órganos administrativos la labor de diagnosticar, *a priori*—y con el fin de evitarla— los elementos determinantes y/o condicionantes de existencia de cesión ilegal⁵⁷, distinguiendo básicamente entre:

- a. Esenciales: son los señalados en el artículo 43.2 del ET y determinan *iusuris et de iure* la existencia de cesión ilegal, de modo que, tal como se ha señalado, cada uno de ellos es por sí solo suficiente para que la cesión sea disconforme a derecho, porque son indicios tan contundentes que se erigen en prueba irrefutable. Son:
 1. Que el objeto del contrato sea exclusivamente la mera puesta a disposición de trabajadores: obviamente no hay subcontrata donde no hay obra o servicio subcontratado.
 2. Que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable: la empresa cedente no puede ser una empresa fantasma, sino una empresa real con plantilla, sede y centro de trabajo propios.
 3. Que la empresa cedente no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad contratada: la empresa cedente ha de dedicarse a la actividad subcontratada y disponer de los medios tanto personales como materiales acordes, adecuados, suficientes y necesarios al efecto.
 4. Que la cedente no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario: ha de ejercer de modo real, efectivo y periódico el poder de dirección inherente a todo empresario, siendo la encargada de la negociación y pago de los salarios, de la concesión de permisos, licencias y vacaciones, del ejercicio de la potestad disciplinaria, del cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social, etcétera⁵⁸.
- b. Accesorios: son aquellos «que no son excluyentes entre sí, sino complementarios, [y] cuya aplicación ponderada tiene un alto valor indicativo u orientador»⁵⁹, siendo por sí solos insuficientes para poder afirmar categóricamente.

⁵⁶ En este sentido, véase la STS 16 de junio de 2003 que realiza un estudio pormenorizado.

⁵⁷ STS de 16 junio de 2003 y STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2009.

⁵⁸ En este sentido la jurisprudencia hace hincapié en aspectos tales como si es el comitente o el contratista quien paga las retribuciones, ejerce las facultades directivas, fija horarios y jornadas de trabajo, controla el absentismo laboral y los permisos, y ejerce la potestad disciplinaria.

⁵⁹ En la STS de 11 de enero de 2012. Se realiza una recopilación de otros criterios sentados en otros tantos pronunciamientos judiciales: cita la STS de 3 de octubre de 2005, que a su vez recopila el criterio de SSTs de 14 de enero de 1994, 12 de diciembre de 1997, 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002 y 16 de junio de 2003.

camente la existencia de cesión ilegal. Podría decirse que son aquellos cuya presencia hace dudar de la existencia de cesión ilegal, no siendo decisivos por sí solos, pero cuya ponderación cualitativa en conjunto deja entrever que la licitud es solo aparente. A título de ejemplo, y en relación con los denominados indicios esenciales, cabría reseñar:

1. Que el objeto del contrato sea exclusivamente la mera puesta a disposición de trabajadores: goza de visos de tal aquella contrata en que la cedente se dedica en exclusiva a la cesión de trabajadores pese a no ser una ETT, o cuya plantilla sea precisamente la implicada en la contrata, o cuyos trabajadores sean frecuentemente asignados a cometidos distintos de los que constituyen el estricto objeto del contrato.
2. Que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable: puede levantar sospechas la contrata concertada con una empresa unipersonal cuya razón social coincida con el domicilio particular de su único socio y no disponga de ningún patrimonio ni medios afectos al tráfico de la empresa, o con una empresa que no disponga de un centro de trabajo propio y distinto del de la cesionaria, o con una empresa cuyo único cliente sea la cesionaria.
3. Que la cedente no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad subcontratada: tal parece ser el caso si la cedente, a fin de hacer frente al compromiso adquirido en virtud de la contrata formalizada, ha de subcontratar a su vez; o si la contrata tiene por objeto un servicio no comprendido en la esfera de actividad de la contratista; o cuando hasta los uniformes, rotulaciones, tarjetas de visita y demás elementos acreditativos de una determinada imagen pertenecen a la empresa principal.
4. Que la cedente no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario: hace dudar de su legitimidad aquella contrata en la que la cesionaria fija el horario de los empleados de la cedente o cuyo personal imparte órdenes e instrucciones de trabajo directamente a los trabajadores de la cedente. Y es que, sobre este particular, ha destacado la jurisprudencia que una cosa es la dirección del trabajo diario, que incumbe a la cedente, y otra la inevitable coordinación técnica, que incumbe a la empresa principal, si bien ello sin perjuicio de la legitimidad de alguna puntual incidencia de la última en el ámbito de la primera.

Recapitulando, según se ha puesto de relieve, la jurisprudencia ha señalado, a los efectos que nos ocupan, la necesidad de estudiar el concreto desarrollo y ejecución de la prestación supuestamente contratada⁶⁰, para concluir que, en la

⁶⁰ RODERO VILLAREAL, C., «Contratas y subcontratas Vs cesión ilegal...», *op. cit.*, entre otros se citan los siguientes: retribución del contratista por horas de trabajo, prestación de servicios por el contratista para una única empresa; realización de la contratación de los trabajadores en el mismo momento de la contratación de los servicios con la empresa principal; coincidencia de horarios de trabajadores de la contratista y del empresario principal; prestación de los servicios en oficinas de la empresa principal o ubicación del centro de trabajo en instalaciones de la empresa principal; aportación de medios materiales por la empresa principal; subcontratación sin coordinación del servicio prestado; realización de funciones diferentes al objeto del contrato de servicios.

legal subcontratación el objeto contractual es la realización de una obra o servicio, de tal manera que el contratista sería un empresario que asume el encargo de ejecutarlo a cambio de una remuneración que es satisfecha por el comitente⁶¹, mientras por el contrario, la cesión ilegal viene caracterizada por el hecho de que el objeto mismo del contrato es la cesión del trabajador —que no de una concreta prestación o actividad— por parte de quien aparece formalmente como empresario, que es quien recibe realmente la utilidad del trabajo de aquel, de tal manera que la actividad empresarial del cedente consiste en «suministrar la mano de obra sin aportar los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial»⁶².

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EN EL ÁMBITO PÚBLICO

No toda cesión de trabajadores es susceptible de ser ilegal, sino solamente aquella que no cumpla los requisitos legalmente establecidos al efecto o se produzca fuera de los supuestos permitidos por el ordenamiento jurídico, pero, además, su afirmación requiere de un pronunciamiento judicial expreso —gozando de presunción de legitimidad hasta su declaración por sentencia—.

Mas a mayor abundamiento, dado el marcado carácter tuitivo del ordenamiento laboral, su declaración no puede concluir con perjuicio al trabajador afectado, quien gozará de la prerrogativa de adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, con los mismos derechos y obligaciones laborales que los de cualquier otro trabajador de la empresa elegida que preste sus servicios en el mismo puesto o en uno equivalente; lo que, ya se anuncia, supone un grave quebranto en el ámbito público. El reconocimiento o declaración de existencia de cesión ilegal produce una alteración en la posición que ocupaba la Administración, toda vez que si bien antes de tal declaración esta no aparecía como empleador, sino como mero receptor de la prestación realizada por el empleado del contratista, después, y de forma irreversible, su posición de tercero ajeno al trabajador cedido —o mero empresario principal— da un giro de ciento ochenta grados al establecerse una relación laboral directa entre dicho trabajador y la Administración.

3.1. Reparto de responsabilidades empresariales

El artículo 43 del ET prohíbe una determinada conducta o comportamiento objetivo, huyendo de realizar cualquier tipo de valoración subjetiva, es decir, declara ilícita toda cesión que suponga una situación ficticia, por medio de la cual

⁶¹ En otras palabras, la existencia de una contrata, o subcontrata, supone la existencia de un empresario principal que opta por descentralizar parte de su actividad empresarial por diversos motivos, como puedan ser carecer de los medios técnicos más idóneos, mejorar la producción o lograr un abaratamiento de los precios.

⁶² STS de 24 de septiembre de 2001.

aparezca como empleador un sujeto o entidad que no solo no es el empresario formal, sino que además asume facultades propias del empresario real organizando y recibiendo el servicio ejecutado por el trabajador.

Tal hipótesis da lugar, además, a responsabilidades diversas para ambos empresarios infractores. A nivel legal, son pocos los preceptos que les hagan coresponsables de algún tipo de obligación para con el trabajador, pero el citado precepto en su apartado tercero impone la responsabilidad solidaria de sendos empresarios respecto de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin limitación alguna, y sin perjuicio de las eventuales responsabilidades penales y/o administrativas en que, asimismo, hubieren podido incurrir⁶³.

En este sentido, se ha de traer también a colación el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁶⁴, que, asimismo, declara a ambos, cedente y cesionario, responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar, al tiempo que, para los trabajadores, genera derechos adicionales que minimizan los efectos perjudiciales del tráfico ilícito. Y es que «la responsabilidad que se declara en caso de tráfico ilícito es mucho más severa que la consagrada para el caso de la sucesión de empresas»⁶⁵ del artículo 42 del ET, habida cuenta que incluye indemnizaciones a satisfacer al trabajador: las propias del despido disciplinario y los salarios de tramitación. Esta mayor extensión de la responsabilidad en caso de la cesión ilegal no es en absoluto arbitraria, toda vez que lo que se está sancionando es una «conducta dolosa, predeterminada y normalmente lucrativa»⁶⁶, con lo que una vez más se impone en el juego el carácter tuitivo del Derecho Laboral, que «pretende evitar que a través de cesiones de personal puedan ser vulnerados los beneficios sociales de los trabajadores»⁶⁷.

Por último, pero no menos importante, cabe señalar también que, por supuesto, el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto⁶⁸, por el que se aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tipifica en su apartado 2, como infracción muy grave, la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente; sancionable con multa, con arreglo a lo establecido en el artículo 40 del mismo texto legal.

3.2. Derecho de opción del trabajador afectado

El artículo 43.4 del ET otorga a los trabajadores sometidos al tráfico prohibido la facultad de adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa

⁶³ STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2000 y STSJ de Galicia de 28 de marzo de 2003.

⁶⁴ *Boletín Oficial del Estado* n.º 261, de 30 de octubre de 2015.

⁶⁵ STS de 19 de enero de 1994.

⁶⁶ *Memento Francis Lefebvre, op. cit.*, p. 744.

⁶⁷ STS de 20 de abril de 1981.

⁶⁸ *Boletín Oficial del Estado* n.º 189, de 8 de agosto de 2000.

cedente o en la cesionaria⁶⁹, una vez transcurrido un plazo igual al legal o convencionalmente previsto como período de prueba, y ello a fin de proteger a la parte más débil, cual es el trabajador.

Por ello, señala la jurisprudencia que la opción, caso de ejercitarse, no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella «caso de optar por la empresa cesionaria, no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo la mera apariencia creada por la interposición»⁷⁰. Qué duda cabe que la razón de fondo por la que se le concede ese derecho de opción al trabajador entre empresa cedente y la cesionaria viene de suyo en el caso de que la cedente sea una empresa fantasma, pues «mal cabría optar por adquirir la condición de trabajador en una empresa que no existe»⁷¹. El problema en el caso de la Administración es que el operario, de elegir la empresa cesionaria, pasa a ocupar plaza en la Administración sin haberse sometido a los procedimientos de selección establecidos⁷², con consiguiente contravención de los preceptos constitucionales que sientan los principios del mérito y la capacidad para el acceso a la función pública.

La razón de fondo de esta aparente contradicción viene motivada en que el referido precepto está pensado para el caso de que ambas empresas se sujeten al tráfico mercantil, pero tratándose de un ente público no puede adoptarse la misma solución, ni en iguales términos, y de ahí que «la doctrina jurisprudencial se ha visto obligada a hacer una forzada interpretación con el fin de no permitir tal consecuencia»⁷³.

3.3. Condición de «indefinido no fijo»

Una vez más, se impone poner de relieve la singular posición que ocupa la Administración, por cuanto goza de un estatus privilegiado en todas sus relaciones, incluidas las laborales. El hecho de que sea una Administración y no un particular, es por sí mismo «factor de diferenciación» sumamente relevante, en atención, precisamente, a los preceptos constitucionales —artículos 23.2 y 103.3— que imponen los principios de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración⁷⁴.

⁶⁹ STS de 9 de febrero de 1987 y STSJ de Extremadura de 22 de octubre de 2009.

⁷⁰ SSTs de 5 de diciembre de 2006 y de 25 de mayo de 2010.

⁷¹ STS de 17 de enero 1991.

⁷² ALTÉS TÁRREGA, J. A., «La contratación temporal en la Administración Pública», Valencia, Tiran lo Blanch, 1994, p. 107.

⁷³ GARATE CASTRO, J., «Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social de la descentralización productiva por medio de contrata de obras y servicios, en especial de las que corresponden a la propia actividad (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva)», en AA. VV., «Las relaciones laborales en la Administraciones Locales», Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2004, p. 158.

⁷⁴ Auto TC 858/1988, de 4 de julio, fundamento jurídico segundo: «la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por

Según impone el artículo 103.3 de nuestra vigente Carta Magna, la ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. En desarrollo de tal previsión, ya la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública⁷⁵, en su artículo 19.1⁷⁶, estableció, en ejercicio de ese mandato constitucional, que las Administraciones Públicas tenían que seleccionar su personal, ya sea funcionario o laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen los principios de mérito y capacidad, así como el de publicidad.

Hoy, el moderno Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre⁷⁷, prescribe en su artículo 55 los citados principios, reconociendo el derecho de todos los ciudadanos a acceder al empleo público y reiterando que las Administraciones Públicas deben seleccionar a su personal mediante procedimientos que garanticen los principios expresados, así como los de publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.

Todos los preceptos mencionados sacan a la luz la ya mencionada contradicción, aparentemente irreconciliable, entre las normas administrativas que imponen la exigencia de que el acceso a la función pública se acomode a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y las proteccionistas normas laborales, que se hace necesario resolver mediante una interpretación integradora de ambas, compleja y complicada. Así lo ha hecho el TS⁷⁸, consolidando una jurisprudencia, en recursos de casación para la unificación de doctrina, mediante la que ha acuñado la expresión de «indefinidos no fijos»⁷⁹, habiendo precisado el propio Supremo la aclaración sobre las diferencias entre el carácter indefinido del contrato y, en su caso, la fijeza en la plantilla: «El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que este no está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajo consolide, sin superar los procedi-

el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido».

⁷⁵ *Boletín Oficial del Estado* n.º 185, de 3 de agosto de 1984.

⁷⁶ Hoy extinto por derogación expresa efectuada por disposición derogatoria única.b) del vigente Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, pero téngase en cuenta que según la disposición final 4 hasta que se dicten las leyes de función pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto.

⁷⁷ *Boletín Oficial del Estado* n.º 261, de 31 de octubre de 2015.

⁷⁸ Entre otras muchas, SSTs de 27 de mayo, de 12 de junio, de 22 de octubre de 1998, de 19 y 26 de enero de 1999, de 26 de julio de 2004, de 19 de mayo de 2005; SSTSJ de Cantabria de 15 de abril de 2009, de las Palmas de 29 de junio de 2009 y de Madrid de 11 de septiembre de 2009.

⁷⁹ Solución jurisprudencial, adquisición por el trabajador al servicio de la Administración del carácter «indefinido no fijo», duramente criticada por ALFONSO MELLADO, C. L., y PEÑA OBIOL, S., «De nuevo el trabajador indefinido no fijo. Ahora en un supuesto de cesión ilegal de trabajadores», *Revista de Derecho Social*, n.º 22, Editorial Bomarzo, 2003, pp. 175 y ss. Así como STS de 7 octubre 1996.

mientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato»⁸⁰.

En síntesis, cuando se produzca una cesión ilegal en la que la Administración haya sido el empresario formal o cesionario, las consecuencias no serán la adquisición, por parte del trabajador, de la situación de fijo en la misma, pero su apreciación sí dará lugar a la «consideración del contrato como indefinido, perdurando consiguientemente la relación laboral hasta que se proceda a cubrir la plaza»⁸¹ en cuestión, por los procedimientos que, acomodados a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, se contemplan en las normas que disciplinan el acceso al empleo público⁸². En este sentido el Alto Tribunal⁸³ se ha visto obligado a pronunciarse por el alcance de la extinción de los contratos

⁸⁰ STS de 20 de enero de 1998 [FJ IV].

⁸¹ STSJ de Andalucía 436/2011: «La diferencia entre trabajador fijo y trabajador indefinido (que es lo mismo que decir “fijo no de plantilla” o “como un interino vacante”, según sentencias o sector doctrinal que aborde esta patología laboral) es la propia titularidad de la plaza ocupada, de tal forma que, mientras la que lo esté por personal fijo nunca podrá ser considerada vacante a efectos de proceder a su provisión definitiva, la desempeñada por un trabajador indefinido está llamada a ser ocupada por el procedimiento legalmente establecido. Será conforme a derecho la actuación llevada a cabo por la Administración en orden a conceptuar como vacante el puesto de trabajo ocupado en su condición de trabajador vinculado por una relación laboral de carácter indefinido y la correlativa obligación de la Administración correspondiente de adoptar las medidas necesarias para la provisión regular de la plaza (STS de 20 de enero de 1998, RJ 1000; de 10 de noviembre de 1999, RJ 7843; de 6 de mayo de 2003, RJ 5765)».

⁸² STS de 30 de mayo de 2007: «En vista de lo expuesto, parece claro que en la Administración Pública pueden prestar servicios tres tipos de personal laboral: personal laboral fijo, personal laboral temporal y personal laboral indefinido no fijo de plantilla. [...] La distinción entre fijo e indefinido no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según la duración, por cuanto el indefinido —al igual que el fijo— implica que, desde una perspectiva temporal, no está sometido a término. La distinción sí que afecta la posición subjetiva del trabajador con la Administración, de tal forma que nos encontraremos ante “trabajadores fijos de plantilla” —esto es, aquellos contratados mediante un procedimiento reglamentario— y “trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido no de plantilla”, que no han superado ningún proceso de tales características. En consecuencia, la distinción se basa en que los primeros consolidan una “posición de fijeza en plantilla” que no adquieren los segundos: la fijeza garantiza al trabajador la estabilidad en su puesto de trabajo, en tanto que el carácter indefinido de la relación laboral se predica del vínculo, no del trabajador considerado en sí mismo [...]».

⁸³ STS 21 de enero de 2014, en casación por unificación de doctrina, se revoca el despido nulo y se considera procedente la extinción que hizo la Administración en relación con el trabajador indefinido no fijo por amortización de la plaza, sin necesidad de seguir el procedimiento de despido por causas objetivas del artículo 52 del ET: aunque las partes hayan pactado que la duración del contrato queda condicionada a la provisión de las vacantes mediante la designación de trabajadores con carácter de fijos, es obvio que la vigencia de la relación está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse, por lo que cuando esta se amortiza el contrato se extingue; efecto que «responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad en cuanto referida al desempeño, con carácter de provisionalidad, de un puesto de trabajo».

indefinidos no fijos por causa de amortización del puesto, y no solo cuando se cubra esa plaza⁸⁴.

Sobre este particular, por último, cabe añadir, asimismo, según ha destacado el TCU⁸⁵, que, además, desde la perspectiva de la gestión de personal, estos conflictos desembocan en la producción de incrementos de plantilla sin los previos y pertinentes estudios de necesidad y oportunidad —y ni qué hablar del consiguiente problema de tesorería para hacer frente a los mismos—, recordando, asimismo, que la legislación de contratos públicos expresamente establece que a la extinción de los contratos de servicios «no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante»⁸⁶ —tal como, paradójicamente, suele hacerse constar en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliegos de Prescripciones Técnicas, en trasunto de lo dispuesto en el artículo 301.4 del TRLCSP—.

IV. MEDIDAS PALIATIVAS

Como ya se ha anunciado, la voz de alarma la puso el Tribunal de Cuentas cuando señaló en la Moción número 827/2009⁸⁷, de 26 de febrero, aprobada por el pleno y elevada a las Cortes Generales, que la cesión ilegal de trabajadores con conculcación de la normativa aplicable era una práctica extendida en las Administraciones Públicas para paliar la insuficiencia de medios personales, debiendo destacar ahora que, en dicho documento, el TCU, además de denunciar la situación, formulaba también propuestas para ponerle término, a saber: a) evitación del recurso a la externalización de servicios para paliar necesidades permanentes de personal y para el desempeño de las competencias propias; b) estudio pormenorizado de las solicitudes de modificación de las relaciones de puestos de trabajo para su aprobación en base a análisis comparativos de las diversas necesidades; c) precisión exhaustiva del objeto del contrato en los contratos de servicios a celebrar y ulterior control de su precisa ejecución, con absoluto respeto al poder de dirección empresarial de la adjudicataria; d) amortización o provisión conforme

⁸⁴ Refrendado luego por la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, tras reforma operada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo.

⁸⁵ Moción TCU 827/2009. «Evidentemente, no es lo deseable que las relaciones de puestos de trabajo (RPT) vengan predeterminadas o, cuando menos, condicionadas por decisiones judiciales, en lugar de ser fijadas por los órganos competentes de la Administración por los procedimientos legalmente establecidos. Tampoco el otorgar carácter de indefinido a contratos laborales por la vía judicial es una forma idónea de seleccionar al personal, incluso aunque no llegue a adquirir la condición de fijo».

⁸⁶ Artículo 301.4 del TRLCSP.

⁸⁷ *Boletín Oficial del Estado* n.º 15, de 18 de enero de 2011. «Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales».

a derecho de los puestos de trabajo ocupados por personal «indefinido no fijo», y e) depuración de las posibles responsabilidades.

Publicada dicha Moción por Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, por la que se instaba a las Administraciones Públicas tanto a adoptar las medidas propuestas como a dictar las instrucciones pertinentes al respecto⁸⁸, no hubo ningún pronunciamiento normativo al respecto —con excepción de lo dispuesto en el artículo 301.4⁸⁹ del TRLCSP—, hasta la aprobación del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 julio, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad⁹⁰, en cuya disposición adicional primera se imponía a los entes, organismos y entidades del sector público la obligación de dictar las instrucciones precisas para la correcta ejecución de la externalización de servicios.

En cumplimiento de dicho mandato se dictaron por las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos de Gastos, por documento de 28 de diciembre de 2012, las «Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores», que imponen, en esencia, a las distintas Subsecretarías Departamentales, las siguientes tareas a implementar: a) velar por la implantación y aplicación de la citada Instrucción; b) designar la autoridad competente de expedir el certificado de insuficiencia de medios; c) elaborar un informe anual sobre el seguimiento e incidencias de la cesión, y d) a la vista de tales informes, las Direcciones Generales de la Función Pública y de Costes de Personal y Pensiones podrán dirigir recomendaciones específicas en la materia, habilitándose, asimismo, a estas para el establecimiento y determinación de las instrucciones complementarias precisas en desarrollo y/o ejecución de la propia Instrucción⁹¹.

En el particular ámbito del Ministerio de Defensa, mediante escrito de la Subsecretaría de Defensa de 14 de febrero de 2013, por el que se recogen y concretan las medidas señaladas por las referidas Instrucciones de 28 de diciembre de 2012⁹², básicamente se exige la existencia de un certificado de insuficiencia de

⁸⁸ Compeliéndose al mismo tiempo a la aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, tras reforma operada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo.

⁸⁹ Artículo 301.4 del TRLCSP: «A la extinción de los contratos de servicios no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante».

En realidad este precepto debe considerarse más un desiderátum más que una prohibición legal, incapaz de evitar que, aún hoy, se sigan sucediendo sentencias judiciales condenatorias en perjuicio de la Administración, por apreciación de existencia de cesión ilegal de trabajadores, con el consiguiente perjuicio económico y quebrantamiento de las restricciones legales y reglamentarias establecidas para controlar el gasto público en materia de personal al capítulo I de los Presupuestos Generales del Estado.

⁹⁰ *Boletín Oficial del Estado* n.º 168, de 14 de julio de 2012.

⁹¹ Véase Anexo IV.

⁹² Entre las medidas tomadas: se declaraba la plena aplicación de la Instrucción sobre «Buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión» en el ámbito del

medios personales y la incorporación a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) de la denominada cláusula de «reglas especiales respecto del personal laboral de la empresa contratista».

4.1. Certificado de insuficiencia de medios personales

Ya la extinta Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁹³ exigía, en su artículo 203, la necesidad de adjuntar al expediente de contratación un informe del servicio interesado en la celebración del contrato, por el que se justificase debidamente la inexistencia o falta de adecuación de los medios personales y materiales con que contaba la Administración; manteniéndose tal exigencia en el artículo 202 del posterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁹⁴, que sustituyó a la anterior. Sin embargo, la Ley de Contratos del Sector Público⁹⁵ dejó de contener la mención expresa de la necesidad de adjuntar dicho informe, manteniéndose tal situación en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁹⁶.

Por tal razón, y toda vez que la legislación contractual pública del momento no hacía alusión a dicho certificado, tuvo que ser el propio Real Decreto 66/2008, de 25 de enero, por el que se aprobó la oferta de empleo público para 2008⁹⁷, el que estableciera su necesidad, señalando en su artículo 13 que correspondía al responsable de personal de cada Departamento u Organismo informar sobre la insuficiencia de medios humanos con carácter previo a la contratación, en desarrollo de lo previsto en el artículo 22 de la coetánea Ley de Contratos del Sector Público⁹⁸, debiendo luego esperar para ello, como ya se ha anunciado, hasta las actuales «Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contratacio-

Departamento. Asimismo, se encomendaba a los jefes de Estado Mayor de los tres Ejércitos la función de proponer la autoridad —de las de su estructura orgánica— responsable de emitir los certificados de falta de medios personales propios; en el caso de los Organismos Autónomos del Departamento procederán ellos mismos a designar el responsable de su emisión. Y por último, se encomendaba a tales autoridades la elaboración de un informe de seguimiento sobre la efectividad en la aplicación de la Instrucción que sirva de base al que ha de emitirse por el Departamento.

⁹³ Ley 15/1999, de 18 de mayo, *Boletín Oficial del Estado* n.º 119, de 19 de mayo de 1995.

⁹⁴ Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, *Boletín Oficial del Estado* n.º 148, de 21 de junio de 2000.

⁹⁵ Ley 30/2007, de 30 de octubre, *Boletín Oficial del Estado* n.º 261, de 31 de octubre de 2007.

⁹⁶ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, *Boletín Oficial del Estado* n.º 276, de 16 de noviembre de 2011. Sus artículos 22 y 109 solo exigen motivar la necesidad del contrato, precisando la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

⁹⁷ *Boletín Oficial del Estado* n.º 26, de 30 de enero de 2008.

⁹⁸ Esta medida había sido recomendada tanto por el TCU (Moción Tribunal de Cuentas 827/2009, en la que se señalaba que era preciso «... recordar que en los sucesivos informes de fiscalización de la contratación celebrada por las entidades de sector público... se ha venido reiterando la falta de una adecuada justificación de la insuficiencia, no adecuación o conveniencia de no ampliación de los medios profesionales o materiales de la Administración»), como, en el ámbito del MINISDEF, por la Subdirección General de Personal del Ministerio pues ponía de manifiesto el riesgo de que los trabajadores de empresas de servicios contratadas por la Administración se convirtieran en personal laboral de la misma por sentencia —y no por el procedimiento legalmente establecido al efecto—, y con el fin

nes de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores».

Sobre este particular, resulta también curioso el *iter* habido en el ámbito del MINISDEF, pues las Órdenes de Servicio números 2/2010 y 2 bis/2010, de 31 de agosto, ambas de la Dirección General de Asuntos Económicos, así como el Informe de la Dirección General de Personal de 23 de abril del mismo año, señalaban que dicho certificado de insuficiencia de medios debía ser emitido, residenciándose dicha facultad en el director general de Personal, los mandos o jefes de Personal de los Ejércitos y los titulares de los Organismos Autónomos dependientes del MINISDEF, cada uno dentro de su respectivo ámbito, según lo establecido en la Resolución 400/38226/2008⁹⁹, de 4 de septiembre, de delegación de competencias en materia de contratos de servicios. Sin embargo, posteriormente, por Orden de Servicio 3/2012¹⁰⁰, de 10 de junio, de la Dirección General de Asuntos Económicos, se suprimió¹⁰¹ la necesidad de incorporar tal informe so pretexto de agilizar y simplificar la tramitación de los expedientes de contratación¹⁰² —pese a que ya el TCU, en su Moción 827/2009, y diversos informes de fiscalización, habían puesto de manifiesto su necesidad como instrumento de control—; exigiéndose nuevamente hoy por Órdenes de Servicio números 1/2013 y 1 bis/2013¹⁰³ de la Dirección General de Asuntos Económicos¹⁰⁴, en las que se prevé que la solicitud del certificado partirá del órgano que propone la contratación, quien acompañará el correspondiente informe que lo ampare o justifique, y acompañado del Pliego de Prescripciones, Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y demás documentación que permita detectar un posible caso de cesión ilegal, lo dirigirá al mando o jefe de Personal o directora general de Personal correspondiente. Y en ningún caso, añade, las necesidades de personal podrán ser de carácter permanente.

de evitar esta consecuencia se habilita la necesidad de incorporar al expediente el citado certificado, que además tenía la consideración de vinculante.

⁹⁹ *Boletín Oficial del Estado* n.º 222, de 13 septiembre 2008.

¹⁰⁰ Orden de servicio número 3/2012, de 10 de junio, de la Dirección General de Asuntos Económicos.

¹⁰¹ Difícilmente podía una Orden de Servicios ir en contra de un Real Decreto al eliminar la exigencia de incluir el certificado de insuficiencia de medios, pero lo cierto es que en la práctica la exigencia de dicho documento desapareció, al menos hasta la aprobación de la Instrucción conjunta de 28 de diciembre de 2012.

¹⁰² Este trajo consigo la desaparición de la aprobación por los mandos de personal de cualquier contratación de servicios y en su virtud también la coordinación de las necesidades de personal técnico; produciéndose así un retroceso en la política de personal, ya que al no existir una programación conjunta de las necesidades a cubrir podía darse el caso de procederse a la contratación de un servicio por parte de la Administración pese a contar con medios personales para cubrirlo en otra área del departamento.

¹⁰³ Que extiende la aplicación de la anterior a los contratos menores.

¹⁰⁴ Dictadas ambas en concreción de las «Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores», y elaboradas conjuntamente con la Dirección General de Personal y la Asesoría Jurídica General del Ministerio.

4.2. Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares

Toda externalización que se efectúe mediante un contrato administrativo de servicios supone indefectiblemente la tramitación del preceptivo expediente administrativo —con excepción de las particularidades propias de los denominados contratos menores—, cuyo *grosso* se halla integrado por los respectivos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y prescripciones técnicas particulares, que no en vano son denominados «ley primordial del contrato» o «*lex inter partes*»¹⁰⁵, por cuanto, acordados por la Administración y aceptados por el contratista al tiempo de presentar su oferta, recogen los derechos y obligaciones de los contratantes en el seno de tal relación¹⁰⁶; y otro tanto ocurre con los documentos en los que se plasman las condiciones de las encomiendas de gestión.

Las meritadas «Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores», señalan que, con la finalidad de evitar posibles cesiones ilegales de trabajadores, todos los pliegos de cláusulas administrativas particulares y pliegos de condiciones de las encomiendas de gestión a concertar habrán de incluir las siguientes prevenciones¹⁰⁷:

- Exigencia de una aptitud de contratar, capacidad de obrar y solvencia que garanticen la existencia real de la empresa adjudicataria.
- Plasmación del objeto del contrato mediante referencia a la prestación integral de un servicio, definido con autonomía y sustantividad propia; evitando expresiones tales como «apoyo al servicio» o «servicio de refuerzo».
- Determinación con precisión de las prestaciones a realizar, de modo que la actividad a desarrollar por el contratista esté perfectamente deslindada de la propia del ente, sin que puedan confundirse, y no pudiendo ser coincidentes en ningún caso.
- Designación de un coordinador técnico o responsable, perteneciente a la plantilla del contratista, que actuará de interlocutor con la entidad contratante para la coordinación de los trabajos e impartirá directamente las órdenes e instrucciones de trabajo al resto del personal de su empresa involucrado en la contrata.

¹⁰⁵ Sobre la naturaleza de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares véase, entre otras muchas, STS de 4 de octubre de 1982.

¹⁰⁶ Sin embargo, tal y como señala el profesor García de Enterría «los pliegos carecen de sustantividad normativa en sentido propio, en cuanto simples piezas integrantes del contenido de un contrato que extraen su fuerza precisamente de su inclusión en el mismo por los contratantes».

¹⁰⁷ Ello no obstante, se ha de destacar que ya el apartado cuarto de la Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales, exigía expresamente al Servicio Jurídico del Estado y a la Intervención General del Estado la intensificación de la vigilancia de tales aspectos en los correspondientes pliegos.

- Constancia del compromiso de la empresa contratista de ejercer de modo real, efectivo y continuado el poder de dirección inherente a todo empresario en relación con sus trabajadores.
- Incorporación de la denominada «Cláusula de Reglas especiales respecto del personal laboral de la empresa contratista», recogida en el anexo de las referidas Instrucciones de 28 de diciembre de 2012.
- Cuidado de los signos externos: evitar la coincidencia de horarios de los trabajadores de la contrata con los de la Administración, que los medios materiales con los que trabaje el personal cedido no sean proporcionados por la Administración, que el lugar de ejecución del servicio, en la medida de lo posible, no sean los locales de la Administración; especial mención al personal que habrá de prestar el servicio en el sentido de garantizar que la selección del mismo no se realizará por la Administración, que las vacaciones y permisos sean fijadas por la empresa cedente, que la Administración no ostente, ni puntualmente, el poder de dirección sobre los trabajadores cedidos; y/o que, en su caso, la formación que tal personal pueda precisar corra por cuenta de la empresa adjudicataria¹⁰⁸.

4.3 Medios de control

Como puede intuirse, tales vienen dados por los diversos órganos administrativos que, de un modo u otro, intervienen en los contratos de servicios y encomiendas de gestión¹⁰⁹ que las diferentes Administraciones Públicas puedan concertar, empezando por el propio órgano gestor destinatario del objeto del negocio y terminando por el Tribunal de Cuentas; gozando de posición destacada tanto los distintos órganos de personal competentes para la emisión del certificado de insuficiencia de medios personales —que ejercen un control *a priori*—, como los diversos órganos de asesoramiento jurídico e intervenciones delegadas, que, junto con la oportuna fiscalización de los pliegos que han de regir el contrato o encomienda de gestión de que se trate, han de valorar también, *a posteriori*, su devenir mediante los eventuales informes de fiscalización y/o de auditoría, a los que pueden añadirse, asimismo, por supuesto, los evacuados por las correspondientes inspecciones de servicios, en virtud del seguimiento que puedan efectuar.

Ahora bien, nótese, en definitiva hoy la verdadera carga recae sobre los denominados «responsables del contrato»¹¹⁰, pues son ellos quienes, en ejercicio de las facultades de policía que los pliegos les otorguen, han de abstenerse de perturbar el margen de autonomía propio de la contratista, dimanante de su poder de dirección empresarial,

¹⁰⁸ Cabe reseñar que si bien el grado de implantación de esta medida en los distintos departamentos ministeriales ha sido desigual, en el ámbito del MINISDEF la implementación puede decirse que ha sido satisfactoria. Véase anexo IV.

¹⁰⁹ Nótese además que, según ha señalado también el TCU en su Informe n.º 1.003, no existen parámetros legales de carácter general en relación con el grado de ejecución que la entidad encomendataria debe llevar a cabo por sí misma, esto es, sobre la posibilidad de contratación con terceros de la actividad encomendada.

¹¹⁰ Término acuñado por la propia legislación contractual pública: artículo 52 del TRLCSP.

en un ejercicio constante de autocrítica personal. Pues a menudo la inercia de las cosas puede propiciar que, en el ámbito del trabajo diario, se adopten iniciativas o se impartan instrucciones susceptibles de suponer una intromisión —ilegítima— en las relaciones laborales de la contratista con su personal, respecto de las que el ente o empresa principal es, y debe ser, totalmente ajeno, y en tal caso el riesgo ya se habría producido.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO, C. L., y PEÑA OBIOL, S., «De nuevo el trabajador indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores», *Revista de Derecho Social* n.º 22, Editorial Bomarzo, 2003.

ALTÉS TÁRREGA, J. A., «La contratación temporal en la Administración Pública», Valencia, Editorial Tiran lo Blanch, 1994.

GÁRATE CASTRO, J., «Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social de la descentralización productiva por medio de contrata de obras y servicios, en especial de las que corresponden a la propia actividad (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva)», en AA. VV., «Las relaciones laborales en la Administraciones Locales», Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Curso de Derecho Administrativo», 14.^a edición, Madrid, Thomsom-Civitas, 2008, tomo I.

GOERLICH PESET, J. M., «Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios», en AA. VV., «Descentralización productiva y protección del trabajo en las contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno», Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

LLANO SÁNCHEZ, M., «Responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas», Madrid, La Ley-Actualidad, S. A., 1999.

«Responsabilidad empresarial en caso de contrata de obras y servicios: una aproximación al tema y su problemática». Cuadernos de Estudios Empresariales, n.º 2, 1992.

MARTÍN VALVERDE, A., «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», en AA. VV., «Comentarios a las leyes laborales», Madrid, EDERSA, 1982, tomo VIII.

MARTÍNEZ FONS, D., «Los límites en la descentralización productiva: la frontera con los fenómenos de cesión ilegal de trabajadores», en AA. VV., «Descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo», X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Madrid, MTAS, 2000.

MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., «Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado». *Revista del Ministerio de Trabajos y Asuntos Sociales*, n.º 38, 2002.

NAVARRO NIETO, F., «Descentralización productiva y relaciones laborales», *Documentación Laboral*, n.º 71, Ediciones Cinca, 2004.

OLMO GASCÓN, A. M., «Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal», *Actualidad Laboral*, n.º 46, 1996.

RODERO VILLAREAL, C., «Contratas y subcontratas vs. cesión ilegal». *El Graduado*, Boletín Informativo del Colegio de Graduados Sociales de Madrid, http://www.elgraduado.es/52/cesion_ilegal.htm

SALA FRANCO, T., «Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, n.º 1, 2005.

SEMPERE NAVARRO, A. V., y ARETA MARTÍNEZ, M., «El Derecho de Trabajo y los grupos de empresa: inventario», *Revista del Ministerio de Trabajos y Asuntos Sociales*, n.º 48, 2004.

TORTUERO PLAZA, J. L., «La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social», Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Referencia 23/2011. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174202.pdf.

VI. ANEXOS

ANEXO I

RELACIÓN DE CONTRATOS CELEBRADOS EN EL SENO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO DURANTE 2013¹¹¹

	N.º contratos administrativos servicios o encomiendas de gestión AGE y OOPP	N.º Trabajadores externos prestando servicios en dependencias AGE y OOPP
M.º Asuntos Exteriores y Cooperación	42	295
M.º Justicia	118	1.117
M.º Defensa	5.566	7.488
M.º Hacienda y Administraciones Públicas	555	2.892
M.º Interior	540	8.391
M.º Fomento	1.403	16.756
M.º Educación, Cultura y Deporte	540	1.815

¹¹¹ Resumen Ejecutivo Ministerio de Defensa sobre la «Cesión ilegal de trabajadores e indefinidos no fijos en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos». De la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Año 2013.

	N.º contratos administrativos servicios o encomiendas de gestión AGE y OOPP	N.º Trabajadores externos prestando servicios en dependencias AGE y OOPP
M.º Empleo y Seguridad Social	1.040	5.019
M.º Industria, Energía y Turismo	217	726
M.º Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente	49	294
M.º Presidencia	98	783
M.º Economía y Competitividad	553	3.208
M.º Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad	310	1.641
Total	11.031	50.425

ANEXO II

RELACIÓN DE RECLAMACIONES ANTE LOS TRIBUNALES POR CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES, INDICANDO SENTENCIAS FAVORABLES Y CONTRARIAS A LA ADMINISTRACIÓN EN 2013¹¹²

	Reclamaciones por cesión de trabajadores	Sentencias favorables a la Administración	Sentencias desfavorables a la Administración	Pendientes de resolución
M.º Asuntos Exteriores y Cooperación	62	5	51	7
M.º Justicia	6	3	2	1
M.º Defensa	223	136	54	33
M.º Hacienda y Administraciones Públicas	14	3	11	0
M.º Interior	28	14	0	14
M.º Fomento	59	21	5	25
M.º Educación, Cultura y Deporte	41	9	7	15
M.º Empleo y Seguridad Social	27	7	18	1
M.º Industria, Energía y Turismo	17	4	13	0

¹¹² Resumen Ejecutivo Ministerio de Defensa sobre la «Cesión ilegal de trabajadores...», *op. cit.*

	Reclamaciones por cesión de trabajadores	Sentencias favorables a la Administración	Sentencias desfavorables a la Administración	Pendientes de resolución
M.º Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente	214	116	59	39
M.º Presidencia	48	30	13	5
M.º Economía y Competitividad	59	28	25	6
M.º Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad	26	8	13	15
Total	824	384	271	161

ANEXO III

RELACIÓN DE SENTENCIAS CONDENANDO A LA ADMINISTRACIÓN POR CESIÓN DE MANO OBRA, INDICANDO EL PERSONAL QUE HA OBTENIDO LA CONDICIÓN DE «INDEFINIDO NO FIJO» EN 2013 ¹¹³

Ministerios	Sentencias desfavorables cesión de trabajadores	Otros casos de personal indefinido no fijo	Total de indefinidos no fijos
Asuntos Exteriores y Cooperación	51	9	60
Justicia	2	0	2
Defensa	54	6	60
Hacienda y Administraciones Públicas	11	3	14
Interior	0	2	2
Fomento	5	4	90
Educación, Cultura y Deporte	7	23	30
Empleo y Seguridad Social	18	0	18
Industria, Energía y Turismo	13	0	13
Agricultura, Alimentación y M. Amb.	59	10	69
Presidencia	13	5	18
Economía y Competitividad	25	309	334
Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad	13	9	22
TOTAL	271	380	651

¹¹³ Resumen Ejecutivo Ministerio de Defensa sobre la «Cesión Ilegal de Trabajadores...», *op. cit.*

ANEXO IV

RELACIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS ADOPTADAS POR DEPARTAMENTO MINISTERIAL Y SU GRADO DE CUMPLIMIENTO¹¹⁴

	M.º AA. y Coop.	M.º Justicia	M.º Defensa	M.º Hac. y AAPP	M.º Interior	M.º Fomento	M.º Educación C. y D.	M.º Empleo y SS	M.º Industria, Energía y T.	M.º Agric., Alim. y Medio Amb.	M.º Presidencia	M.º Economía y Compet.	M.º Sanidad, S. Sociales e I.
Emisión de instrucciones internas sobre preparación y formalización de contratos o buenas prácticas	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Azul	Red	Red	Red	Red
Adopción medidas asignación de medios a empresa	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Verde	Red	Azul	Red	Red	Verde	Red
Designación coordinador técnico contrata	Red	Red	Verde	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Red
Inclusión Cláusula Anexo Instrucciones B. Prácticas	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Red	Red
Inclusión en P.A. Actuación Inspecc. Gral. Servicios	Verde	Red	Verde	Red	Red	Verde	Red	Red	Verde	Red	Red	Red	Red
Jornadas informativas, circulares,...	Verde	Verde	Verde	Red	Red	Red	Verde	Verde	Verde	Red	Red	Red	Red
Otras medidas e iniciativas voluntarias	Verde	Verde	Red	Verde	Red	Azul	Red	Verde	Azul	Red	Verde	Red	Verde
Implantadas													
Parcialmente implantadas													
No implantadas													

¹¹⁴ Resumen Ejecutivo Ministerio de Defensa sobre la «Cesión Ilegal de Trabajadores...», *op. cit.*

LOS LÍMITES EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE MILITARES Y GUARDIAS CIVILES

Juan Mendaro Velasco
Capitán auditor

SUMARIO: I. Importancia del tema y planteamiento inicial. II. La regulación del derecho a la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas: contenido y límites. III. Breve referencia al nuevo Código Penal Militar y a la nueva ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. IV. El derecho a la libertad de expresión de los miembros de la Guardia Civil. V. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a los límites del derecho a la libertad de expresión cuando es ejercido por militares. VI. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los Militares y Guardias Civiles. VII. Bibliografía

I. IMPORTANCIA DEL TEMA Y PLANTEAMIENTO GENERAL

Sobre los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas se han escrito ríos de tinta, son innumerables los trabajos a modo de ponencias, tesis, monografías o incluso manuales de Derecho Constitucional que han tratado el tema, tanto por parte de catedráticos, profesores de Derecho Constitucional, oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, como por parte de otros juristas de reconocido prestigio, en cualquiera de los casos y, sin perjuicio de la ingente producción doctrinal que existe al respecto, en el caso del derecho a la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas (en adelante FAS) y en otros supuestos asimilados como la Guardia Civil, no se ha tratado o se ha estudiado este derecho en concreto con la suficiente profusión y difusión, quizás porque sea uno de los derechos fundamentales más difícil de delimitar o determinar su contenido, o quizás porque su ejercicio entra directamente en conflicto con determinados principios y valores que han definido tradicionalmente a la institución militar y no es fácil regularlo. Ello, no obstante, es una materia de gran trascendencia, tanto por su repercusión

social como por la incidencia que pueda tener en la consecución de los altos fines que el artículo 8 de la CE encomienda a las FAS.

La delimitación de los derechos constitucionales de los militares y en particular el derecho a la libertad de expresión sigue siendo una cuestión de extraordinaria importancia, que para algunos autores no ha sido resuelta por el legislador, para cuyo estudio y tratamiento se requiere la mayor cautela dentro de la máxima comprensión que merece una materia tan delicada, como es la limitación de los derechos fundamentales de los miembros de las FAS, u otros supuestos asimilados, como la Guardia Civil, que se encuentran sometidos a disciplina militar.

Aunque por inercia constitucional se proclame tanto por la doctrina como por el ordenamiento positivo, desde un punto de vista general, que el militar tiene los mismos derechos y libertades que el resto de los ciudadanos, la singular naturaleza de las FAS precisa el reconocimiento de ciertas restricciones, sobre todo en el ámbito de los derechos políticos y concretamente en el derecho a la libertad de expresión. El acierto en la regulación de estos derechos radica según Mozo Seoane¹ en verificar o comprobar la legitimidad y adecuación (proporcionalidad) de sus límites.

La importancia y trascendencia del derecho a la libertad de expresión, desde un punto de vista general, ha sido destacada por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) en la Sentencia Vogt contra Alemania, de 26 de septiembre de 1995, que dijo «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para el progreso y para el desarrollo de cada uno».

Sin entrar en el debate clásico doctrinal entre tesis institucional *versus* tesis ocupacional, en torno a la naturaleza jurídico constitucional de las FAS, que es importante para comprender las restricciones de los derechos fundamentales de los militares, vamos a hacer alusión a la técnica legislativa de limitación que utiliza el constituyente español con respecto a algunos derechos políticos y en concreto al derecho de la libertad de expresión que es el que nos ocupa en este trabajo. Desde una perspectiva sistemática y conjunta de la Constitución, dicho sea esto para finalizar este planteamiento general introductorio, cabe señalar límites tanto a las tendencias ocupacionales como a las institucionales. Según Blanquer² la posición de las FAS en nuestra constitución nos permite hablar de una caracterización mixta (ocupacional/institucional) que supera la configuración ocupacional pura, entendiendo que cualquier purismo puede debilitar la cohesión interna de los ejércitos y por ello perjudicar su eficacia. En definitiva, las tendencias ocupacionales encuentran sus límites en la garantía constitucional de eficacia administrativa y las tendencias institucionales tienen sus límites en el régimen de derechos fundamentales y libertades públicas establecidas en la Constitución, la admisión

¹ MOZO SEOANE, Antonio, *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*, «Reflexiones y deberes de los militares en España». Obra colectiva, p. 47. MINISDEF, Subsecretaría de Defensa.

² BLANQUER CRIADO, David, «Ciudadano y soldado. La Constitución y el Servicio Militar», Civitas, Madrid, 1996.

de tendencias institucionales no convierte a las FAS en una institución dotada de un ordenamiento jurídico inspirado en principios autónomos a los propios del ordenamiento general. No hay ningún obstáculo según Blanquer que impida afirmar que los ejércitos no son más que una parte de la Administración del Estado, y al mismo tiempo conservar algunos rasgos institucionales que se ajusten a los principios constitucionales.

Pues bien, para este reconocido grupo especial, de organización característica y tan exorbitantes misiones, la Constitución, consciente de su importancia en el equilibrio del Estado les dedica numerosos preceptos para regular distintos aspectos de su estatus jurídico, a fin de dibujar una institución totalmente al margen de la actividad política y de las decisiones de poder.

Según Garrido Falla³, se puede decir que si a la Administración civil le es exigible en su conjunto el principio de neutralidad, en las Fuerzas Armadas no solo es exigible en su conjunto, sino a cada uno de sus miembros individualmente. Este principio ha sido creado por la doctrina francesa, que distingue la neutralidad política de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos y en su vida privada, pero en relación a los militares no se ha superado la noción de que siempre están de servicio.

Casado Burbano⁴, por su parte, indica que son cuatro los principios en que se basa la restricción de los derechos a los militares: el principio de supremacía, la neutralidad política, la rigurosa disciplina y el principio de unidad. Peñarrubia Iza lo viene a reducir a dos: disciplina y neutralidad.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS: CONTENIDO Y LÍMITES

Como todos los derechos fundamentales, y más en este caso, el principal problema que debe resolver la doctrina y la jurisprudencia es la fijación de sus límites y su contenido, y más en el supuesto del derecho a la libertad de expresión: 1) porque es un pilar básico del Estado democrático, y 2) porque entra en colisión con otros derechos fundamentales, como es el derecho al honor, a la intimidad o el derecho a la propia imagen.

Con carácter general y casi introductorio, debemos destacar, según Salvador Martínez⁵, que la libertad de expresión tiene su fundamento y es manifestación externa de la libertad ideológica y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, que considera que la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida, sino que comprende una dimensión externa de *agere licere* con arreglo a las pro-

³ GARRIDO FALLA, Fernando, y otros, «Comentarios a la Constitución», Civitas, Madrid, 1985.

⁴ CASADO BURBANO, Pablo, «Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español», Madrid, 1982.

⁵ SALVADOR MARTÍNEZ, María, «El derecho a la libertad de expresión», en ARAGÓN REYES, Manuel, «Derecho Constitucional».

pias ideas, y que entre las manifestaciones externas de dicha libertad figura muy principalmente la de expresar libremente lo que se piensa, STC 120/1990, FJ 10.

El derecho fundamental a la libertad de expresión se reconoce en el artículo 20 de nuestra Constitución, según algunos autores, a la vista del contenido de dicho artículo, a la cláusula «libertad de expresión» se le atribuyen dos sentidos, uno amplio y otro restrictivo: en sentido amplio, la libertad de expresión se entiende comprensiva de las diferentes libertades que puede ejercer un ciudadano en la posición de emisor en el proceso de comunicación, y que se definen en las cuatro letras del artículo 20, apartado 1, de la Constitución: la libertad de «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» [artículo 20.1.a)]; la libertad de «producción y creación literaria, artística, científica y técnica» [artículo 20.1.b)]; la libertad de cátedra (artículo 20.1); y la libertad de «comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión» [artículo 20.1.d)].

En sentido restringido, la libertad de expresión no protege cualquier tipo de manifestaciones externas de la posición intelectual de una persona, sino solo la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos, ideas y opiniones. Así entendida, la libertad de expresión sería solo la libertad reconocida en el artículo 20.1.a) de la Constitución, a la que el Tribunal Constitucional ha denominado «libertad de expresión en sentido estricto» (STC 51/1989, FJ 3), «libertad de opinión» (STC 104/1986, FJ 5), o simplemente «libertad de expresión» (STC 199/1987, FJ 12), y no comprendería las otras libertades reconocidas en el artículo 20.1 de la Constitución española, que se entenderían como una concreción o una aplicación concreta de la libertad de expresión contenida en el artículo 20.1.a). En este estudio nosotros vamos a referirnos siempre al derecho a la libertad de expresión en sentido estricto.

La singularidad, desde un punto de vista formal (hasta julio de 2011), de los límites y la regulación del derecho a la libertad de expresión y de los demás derechos políticos de los miembros de las FAS estribó en que en un primer momento, cuando entró en vigor la Constitución española, se regularon en la Ley 85/1978, que aprobó las reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas, con rango de ley ordinaria, y que entró en vigor de forma coetánea a la Constitución española.

Las reales ordenanzas en el ámbito militar desde un punto de vista general han sido consideradas códigos éticos o normas que regulaban la conducta de los militares, es una figura atípica dentro de la pirámide normativa Kelseniana. No hay que olvidar que los ejércitos en general, y no solo en España, se fundamentan o se integran en torno a una serie de valores, como la lealtad, la jerarquía y la disciplina, que se proyectan sobre normas de conducta o de comportamiento, y a veces pueden interferir en el ejercicio de determinados derechos fundamentales. En el caso de las de 1978, fueron fuertemente criticadas por un sector de la doctrina (sobre todo en lo que se refiere a la técnica legislativa empleada), ya que, desde un punto de vista formal, vulneraban o incumplían el principio de reserva de ley orgánica que el artículo 81 de nuestra Carta Magna establece para el desarrollo de derechos fundamentales. Esta cuestión suscitó diversas críticas entre autores

como Jiménez Villarejo⁶ o Bautista Samaniego, sobre la constitucionalidad del referido texto normativo.

En mi opinión, si bien es cierto que, desde un punto de vista formal, todas estas críticas están cargadas de razón jurídico-constitucional, desde un punto de vista material, si analizamos la regulación, en lo sustancial y en lo que se refiere a los límites al derecho a la libertad de expresión, la vigente Ley Orgánica 9/2011, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas, reproduce con pequeños matices los artículos 178 y 177 de las ya derogadas Reales Ordenanzas. Así, el artículo 178 de las Reales Ordenanzas decía: «el militar tiene derecho a la libertad de expresión, pero necesitará autorización previa para su ejercicio cuando trate cuestiones que pudieran perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice datos que solo pueda conocer por razón de su destino o cargo en las Fuerzas Armadas», el artículo 177 establecía «todo militar tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión, que incluye su manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, sin otras limitaciones que las legalmente impuestas por razones de disciplina o seguridad».

Siguiendo a Muñoz Alonso⁷, desde un punto de vista general, la pervivencia en una sociedad democrática de estatus especiales o relaciones de especial sujeción, no autoriza al Estado a actuar con absoluta discreción en dichas relaciones, ya que en la medida que esta relación implique una restricción de derechos fundamentales debe quedar delimitada por una serie de principios, que dicho autor resume en los siguientes: a) necesidad, tras la aprobación de la Constitución el régimen jurídico del militar se halla incorporado a un sistema general de valores cuya exclusión debe venir suficientemente motivada, en los términos que expresa la tan mencionada STC 21/1981, de 15 de junio; b) proporcionalidad o adecuación de las limitaciones de derechos a la importancia de los fines que se persigan en cada caso concreto, y c) legalidad o reserva de ley, principio al que acabamos de hacer referencia, por la posible inconstitucionalidad formal de las Reales Ordenanzas de 1978, al no haber adoptado la forma de Ley Orgánica, como prevé el artículo 81 de la Constitución española.

La mayoría de restricciones a este derecho vienen concretadas en disposiciones sancionadoras, Código Penal Militar y Ley Orgánica Reguladora del Régimen Disciplinario de las FAS, en las que por vía indirecta y negativa del castigo o la punición se acaba configurando una norma de conducta y unos límites de actuación, amparados en la necesidad de protección de unos bienes jurídicos superiores.

Desde 1978 hasta 2011 han pasado más de treinta años para que el legislador mediante ley orgánica (como no podía ser de otra forma) regulara los derechos fundamentales de los militares. Son innumerables los autores y/o las voces que desde la doctrina han demandado un estatuto jurídico del militar donde se regulasen sus derechos fundamentales y libertades públicas, al hilo de la profun-

⁶ JIMÉNEZ VILLAREJO, José, «Principios constitucionales. Derechos fundamentales y libertades públicas del militar», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992

⁷ MUÑOZ ALONSO, «Derecho Administrativo Militar», Madrid, 1989, tomo II.

da transformación, profesionalización y modernización que han experimentado nuestras FAS, léase, incorporación de la mujer a las mismas en 1988 o supresión del servicio militar obligatorio en 1999, o la incorporación de las FAS al ámbito internacional, a través de las misiones internacionales amparadas por las resoluciones de Naciones Unidas y la participación de nuestras FAS en las operaciones de mantenimiento de la paz en el exterior.

Así como existen algunos derechos fundamentales que han ido de menos a más, y que su evolución y reconocimiento se ha mostrado imparable, y me estoy refiriendo al derecho de asociación de los militares, que ha tenido un protagonismo indiscutible en la Ley Orgánica de 2011, cuya promulgación ha supuesto un verdadero hito para el derecho de asociación en las FAS y el asociacionismo militar. En el caso del derecho a la libertad de expresión no se ha producido esa línea ascendente como en el derecho de asociación, diríamos más bien que han existido avances, altibajos y retrocesos a lo largo de estos treinta y ocho años, desde la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, y una línea jurisprudencial quizás un poco zigzagueante que nos lleva necesariamente a la casuística o al mundo del caso por caso.

El artículo 12 del referido texto legal regula el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, y dice: «1. El militar tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos en la constitución, sin otros límites que los derivados de la salvaguardia de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos. 2. En cumplimiento del deber de neutralidad política y sindical, el militar no podrá pronunciarse públicamente ni efectuar propaganda a favor o en contra de los partidos políticos, asociaciones políticas, sindicatos, candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultas políticas o programas u opciones políticas. 3. En los asuntos estrictamente relacionados con el servicio en las Fuerzas Armadas, los militares en el ejercicio de la libertad de expresión estarán sujetos a los límites derivados de la disciplina».

No existe un avance significativo o elementos nuevos dignos de mención con respecto a lo que los artículos 177 y 178 de las Reales Ordenanzas de 1978 establecían al efecto, algún autor echa en falta en esta ley una regulación más profunda, detallada o precisa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los miembros de las FAS, en general, y del derecho a la libertad de expresión e información, en particular. Ahora bien, en lo que se refiere al derecho a la libertad de expresión, no hay que olvidar que ni la Constitución ni las normas internacionales (convenios internacionales en materia de derechos humanos suscritos por España) establecen un tratamiento distinto para el ejercicio de la libertad de expresión por los miembros de las FAS, con lo cual el legislador debe ser muy cauteloso o precavido en el establecimiento de tales límites.

En el caso del ejercicio de la libertad de expresión existen unos límites generales que dimanen del propio texto constitucional, esto es, del artículo 20 de la Constitución española, que son exigibles a cualquier ciudadano y también a los militares (el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, la protección

de la juventud y de la infancia), pero existen unos límites especiales, derivados de la especial naturaleza de las FAS y de la consecución de los fines que la propia Constitución encomienda a las FAS, que son los que vamos a analizar en el presente estudio. Estos límites se encuentran recogidos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 9/2011, de Derechos y Deberes de Miembros de las Fuerzas Armadas, y se proyectan sobre las leyes penales y disciplinarias militares. Hay que subrayar que la libertad de expresión es un derecho de libertad y que su esencia o razón de ser se traduce en la ausencia de interferencias o intromisiones de las autoridades públicas que impidan o limiten su ejercicio.

Grosso modo, los límites especiales que recoge el artículo 12 de la Ley Orgánica 9/2011 se proyectan sobre tres ámbitos: la neutralidad política, el mantenimiento de la disciplina en sentido amplio y finalmente el límite impuesto por razones de seguridad y defensa nacional, aunque estos ámbitos no son compartimentos estancos y a veces hay casos concretos en los que se solapan o superponen los mismos.

En el caso del principio de neutralidad política, las Fuerzas Armadas deben obediencia al Gobierno (sea del signo político que sea), como expresión del mandato constitucional contenido en el artículo 97 de la Constitución española que establece que «el Gobierno dirige la Administración civil y militar...». El Gobierno como encarnación del principio de soberanía popular elegido por las Cortes Generales legítimamente constituidas como consecuencia de elecciones libres y democráticas de un estado social, democrático y de derecho.

Los miembros de las FAS en lo que se refiere a su condición de ciudadanos libres e iguales participan en ese procedimiento electoral por el que se constituyen los representantes legítimos del principio de soberanía popular, a través del ejercicio del derecho al voto, como cualquier ciudadano, sin hacer ostentación de la condición de militar. Para evitar la quiebra del principio de neutralidad política, al que ya hicimos alusión anteriormente y siguiendo a Peñarrubia Iza, en España se optó por un concepto de neutralidad amplio para garantizar, por un lado, la imparcialidad del colectivo militar en el cumplimiento de sus misiones y fines y, por otro, como restricción o limitación y evitar cualquier participación de los militares en la vida política, que vaya más allá del ejercicio del derecho a votar.

La neutralidad en la vertiente de imparcialidad, por otro lado, es exigible a cualquier Administración pública, en el sentido que establece el artículo 103 de nuestra Carta Magna, cuando dice que la Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales del Estado. En cualquier caso los militares, como entiendo que no podía ser de otra forma, no pueden hacer proselitismo, participar en campañas electorales, mítines o erigirse en representantes de algún partido político o coalición mientras se encuentran en activo. Este límite como veremos a continuación no solo opera para garantizar la neutralidad política en sí, sino para evitar que se produzcan corrientes políticas antagónicas en el seno de las FAS que puedan afectar a la necesaria cohesión o unidad que les impida alcanzar las misiones u objetivos que le encomienda la Constitución española. Asimismo, este principio, al igual que la disciplina, tiene por objeto garantizar la supremacía del poder civil sobre el poder militar.

El principio de disciplina, así como el principio de neutralidad política, podríamos afirmar que ha sido pacífico o no ha generado problemas en la aplicación e interpretación de las restricciones o límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los miembros de las FAS, no ha ocurrido lo mismo con el principio de disciplina. En la mayoría de los casos en que se ha pronunciado tanto el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el elemento nuclear de debate en torno a la limitación del derecho a la libertad de expresión ha girado en relación al daño o menoscabo del concepto de disciplina. La disciplina al tener un carácter transversal está íntimamente conectada con otros principios y valores que han sido consustanciales a la institución militar, tales como la jerarquía, la obediencia, la lealtad... y ha estado indisolublemente unida a la esencia de las FAS, unas FAS indisciplinadas serían otra cosa, pero no unas Fuerzas Armadas.

La disciplina ha sido definida tradicionalmente en las Reales Ordenanzas militares como el factor de cohesión de las FAS. En definitiva, es el valor superior del ordenamiento jurídico y ético de los militares que garantiza la cohesión, unidad y por ende la operatividad y eficacia de las FAS. La disciplina, si se me permite la expresión, es la mayor enemiga del derecho a la libertad de expresión en el colectivo militar, tiene como fin en la restricción de este derecho, en su vertiente política, evitar que la confrontación política penetre en el seno de las FAS, para evitar tensiones, antagonismos y enfrentamientos entre las diferentes posiciones ideológicas o políticas. Asimismo, tiene una vertiente profesional, para garantizar los principios de jerarquía y lealtad, esto es, el cumplimiento de las órdenes legítimas, así como el respeto y el trato adecuado o correcto entre compañeros, subordinados y superiores.

El principio de reserva, este principio tiene como fundamento la salvaguarda de la seguridad y la defensa nacional, nos encontramos en el ámbito de los secretos o de la información clasificada, todo ello está relacionado con la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, el artículo 2 de la citada norma establece: «a los efectos de esta ley podrán ser declaradas materias clasificadas, los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos, cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado».

Este es un principio que a diferencia del anterior también restringe o limita el derecho a la libertad de expresión de otros funcionarios públicos, no solo opera en el ámbito militar. El militar, por las misiones y funciones que desempeña, generalmente tiene acceso a determinada información sensible, que por estrictas razones de seguridad o defensa nacional no se puede revelar o hacer pública, pero este límite es exigible a cualquier funcionario público que por la naturaleza de la función que desarrolle pueda tener acceso a determinada información, por ejemplo el policía, el fiscal o el juez de un determinado procedimiento que se encuentra en fase de instrucción e investigación, y cualquier noticia que se haga pública al respecto pueda perjudicar dicha investigación. Existe una clara pugna entre el derecho a la información para tener una opinión pública formada e informada propia de un Estado democrático y el deber de reserva o sigilo de determinadas

informaciones por razones de seguridad y en el caso de las FAS por razones de defensa nacional.

Se ha producido cierto abuso por parte del cuarto poder en el tratamiento de determinada información, que ha provocado un interés mediático que no se corresponde con lo que verdaderamente demanda la sociedad para estar informada, quizás no en el ámbito militar pero sí en el ámbito judicial, que también son funcionarios públicos los que intervienen en esos procedimientos. Desde un punto de vista ético y deontológico al igual que a los militares se les debe exigir discreción en asuntos que tengan conocimiento por razón del servicio que prestan, eso, en el mejor de los casos, a veces se han producido verdaderas vulneraciones del secreto de sumario, las famosas «filtraciones» a las que antes hicimos referencia, que en la mayoría de los casos quedan impunes y obedecen a razones inconfesables o de desgaste político.

III. BREVE REFERENCIA AL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR Y A LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS

Vamos a hacer una breve referencia, e insisto en lo de breve porque para darle un sentido eminentemente práctico a este trabajo lo que me interesa destacar especialmente son las resoluciones de los Altos Tribunales tanto españoles como europeos, en materia de libertad de expresión aplicada a los miembros de las FAS o Guardia Civil. La nueva Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, como el nuevo Código Penal Militar, desde un punto de vista material o sustantivo no introducen novedades muy importantes, sobre todo en lo que respecta a las limitaciones del derecho a libertad de expresión.

El Código Penal Militar, aprobado por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, que derogó el aprobado por Ley Orgánica 9/1985, de 13 de diciembre, limita o restringe el derecho a la libertad de expresión por medio de los principios de reserva y de disciplina para dar protección, no solamente a la disciplina en sí, sino a otros bienes jurídicos, ya sea la seguridad y defensa nacional, el derecho al honor o a la dignidad personal. La mayoría de los tipos penales son tipos pluriofensivos, en los que confluye la protección de varios bienes jurídicos. Algún autor ha dicho que los códigos penales en general son como constituciones en negativo, por lo que estudiando estos textos también se estudian las constituciones o el derecho constitucional.

En el capítulo III del título I del libro II se encuentran regulados los «delitos de revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional», en el artículo 26 con remisión directa a los delitos cometidos en los artículos 277 o 598 a 603 del Código Penal. Esto más que una limitación en sí es una protección de los bienes jurídicos superiores, a los que anteriormente hicimos referencia, como la seguridad y defensa nacional, en este caso no se produce una especialidad o particularidad, con respecto a los funcionarios públicos, ya

que se remite al Código Penal común donde se encuentra tipificada la revelación de secretos por funcionarios públicos.

En el título II del libro II se regulan los delitos contra la disciplina, en el artículo 43 se tipifica el insulto a superior en la modalidad de amenazas, injurias y coacciones, en este tipo el bien jurídico protegido no solo es la disciplina sino también el derecho al honor y la dignidad del superior amenazado, injuriado o coaccionado, en su presencia, por escrito o con publicidad. No deja de ser una trasposición al Código Penal Militar del delito de injurias y/o amenazas con penas distintas, no hay una limitación especial al derecho a la libertad de expresión que trascienda de los límites generales previstos en el artículo 20 de la Constitución española, que tienen su reflejo en la legislación penal a modo de constitución en negativo. Así, se echa en falta la tipificación de esta misma conducta en relación al superior con respecto a sus subordinados, no debemos olvidar que la disciplina tiene un carácter bidireccional, que debe exigirse de abajo hacia arriba y de arriba hacia abajo

Por mandato de la Ley Orgánica 9/2011, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas, se introduce el título III del libro II bajo la rúbrica: «Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», que representa una novedad importante con relación al texto legal anterior, en el que el legislador formula dos tipos, desde mi humilde opinión, muy abiertos, los artículos 49 y 50, concretamente el artículo 50 que puede generar ciertos problemas de aplicación e interpretación, en los que la relación jerárquica y la disciplina se diluyen y dejan paso a la protección y garantía de los derechos fundamentales, no se precisa para la idoneidad del sujeto activo o pasivo ser superior o subordinado, y lo que me parece más atrevido, sobre todo en el artículo 50, la descripción por parte del legislador de la conducta típica en una ley penal especial realizada de forma abierta y genérica, así el citado precepto dice: «el militar que sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente en lugar afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, o en acto de servicio, impidiere o limitare arbitrariamente a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o las libertades públicas...».

La Ley Orgánica 8/2014, de 14 de diciembre, Reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, incluye un régimen sancionador que limita o restringe el derecho a la libertad de expresión de los miembros de las FAS, las infracciones se dividen en faltas leves, graves o muy graves, las sanciones que se pueden imponer van desde la reprobación, privación de salida de la unidad, arresto domiciliario o en establecimiento disciplinario militar, pérdida de destino, sanción económica y separación de servicio.

Pues bien, vamos a remitirnos directamente a lo dispuesto por el legislador en los artículos 6, 7 y 8 del nuevo régimen disciplinario de la Ley Orgánica 8/2014, para no hacer una exposición casuística y farragosa de las faltas, haremos una agrupación de las mismas atendiendo al bien jurídico protegido por la norma, citaremos algunas a modo de ejemplo. En un primer grupo de infracciones siguen-

do a Corrales Elizondo⁸, en clasificación perfectamente aplicable a la vigente norma, tenemos las que afectan a la corrección de trato (educación) o la dignidad:

- El trato incorrecto con la población civil en el desempeño de funciones militares.
- Hacer reclamaciones o peticiones en términos o forma irrespetuosa o prescindiendo de los cauces reglados.
- Ofender a un compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas.
- La falta de consideración a centinela, fuerza armada o policía militar.

En un segundo grupo de faltas disciplinarias, siguiendo al citado autor, vamos a exponer las que afectan directamente a la disciplina, la jerarquía o subordinación:

- Expresar públicamente opiniones que, relacionadas estrictamente con el servicio en las FAS, no se ajusten a los límites derivados de la disciplina, realizadas de palabra, por escrito o por medios telemáticos.
- La falta de respeto o subordinación a superiores.
- Promover o tomar parte en riñas entre compañeros o alteraciones del buen orden.
- Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones, que sean contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas, realizadas a través de medios de comunicación social o formuladas con carácter colectivo.

En el tercer grupo de faltas disciplinarias vamos a tratar las que protegen el principio de reserva y/o el deber de secreto:

- No guardar la debida discreción sobre materias objeto de reserva interna o sobre asuntos relacionados con la seguridad y defensa nacional, difundir o hacer uso de hechos o datos no clasificados que haya tenido conocimiento por razón del cargo o función, en perjuicio del interés público.

El cuarto grupo de infracciones las podemos agrupar por la protección al principio de neutralidad política:

- La emisión o tolerancia de expresiones contrarias... a la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones y poderes o las personas y autoridades que las encarnan, la bandera, escudo e himnos nacionales, comunidades autónomas, administración local así como contra los representantes de otras naciones, las FAS y los cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así como sus mandos o autoridades militares cuando no constituyan infracción más grave o delito.
- Efectuar con publicidad manifestaciones o expresar opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad política o sindical... en relación con las diversas opciones políticas o sindicales.

⁸ CORRALES ELIZONDO, Agustín, «Perspectivas de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas», *Jurisdicción militar: aspectos penales y disciplinarios*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

- La emisión manifiesta y pública de expresiones contrarias, realizar actos irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio hacia la Constitución y demás bienes jurídicos contemplados y citados en el contenido del artículo 6.1.
- La afiliación a organización política o sindical, o la asistencia a reuniones o manifestaciones políticas o sindicales o el ejercicio de actividades de tal carácter, en situación militar en que no esté permitido o sin haber solicitado el pase a la situación legalmente establecida.
- Finalmente en este grupo puede figurar como falta muy grave infringir reiteradamente los deberes de neutralidad política o sindical, o las limitaciones en el ejercicio de la libertad de expresión o información, de los derechos de reunión y manifestación y del derecho de asociación política o profesional.

IV. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA GUARDIA CIVIL

Es obligado hacer referencia a la Guardia Civil, como instituto armado sometido a la disciplina militar, como un supuesto claramente asimilado a los miembros de las FAS, que ha experimentado desde la entrada en vigor de la Constitución, sobre todo a finales de los años 80, una pugna interna marcada por el deseo de un sector de sus miembros de ejercer determinados derechos políticos, no tanto en lo que se refiere al derecho a la libertad de expresión, sino más bien en el campo del asociacionismo militar. Este recorrido que ha experimentado el benemérito instituto durante todos estos años cristalizó en dos leyes orgánicas: la Ley Orgánica 11/2007, Reguladora de Derechos y Deberes de la Guardia Civil, y la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. En ambas leyes se observa un paralelismo con las leyes que regulan los derechos y deberes y el régimen disciplinario de la FAS, si bien, en el ámbito de los derechos y deberes se anticipó en el tiempo al de las FAS.

La Guardia Civil se ha calificado por algún autor como un *tertium genus*, que se sitúa a caballo entre el funcionario público (miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado a que se refiere el artículo 104 de la Constitución española) y el integrante de las FAS, sobre todo por la naturaleza de sus funciones policiales que desarrolla (seguridad ciudadana, tráfico, vigilancia de costas...), aunque en lo que respecta a su organización y funcionamiento se encuentra sometido a disciplina militar y en la limitación de los derechos fundamentales creo que se encuentra en una situación claramente asimilada a la del miembro de las FAS. Algún autor se ha referido a la Guardia Civil como un «verdadero Ejército de Interior».

Las últimas leyes aprobadas en 2007 han sido claras sobre la naturaleza militar de la Guardia Civil, así el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 11/2007 dice: «la presente ley orgánica regula los derechos que corresponden y los deberes que son exigibles a los miembros de la Guardia Civil en desarrollo del régimen de los

derechos y libertades públicas por la Constitución, y de los principios del Estado social y democrático de derecho, con las particularidades derivadas de su carácter de Instituto Armado de naturaleza militar». En esta línea el artículo 2.2 de las nuevas reales ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, dice: «dada la naturaleza militar de la Guardia Civil y la condición militar de sus miembros, en su normativa específica se recogerá lo que disponen estas Reales Ordenanzas en aquello que le sea aplicable».

Las limitaciones previstas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 11/2007 coinciden en lo esencial con las limitaciones previstas en el artículo 12 de la Ley Orgánica 9/2011, aunque en realidad es la Ley Orgánica 9/2001 la que coincide con los límites previstos en la Ley Orgánica de la Guardia Civil, ya que esta ley es anterior en el tiempo a la ley de 2011, entendemos que el legislador de 2011 tomó como modelo los límites prefijados en el artículo 7 de la Ley Orgánica 11/2007, que por otra parte, como ya pusimos de manifiesto en el presente estudio, apenas difieren de los recogidos en los artículos 177 y 178 de las Reales Ordenanzas de las FAS de 1978. Quizás el artículo 12 recoge un catálogo de conductas más amplio en lo que se refiere al límite del principio de neutralidad política, pero no dejan de ser manifestaciones del principio de neutralidad política. El artículo 7 de la Ley Orgánica 11/2007 dice: «1. Los Guardias Civiles tienen derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos por la Constitución, con los límites que establece su régimen disciplinario, el secreto profesional y el respeto a la dignidad de las personas, las instituciones y los poderes públicos. 2. En asuntos de servicio o relacionados con la Institución, el ejercicio de estos derechos se encontrará sujeto a los límites derivados de la observancia de la disciplina, así como a los deberes de neutralidad política y sindical, y de reserva».

Este precepto, condensa los tres principios que a modo de límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión operan en relación con los miembros de las FAS, el principio de reserva, el de disciplina y el de neutralidad política en claro paralelismo de la normativa aplicable en materia de restricción de derechos fundamentales, tanto a la guardia Civil como a las FAS. Situándoles claramente en esta materia en un plano distinto a los funcionarios públicos. Según Azurmendi, tanto a los miembros de la Guardia Civil como de las FAS la limitación del derecho a la libertad de expresión «es una restricción que afecta a la vida de todo militar, a todas las materias y a todos los medios de expresión. El funcionario civil tiene una cierta restricción de este derecho de libertad, pero puede expresar ideas políticas, sindicales, personales, puede criticar a los poderes públicos, poder escribir artículos, hablar por la radio...; el militar, por el contrario, tiene la presunción de silencio, de modo que su obligación de silencio le obliga en todo momento», esta afirmación ha sido matizada por un sector de la doctrina y por la jurisprudencia que analizaremos a continuación. Cuando estudiemos la jurisprudencia del Tribunal Supremo haremos referencia a supuestos relativos a la Guardia Civil.

V. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN A LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN CUANDO ES EJERCIDO POR MILITARES

En el ámbito europeo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España mediante instrumento de 26 de septiembre de 1979, contiene cláusulas de excepción a algunos derechos, fundadas en idénticos motivos: seguridad nacional, orden y moral públicos, y respeto a los derechos de los demás.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) considera que estas restricciones, permitidas por el convenio, tienen su fundamento en la consideración de las peculiaridades de la vida militar, de los «deberes» y de las «responsabilidades» específicos de los miembros de las FAS de los Estados, que implica una obligación de reserva en relación con todo lo que afecta al ejercicio de las funciones desempeñadas. Como hito jurisprudencial, es obligado «hacer» referencia, a la sentencia de 8 de junio de 1976, del caso *Engels* y otros contra el Estado holandés, en esa trascendental sentencia el TEHD dice:

«Cada Estado es competente para organizar su sistema de disciplina militar, gozando en la materia de un cierto margen de apreciación. Los límites que a los Estados les impone el artículo 5 no son idénticos para civiles y militares».

Sin duda, siguiendo a Fernández Segado⁹, la declaración más importante del TEDH consiste en recordar lo evidente y darle forma jurídica, las condiciones e imperativos de la vida militar difieren por su propia naturaleza de los de la vida civil, argumento este que ha sido reiteradamente utilizado en España, tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante TC), como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS), como veremos a continuación.

El artículo 10 del Convenio que regula la citada libertad, al personal militar, dice:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión...

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas en la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «El principio de igualdad en la jurisprudencia del TEDH».

Pues bien, el TEDH se pronuncia sobre la libertad de expresión y la aplicación del artículo 10 al personal militar, considerando que dicha libertad como está protegida por el artículo 10 vale para los militares como para las demás personas pertenecientes a Estados parte. Ahora bien, los Estados parte pueden realizar injerencias en el ámbito de la libertad de expresión de su personal militar, dentro de los límites establecidos en el artículo 10.2 del Convenio, que se resume, según Peñarrubia Iza¹⁰, en el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) La restricción de la libertad de expresión ha de estar prevista por la ley. Para ello tiene que haber una base jurídica suficiente que permita a los interesados poder prever con un grado razonable de certeza los efectos jurídicos de su conducta.
- b) Debe estar amparada por legitimidad del fin buscado, por ejemplo para proteger la seguridad nacional o el orden y la disciplina en las FAS.
- c) La restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática.

En materia de libertad de expresión la sentencia más significativa y la que marcó la posición inicial del citado tribunal en el ejercicio de este derecho, a la que ya hemos hecho referencia a lo largo de este trabajo, es la de 8 de junio de 1976 del caso *Engels y otros contra los Países Bajos*, el TEDH constató que las medidas sancionadoras impuestas a los demandantes representaron una violación de algunos preceptos del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Públicas, si bien es cierto que consideró vulnerados los artículos 5 y 6 de dicho convenio, las sanciones que se impusieron a los soldados holandeses como consecuencia de una publicación en una revista de la asociación de soldados, en que se criticaba la disciplina, no consideró que se vulnerase el artículo 10 del Convenio, por las medidas sancionadoras contra la revista editada por los soldados, ya que según el Tribunal en ciertos casos era preciso la adopción de dichas medidas para la defensa del orden en una sociedad democrática.

En cambio, la STEDH de 25 de noviembre de 1997, del caso *Grigoriades contra Grecia*, constata la violación del artículo 10 del Convenio, el señor Grigoriades, de nacionalidad griega, descubrió mientras realizaba el servicio militar una serie de abusos cometidos por sus superiores militares en los que las víctimas eran reclutas, esto provocó un enfrentamiento con sus superiores y que se le abriera un proceso penal, el señor Grigoriades envió una carta al jefe de su unidad, expresando sus ideas antimilitaristas y pacifistas, y denunciando las violaciones de los derechos de los reclutas, fue condenado por un delito de insulto al Ejército. El TEDH concluyó en su sentencia de 25 de noviembre de 1997 que se había producido una violación del artículo 10 del Convenio, pues aunque la carta escrita por el señor Grigoriades contenía unas críticas muy duras contra el Ejército griego, las mismas se hicieron en el contexto de un discurso general, criticando la vida militar y el Ejército como institución y, además, no fue publicada. Por ello el Tribunal consideró insignificante el impacto objetivo que la carta podría tener sobre la disciplina militar.

¹⁰ PEÑARRUBIA IZA, Joaquín M.^a, «Presupuestos constitucionales de la función militar», p. 111, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Mención especial, sin lugar a dudas, merece la resolución del TEDH de 20 de mayo de 2003, del caso Camacho López Escolar contra el reino de España, los hechos que motivaron la demanda, sucintamente, son los siguientes: en 1996 diversos medios de comunicación difundieron informaciones sobre el cese de varios agentes del entonces CESID, actual CNI (Centro Nacional de Inteligencia), debido a su vinculación con escándalos políticos que afectaban a dicho centro, según las informaciones los ceses eran el resultado de una «purga o depuración» llevada a cabo por el propio centro en cuestión, el demandante, coronel de Infantería en el momento de los hechos, acudió a diversos medios de comunicación social en 1997, a lo largo de sus distintas comparecencias en los medios aludidos dijo entre otras cosas: «los responsables (de los ceses) han querido dar carnaza a la opinión pública con los casos de ceses en funciones para ocultar otras expulsiones que debían haber tenido lugar o que la opinión pública pide...», criticó la purga en el seno de un servicio de inteligencia, inadmisibles en un Estado democrático en un programa de televisión. Fue sancionado en vía administrativa por el ministro de Defensa, por una falta grave «hacer manifestaciones contrarias a la disciplina a través de medios de comunicación», a cuarenta y cinco días de arresto a cumplir en un establecimiento disciplinario militar.

El TS confirmó la sanción impuesta al militar español, esgrimiendo como argumentos el deber de reserva que es exigible a todo militar sobre asuntos del servicio, considerando, a su vez, que las manifestaciones efectuadas por el demandante vulneraban la esencia del sistema de disciplina militar, calificando de «purga» las decisiones de sus superiores tendentes a profesionalizar o renovar el organismo citado, y acusando a sus superiores de dar «carnaza a la opinión pública», atribuyéndole unos fines incompatibles con el ejercicio adecuado de sus funciones. El TC, mediante auto de 10 de abril de 2000, también desestimó el recurso de amparo presentado por el recurrente contra la STS. En lo que se refiere al ejercicio de la libertad de expresión el TC señaló que la situación del demandante se regía por un estatuto especial y que la libertad de hacer manifestaciones a través de medios estaba limitada por las normas que regían dicho estatuto (Ley de Régimen Disciplinario y Reales Ordenanzas de 1978), asimismo, consideró que las palabras y el tono empleados por el demandante no eran, en todo caso, adecuados para discutir la presunta ilegalidad de la decisión de su cese por incapacidad para el servicio, sino que tenían más bien como fin criticar y denigrar a sus superiores.

Por su parte, el TEDH inadmitió la demanda e hizo suyos los argumentos tanto del TS como del TC, en su decisión, consideró que no se había producido vulneración del artículo 10 del Convenio al entender que la restricción al ejercicio de la libertad de expresión se producía dentro de los parámetros de proporcionalidad, legitimidad y legalidad. La sanción que se impuso al militar español no constituyó una injerencia desproporcionada en el derecho garantizado por el artículo 10 del Convenio. La sanción era proporcional al fin perseguido y necesario en una sociedad democrática. Para pronunciarse sobre esta cuestión el Tribunal Europeo tuvo en cuenta el contenido de las declaraciones, el valor esencial de la

disciplina en las FAS y el estatuto particular del demandante. En definitiva, confirmó las resoluciones del TS y del TC.

Asimismo, convendría destacar la STEDH de 19 de diciembre de 1994, del caso Gubis contra Austria, este caso se produce por la negativa del ministro de Defensa austriaco a permitir la difusión de una revista *Hegel* entre los miembros de la Armada austriaca, de todas las revistas para los soldados solo *Hegel* encontraba excluida su difusión, ninguno de los números de *Hegel*, que figuraban en la causa, predica la negativa a la obediencia, ni discute la utilidad de la Armada, la mayor parte contienen quejas, proponen reformas o incitan a intentar procesos legales de reclamación o recursos, según el Tribunal Europeo la negativa del ministro de Defensa de incluir *Hegel* entre las revistas distribuidas por la Armada es desproporcionada al fin legítimo perseguido, se produce violación del artículo 10 del Convenio Europeo. El Tribunal hace referencia al n.º 3/87 de la revista *Hegel*, aunque los artículos contienen un estilo crítico o satírico, lanzando reivindicaciones o proposiciones de reforma, no cuestionan el deber de obediencia o el servicio armado, no existe una amenaza seria para la disciplina militar, la medida del ministro de Defensa austriaco es desproporcionada al fin perseguido e infringe el artículo 10 del Convenio Europeo.

Finalmente, como modelo de sentencia del TEDH, que ha tratado los límites del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cuando se pone en riesgo la seguridad o defensa nacional, aunque aquí los sujetos que demandan la protección son dos diarios británicos, *Observer* y *The Guardian*, si bien es cierto que las informaciones se refieren a unas memorias de un exagente de los servicios de inteligencia, vamos a hacer referencia a la STEDH de 29 de noviembre de 1991 del caso *Observer y The Guardian* contra el Reino Unido. Los diarios citados publicaron ciertos detalles del libro de memorias *Spycatcher*, escrito por un antiguo agente de los servicios de inteligencia británicos.

Se inició un procedimiento contra ambos diarios por incumplimiento del deber de discreción, solicitando ante la *Chancery division* de la *High Court of Justice* de Inglaterra, que se prohibiera publicar, de modo permanente, nuevas informaciones sobre el mencionado libro, dado que su contenido tenía un carácter confidencial todas estas limitaciones o prohibiciones de publicar información que se impusieron a los diarios a través de las *Ordenances Millet* quedaron desvirtuadas por la posterior publicación del libro en cuestión en los Estados Unidos. En cualquier caso, el TEDH, en una sentencia de catorce votos contra diez (lo cual demuestra la división existente en el tribunal), consideró que en un determinado período las restricciones que se impusieron a los diarios británicos (a modo de censura) cumplían con las exigencias del artículo 10.2 del Convenio Europeo, puesto que tal injerencia o limitación se encontraba prevista en la ley y perseguía fines legítimos, entre otros preservar la seguridad nacional. En relación al segundo período, el Tribunal en cambio y, en este caso, por unanimidad, consideró que sí se produjo violación del artículo 10 del Convenio Europeo, al considerar que la «injerencia» no era necesaria en una sociedad democrática.

VI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MILITARES Y GUARDIAS CIVILES

6.1. Casos en los que el TS o el TC considera que no se ha violado el derecho a la libertad de expresión

En primer lugar, partiremos del auto del TC de 30 de julio de 1983¹¹ que inadmitió un recurso de amparo de un capitán de infantería, que participó en la redacción y difusión del escrito conocido como *Manifiesto de los cien*, documento que era una reacción, según el mismo, ante los continuados ataques de cierta prensa al Ejército, y que fue difundido a partir del día 8 de diciembre de 1981 por la Agencia Europa Press.

Al recurrente se le impuso una sanción de cuatro meses de arresto, por incumplir la prohibición de hacer reclamaciones colectivas contrarias a la disciplina. Esgrimió en su recurso que eran manifestaciones a título particular y en ejercicio legítimo del derecho reconocido en el artículo 20.1 de la Constitución española. El TC dijo que el derecho a la libre expresión y difusión de ideas y opiniones, reconocido en el artículo 20.1 de la Constitución española, como parece innecesario subrayar, no es un derecho absoluto e ilimitado, sino que se encuentra sometido a límites específicos, los señalados en el propio artículo 20, y límites genéricos, explícitos o implícitos, los señalados en las leyes militares, Ley de Defensa Nacional, de aquella, Reales Ordenanzas de las FAS, o en leyes penales y disciplinarias militares.

Sigue diciendo el TC que el escrito se dirigió de forma velada a los mandos militares, censurando que dicha superioridad no era sensible a la actuación de cierta prensa con sus críticas erróneas, deformadoras, peyorativas por antimilitaristas, despreciativas para símbolos y valores nacionales y castrenses, continúa afirmando el TC que el escrito contiene incluso una admonición al poder político, al que se significa que debe respetar la necesaria autonomía del Ejército, aludiendo bien a las Cortes Generales o al Gobierno. El TC afirmó que el manifiesto supuso la absorción de funciones trascendentes por su mismo alcance material y situación conflictiva provocada, haciéndose los firmantes representantes del Instituto Militar y ocupando tácitamente el lugar propio de los órganos de mando

¹¹ En este auto, el TC se abona a las tesis de las relaciones de especial sujeción como presupuesto que justifica o fundamenta la limitación de los derechos fundamentales de los militares, así dice el fundamento jurídico 2.º del auto del TC 375/1983: «no puede haber duda que, dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas, asigna el artículo 8.1 de la Constitución, representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines. A tal fin, la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual».

superiores del Ejército. Finalmente y resumiendo, dice que no existió en el caso juzgado una manifestación de libertad de ideas, pensamiento o de expresión que estuviera constitucionalmente permitida, al hallarse debidamente limitada a los militares recurrentes.

Esta doctrina sentada por el TC en 1983 se reproduce en 1994 en la STC de 17 de octubre de 1994, en la que el ponente es el magistrado Gimeno Sendra, aunque en este caso el recurrente es un guardia civil, dice el Tribunal que las altas misiones que el artículo 104 de la Constitución española encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se pondrían en peligro si se consideran amparadas por el derecho a la libertad de expresión aquellas críticas que vertió en dicho momento el guardia civil, con opiniones sobre sus superiores y sobre la Dirección del Cuerpo que, como se dice en la sentencia de la Sala Quinta recurrida en amparo, estaban reñidas con la prudencia y mesura con que debe expresarse un militar, sin la medida necesaria para no incurrir en una vulneración del respeto debido a sus superiores ni atentar contra el funcionamiento del servicio y la institución..., ello exige que los órganos sancionadores y los órganos judiciales efectúen una ponderación que el funcionario haya hecho del ejercicio de sus derechos constitucionales, en el caso de autos las manifestaciones vertidas por el guardia civil sancionado en la rueda de prensa están reñidas con la prudencia y mesura con que se debe expresar un militar. La STC también hace referencia, como no, a la STEDH del caso Engel de 8 de junio de 1976. A pesar de los argumentos que emplea en relación a la vulneración del derecho a la libertad de expresión, dice que no hay tal vulneración, la sanción impuesta al guardia civil fue anulada pero por otro motivo (por el principio *ne bis idem*, al haber sido sancionado dos veces por los mismos hechos).

Nuevamente se hace eco de la doctrina del auto del TC de 1983 una STS de 5 de noviembre de 1991, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, en la que el ponente es el magistrado Jiménez Villarejo, el militar recurrente publicó una carta en el *Diario YA*, en defensa del servicio militar retribuido, haciendo una crítica a la decisión de dar prioridad a las pensiones de militares de la Segunda República, el recurrente fue sancionado por realizar actos «levemente irrespetuosos contra el Gobierno, las autoridades civiles, los parlamentarios...», llegó a utilizar las expresiones «resulta poco ético regalar dinero a los amigos», dijo el Supremo, que el recurrente tiene pleno derecho a defender un servicio militar retribuido y a expresar con la debida compostura su discrepancia con la concesión de pensiones a militares de la Segunda República, pero no puede expresar esa discrepancia de manera destemplada y mucho menos acompañándolas de juicios de valor, en que de forma abierta e inequívoca se cuestiona la probidad pública de quienes ejerciendo los poderes legislativo y ejecutivo adoptaron la medida criticada.

La STS de la Sala 5.^a, de 23 de marzo de 2005, siendo ponente el magistrado Juanes Peces, desestimó el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de instancia que confirmó la sanción impuesta al recurrente de dos días de arresto, por exhibir una pegatina de «no a la guerra», estando de paisano pero en un aeródromo militar del Ejército del Aire en Lanzarote. La Sala 5.^a confirmó la legalidad del arresto domiciliario como medida privativa de libertad impuesta

por la Administración militar, reconociendo que dicha conducta no se halla amparada por el derecho a la libertad de expresión, pues las Fuerzas Armadas se encuentran sujetas a un régimen sustantivo especial. Según la Sala 5.^a, «la razón de la imposición de una sanción al recurrente no se debió a su manifestación, por otra parte legítima de “no a la guerra”, ni siquiera a su carácter partidista, pues dicha negativa hay que enmarcarla dentro de un movimiento social que se produjo tanto dentro como fuera de España, aunque evidentemente tuvo repercusiones políticas innegables, dando lugar a una polémica social y política intensa, sino a su exteriorización en un recinto militar en contra de la prohibición expresa de las Reales Ordenanzas, que excluye cualquier forma de debate que cree disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas cuando, como en este caso, se hace en el interior de un establecimiento de esta naturaleza. Este y no otro es el motivo de la sanción».

La STS 5.^a, de 28 octubre de 2008, relativa al caso Mena, se refiere al teniente general jefe de la Fuerza Terrestre con sede en Sevilla, al que se le impuso una sanción disciplinaria de arresto por el ministro de Defensa por aludir en el discurso de la Pascua Militar al Estatuto de Autonomía de Cataluña y a la hipotética aplicación del artículo 8 de la Constitución española, por poner en peligro la integridad o la unidad de España. Así, reproducimos algunos de los fundamentos jurídicos de la sentencia en lo que se refieren al ejercicio del derecho a la libertad de expresión por miembros de las FAS:

«La invocación del derecho a la libertad de expresión abre la posibilidad de que la actuación conforme al mismo opere como causa de justificación excluyente de la antijuridicidad (STC 232/1998, de 30 de diciembre). 5.- Con reiterada virtualidad ha dicho esta Sala desde sus primeras sentencias, entre las que pueden citarse los de 11.10.1990, 05.11.1991, 24.11.1991, 15.09.1992 y 19.04.1993, que el expresado derecho esencial a la libre manifestación y por cualquier medio de pensamientos, ideas y opiniones, corresponde también a los militares si bien que con las limitaciones generales aplicables a todos los ciudadanos, que se derivan de lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Constitución española, más las específicas propias previstas para la función castrense contenidas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en el Código Penal Militar y en la legislación reguladora de su régimen disciplinario, en la medida en que resultan necesarias para preservar los valores y principios esenciales de la organización militar, es decir, la disciplina, la subordinación jerárquica, la unidad y la cohesión interna (artículos 1 y 10 Reales Ordenanzas para las FAS; artículo 4, séptima, de la Ley de la Carrera Militar, y artículo 201 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional), que resulta preciso salvaguardar para garantizar la funcionalidad de los Ejércitos y el cumplimiento de las misiones que constitucional y legalmente tienen confiadas (artículos 8.1 de la Constitución española; 15.1 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional y 10 Reales Ordenanzas para las FAS). Lo hemos declarado también recientemente y de modo invariable (SS de 01.07.2002, 23.01.2004, 09.05.2005, 14.06.2005, 24.07.2006, 29.10.2007 y

04.02.2008). Lo venimos diciendo así sobre todo para mantener la disciplina consustancial a las FAS y a los Institutos armados de naturaleza militar y, asimismo, para proteger al deber de neutralidad política de los militares (SS de 23.03.2005 y 17.07.2006), pero siempre que no reduzcan a los miembros de las FAS al puro y simple silencio, como dijimos en sentencia de 19.04.1993».

La anterior doctrina es la que sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 del Convenio, y en particular su apartado 2.º, en el sentido de que la libertad de expresión podrá ser sometida a ciertas restricciones que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública. En la STEDH de 8 de junio de 1976, caso Engel y otros, tras sostener que la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio es aplicable a los militares, se dice que «el funcionamiento eficaz de un Ejército difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar, en particular mediante escritos».

Y en el mismo sentido el TC desde sus sentencias 21/1981, de 15 de junio, y las posteriores 97/1985, de 29 de julio; 69/1989, de 20 de abril; 371/1993, de 13 de diciembre; 270/1994, de 17 de octubre; 288/1994, de 27 de octubre, y 102/2001, de 23 de abril, viene sosteniendo que el legislador puede legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las FAS, siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y a los criterios esenciales de organización de la institución militar, que garanticen no solo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las FAS, o en términos de la STC 97/1985, discusiones y contiendas dentro de las FAS, las cuales necesitan imperiosamente para el logro de los altos fines que el artículo 8.1 de la Constitución española les asigna, una especial e idónea configuración (STC 371/1993 y auto del TC 375/1983, de 30 de julio; y nuestras sentencias de 1 de julio de 2002 y de 23 de marzo de 2005).

En suma, dice la Sala que los miembros de las FAS están sometidos a un estatuto jurídico singular que da lugar a una relación de sujeción especial, voluntariamente asumida por las personas que integran la organización castrense (STEDH de 10 de julio de 1997, caso Kalac c. Turquía) de que forman parte restricciones al ejercicio de determinados derechos fundamentales, cuya justificación se encuentra en el interés de preservar aquellos valores y principios que se consideran indispensables para que los Ejércitos cumplan las misiones que tienen asignadas, por lo que el sacrificio que representan aquellas limitaciones está en función del logro de estos fines, lo que requerirá de un juicio de ponderación razonable en cada caso (STC 371/1993 y nuestras sentencias de 20 de diciembre de 2005 y de 17 de julio de 2006) y puesto ahora en relación los medios que representan las restricciones a la libertad de expresión del recurrente, y los objetivos consistentes en el mantenimiento de la disciplina y la subordinación jerárquica, que son los bienes directamente afectados en este caso en que se excluye de la

valoración disciplinaria la neutralidad política, afirmamos que el recurrente desbordó en el caso el marco normativo aplicable al legítimo ejercicio de su derecho a expresarse libremente, y que la restricción era legítima, idónea y proporcionalmente justificada para preservar la dicha esencial disciplina, entendida como decimos en el fundamento de derecho tercero, apartado 3, que veda a los militares a emitir expresiones o realizar actos o manifestaciones levemente irrespetuosas y despreciativas para con los órganos, instituciones y poderes públicos o las personas y autoridades que las encarnan, en los términos previstos en la figura plural del artículo 7.29 de la Ley Orgánica 8/1998.

La STS Sala 5.^a, de 26 de julio de 2010, Caso Blas Piñar.

Sanción a un general por remitir cartas a sus superiores que contienen frases ofensivas, con un claro menosprecio al prestigio y consideración personal de sus destinatarios. Aunque en sí mismas las manifestaciones vertidas no incorporan elementos especialmente reprobables, cuando se incardinan en el contexto de la relación especial de disciplina y jerarquía de la organización militar las hace desde todos los puntos de vista inadmisibles. Según establece la propia sentencia: «a juicio de esta Sala las expresiones y frases vertidas por el hoy recurrente comportan, en su mera literalidad, y más aún contextualizadas, un claro y evidente menosprecio del prestigio, consideración y crédito personal y, sobre todo, profesional, de los destinatarios de las mismas, todos ellos superiores, a la sazón del hoy recurrente, constituyendo una palmaria falta de respeto a las personas a quienes se dirigen, de quienes se predicen actitudes tales como “lavarse las manos o aplicar la política del avestruz”, “para la superioridad ha resultado más cómodo inhibirse del fondo de la cuestión afirmando frívola y falsamente”, “no he recibido la mínima consideración formal exigible, y he carecido del apoyo y la defensa que cabría esperar de mis jefes” y “he sufrido... desconfianza, aislamiento y discriminación”, lo que trasluce a más de un indisimulado resentimiento —por razón, aparentemente, de los avatares de su carrera profesional— hacia tales mandos superiores, un absoluto menosprecio por causa de su desempeño profesional para la explicitación del cual se les indica, con incuestionable ánimo despectivo, que “me es posible llegar a admitir, incluso entender y asumir, esta animadversión si proviniera exclusivamente de ciertos medios políticos, pero en absoluto puedo aceptarla si tiene su origen o es asumida (e incluso preventivamente superada) por mis propios mandos” y “si tuviera un mínimo de fe y confianza en el Ejército actual, representado por sus máximas jerarquías”, para terminar, en dos de las cartas que obran en el procedimiento, con la imputación, concreta y *ad hominem*, de que “en ambos aspectos, personal e institucional, concretamente tú has tenido una especial responsabilidad como jefe del Estado Mayor (de la Defensa o del Ejército, en las cartas dirigidas al JEMAD y al JEME que obran a los folios 42 y 43 y 5 y 6, respectivamente, de las actuaciones) durante los últimos años”».

La STS Sala 5.^a, de 17 de diciembre de 2012, que resolvió recurso de casación planteado contra sentencia del Tribunal Militar de instancia que confirmó la sanción disciplinaria de un mes y un día de arresto, que se impuso a suboficial del Ejército de Tierra por hacer manifestaciones contrarias a la disciplina realizadas a través de medio de comunicación social o con carácter colectivo.

El recurrente, un suboficial del Ejército de Tierra, hizo una serie de manifestaciones en la rueda de prensa celebrada en A Coruña en marzo de 2006, denunciando la ausencia de medios en la misión de Afganistán y quejándose del trato recibido por sus superiores, todo ello a raíz del accidente del helicóptero Cougar que se produjo en 2005 en Afganistán, en el que fallecieron diecisiete militares españoles. Las manifestaciones que se realizaron en dicha rueda de prensa se publicaron en varios diarios gallegos y tuvieron cierta repercusión mediática. Esta sentencia condensa toda la doctrina del TEDH, del TC y del propio TS en torno a la limitación del derecho a la libertad de expresión de los miembros de las FAS, sus fundamentos jurídicos son un resumen o síntesis de todo lo estudiado en este trabajo, y sobre la base de esa doctrina, desestima el recurso de casación interpuesto por el recurrente, para no reiterar la doctrina ya estudiada reproducimos una parte de la sentencia relativa a los hechos probados, donde se analizan las expresiones que se emitieron en la citada rueda de prensa.

STS Sala 5.ª, 24 de junio de 2015

La Sala de lo Militar del Alto Tribunal se adscribe nuevamente a las tesis del TEDH sobre la aplicación e interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el caso que nos ocupa, el guardia civil fue sancionado por una entrevista publicada en la página web www.andalucia.informacion.es y en el faroverde.com, se publicaron el 4 y el 6 de agosto de 2012, el recurrente hizo una serie de comentarios en relación a los efectos de la crisis y los recortes que estaban sufriendo los miembros de la Guardia Civil, realizó afirmaciones del siguiente tenor «mientras en los años 90 la Guardia Civil tenía una plantilla de nueve generales, ahora mantenemos treinta y cuatro, todos con pabellón de lujo a cargo del erario público, con un todo incluido como las vacaciones al Caribe que ofertan las agencias de viaje, servicio doméstico, equipamiento de la vivienda, hasta los gastos del detergente de la lavadora corren a cargo de los presupuestos de la Guardia Civil; ¿es eso cierto? ¿Cómo se puede explicar esta paradoja al ciudadano que se queja de la falta de efectivos de la Guardia Civil?».

La Sala consideró estas expresiones ofensivas e insultantes, excesivas e innecesarias, de llamativa tosquedad. La dignidad de las personas, las instituciones y los poderes públicos, la disciplina debida y el deber de reserva constituyen límites que modulan la libertad de expresión.

STS Sala de lo Militar, 16 de junio de 2016

El pasado 12 de octubre de 2012 varios guardias civiles destinados en la Comandancia de la Guardia Civil de Badajoz se manifestaron coincidiendo en el tiempo con un acto que se celebró con motivo de la festividad de la patrona de la Guardia Civil en la citada comandancia. Los demandantes vestían camisetas en las que aparecía una caricatura de la Guardia Civil y se situaron detrás de la pancarta que podía leerse «Contra los recortes AUGC Badajoz, en defensa de una seguridad pública de calidad», portando a su vez carteles con textos «El PP y su gaviota nos toman por idiotas; se vende la clase política; guardias civiles discriminados».

En el FJ 5 de la referida sentencia la mayoría de la Sala se adscribe a las tesis del TEDH del caso Engels, que aplicada al presente supuesto, proclama nuevamente e insiste en la necesidad de establecer límites o restricciones al derecho a la libertad de expresión, no considera vulnerado el ejercicio de tal derecho y desestima el recurso presentado por los recurrentes.

Voto particular a la STS Sala 5.ª, 16 de junio 2016, formulado por los magistrados Fernando Pignatelli y Jacobo López Barja

Entienden que se debería haber estimado el recurso toda vez que no ha quedado probado que por el mero hecho de acudir con unas camisetas a una reunión o manifestación se pueda acreditar que estaban haciendo uso de su condición de Guardia Civil, hay conculcación del derecho a la asociación y del derecho a la libertad de expresión. La resolución sancionadora y la sentencia de instancia debían haber interpretado el derecho sancionador de acuerdo con el principio *pro libertatis*, de tal forma que tienen que adoptar siempre la solución más favorable que garantice el contenido esencial en el ejercicio de tales derechos.

6.2. Casos en los que el TS o el TC considera que se ha violado el derecho a la libertad de expresión

La STC 102/2001, de 23 de abril, de la que fue ponente el magistrado García Manzano, con votos particulares de los magistrados Garrido Falla y Jiménez de Parga, consideró que las manifestaciones por las que fue sancionado el recurrente de amparo, capitán de Infantería, se emitieron en el ejercicio legítimo de su derecho a la libertad de expresión, puesto que no consistieron en expresiones insultantes o difamatorias, ni críticas hacia la institución militar, ni tampoco trascendieron del propio ámbito interno disciplinario en el que fueron emitidas. Es comprensible además que las expresiones utilizadas por el recurrente no se ajustasen al lenguaje técnico jurídico, al ejercer su propia defensa sin tener conocimientos jurídicos ni ser abogado. El recurrente fue sancionado por hacer manifestaciones contrarias a la disciplina, la resolución sancionadora y la STS de la Sala 5.ª fueron anuladas por el TC, al concluir el Tribunal que las manifestaciones por las que fue sancionado el recurrente se producen en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión proyectado sobre el derecho fundamental de defensa (artículo 24.2), dichas expresiones no tuvieron ningún tipo de publicidad, circunscribiéndose al ámbito del procedimiento disciplinario en que fueron emitidas.

En la STC 288/1994, de 27 de octubre, de la que fue ponente el magistrado Rodríguez-Piñero, se estimó el recurso de amparo presentado por un comandante auditor del Cuerpo Jurídico Militar, contra resoluciones sancionadoras del ministro de Defensa y sentencia de la Sala de lo Militar del TS, que son anuladas.

El TC entiende que las expresiones vertidas en el escrito del recurso, en el que el actor impugnaba por estimarlo contrario a la legalidad un determinado nombramiento del ministro de Defensa, estaban vinculadas con la defensa de tesis jurídicas y no es apreciable intento alguno de descalificación del órgano, sino del acto impugnado, de modo que no pueden considerarse excedidos los límites

de la libertad de expresión, derecho que ha sido vulnerado, vinculado a la libertad del actor y sus intereses legítimos. Así, dice el TC afirmar que un nombramiento es irregular o contrario a lo establecido en el ordenamiento jurídico, que pueda suponer un fraude de ley, que tiene como efecto «patrimonializar» una plaza «escalafonada», y calificarlo de injusto, arbitrario o ilegal, pueden ser expresiones duras pero en ningún modo considerarse ajenas a un razonamiento estrictamente jurídico, en este caso el TC también conecta el derecho a la libertad de expresión con el derecho a la defensa de sus derechos e intereses legítimos reconocidos en el artículo 24 Constitución española.

La STS de la Sala 5.^a, de 25 de noviembre de 2003, estimó el recurso de casación y anuló la sentencia del Tribunal de Instancia, declaró la nulidad de la sanción impuesta a un miembro de la Guardia Civil por hacer reclamaciones a través de los medios de comunicación social. La Sala consideró que, el encartado, tenía derecho a expresarse libremente conforme prevé el artículo 20.1.a) de la Constitución española, pudiendo hacer declaraciones en los medios de comunicación social sin necesidad de autorización, salvo cuando hubiera de tratar cuestiones que pudieran perjudicar a la seguridad nacional o se utilizaran datos que conociera por razón de su cargo, de manera que la previa autorización para comparecer ante los medios de comunicación social ni es preceptiva, ni su ausencia forma parte del tipo disciplinario. El TS dijo que, en el caso de autos, no existió por parte del recurrente el planteamiento público de algún problema o conflicto, real o supuesto, subyacente en el seno del instituto armado, lo que constituye el núcleo de la conducta con relevancia disciplinaria.

La STS de la Sala 5.^a, de 20 de junio de 2003, con desestimación del recurso de casación, confirma la sentencia del Tribunal de Instancia, que anuló la sanción de cuatro días de arresto impuesta al actor, ahora recurrido como autor de la falta, «hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo del conducto reglamentario». La Sala, teniendo en cuenta que el militar, autor del escrito, con la finalidad de exponer las razones, por las que estimaba que con base en su antigüedad debía ser nombrado él y no otro comandante para ocupar el mando accidental de una unidad, no realizó expresiones insultantes, vejatorias o difamantes, ni consideraciones críticas gratuitas o desconectadas de la base jurídica, manifiesta que como la expresión no se dirige al mando decisor, sino a la decisión y al tratamiento de la antigüedad, ni se separa o excede de lo que la línea argumentativa exigía para llevar al ánimo al teniente coronel destinatario del escrito, cuál era la decisión más justa, por lo tanto, se vulneró el derecho a la libertad de expresión del militar ahora recurrido.

La STS 5.^a, de 17 de octubre 2007, de la que es magistrado ponente José Luis Calvo Cabello, hace referencia a la carta dirigida por un capitán del Ejército del Aire al subsecretario de Defensa, en relación a un incidente que había tenido con un juez por el que fue sancionado.

Con la expresión «brindis al sol», el recurrente manifestó al subsecretario de Defensa que, en su opinión, la carta que este había dirigido al juez, por una parte, era una actuación jurídicamente ineficaz y, por la otra, constituía un gesto meramente testimonial, atendida su publicación por un diario de difusión nacional

(publicación a la que razonablemente resulta ajeno el juez, vistos los ya transcritos términos de su contestación al oficio que le dirigió el Tribunal de Instancia).

Nada hay de irrespetuoso al interpretar así la carta del subsecretario de Defensa —interpretación razonable si se valoran todas las circunstancias del caso—, como tampoco lo hubo al decir el recurrente que en tal carta se «ponía verde» al juez, ya que, según el diario en que se publicó, contenía consideraciones como estas: «piense, por un momento, que los insultos dirigidos a los Ejércitos lo fuesen a un determinado sector de la judicatura. ¿Los consideraría jurídicamente inocuos? ¿Los archivaría con igual rapidez? ¿Pediría informe al fiscal? [...] Con decisiones como esta [la de archivar las denuncias] se puede llegar al convencimiento de que en España es gratis insultar a los Ejércitos y a quienes los integran». Y respecto a la última frase por la que el recurrente fue sancionado, lo primero que procede señalar es que no la refirió a la persona del subsecretario de Defensa, sino a un concreto acto suyo. Pero sucede además que el recurrente no afirmó que ese acto fuera demagogo, chabacano o contrario a las instituciones democráticas, sino únicamente que la carta podía ser entendida «como demagogia, chabacanería o incluso falta de respeto a las Instituciones democráticas». Ni siquiera, pues, afirmó que el acto lo fuera, limitándose a señalar algunas de las interpretaciones de que podía ser objeto.

En definitiva, no aprecia la Sala intento ninguno de faltar al respeto debido a una autoridad del Estado y sí únicamente la exposición sincera, en términos no amables pero tampoco irrespetuosos, de la opinión de un militar que, por su condición de denunciante, tenía un relevante interés en la decisión judicial y en la actuación del Ministerio de Defensa.

STS Sala 5.ª, de 20 de mayo de 2015

El Alto Tribunal considera en este caso que se vulneró el derecho a la libertad de expresión al presidente de la AUME cuando fue sancionado por acudir a un programa de radio en Casa de Herrero de la emisora *esRadio*, e hizo algunas críticas a los gastos superfluos que hacía el Ministerio de Defensa en determinados actos, concretamente con motivo de las patronas, juras de bandera de civiles o conmemoración de bodas de plata de promociones de los distintos Ejércitos, dijo la Sala al respecto: «las manifestaciones del hoy recurrente que, no se olvide, se llevaron a cabo contestando, “en su calidad de presidente y portavoz de la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME)”, a preguntas formuladas por distintos medios de comunicación, en modo alguno puede considerarse que afecten a la seguridad y defensa nacional, al deber de reserva o a la dignidad de persona o institución alguna y tampoco que vulneren el deber de neutralidad política o sindical o que recaigan o se refieran a asuntos estrictamente relacionados con el servicio en las Fuerzas Armadas, sino, más bien, a asuntos generales relacionados con el bienestar del personal y con las medidas de austeridad que, a su juicio, debían adoptarse para evitar en la medida de lo posible sacrificio».

Los magistrados Javier Mendoza y Ángel Calderón hicieron voto particular al entender que el recurrente había traspasado los límites en el ejercicio del derecho a libertad de expresión.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BLANQUER CRIADO, David. «Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar». Civitas. Madrid, 1996.

CASADO BURBANO, Pablo. «Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español». Madrid, 1982.

CORRALES ELIZONDO, Agustín. «Perspectivas de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas». *Jurisdicción Militar: Aspectos penales y disciplinarios*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «El principio de igualdad en la Jurisprudencia del TEDH».

GARCÍA MACHO, R. «Las relaciones de especial sujeción y el principio de legalidad de la administración». Tecnos. Madrid, 1992.

GARRIDO FALLA, Fernando, y otros. «Comentarios a la Constitución». Civitas. Madrid, 1985.

GORROTXATEGI AZURMENDI, M. *Libertad de expresión versus disciplina militar*. «Comentario a la STC 371/1993, de 16 de diciembre». RVAP n.º 43, 1995.

HERBÓN COSTAS, Juan J. «El derecho de afiliación política». *Revista de Derecho Militar*. Madrid, 2002.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José. «Principios constitucionales. Derechos fundamentales y libertades públicas del militar». Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992.

RAMÍREZ, Manuel, «Presentación a constitución y jurisdicción militar». *Cuadernos Lucas Mallada*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1997.

MUÑOZ ALONSO, «Derecho Administrativo Militar». Madrid, 1989, tomo II.

PEÑARRUBIA IZA, Joaquín M.^a, «Presupuestos constitucionales de la función militar». Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

ROLDÁN NAVARRA, Marcelo, «El Estatuto jurídico del militar y los derechos fundamentales: el artículo 18.1 de la Constitución española en el ámbito castrense». Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Madrid, 2006.

SALVADOR MARTÍNEZ, María, «El derecho a la libertad de expresión», en Manuel Aragón Reyes, *Derecho Constitucional*.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Derecho de la función pública», Tecnos, Madrid, 1997.

NOTICIAS DE LA ESCUELA MILITAR DE ESTUDIOS JURÍDICOS

1. INGRESO DE NUEVOS OFICIALES DE LA ESCALA DE OFICIALES DEL CUERPO JURÍDICO MILITAR (PROMOCIÓN 2016-2017)

Tras superar el concurso-oposición convocado por Resolución 452/38070/2016, de 19 de mayo, de la Subsecretaría de Defensa, para ingreso como militar de carrera en la escala de Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, el día 18 de agosto de 2016 se incorporaron a la Academia General Militar en Zaragoza, para la realización del período de formación militar básica, los alumnos del Cuerpo Jurídico Militar:

Don Alfonso Gregorio López-Casamayor Justicia, don Esteban Alberto Moya González, don Antonio Villegas García, doña María Dolores Aznar Bernal, don Luis Gonzaga Fort Canals, don Adrián Mayo Ron, don Gonzalo de la Haba de los Ríos, doña Ana María Godín Boado, doña Elena Marente Tovar y don Ángel Oliet Fernández.

El Órgano de Selección se conformó por el presidente ilustrísimo señor coronel auditor director de esta Escuela don Francisco Luis Pascual Sarría, los vocales titulares: teniente coronel auditor don Manuel María Colás Gómez de Barreda, la comandante auditor doña Ana Belén Anguix Rubio, el capitán auditor don Francisco Javier Gómez Ruiz y el capitán don Iago Sagales Balea (secretario), actuando como vocal suplente la capitán auditor doña Farah Mohamed Mustafa.

Se convocaron 10 plazas de acceso directo y 3 de promoción, presentándose 138 aspirantes para acceso directo y 7 para promoción, sin que estas últimas plazas llegaran a cubrirse.

2. CURSOS DE PERFECCIONAMIENTO REALIZADOS

2.1. El 4 de noviembre de 2016 en la Escuela se procedió a realizar el examen de los aspirantes a los Cursos de Especialización en Derecho Administrativo Militar, Derecho Penal Militar, Derecho Internacional Militar, Derecho Marítimo

Militar y Derecho Aeronáutico Militar, para el curso 2016-2017, convocados por Resolución 455/03782/16, de 14 de marzo (*BOD* n.º 54, de 18 de marzo), resultando aptos los siguientes oficiales auditores: Derecho Penal Militar: comandantes auditores don Rafael Román Poyatos, doña María Pilar Rodríguez Ricoy y don José Antonio González Velasco y la capitán auditor doña Cristina Amich Elías. Derecho Administrativo Militar: teniente coronel auditor don Manuel María Colás Gómez de Barreda y las capitanes auditores doña María Santolaya Estefanía y doña Elisabeth Lora Vega. Derecho Internacional Militar: comandante auditor don Esteban Hernando Zamanillo y capitán auditor don Alfonso Casasola Gómez-Aguado. Derecho Marítimo Militar: capitán auditor don Pedro Urceyay Delgado. Derecho Aeronáutico Militar: capitán auditor doña Ana Pilar Velázquez Ortiz.

2.2. Entre los días 3 al 14 de octubre de 2016 se impartió la fase de presente específica del Curso de Actualización para el Ascenso a Comandante Auditor, convocado por Resolución 455/04894/16, de 5 de abril, de la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar. Asistieron como alumnos los siguientes capitanes auditores: doña Farah Mustafa Mohamed, doña Paloma María Prieto Fernández, don Juan Mendaro Velasco, don Alfonso Pastrana-Compaired Álvarez, don Jorge Arangüena Sande, doña Carla Molero de Zúñiga, don Juan Ignacio Navarro Torrecillas, don Alfonso López Fera, doña María Esther Jiménez Moreno y doña María de la Paz Rodríguez Márquez.

2.3. Del 12 al 23 de septiembre y del 18 al 28 de octubre de 2016 se realizaron en la Escuela sendos cursos de Gestión e Instrucción de Expedientes Administrativos de la Guardia Civil para Instructores, en el que la Jefatura de Enseñanza de la Guardia Civil convocó estos cursos, que presentan importantes novedades respecto de los anteriores con una duración de 50 horas, una novedosa fase a distancia, previa a la fase de presente, prueba de aptitud inicial y final, para en caso de superar el curso proceder a la anotación del mismo en el expediente académico de cada interesado, publicándose la declaración de aptitud en el *Boletín Oficial de la Guardia Civil*. Los cursos están coordinados por la Asesoría Jurídica de la Guardia Civil y se verifican en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Las diferentes materias han sido impartidas por oficiales auditores del Cuerpo Jurídico Militar, destinados en la Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Guardia Civil, así como en las Asesorías de las diversas Zonas, trabajo que realizan sin perjuicio de sus destinos.

2.4. Los días 25, 26 y 27 de octubre de 2016 se realizaron en la Escuela sendas Jornadas de Difusión de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para personal del Ministerio de Defensa. Las conferencias de la I Jornada fueron impartidas por el teniente coronel auditor don José María López de Celis y la comandante auditor doña María Dolores Arocas Nogales, ambos destinados en la Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Guardia Civil; y las II Jornadas por el excelentísimo señor general auditor don Antonio Lozano Ramírez, coronel auditor don Juan Pozo Vilches, teniente coronel auditor don José María Sánchez Sánchez y el capitán auditor don Abraham Martínez Alcañiz, destinados en la Asesoría Jurídica General.

2.5. Entre los días 21 de noviembre y 4 de diciembre de 2016 se impartió el Curso de Derecho de los Conflictos Armados para miembros del Cuerpo Jurídico Militar, en colaboración con el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja.

Estos cursos se imparten tanto para oficiales del Cuerpo Jurídico Militar como para los alféreces alumnos en el marco del Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Defensa y la Cruz Roja Española de 3 de diciembre de 2008.

REDACCIÓN.



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE DEFENSA

SECRETARÍA
GENERAL
TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE PUBLICACIONES
Y PATRIMONIO CULTURAL